

Rivista di studi e documentazione sull'integrazione europea

Anno 2023

Numero Speciale (2/Maggio-Agosto)

*Diritti fondamentali e democrazia
nel costituzionalismo digitale*

Selezione di testi dagli Atti del
Congresso internazionale - Granada, 1-3 Febbraio 2022

a cura di:

Francisco Balaguer Callejón - Ingo Wolfgang Sarlet

con la supervisione di:

Silvio Gambino - Luigi Moccia

coordinatori:

Augusto Aguilar Calahorra, Rosa Iannaccone

Giacomo Palombino, Eloisa Pérez Conchillo

Antonio Pérez Miras, Ilton Robl Filho

Carlos Luis Strapazzon



Anno 2023

Numero Speciale (2/Maggio-Agosto)

*Diritti fondamentali e democrazia
nel costituzionalismo digitale*

Selezione di testi dagli Atti
del Congresso internazionale - Granada, 1-3 Febbraio 2022

a cura di:

Francisco Balaguer Callejón - Ingo Wolfgang Sarlet

con la supervisione di:

Silvio Gambino - Luigi Moccia

coordinatori:

Augusto Aguilar Calahorra, Rosa Iannaccone

Giacomo Palombino, Eloisa Pérez Conchillo

Antonio Pérez Miras, Ilton Robl Filho

Carlos Luis Strapazzon

Consiglio Scientifico/Scientific Council

Francisco Aldecoa Luzárraga, Guido Alpa, Domenico Amirante, Fulvio Attinà, Paola Bilancia, Roberto L. Blanco Valdés, Giuseppe Bronzini, Paolo Cappellini, Sabino Cassese, Giuseppe Cataldi, Giovanni Cazzetta, Omar Chessa, Bartolomé Clavero, Floriana Colao, Pietro Costa, Virgilio Dastoli, Maria D'Arienzo, Guerino D'Ignazio, Thomas Duve, Giorgio Fontana, Luigi Ferrajoli, Francesco Fimmanò, Ricardo M. Freire Soares, Stefano Giubboni, Tania Groppi, Jean-Louis Halperin, Lucien Jaume, Luigi Lacché, Jorge Lozano Miralles, Alberto Lucarelli, Maria Luisa Maniscalco, Marc Maresceau, Giuseppe Martinico, Marco Mascia, Luca Mezzetti, Laura Montanari, Leonardo Morlino, Giovanni Moschella, Ulrike Müßig, Giulio Napolitano, Vittorio Emanuele Parsi, Yves Petit, Julio Pinheiro Faro, Calogero Pizzolo, Elise Poillot, Oreste Pollicino, Lia Pop, Daniela Preda, Diego Quaglioni, Paolo Ridola, Roberto Romboli, Lucia Serena Rossi, Antonio Ruggeri, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Carmela Salazar, Ingo Wolfgang Sarlet, Luca Scuccimarra, Jo Shaw, Pierre Serrand, Alessandro Somma, Bernardo Sordi, Antonino Spadaro, Claudia Storti, Antonio Tizzano, Ferdinando Treggiari, Chiara Tripodina, Michel Troper, Vincenzo Zeno Zencovich, Fabio Zucca

Comitato di Direzione/Directors Board

Direttore/Chief Editor

Luigi Moccia

Co-Direttori/Co-Editors

Francisco Balaguer Callejón, Silvio Gambino, Stéphane Pierré-Caps,

Comitato Editoriale/Editorial Board: Curatori di area - Area editors

Comparazione e integrazione giuridica: Katia Blairon, Ermanno Calzolaio, Salvatore Casabona, Giampaolo Gerbasi, Salvatore Mancuso, Antonello Miranda, Alessandra Pera, Laura Vagni

Diritto costituzionale e pubblico: Augusto Aguilar, Giuseppe Campanelli, Gianluca Famiglietti, Alberto Randazzo, Alessio Rauti

Diritto internazionale e tutela internazionale dei diritti umani: Celeste Chiarello, Michele Corleto, Marco Fasciglione, Vasco Fronzoni, Diego Praino, Natale Rampazzo, Valentina Rossi

Diritto privato: Maria Caterina Baruffi, Mirzia Bianca, Laura Carpaneto, Giovanna Chiappetta, Ilaria Queirolo, Adele Pastena, Francesco Pesce

Istituzioni e politiche UE: Massimo Fragola, Paolo Ponzano, Raffaele Torino

Politica comparata e Relazioni internazionali: Emidio Diodato, Iole Fontana, Daniela Irrera, Francesco Olmastroni, Francesco Raniolo

Storia dell'integrazione europea: Luca Barbaini, Antonella Braga, Raffaella Cinquanta, Stefano Dell'Acqua, Giorgio Grimaldi

Storia e teoria del diritto: Eliana Augusti, Riccardo Cavallo, Riccardo Ferrante, Marco Fioravanti, Loredana Garlati, Adolfo Giuliani, Massimiliano Gregorio, Anna Gianna Manca, Marco Miletto, Luigi Nuzzo, Mario Piccinini, Carlo Sabbatini, Irene Stolzi, Monica Stronati, Carmelo Elio Tavilla, Chiara Maria Valsecchi, Cristina Vano

Comitato di Redazione/Editorial Team

Ugo Adamo, Anna Alberti, Roberta Allocca, Giovanni Barozzi Reggiani, Giuseppe Barra Caracciolo, Giulia Battaglia, Bruno Brancati, Fabiana Briganti, Chiara De Capitani, Armando De Crescenzo, Claudio Di Maio, Valentina Faggiani, Anna Fazzini, Alessia Fusco, Antonello Lo Calzo, Greta Massa Gallerano, Giuseppe Mecca, Alessandro Nato, Walter Nocito, Marianna Pace, Flora Pirozzi, Valentina Pupo, Fernando Puzzo, Martina Rubino De Ritis, Valeria Tarditi, Sirio Zolea

Indice

Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Ingo Wolfgang SARLET <i>Presentazione - Congresso di Granada, 1-3 febbraio 2022</i>	ix
Peter HÄBERLE <i>Indirizzo di saluto - Congresso di Granada, 1-3 febbraio 2022</i>	xi
I. COSTITUZIONALISMO DIGITALE Intelligenza artificiale e cultura costituzionale	
Francisco BALAGUER CALLEJÓN <i>Intelligenza artificiale e cultura costituzionale</i>	1
Tommaso Edoardo FROSINI <i>Costituzionalismo tecnologico</i>	15
Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO <i>Il costituzionalismo digitale: tra realtà digitale, prospettiva tecnologica e mera distopia costituzionale</i>	29
Augusto AGUILAR CALAHORRO <i>Valori costituzionali e società digitale</i>	43
II. COSTITUZIONALISMO DIGITALE E DEMOCRAZIA	
Jordane ARLETTAZ <i>La regolamentazione del dibattito democratico nell'era del costituzionalismo digitale</i>	61
Stéphane PINON <i>L'ingresso del costituzionalismo nell'era digitale: tra un nuovo tipo di cittadino e un nuovo tipo di populismo</i>	69
Anna PAPA <i>L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'adozione delle decisioni pubbliche: tecnica, politica e tutela dei diritti</i>	75
Ilton Norberto ROBL FILHO <i>Il potere dell'Agenda nella giurisdizione costituzionale digitale: riflessioni a partire dal caso brasiliano</i>	85

Giacomo PALOMBINO
*A proposito dell'insindacabilità: una garanzia costituzionale
 alla prova dello sviluppo tecnologico* 95

Rosa IANNACCONE
*La partecipazione popolare diretta nella Convenzione Costituzionale cilena
 e l'ambiente digitale* 105

III. IL CONTROLLO DEL POTERE NEL COSTITUZIONALISMO DIGITALE

Gilmar FERREIRA MENDES, Victor OLIVEIRA FERNANDES
*L'effettività dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati in Internet: il dilemma della moderazione
 dei contenuti pubblicati su social network nella prospettiva di una comparazione tra Germania e Brasile* 121

Paola BILANCIA
*Il difficile controllo della malinformation e della disinformazione nei sistemi democratici
 contemporanei* 137

Fausto VECCHIO
*Fake News, libero mercato delle idee e autorità pubblica della verità nella prospettiva
 del costituzionalismo digitale* 151

Greta MASSA GALLERANO
Referendum e social network nel caso Brexit 159

Tommaso Nicola POLI
Rivoluzione digitale e mercati finanziari: gli algoritmi nell'ecosistema FinTech 171

IV. I DIRITTI FONDAMENTALI NEL COSTITUZIONALISMO DIGITALE

Vasco PEREIRA DA SILVA
Diritti fondamentali e costituzione digitale 187

Gregorio CÁMARA VILLAR
Diritto all'educazione, pluralismo e società aperta nell'era digitale 199

Stephanie SCHIEDERMAIR
Il diritto all'oblio tra Lussemburgo, Strasburgo, Karlsruhe e il mondo intero 219

Ramón M. ORZA LINARES
Il diritto all'oblio: un'analisi della sua evoluzione dall'adozione del GDPR 233

Ingo Wolfgang SARLET
Il cosiddetto diritto all'oblio in Brasile, con enfasi sull'ambiente online: evoluzione, sfide e prospettive 253

Valentina FAGGIANI
*Il "chilling effect" delle misure limitative della libertà di informazione dei giornalisti
 nel quadro della crisi dello stato di diritto* 271

V. DIRITTI SOCIALI, MINORI E COSTITUZIONALISMO DIGITALE

Carlos Luiz STRAPAZZON <i>Welfare state digitale: la trasformazione digitale dei servizi sociali</i>	283
Luis Fernando MARTÍNEZ QUEVEDO <i>Minori e nuove tecnologie: una sfida improrogabile per il costituzionalismo digitale</i>	297
Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ <i>La situazione giuridica dell'infanzia e dell'adolescenza negli ambienti digitali</i>	309
Roberto MICCÙ <i>Il diritto fondamentale alla salute e la digitalizzazione dei servizi sanitari nell'epoca della pandemia: una prospettiva multilivello</i>	323

Presentazione - Congresso di Granada, 1-3 febbraio 2022

Il presente fascicolo, a carattere di numero speciale della rivista *Iceonline*, raccoglie una selezione degli atti del Congresso internazionale "Diritti fondamentali e democrazia nel costituzionalismo digitale", tenutosi all'Università di Granada dall'1 al 3 febbraio 2022. Si tratta del secondo Congresso di questo tipo che si è tenuto a Granada. Il primo si è svolto dal 23 al 25 gennaio 2019 con il titolo "Fundamental Rights, Development and Crisis of Multilevel Constitutionalism": i relativi atti sono stati pubblicati, con lo stesso titolo, sia in Spagna che in Brasile, in due libri dedicati alla memoria di Jörg Luther, che ha partecipato al Congresso e ci ha lasciato all'inizio del 2020. In Spagna, a cura di P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. Sarlet, C. L. Strapazzon y A. Aguilar (coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Thomson Reuters/ Civitas, Madrid, 2020. In Brasile, a cura di P. Häberle, G. Ferreira Mendes, F. Balaguer Callejón, I. Sarlet, C. L. Strapazzon y A. Aguilar (organizadores) *Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível Livro em homenagem a Jörg Luther*, Editora Fundação Fênix, Porto Alegre, 2020.

Il Congresso del febbraio 2022 è cresciuto rispetto al precedente, riunendo un numero molto elevato di specialisti brasiliani, francesi, italiani, portoghesi e spagnoli. All'organizzazione del Congresso hanno partecipato: la Fondazione Peter Häberle; la Cattedra Jean Monnet "ad personam" in Diritto costituzionale europeo e globalizzazione; il Dipartimento di Diritto costituzionale dell'Università di Granada; la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Granada; la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); la Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC; il Centro de Pesquisa Jurídica e Social de la Universidade Positivo, CPJUS; l'Instituto de Direito Público (IDP) de Brasília; la Sapienza Università di Roma; il Gruppo di ricerca del Governo regionale andaluso SEJ-106: "Andalucía, la Unión Europea y el Estado social", l'Unità di Ricerca di Eccellenza "Sociedad Digital; Seguridad y Protección de Derechos" (SD2); e il progetto di Ricerca I+D+i PID2019-106118GB-I00 "La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución" (CEPRES, finanziato da MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033).

Il Congresso ha affrontato un ampio spettro di questioni relative alla nuova realtà digitale che il costituzionalismo del nostro tempo deve affrontare. A cominciare dalla definizione stessa del fenomeno da descrivere. Come dice giustamente Peter Häberle nelle sue parole di saluto, è necessario avere una visione critica del concetto stesso di "costituzionalismo digitale", perché il mondo digitale è solo un attributo dello Stato costituzionale. Forse lo stesso vale per altri concetti utilizzati nei lavori e relativi atti del Congresso, come "costituzionalismo tecnologico" (Tommaso Frosini) o "costituzionalismo ibrido" (Jordane Arlettaz). Di fronte a una nuova realtà complessa, come quella del mondo digitale, i primi sforzi sono inevitabilmente diretti alla sua catalogazione, che implica anche la ricerca di un accordo sui termini che possano definirla con maggiore precisione. Forse ci vorranno alcuni anni per comprendere la 'società digitale' che, nel frattempo, si muove e avanza a ritmi vertiginosi.

Data l'ampiezza e varietà dello spettro di temi e argomentati tratti nei singoli contributi, questi sono stati suddivisi in cinque parti. La prima, di carattere introduttivo, intitolata: "Costituzionalismo digitale - Intelligenza artificiale e cultura costituzionale", affronta temi di definizione e contestualizzazione del concetto. La seconda, "Costituzionalismo digitale e democrazia", affronta questioni di rilevanza costituzionale e politico-istituzionale. La terza, "Il controllo del potere nel costituzionalismo digitale", approfondisce ulteriori aspetti di inquadramento ordinamentale, regolamentare e procedurale. La quarta, "I diritti fondamentali nel costituzionalismo digitale", affronta questioni riguardanti le tutele

dei diritti fondamentali nella società digitale. Infine, la quinta, “Diritti sociali, minori e costituzionalismo digitale”, completa l’esame del costituzionalismo digitale come processo e fenomeno di rilevanza sul piano delle sue implicazioni sociali ed economiche.

In sintesi, chi legga i contributi qui raccolti si accorgerà che essi forniscono un’analisi complessa e completa dei vari aspetti che compongono il mondo digitale e che sono rilevanti per il diritto e in particolare per il diritto costituzionale. Dalle questioni generali, legate alla nuova cultura costituzionale che sta prendendo forma con la società digitale e ai valori costituzionali che la ispirano. Tra questi estremi, la riflessione sull’impatto dell’intelligenza artificiale sui diritti fondamentali, sui diritti sociali, sulle strutture democratiche e sul controllo del potere. Tutte le questioni essenziali del costituzionalismo del nostro tempo si strutturano oggi intorno ai nuovi ambienti digitali e all’applicazione dell’Intelligenza Artificiale: giurisdizione costituzionale, populismo, dibattito democratico, partiti politici, parlamento, partecipazione democratica, effettività dei diritti tra individui, prospettiva di genere, opinione pubblica, libertà di espressione, protezione dei dati, diritto all’istruzione, diritto all’oblio, Stato sociale digitale, tutela dei minori, diritti alla salute.

In aggiunta alle due pubblicazioni in Spagna e Brasile (rispettivamente in lingua spagnola e portoghese di cui s’è detto, questa terza viene presentata in lingua italiana, grazie a un cospicuo lavoro di traduzione dei testi scritti in originale in altre lingue e alla supervisione di Luigi Moccia (direttore scientifico della rivista) e Silvio Gambino (co-direttore scientifico). È stato così possibile, da parte di autrici e autori, rivedere e aggiornare i loro testi.

Il compito importante a cui sono chiamati i costituzionalisti, riguardo in particolare alle nuove generazioni, può essere incoraggiato da iniziative come questa, di collaborazione tra dottorandi e giovani dottori, che si estende anche alla comprensione dei diversi linguaggi delle nostre comunità accademiche. Attraverso queste declinazioni linguistiche parliamo una lingua comune: la lingua del costituzionalismo. Una lingua che attualmente è soggetta a una tensione molto forte, derivante dalla configurazione del mondo digitale che, come ha scritto Peter Häberle nel suo indirizzo di saluto, assomiglia sempre più a uno spazio senza legge, una sorta di nuovo *status naturalis*. Di fronte a questa tendenza, con parole ancora di Peter Häberle, appare sempre più evidente che: "La scienza del diritto deve orientare il suo compito alla tutela dello Stato costituzionale e della dignità dei suoi cittadini, nonché dell’umanità nel suo complesso".

Francisco Balaguer Callejón*, Ingo Wolfgang Sarlet**

* Co-direttore scientifico lceonline.

** Membro consiglio scientifico lceonline

Indirizzo di saluto - Congresso di Granada, 1-3 febbraio 2022

Peter HÄBERLE

Questo saluto è anche un messaggio di ringraziamento per aver potuto partecipare regolarmente agli incontri scientifici della “nuova scuola” di Granada negli ultimi decenni. Da essi, sono sempre tornato a Bayreuth grato per l’arricchimento scientifico e umano che mi hanno dato. Purtroppo, in questa occasione non mi è stato possibile viaggiare. Ancora una volta, avete trovato in questo Congresso un tema centrale per la dottrina costituzionale nazionale e universale. Si potrebbero citare alcune parole chiave.

Prima di tutto, la diagnosi.

Lo spazio pubblico dello Stato costituzionale è oggi frammentato e diffuso, a causa dei social network e dei servizi di comunicazione digitale, di Internet, del mondo sommerso del dark web e della digitalizzazione. Il famoso libro di J. Habermas degli anni '60 sulla trasformazione strutturale della vita pubblica dovrebbe essere riscritto. Alcune prime riflessioni dello stesso autore su questo tema sono state recentemente pubblicate su “Leviathan” (numero speciale 37/2021).

Su Internet, che in realtà dovrebbe connettere i cittadini e le persone, ci sono molte divisioni (la parola chiave qui è “digital divide”) e lesioni ai diritti fondamentali e ai valori fondamentali: nazionali, europei e universali. Le parole chiave sono hate speech e agitazione, incitamento alla violenza, in quello che ormai assomiglia a uno spazio senza legge, un nuovo “status naturalis”.

I problemi della verità nello Stato costituzionale (mio saggio del 1995) devono essere ridiscussi di fronte alle fake news e alle bufale. Esiste un diritto fondamentale alla verità? Tutto questo minaccia di liquidare l’aspetto istituzionale dello Stato costituzionale.

In secondo luogo sul trattamento.

Tutti i rami del governo sono obbligati a riformarsi. La legislazione (si pensi, ad esempio, alla riforma della legislazione su Internet in Germania), l’esecutivo, sotto forma di obiettivo educativo di alfabetizzazione digitale, e anche la magistratura. La scienza del diritto deve orientare il suo compito verso la tutela dello Stato di diritto e della dignità dei suoi cittadini, oltre che dell’umanità nel suo complesso. Ho una visione critica del concetto di “costituzionalismo digitale” perché il mondo digitale è solo un attributo dello Stato costituzionale. Non esiste oggi, né dovrebbe esistere, una “indipendenza” dal cyberspazio, come auspicato anni fa da John Perry Barlow. Questo congresso può dare molti contributi. Faccio i miei migliori auguri ai partecipanti francesi, italiani, spagnoli, portoghesi e brasiliani. Ringrazio anche gli organizzatori, Francisco Balaguer e Ingo Sarlet.

I

CONSTITUZIONALISMO DIGITALE

Intelligenza artificiale e cultura costituzionale

Intelligenza artificiale e cultura costituzionale^(*)

Francisco BALAGUER CALLEJÓN*

Sommario: 1. Introduzione 2. Costituzione e cultura, una relazione complessa e vitale 2.1. Il diritto costituzionale culturale 2.2. La Costituzione come cultura: implicazioni metodologiche 3. Cultura costituzionale e tecnologia nel contesto della globalizzazione 3.1. Il contesto culturale della Costituzione 3.2. La tecnologia come fattore culturale e la sua incidenza sulla Costituzione 4. Cultura digitale versus cultura costituzionale 4.1. Il mondo ibrido: realtà fisica e realtà digitale 4.2. Cultura digitale versus cultura costituzionale 4.3. La regressione della cultura costituzionale nell'economia digitale 5. Conclusioni

1. Introduzione

La relazione tra Costituzione e cultura si manifesta in modi molto diversi, con numerose implicazioni e connessioni interne per le quali rinvio, sin dalle prime battute di questo contributo, all'opera magistrale di Peter Häberle, il costituzionalista che in maniera più rigorosa ed efficace ha indagato tale rapporto. In questo lavoro verrà analizzata, in particolare e seguendo il metodo scientifico-culturale, l'evoluzione della cultura costituzionale in relazione alla società digitale e all'intelligenza artificiale, nel contesto della terza globalizzazione. Sarà così possibile indagare l'impatto che sta avendo sulla Costituzione – anche sul piano pratico – il mutamento dei paradigmi culturali determinato, nell'attualità, dalle trasformazioni della società digitale.

L'utilità di simile metodo risulta con particolare evidenza in questo passaggio storico, nel quale stiamo vivendo fondamentali trasformazioni sul piano culturale, le quali indicano chiaramente un cambio di epoca, un'evoluzione nel percorso della civiltà. Essa corre peraltro il rischio – proprio a causa della sua incidenza sui modelli culturali – di trasformarsi in una involuzione suscettibile di incidere sul nucleo più intimo delle funzioni della Costituzione, se non sul concetto stesso di Costituzione. Appare pertanto necessario curvare l'indagine del costituzionalista sulle dinamiche culturali e comparare la cultura costituzionale e giuridica sviluppatasi nella cornice del costituzionalismo con le nuove realtà che si vanno imponendo sul piano tecnologico. I testi costituzionali contengono infatti disposizioni che rischiano di perdere la loro forza normativa, se si mostrano incapaci di far fronte ai nuovi fattori di potere che a livello globale stanno a loro volta generando nuovi paradigmi culturali.

2. Costituzione e cultura, una relazione complessa e vitale

2.1. Il diritto costituzionale culturale

La relazione tra Costituzione e cultura si manifesta anzitutto nelle clausole costituzionali "culturali" le quali possono essere di diversa natura: dalla protezione del patrimonio culturale, fino alla configurazione

(*) Traduzione dallo spagnolo di Angelo Schillaci. [Ndr. Editio minor senza alcune note; per la versione completa con tutte le note v.: <https://www.iceonline.eu/blog/2023/09/30/intelligenza-artificiale-e-cultura-costituzionale/>].

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale. Università di Granada.

di veri e propri diritti culturali come, ad esempio, i diritti alla creazione artistica e culturale, passando per il diritto alla cultura e per l'enunciazione di specifici obiettivi statali in ambito culturale. Simili previsioni costituzionali riflettono dunque un ulteriore ambito di azione – tra i molti che caratterizzano le Costituzioni – considerato degno di protezione e incorporato come tale tra i principi costituzionali che orientano l'azione dei pubblici poteri, ovvero tra i diritti che devono essere garantiti e rispettati.

Le clausole culturali della Costituzione non possono evidentemente essere scisse dall'interpretazione della Costituzione come prodotto culturale¹, ma anzi sono parimenti assoggettate a quella prospettiva metodologica, che impone di valorizzarne l'inserimento in un contesto spaziale e temporale. Ad esempio, la protezione del patrimonio culturale è espressione dell'impegno che la Costituzione si assume verso le generazioni future. Allo stesso modo, i diritti alla creazione artistica si muovono all'interno di uno specifico contesto culturale, che ne orienta inevitabilmente la configurazione. Tali diritti sono inoltre condizionati dagli assetti del mercato e anche sotto tale profilo possono essere trasformati nella nuova società digitale (si pensi alla questione del diritto d'autore in Internet, per esempio).

Tuttavia, il "diritto costituzionale culturale"² è forse la dimensione che incide meno sulla configurazione scientifica e metodologica del rapporto tra Costituzione e cultura. Il diritto costituzionale culturale attiene infatti alla cultura come oggetto del diritto costituzionale, vale a dire come ambito materiale specifico che ad esempio – in caso di assetti caratterizzati da pluralismo territoriale – può convertirsi addirittura in una competenza da distribuire tra i diversi livelli di governo. Il suo trattamento è dunque simile a quello di qualunque altra parte della Costituzione e pertanto la sua comprensione risente delle dinamiche dell'interpretazione costituzionale.

Sempre con riferimento a tali clausole, va osservato che – in relazione ad esse – il rapporto tra Costituzione e cultura si apre anche a una dimensione più ampia, che attiene alla Costituzione stessa come manifestazione di cultura: si pensi ai preamboli, alle previsioni relative a inni, bandiere, date commemorative e a tutte quelle formule che riflettono l'identità costituzionale e dunque la funzione della stessa Costituzione come fattore di integrazione.

Ancora, all'interno dei testi costituzionali è possibile rinvenire – nella stessa configurazione dell'ordine costituzionale – elementi culturali legati al costituzionalismo e all'universo ideale che ha dato origine alle Costituzioni, consolidandole dal punto di vista culturale: si tratta, in altri termini, della capacità dei testi classici di configurare l'esperienza costituzionale come, ad esempio, per quel che riguarda la separazione dei poteri o il federalismo.

Come indica Peter Häberle, la cultura costituzionale pervade tutti gli ambiti di intervento di una Costituzione: "le costituzioni sono chiaramente un prodotto culturale. La Costituzione non è soltanto un testo giuridico o un sistema normativo di regolazione, ma anche l'espressione di uno stato di sviluppo culturale, strumento per l'autorappresentazione culturale di un popolo, riflesso del suo patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze"³.

2.2. La Costituzione come cultura: implicazioni metodologiche

Il rapporto tra diritto e cultura – la cultura costituzionale e la Costituzione come cultura – assume tuttavia uno specifico spessore sul piano metodologico. Il richiamo a fattori che non si collocano nell'ambito strettamente normativo conduce infatti a un complesso universo di questioni che attengono all'interpre-

¹ Sull'interpretazione costituzionale, M.L. Balaguer Callejón, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, 2a ed., Madrid, 2022, con prologo di Peter Häberle.

² Uso qui una espressione di P. Häberle, *El tiempo y la cultura constitucional*, in *Revista Derechos en Acción*, 16/2020, pp. 103-104, secondo cui: "La "cultura constitucional" debe ser diferenciada del derecho constitucional cultural. El "derecho constitucional cultural" hace referencia a los aspectos jurídicos culturales de la Constitución, con los cuales los demás aspectos como el del estado de derecho o el social se encuentran menos directamente vinculado. La "cultura constitucional" comprende, por el contrario, a todos, también a los ámbitos de creación de identidad preexistentes a la promulgación de la Constitución, presentes en la Constitución de una comunidad política del tipo del Estado constitucional occidental".

³ Id., *Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*, in *RDCE*, 13/2010 (<https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>).

tazione della Costituzione e alla stessa costruzione scientifica del diritto costituzionale: “La teoria della Costituzione che compara nello spazio e nel tempo e che si manifesta come *scienza di testi e contesti* può – grazie al rilievo del contesto – cercare e rinvenire un legame con metodo e oggetto di altre scienze della cultura”⁴. Appare dunque necessario fare riferimento all’inserimento della Costituzione in un preciso contesto spaziale così come all’altrettanto complessa relazione tra Costituzione e tempo.

Proprio in queste dimensioni la metodologia scientifico-culturale mostra una particolare utilità ai fini dell’analisi del diritto costituzionale, nella misura in cui essa determina un’apertura del campo del diritto positivo, della normatività costituzionale, rendendo possibile incorporare nello studio della Costituzione tutti gli elementi di natura culturale che possono gettare luce sulla sua comprensione e anche sulla sua applicazione. Soprattutto, però, permette di comprendere – nella sua dimensione oggettiva – la totalità del fenomeno costituzionale nella varietà e ricchezza delle sue manifestazioni.

Esistono infatti una continuità e una relazione dialettica tra la dimensione culturale della Costituzione – che si proietta sull’insieme dell’ordinamento giuridico e sulla stessa società – e il contesto culturale della Costituzione medesima, che incide sulla configurazione, sull’interpretazione e sull’applicazione di essa. La Costituzione è di per sé stessa un prodotto culturale, che interagisce con la cultura di ogni comunità politica, ricevendone stimoli e influenze e generando, a sua volta, influenze e stimoli.

In ultima istanza, nelle Costituzioni del pluralismo, simile “ossatura” culturale entra in relazione non soltanto con il giurista chiamato ad analizzare, interpretare e applicare la Costituzione anche e soprattutto in prospettiva comparata⁵, ma anche – e soprattutto – in rapporto alla società aperta degli interpreti della Costituzione⁶. Questa magistrale costruzione häberliana ci conduce al nucleo stesso della “costituzione come cultura” e all’affermazione del pluralismo come principio fondamentale del diritto costituzionale del nostro tempo. Si tratta di una costruzione che, infatti, incorpora e valorizza l’aspetto soggettivo della dimensione culturale e democratica della Costituzione, attraverso l’apertura dell’interpretazione costituzionale e dello sviluppo costituzionale all’intera cittadinanza⁷.

Nella società aperta degli interpreti della Costituzione si realizza la corrispondenza tra la Costituzione del pluralismo come oggetto dell’interpretazione, in un contesto culturale situato nello spazio e nel tempo, e l’interpretazione plurale di una molteplicità di soggetti, che si apre alla società. Dunque, sia l’oggetto (la Costituzione) che il soggetto dell’interpretazione (la società aperta degli interpreti) esprimono il tessuto pluralistico della Costituzione. Come indica Peter Häberle: “alla costituzione del pluralismo corrisponde un’interpretazione costituzionale aperta; la società aperta degli interpreti della Costituzione è una conseguenza diretta di una democrazia di cittadini”⁸.

Häberle ci propone una formula nella quale ogni persona ha la possibilità di contribuire all’interpretazione costituzionale e dunque di partecipare alla costruzione globale dell’immagine della Costituzione in una determinata società. L’interpretazione costituzione diviene così ricerca di verità ma anche – come avverte Häberle – di giustizia, perché la giustizia è la verità del diritto. Una ricerca di verità condivise, che è opera di ciascun cittadino, che apporta la propria tessera al mosaico comune.

La dimensione metodologica del rapporto tra Costituzione e cultura è quella che verrà sviluppata nel presente lavoro: e infatti, “una concezione scientifico-culturale della Costituzione costruisce ponti per

⁴ Id., *La Constitución en el contexto*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 7/2003, p. 230.

⁵ “No basta con comparar los textos, las teorías y las decisiones judiciales o estipular sus diferencias; también se ha de tener en cuenta que tanto la Constitución en conjunto como sus elementos son parte de la cultura, lo que obliga a comprender su historia diversa y las distintas herencias”: Id., *Comparación constitucional y cultural de los modelos federales*, in *RDCE*, 8/2007.

⁶ “Ciudadanos y grupos, órganos estatales y opinión pública son fuerzas productivas de interpretación: intérpretes constitucionales en sentido amplio [...] se trata de una democratización de la interpretación constitucional que la teoría de la interpretación tiene que preservar. No hay interpretación de la constitución sin que intervengan los ciudadanos activos y la opinión pública”: Id., *Métodos y principios de interpretación constitucional*, cit.

⁷ “La constitución no es solamente una reglamentación legal para juristas [...] sino que también actúa principalmente como guía para quienes no son juristas: los ciudadanos [...] Las constituciones vivas no son solamente obra de los juristas y políticos, sino la obra de todos los intérpretes de la constitución en la sociedad abierta”: Id., *El tiempo y la cultura constitucional*, cit., p. 96.

⁸ Id., *Métodos y principios de interpretación constitucional*, cit.

l'apertura dei contesti"⁹. Nel solco degli insegnamenti häberliani, tenderemo di considerare i contesti per dar conto delle trasformazioni che si stanno verificando negli ultimi anni sul terreno culturale, così da fornire una visione attuale della Costituzione e del costituzionalismo, la quale non si limiti alle questioni formali e permetta piuttosto di comprendere la portata dei problemi e delle sfide che la Costituzione si trova attualmente ad affrontare.

3. Cultura costituzionale e tecnologia nel contesto della globalizzazione

3.1. Il contesto culturale della Costituzione

A partire dalla Rivoluzione francese si sviluppa un'idea di Costituzione con un forte potenziale culturale, nella misura in cui essa racchiude tutti i canoni di legittimità propri del mondo moderno¹⁰. La Costituzione, in quanto legge che governa la società e la politica, presenta le caratteristiche di un concetto di "legge" che, come indicato da García Pelayo, deriva dalle acquisizioni già affermatesi nel campo delle scienze naturali¹¹. La legge – e la Costituzione, in quanto legge politica fondamentale – non è solo l'espressione della volontà generale e, dunque, la massima manifestazione della democrazia, ma esprime anche una razionalità che le è inerente e che replica, sul piano politico, le caratteristiche della legge scientifica. Nella Costituzione si intrecciano dunque i canoni della legittimità scientifica, della legittimità democratica (nei termini in cui viene intesa la democrazia in quel momento storico, nel quale essa è ritenuta compatibile con il suffragio ristretto per censo) e della legittimità che le deriva dal suo essere strumento di progresso e sviluppo (e, in quanto tale, includendo anche la dimensione dei rapporti con il mercato e l'economia).

Nel corso degli ultimi duecento anni (dal 1789 al 1989, per semplificare richiamando due date simboliche, che hanno cambiato il mondo) il costituzionalismo ha progressivamente articolato – e in qualche misura anche ridotto – l'impressionante flusso di legittimità che derivava dall'intreccio di questi diversi canoni. Il primo canone, quello scientifico, perse progressivamente importanza come conseguenza dell'affermarsi di nuove correnti filosofiche e di nuove realtà politiche che hanno trasformato la nozione di legge e quella di Costituzione. La prospettiva deterministica, inerente a questa comprensione scientifica della legge, sarebbe definitivamente tramontata con l'elaborazione popperiana. Popper, infatti, revoca in dubbio il determinismo, affermando che esso non può impedire una evoluzione democratica che, radicata nella società, sia resa possibile dal principio di responsabilità: "Né la natura né la storia possono dirci cosa dobbiamo fare. I fatti, siano essi naturali o storici, non possono decidere di noi, dei fini che ci proponiamo. Siamo noi a dare fine e senso alla natura e alla storia"¹².

Il secondo canone di legittimità – quello democratico – avrebbe subito una radicale trasformazione con il tramonto del suffragio censitario per poi inabissarsi con l'affermazione dei fascismi e dei totalitarismi tra le due guerre. Sarebbe poi riemerso, dopo la seconda guerra mondiale, con la rinascita del costituzionalismo, delle costituzioni normative, della democrazia pluralista e costituzionale.

In ogni caso, la perdita di legittimazione scientifica sarebbe stata solo parziale, mantenendosi viva l'idea di progresso, non estranea alle costituzioni normative. Proprio l'idea di progresso continuerà infatti a far parte della percezione culturale della Costituzione, incanalandosi nell'alveo della Costituzione economica e della specifica declinazione dei rapporti tra capitale e lavoro che essa contiene. In questa prospettiva, la

⁹ Id., *La Constitución en el contexto*, cit., p. 243.

¹⁰ Sul tema affrontato in questo paragrafo, cfr. F. Balaguer Callejón, *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau - Constitution, justice, démocratie*, Paris, 2020.

¹¹ "El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado": García Pelayo, M.: *Derecho constitucional comparado*, 1961, Madrid 1984 (rist.), p. 70.

¹² K.R. Popper, *The Open Society and its Enemies*, 1945 (versione spagnola, Barcelona, 1989). Secondo Popper lo storicismo "trata de desplazar nuestra responsabilidad hacia la historia" porque "el historicismo nace de la falta de fe en la racionalidad y la responsabilidad de nuestros actos" (p. 490).

legittimità economica sarà una costante, nonostante le ripetute crisi economiche, sempre risolte – fino alla penultima di esse, quella del 2008, a carattere sistemico – all’interno del sistema costituzionale.

In termini generali, è possibile affermare che la Costituzione è stata considerata, fino all’avvento del XXI secolo e nonostante la perdita di quella originaria legittimità “scientifica”, come strumento di progresso, di avanzamento della civiltà, in uno con lo sviluppo tecnico ed economico e attraverso le tre funzioni classiche cui ha adempiuto finora. Due di esse derivano dal costituzionalismo francese: la garanzia dei diritti e il controllo del potere. Ad esse si aggiunge la condizione normativa, tipica della tradizione tedesca e di quella italiana e, dunque, la gestione dei conflitti sociali fondamentali attraverso il diritto.

Nel contesto della democrazia pluralista, la Costituzione si arricchisce infine di una nuova dimensione di legittimità, che sostituisce – almeno per certi aspetti – la legittimità scientifica che le veniva attribuita in origine in quanto espressione di una razionalità universale e astratta. Questa nuova dimensione di legittimità è quella giuridica, nella quale confluiscono anche le due classiche funzioni di garanzia dei diritti e di controllo del potere. Proprio dalla diversità di opinioni e visioni del mondo sorgerà il consenso fondamentale, posto alla base delle Costituzioni normative. Una delle funzioni essenziali della Costituzione (normativa) consisterà proprio nella garanzia di tali differenze, nella tutela del pluralismo politico che, in ambito sociale, svolge la medesima funzione della biodiversità in natura.

Dunque, a fronte della legittimazione scientifica, la legittimazione giuridica; a fronte di una democrazia censitaria, una democrazia pluralista; a fronte del “laissez faire”, una Costituzione economica. E si potrebbe proseguire: a fronte dello Stato liberale, lo Stato sociale; a fronte dello Stato di diritto, lo Stato costituzionale di diritto, ecc. Nonostante simili cambiamenti, che implicano profonde trasformazioni sociali e culturali, si può affermare che le fonti di legittimazione del costituzionalismo contemporaneo continuano ad essere quelle del primo costituzionalismo: la Costituzione accompagna il progresso scientifico ed economico delle società, e lo rende possibile attraverso la pacificazione e la stabilità connaturate al diritto. La stessa cultura costituzionale diviene un fattore essere per garantire – nella cornice dello stato nazionale – la certezza del diritto e la pace sociale.

La fiducia nella Costituzione come strumento di progresso, capace di favorire i processi di sviluppo personale e sociale avrebbe continuato a rappresentare – fino alla crisi finanziaria del 2008 – un fattore rilevante anche sul piano culturale. Si pensi, peraltro, già alla Dichiarazione di indipendenza del 1776, nella quale si legge: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”; e si pensi ancora al Preambolo del Trattato istitutivo di una Costituzione per l’Europa del 2004, che affermava: “Convinced that, thus ‘United in diversity’, Europe offers them (the peoples of Europe) the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope”. Felicità e speranza esprimono qualcosa in più rispetto alla legittimità che può essere assicurata dal diritto o dalla politica. Rinviano, piuttosto, a una dimensione di legittimità che trascende tali ambiti per estendersi all’insieme della società, alla vita delle persone: la Costituzione entra a far parte dei referenti culturali che definiscono la civiltà e il progresso dell’umanità.

E tuttavia, i nuovi canoni di legittimità che si vanno sviluppando in modo particolarmente rapido e intenso nel XXI secolo non appaiono del tutto coerenti con il costituzionalismo. Piuttosto, essi si sviluppano ai margini della Costituzione, come sistemi chiusi, dotati una propria logica e capaci di riformare “materialmente” il sistema costituzionale e addirittura di opporsi ad esso, piegandolo alle proprie esigenze. Ciò accade tanto in relazione al canone economico quanto a quello tecnologico di legittimità, i quali – peraltro – tendono a convergere. In entrambi i casi, si assiste addirittura alla costruzione di un autonomo vocabolario – dotato di una propria dimensione politica e “costituzionale” – che esprime una specifica visione del mondo verso la quale si tenta di curvare la stessa esperienza costituzionale.

3.2. La tecnologia come fattore culturale e la sua incidenza sulla Costituzione

La legittimità fondata sul progresso è stata una costante nella storia dell'umanità e un canone presente nel costituzionalismo moderno. La globalizzazione ha in parte cambiato i termini della questione, aumentando incertezza e insicurezza e generando una nuova struttura di pensiero, un contesto differente. Basti confrontare tra loro il pensiero di Popper e quello di Bauman: la società aperta e la società liquida. Ciò che per Popper era una opportunità, e cioè: recuperare spazi di autonomia e responsabilità a fronte del determinismo, la convinzione che la storia non sia scritta una volta per tutte e anzi dipenda da noi, di modo che: "se vogliamo continuare a essere umani, l'unica strada è quella della società aperta. Occorre andare incontro a ciò che resta sconosciuto, incerto e instabile con gli strumenti della ragione che possediamo, per ottenere la sicurezza e la libertà, alle quali aspiriamo"¹³. Tutto questo, in Bauman, è riguardato con inquietudine, come una minaccia capace di aumentare il sentimento di insicurezza nella "società liquida".

Secondo Bauman, il problema fondamentale della società liquida è l'incertezza, non superabile attraverso gli strumenti della ragione o della responsabilità personale: "social forms (structures that limit individual choices, institutions that guard repetitions of routines, patterns of acceptable behaviour) can no longer (and are not expected) to keep their shape for long, because they decompose and melt faster than the time it takes to cast them, and once they are cast for them to set. Forms, whether already present or only adumbrated, are unlikely to be given enough time to solidify, and cannot serve as frames of reference for human actions and long-term life strategies"¹⁴. È il segno di un'epoca nella quale le relazioni umane si vanno frammentando, lo Stato non ha la capacità di risolvere problemi ormai globali, e la responsabilità personale è avvertita come un peso.

Ma cosa è accaduto, esattamente? La globalizzazione, unita allo sviluppo tecnologico ha determinato una eccezionale accelerazione del tempo storico, sovvertendo le coordinate spazio-temporali entro le quali agiva lo Stato nazionale durante il XX secolo, familiari e controllabili.

E tuttavia, l'idea di progresso continua a esistere come fattore culturale di legittimazione. Un'idea di progresso legata agli avanzamenti scientifici e tecnologici, sebbene tale fonte di legittimità non possa andar disgiunta da quella economica, dal momento che anche l'economia condiziona e orienta l'evoluzione dello sviluppo tecnologico. Allo stesso tempo, esiste una autonomia funzionale della tecnologia rispetto all'economia nella misura in cui, dal punto di vista del diritto costituzionale, essa affronta in modo autonomo gli "ostacoli" che possono discendere dai diritti fondamentali o dai limiti giuridici derivanti dalla Costituzione.

Certo, rispetto all'ottimismo rivoluzionario tipico del primo costituzionalismo – quando, cioè, Costituzione e scienza convergevano nel determinare l'auspicato progresso della società, essendo entrambe una manifestazione della stessa ragione universale – molte delle scoperte scientifiche del XX secolo hanno mostrato il lato oscuro, il carattere nefasto che la scienza può assumere non solo in relazione al progresso, ma alla sopravvivenza stessa dell'umanità. E tuttavia, le condizioni storiche nelle quali si verificarono molti di questi avanzamenti scientifici – nell'ambito di regimi totalitari, o nel contesto bellico – hanno impedito di avvertire l'esistenza di una contraddizione fondamentale tra il costituzionalismo e lo sviluppo scientifico e tecnologico. Una certa tensione, come ovvio, è stata inevitabile, ma è stata sempre risolta all'interno dei confini dei sistemi costituzionali che, anzi, si sono trasformati e adattati per fare fronte alle nuove sfide poste dallo sviluppo scientifico, con la finalità di preservare i diritti costituzionali.

Ciò che sta avvenendo, invece, nel XXI secolo e nel contesto della globalizzazione, è una profonda trasformazione dei termini del gioco politico e costituzionale, come conseguenza dello sviluppo tecnologico. Nuovi paradigmi si sono affermati, specie nell'ambito delle comunicazioni, i quali esprimono un notevole mutamento delle coordinate culturali dell'epoca. La globalizzazione non ha soltanto accelerato lo sviluppo tecnologico (tanto che si calcola che i soli primi dieci anni del XXI secolo equivalgano all'insieme delle conquiste scientifiche e tecniche dell'intero XX secolo) ma ha mutato anche la relazione degli esseri umani con lo spazio e il tempo. Il progressivo allargamento degli spazi a livello globale ha prodotto una

¹³ *Ibid.*, p. 216.

¹⁴ Z. Bauman, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge, 2007, p. 1.

correlativa accelerazione del tempo. Si tratta, evidentemente, delle coordinate essenziali entro le quali si sono affermati e sviluppati movimenti, attività e istituzioni sociale che, ora, devono relazionarsi con un contesto molto differente da quello in cui sono nate.

Ciò è vero anche per il costituzionalismo. La sua relazione originaria con lo spazio e il tempo è molto diversa da quella determinata dal contesto della globalizzazione. Per quel che riguarda lo spazio, infatti, il costituzionalismo moderno è stato sempre profondamente vincolato allo Stato: nasce, storicamente, come movimento avente l'obiettivo di limitare e controllare il potere dello Stato e si è progressivamente adattato ai cambiamenti sociali e politici, ma sempre entro la cornice dello Stato nazionale. La proiezione del costituzionalismo a livello sovranazionale sta producendo ulteriori importanti trasformazioni sia per quel che riguarda il concetto di Costituzione, sia per quel che riguarda lo Stato nazionale e il suo sistema costituzionale interno¹⁵. E tuttavia – al di là di simili trasformazioni, che pure potranno condurre in futuro a una rivitalizzazione del costituzionalismo a livello sovranazionale – molte delle funzioni che la Costituzione svolgeva in relazione allo Stato nazionale appaiono oggi in larga misura inefficaci dinanzi ai grandi agenti globali e, in particolare, di fronte alle grandi compagnie tecnologiche che operano a livello globale e non incontrano alcun freno nelle politiche e nelle legislazioni nazionali.

Occorre considerare che la Costituzione statale, così come l'ordinamento giuridico di ogni Stato nazionale, si applica su un territorio concreto e in relazione a una popolazione determinata, di regola, dal criterio di nazionalità. Tuttavia, il contesto digitale nel quale si muovono gli attori globali determina una dissoluzione del territorio statale. I nuovi attori globali, e in particolare quelli che gestiscono i processi comunicativi, si rivolgono a una propria "popolazione", costituita dalle centinaia – a volte migliaia – di milioni di utenti di applicazioni cui si accede secondo gli schemi della contrattazione privata (indipendente dal diritto pubblico statale) e che incidono su un contesto territoriale globale. La Costituzione e lo Stato non sono ovviamente scomparsi, ma sono chiamati a convivere con queste nuove realtà globali, nelle quali si esercita un potere che essi non possono controllare, quantomeno non nelle forme tradizionali del diritto costituzionale.

Per quel che riguarda specificamente lo spazio pubblico nazionale – l'ambito nel quale, cioè, il costituzionalismo si è sviluppato fino ad ora – i mutamenti indotti dallo sviluppo tecnologico, specie attraverso i cd. social network, sono assai rilevanti. La progressiva frammentazione dello spazio pubblico determinata, o almeno favorita dai gestori delle reti sociali digitali rende arduo conseguire quel consenso ampio funzionale a organizzare la società mediante strumenti costituzionali. L'incidenza dello sviluppo delle reti sociali digitali sui diritti fondamentali rappresenta un altro profilo di tensione tra sviluppo tecnologico e impianto costituzionale nazionale. E tuttavia, l'aspetto più rilevante di tale tensione risiede sull'incidenza sulla qualità della vita democratica dello Stato, in relazione all'attività di manipolazione elettorale che alcune piattaforme hanno esercitato, mediante la profilazione su base algoritmica dell'utenza.

Inoltre, lo sviluppo tecnologico ha determinato una nuova percezione culturale del tempo, che appare incompatibile con alcuni dei tratti storici del costituzionalismo. Si pensi, ad esempio, ai processi costituenti, con la loro vocazione a introdurre norme con funzione di integrazione politica e sociale destinate a perdurare nel tempo. Il carattere immediato delle risposte attese ai problemi politici e sociali, tipico dello spazio pubblico digitale, rende complicato pensare nei tempi lunghi propri dei processi costituenti o dei processi di revisione costituzionale. Allo stesso modo, risulta sempre più complicato "programmare" nel tempo, in termini di stabilità, come è proprio delle Costituzioni¹⁶. Il "tempo" delle Costituzioni, in altre parole, non è coerente con le caratteristiche indotte – nello spazio pubblico – dallo sviluppo tecnologico e digitale.

¹⁵ Cfr. F. Balaguer Callejón, *El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83/2008 e Id., *Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización*, in M. Carbonell, H. Fix-Fierro, L. R. González Pérez e D. Valadés (coord.), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, 2015, t. IV, vol. 1, p. 197 ss.

¹⁶ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI*, in *RDCE*, 30/2018.

Nei nuovi contesti comunicativi, dunque, la Costituzione ha smesso di occupare una posizione centrale nello spazio pubblico, risultando sempre più decentrata e marginale, sia sotto il profilo formale che materiale. Formale, a causa degli stessi processi comunicativi digitali – soprattutto nelle reti sociali digitali – che appaiono sempre più incoerenti, quando non del tutto incompatibili, con una cultura costituzionale. Materiale, per quel che concerne i contenuti del dibattito pubblico “digitale”, che appaiono sempre più lontani dai principi e dai valori costituzionali.

Rivitalizzare la Costituzione non è semplice: stiamo infatti assistendo a un mutamento di paradigma che ha prodotto nuovi canoni culturali, la cui trasformazione incide sul modo di intendere lo spazio pubblico, i diritti e la democrazia, ora profondamente condizionata anche dallo sviluppo tecnologico e dalla configurazione della società digitale da parte delle grandi compagnie tecnologiche. Si tratta di una nuova frontiera, i cui contorni non si sono ancora rivelati del tutto.

Non è possibile prevedere se queste trasformazioni culturali evolveranno in senso positivo, vale a dire più vicino alla cultura costituzionale. I problemi, peraltro, non possono essere ricondotti soltanto alle compagnie tecnologiche e al modo in cui stanno incidendo sui processi comunicativi negli “ecosistemi” digitali. Esistono anche altri ostacoli, che derivano dalla natura stessa dello sviluppo tecnologico. Il costituzionalismo dovrà difendere il proprio contributo agli avanzamenti di civiltà, tanto a livello statale quanto a livello sopranazionale, ricorrendo a canali di legittimazione incastonati nella sua storia: i diritti fondamentali, il controllo del potere e la gestione dei conflitti attraverso il diritto. Per questo, sarà indispensabile costruire una narrazione alternativa a quella cui si ispirano i nuovi canoni culturali, che tendono a presentare invece se stessi quali formule scientifiche non contestabili. Una narrazione che difenda il pluralismo e i valori che hanno fatto del costituzionalismo un fattore essenziale nel progresso civile dell’umanità.

4. Cultura digitale versus cultura costituzionale

4.1. Il mondo ibrido: realtà fisica e realtà digitale

La realtà fisica e quella digitale rappresentano ambiti distinti, con condizioni strutturali proprie. La realtà fisica non corrisponde a quella digitale ed entrambe tendono a confluire in un mondo “ibrido” che le integra. Questa realtà ibrida è sempre più presente nelle nostre società e anche nei nostri ordinamenti giuridici. La realtà digitale si è infatti progressivamente estesa, comprimendo quella fisica e proiettandosi su di essa. Nuovi paradigmi culturali stanno emergendo, in questo processo di digitalizzazione della vita che sembra non avere fine. Quasi ogni giorno si registra l’incorporazione di nuovi ambiti di vita in questo processo, ambiti che – fino a quel momento – avevano avuto solo una realtà fisica¹⁷. La digitalizzazione e il mondo ibrido che ne deriva presentano molteplici dimensioni, che devono essere analizzate in prospettiva giuridica. Il diritto si muove infatti in un territorio in parte estraneo alle sue logiche, e occorre essere consapevoli dei disallineamenti tra cultura giuridica e cultura digitale.

È necessario valutare, pertanto, in quale misura la realtà ibrida possa rivelarsi compatibile con la cultura giuridica e, in particolare, con la cultura costituzionale che si è sviluppata nel contesto dello stato di diritto. Tale valutazione, peraltro, deve investire tutti gli ambiti della cultura costituzionale stessa: i diritti fondamentali, la democrazia, la configurazione dell’ordinamento giuridico e dei processi politici e giuridici che organizzano il pluralismo, così strutturando la democrazia costituzionale. Una simile analisi deve altresì considerare la relazione dialettica che sussiste tra realtà fisica e realtà digitale nel processo della loro ibridazione: ed è proprio tale interazione a rivestire particolare interesse dal punto di vista scientifico.

In questa prospettiva è possibile isolare, anzitutto, una differenza essenziale tra le due realtà, che rileva sul piano giuridico, definendo al tempo stesso il contesto nel quale ognuna di esse opera. Semplificando, potrebbe affermarsi che: la realtà fisica è statale ed è sottomessa al diritto pubblico, mentre la realtà digitale è globale e sottomessa al diritto privato. Siamo dunque in presenza di due

¹⁷ Cfr. Id., *Inteligencia artificial, democracia y derechos*, in W. Santiago Guerra Filho, L. Santaella, D. Kaufmann, P. Cantarini, *Direito e Inteligência Artificial: Fundamentos*, vol. 1, Rio de Janeiro, 2021.

asimmetrie assai rilevanti: le due realtà non sono differenti soltanto in relazione alla loro natura. E infatti, il mondo digitale non si limita a fornire una immagine speculare del mondo fisico: piuttosto, in conseguenza della distinta configurazione dei fattori di potere e dei canoni culturali nei due “mondi”, la realtà digitale finisce per incidere su quella fisica, riorganizzandola in funzione – tra l’altro – degli interessi delle grandi compagnie che gestiscono la realtà digitale.

In altre parole, la realtà digitale non si limita a riflettere la realtà fisica, ma la trasforma, di modo che la cultura costituzionale, i diritti fondamentali, l’idea di democrazia, lo Stato di diritto e la stessa configurazione dell’ordinamento giuridico finiscono per veder mutare la propria configurazione. Si pensi, ad esempio, all’ordinamento giuridico, tradizionalmente strutturato su tre principi funzionali a garantire la certezza del diritto quali l’unità, la coerenza e la completezza¹⁸. La realtà “ibrida” ostacola, ad esempio, il carattere unitario dell’ordinamento giuridico, dal momento che una parte di essa ha carattere globale, segue le regole del diritto privato ed è estranea al sistema statale delle fonti del diritto.

Nemmeno la coerenza dell’ordinamento può avere piena realizzazione, poiché esistono conflitti tra la regolazione privatistica – con respiro globale – della realtà digitale e il diritto pubblico statale: conflitti che, al momento, non sempre trovano soluzione. Una delle principali difficoltà deriva dalla trasformazione dell’ordinamento giuridico statale determinata dall’egemonia che esercitano, nel processo di digitalizzazione, le grandi compagnie tecnologiche private. La nuova realtà ibrida risulta infatti regolata nella sua dimensione digitale, in larga misura, da clausole contrattuali che si collocano al di fuori dell’ordinamento statale e si muovono nella sfera del diritto privato. L’allargamento dello spazio pubblico di tutela dei diritti della persona – una delle grandi conquiste della cultura giuridica del nostro tempo – appare ora limitato (anche a livello sopranazionale) dalla configurazione ibrida del mondo e, in particolare, dal fatto che la dimensione digitale è in gran parte una sfera “libera dal diritto”.

Né disponiamo più di un ordinamento giuridico completo, dal momento che lo Stato regola ormai solo una parte della realtà, quella fisica, e in modo per giunta limitato. Esiste, poi, una dimensione della realtà che non è sottomessa allo Stato e in relazione alla quale lo Stato non può garantire la certezza del diritto, che è un principio fondamentale nella nostra cultura giuridica. Senza certezza del diritto, potrebbe dirsi, non c’è diritto: ma la certezza del diritto è principio che può realizzarsi principalmente in seno ai sistemi giuridici nazionali, nella misura in cui esso richiede la presenza di un ordinamento unitario, coerente e completo. Dal momento che, invece, la maggior parte delle regole che governano la realtà digitale (sempre più rilevante nel mondo “ibrido”) sono predisposte da attori privati globali in posizione di dominio rispetto alle persone assoggettate a quelle regole, la certezza del diritto appare alquanto indebolita.

Ci troviamo, insomma, in uno snodo tra epoche diverse, immersi in una trasformazione radicale che incide sulla cultura giuridica frammentando il sistema delle fonti del diritto. Uno scenario profondamente diverso da quello nel quale operavano gli ordinamenti giuridici che abbiamo studiato finora, che erano statali e dotati di un sistema di fonti capace di permeare giuridicamente ogni ambito della realtà. Uno scenario nel quale, in particolare, protagonisti sono gli attori privati globali, che operano secondo schemi privatistici restando sottoposti al potere statale in ambiti molti limitati: si tratta, ovviamente, di tendenze in via di consolidamento, che tuttavia incrinano le certezze derivanti dalla cultura costituzionale omogenea e unitaria che aveva finora caratterizzato la nostra realtà di riferimento.

4.2. *Cultura digitale versus cultura costituzionale*

Il mondo digitale è governato da algoritmi. Essi regolano già una gran parte della nostra realtà, che è frammentata e ibrida, fisica e digitale. Ciò non sarebbe un problema, se la cultura giuridica che articola la realtà digitale fosse la stessa che articola la realtà fisica. In altri termini, il problema non si porrebbe se la regolazione della realtà digitale, pur essendo globale e basata su logiche privatistiche, si fondasse allo stesso tempo su principi e valori coerenti con quelli della cultura costituzionali sviluppatasi nella realtà

¹⁸ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, Madrid, 2022 (1a ed. 1991).

fisica, in relazione alle Costituzioni “analogiche”. In questo caso, la medesima cultura giuridica verrebbe proiettata “nel paese degli algoritmi”, secondo accettabili canoni di omogeneità.

Tuttavia, accade esattamente il contrario: il “paese degli algoritmi” non è un paese per giuristi, in quanto la realtà digitale si ispira a principi molto diversi da quelli che hanno caratterizzato finora la nostra cultura giuridica e, in particolare, la nostra cultura costituzionale. Ciò è confermato da alcuni esempi che dimostrano come fatti identici possano avere diversa rilevanza, nel mondo fisico e in quello virtuale, in relazione ai diritti fondamentali e ai principi costituzionali. Si pensi, così, alle abituali ipotesi di corruzione, quando esse sono considerate dalle autorità ovvero dalle compagnie tecnologiche.

Anzitutto, per quel che riguarda l’individuazione di questi fatti, nel mondo fisico ciò avverrebbe alle condizioni dettate dalla Costituzione “analogica”. La conoscenza dei fatti è qui assoggettata a condizioni specifiche, funzionali a garantire la segretezza delle comunicazioni: preventiva autorizzazione da parte del giudice, basata su indizi sufficienti a giustificare la deroga alla segretezza. Nel mondo virtuale, al contrario, le compagnie tecnologiche hanno accesso permanente e illimitato ai dati, senza che esistano ipotesi di limitazione garantite dalla legge. Si tratta di processi di raccolta di dati gestito da algoritmi: processi che prevedono la lettura dei nostri messaggi, l’ascolto delle nostre conversazioni in qualunque luogo – incluso il nostro domicilio – e l’utilizzo dei dati derivanti dalla nostra attività online, svolta con qualunque strumento, dal telefono al computer fino a casse e televisori “intelligenti”. E già così assistiamo a una rilevante rottura della nostra cultura giuridica, legata a una vera e propria distorsione dei diritti nel mondo digitale rispetto al mondo fisico.

Per ciò che riguarda invece l’elaborazione di questi stessi fatti, nel mondo fisico lo Stato avrebbe proceduto contro gli autori dei delitti di corruzione processandoli e applicando le sanzioni previste dal diritto penale. La risposta dell’ordinamento giuridico a fatti di corruzione implicanti, ad esempio, guadagni illeciti di svariate centinaia di migliaia di euro, non potrebbe che passare per la repressione penale e le relative sanzioni previste dalla legge: sanzione giuridica, ma anche sanzione etica.

Il mondo virtuale segue invece altre regole. Le compagnie tecnologiche sono in condizione di conoscere in maniera molto più precisa rispetto allo Stato la portata dei fatti di corruzione e l’entità dei guadagni illeciti lucrati dagli autori di questi delitti. Il controllo che esse hanno sull’attività che questi soggetti svolgono online è totale e per questo riescono a determinare l’esatta portata dei fatti in modo molto più affidabile. E tuttavia, esse non hanno interesse a riparare il danno sociale che si è prodotto, né a prevenire la commissione di ulteriori delitti. Al contrario il loro interesse è quello di mantenere introiti significativi attraverso la pubblicità: si pensi che il 98% degli introiti di Facebook proviene dalla pubblicità. Pertanto, questioni etiche e giuridiche non sono prioritarie per le compagnie, così come l’impatto sociale delle applicazioni e degli stessi algoritmi. L’ipotesi più probabile, in questo caso, è che l’autore del reato di corruzione riceva... pubblicità personalizzata relativa ai prodotti finanziari idonei a reinvestire i proventi del reato!

Questo è solo un esempio, ma se ne potrebbero fare altri, ancora più evidenti: si pensi a delitti ancora più gravi, come l’omicidio, in relazione ai quali gli autori potrebbero ricevere pubblicità personalizzata online su utensili o strumenti specifici – come diverse tipologie di veleni – sulla base di ricerche svolte in precedenza. Per quanto tutto ciò possa sembrare strano, quel che è certo è che la realtà fisica e quella virtuale non sono due facce di una stessa medaglia né la seconda è il riflesso speculare della prima. La realtà virtuale segue le proprie regole: gli algoritmi che la governano non sono stati programmati per individuare ed eventualmente ostacolare attività illecite, ma soltanto ad elaborare i dati derivanti dalle attività svolte online per indirizzare le vendite pubblicitarie.

Nel mondo digitale, tutti questi dati non hanno alcun valore etico né sono giuridicamente inquadrati: sono meri dati. La freddezza nell’elaborazione dei dati, appena descritta, descrive bene la differenza di funzionamento della cultura costituzionale nei due ambiti della realtà fisica e di quella digitale. La Costituzione “analogica” proclama principi e valori orientati al rispetto e alla garanzia dei diritti fondamentali. Ciò è molto lontano dal mondo digitale, che appare invece ispirato a criteri di carattere strettamente economico. Infatti, è il guadagno delle grandi compagnie tecnologiche che danno forma al mondo digitale attraverso piattaforme e applicazioni a condizionare il tipo di dati oggetto di raccolta e la loro elaborazione attraverso algoritmi.

4.3. *La regressione della cultura costituzionale nell'economia digitale*

Nell'economia digitale, le compagnie tecnologiche finiscono spesso per potenziare dati "cattivi": ad esempio, capita che esse siano più interessate alle fake news piuttosto che alle notizie autentiche, perché le prime – più attrattive per gli utenti – garantiscono un rendimento maggiore. Il risultato, però, è che nell'economia digitale si produce una trasformazione della realtà e molti suoi elementi vengono valutati in modo diverso da come verrebbero valutati alla stregua della cultura giuridica tradizionale. Si tratta di una trasformazione estremamente rilevante, nella misura in cui essa genera una distorsione degli elementi presenti nella realtà, i quali vengono ordinati secondo criteri differenti da quelli coerenti con principi e valori costituzionali e coincidenti – in buona sostanza – con l'interesse economico: un criterio incompatibile con la prospettiva giuridica, che attribuisce alla Costituzione la funzione di pacificare e risolvere conflitti garantendo i diritti fondamentali.

Simile distorsione riguarda gli stessi diritti fondamentali, che tendono a divenire una merce, semplici dati che è possibile utilizzare secondo criteri economici e che, pertanto, non sono vincolati al quadro di principi e valori che invece li ordina nelle Costituzioni "analogiche"¹⁹. Una trasformazione che, peraltro, si lega strettamente agli effetti della globalizzazione e alla rottura della Costituzione economica nazionale²⁰.

Si tratta di tendenze, ovviamente: non possiamo affermare infatti che lo Stato sia rimasto completamente sprovvisto della capacità di incidere sulle dinamiche economiche. E tuttavia, nel contesto globale la costituzione economica nazionale subisce una rottura. La categoria fondamentale non è più il produttore, ma il consumatore, perché l'economia appare sempre più orientata al commercio e al consumo globale. Il consumatore è allora la categoria centrale nelle dinamiche della globalizzazione, ma questo incide fortemente sulla realtà digitale, considerato che essa è fortemente orientata a pubblicizzare e vendere prodotti. Inoltre, nella società digitale la categoria fondamentale di diritti è quella legata alla protezione dei dati personali, che appare quasi come un jolly attorno al quale si organizzano tutti gli altri diritti rilevanti in ambito digitale (un po' come, nel contesto della globalizzazione, i diritti del consumatore rappresentano un jolly attorno al quale si articolano gli altri diritti).

Un esempio di quanto appena osservato si è avuto – durante la crisi economica – con gli interventi della Corte di Giustizia a favore dei diritti dei consumatori che, in alcuni casi, ha ad esempio consentito di proteggere il diritto all'abitare. E tuttavia, il diritto all'abitazione non viene in questi casi direttamente collegato a principi costituzionali, come ad esempio la dignità umana, o alla configurazione costituzionale dei diritti: al contrario, la sua protezione viene ancorata ai diritti dei consumatori e in particolare alla sicurezza della circolazione dei diritti. Insomma, i due diritti che stanno diventando cardine della globalizzazione e del mondo digitale – i diritti dei consumatori e la protezione dei dati – non si configurano quali espressione di principi costituzionali. La loro natura muta ed è oggetto di distorsione: non si tutela il diritto a una abitazione dignitosa, ma il riconoscimento del diritto all'abitazione avviene in funzione di una determinata configurazione processuale dei diritti dei consumatori.

La realtà digitale non rappresenta semplicemente il riflesso della realtà fisica: piuttosto, la distorce e la adatta a nuove condizioni, curvandola su di esse. Ciò accade anche in relazione ad altri diritti, come ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto ad essere informati. Prima dell'avvento della realtà digitale, i tradizionali mezzi di comunicazione erano a disposizione delle persone che volevano informarsi, esprimere le proprie idee ed esercitare tali diritti nello spazio pubblico della società democratica cui quei mezzi di comunicazione contribuivano a dare forma in modo decisivo. Le persone cercavano attivamente informazioni attraverso i mezzi di informazione, costruendo così la propria percezione della realtà.

Negli ecosistemi digitali cui danno vita le applicazioni e le piattaforme messe a disposizione dalle compagnie tecnologiche, le informazioni entrano invece a far parte dell'economia digitale, come semplici dati. In questi ecosistemi, allora, una specifica informazione di grande interesse – che possa magari

¹⁹ Cfr. Id., *Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto*, in W.C. Rothenburg (coord.), *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*, Londrina, 2021.

²⁰ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, in *federalismi.it*, num. sp., 5/2019.

condizionare le dinamiche dello spazio pubblico – o una opinione meditata su temi di grande spessore ha la stessa rilevanza dell’ultima foto che si riceve da un contatto o di un video buffo. L’ambito personale e quello sociale si confondono, in un ambiente nel quale capita anche di giocare, di divertirsi con informazioni superficiali, di comunicare con gli amici o di mostrare parti della nostra vita privata. In questi ecosistemi, allora, la libertà di espressione e la libertà di informazione non hanno la specifica funzione di configurare lo spazio pubblico di una società democratica, ma sono semplicemente dati come tutti gli altri e non hanno valore diverso dagli altri elementi della realtà digitale.

Ci troviamo pertanto di fronte a una realtà digitale che non solo è globale e soggetta a logiche privatistiche – laddove la realtà fisica ha dimensione per lo più nazionale ed è soggetta al diritto pubblico – ma, allo stesso tempo, produce una rilevante torsione della cultura giuridica e della cultura costituzionale sulla quale si è basata finora la costruzione delle nostre società. Si tratta di un cambio di epoca, di una trasformazione profonda che incide addirittura sulla stessa percezione della realtà.

Negli ecosistemi digitali, i nuovi mediatori – le compagnie tecnologiche – esercitano un potere che, tuttavia, non è strettamente privato, nella misura in cui occupano e monopolizzano uno spazio pubblico. Si tratta di un vero e proprio potere sovrano, nel proprio ordine, paragonabile – in quell’ambito – al potere di uno Stato autoritario nei confronti dei propri sudditi. Da un lato, questi soggetti possono condizionare la libertà di espressione degli utenti, fino ad espellerli dalla piattaforma. Dall’altro, producono un ambiente comunicativo nel quale la libertà di espressione, anziché contribuire al dibattito democratico e all’articolazione del pluralismo, si converte in uno strumento di divisione sociale e radicalizzazione che determina a sua volta una specie di “monismo plurale” caratterizzato da una sempre maggiore incomunicabilità tra le diverse visioni del mondo: un pluralismo di posizioni moniste ed escludenti, che non riconoscono posizioni diverse.

Questi nuovi mediatori hanno sviluppato una straordinaria capacità in termini di configurazione della narrazione della realtà, la quale non ha precedenti nella storia. Nei sistemi democratici, i mezzi di comunicazione tradizionale tentano certo di influire sulla narrazione dominante, contribuendo alla costruzione sociale della realtà. Nei sistemi dittatoriali si può parlare di ricostruzione della realtà secondo gli interessi del dittatore o del gruppo di potere dominante. Nei nuovi contesti comunicativi digitali, e anche nei sistemi democratici, la tendenza va nella direzione di una distruzione della realtà, vale a dire di una percezione sociale condivisa della realtà.

I mezzi di comunicazione tradizionali costruivano narrazioni che potevano certo essere ricondotte a diverse tendenze politiche, anche se non necessariamente a scelte a favore dell’uno o dell’altro partito, e così partecipavano alla costruzione della realtà. I nuovi mediatori non costruiscono narrazioni, ma aprono applicazioni e piattaforme a tutte le possibili narrazioni, pur tenendo a privilegiare – attraverso gli algoritmi e per ragioni di rendimento economico – quelle che promuovono notizie false e realtà alternative, se attirano maggiormente l’attenzione del pubblico. Non riflettono insomma la realtà delle società nelle quali operano, né agiscono come piattaforme rappresentative della libertà di manifestazione del pensiero. Tutto al contrario, nel potenziare notizie false e realtà alternative determinano un profondo conflitto sulla realtà, che ha un forte potenziale distruttivo.

Bisogna sottolineare anche una volta che stiamo parlando di tendenze, che pure vanno consolidandosi. Ovviamente, la percezione sociale condivisa della realtà non è stata completamente distrutta, anche nella realtà virtuale. Né può affermarsi che i diritti abbiano subito una trasformazione radicale, che la democrazia sia giunta a un punto di non ritorno o che lo stato di diritto non sia recuperabile.

Si assiste, piuttosto, a una forte tensione tra la dimensione fisica e quella virtuale o digitale della contemporanea realtà ibrida. Una tensione dovuta al fatto che entrambe esprimono una diversa configurazione della realtà: la realtà stata, basata sul diritto pubblico e quella globale, basata invece sul diritto privato. La cultura giuridica, in questi differenti contesti, conosce differenti livelli di sofferenza: è sempre più precaria nella realtà fisica – a causa della crescita continua della dimensione digitale – e incontra gravissime difficoltà nel conformare la realtà digitale.

Il diritto stesso sta conoscendo una distorsione permanente negli ecosistemi digitali che – a causa della presenza di nuovi mediatori dei processi comunicativi – tendono sempre più a presentarsi come sfere “libere dal diritto”. Pertanto, appare necessario e urgente introdurre una regolazione giuridica che,

rendendo possibile la nascita di una cultura costituzionale in questi ecosistemi, consenta alle persone che accedono a tali spazi di rimanere libere, autodeterminate e dotate di diritti fondamentali.

Occorre intervenire nella realtà digitale affinché non si perdano i progressi ottenuti, in termini di civilizzazione, grazie alla cultura giuridica e costituzionale del nostro tempo: anche la realtà digitale deve essere assoggettata alla nostra cultura costituzionale, basata sullo stato di diritto, sulla democrazia, sui diritti fondamentali, per fare in modo che tali elementi fondamentali per la convivenza non scompaiano nell'ambito digitale.

D'altra parte, l'esistenza di sfere "libere dal diritto" in ambiti nei quali si esercita potere rappresenta un sostanziale arretramento in termini di civiltà. Un elemento essenziale della cultura costituzionale è infatti proprio il controllo del potere, per evitare abusi e garantire i diritti. Gli ecosistemi digitali non possono occupare lo spazio pubblico e i processi comunicativi in maniera monopolistica, con la pretesa di assoggettare le loro attività esclusivamente al diritto privato e alla libertà contrattuale.

5. Conclusioni

La cultura costituzionale è interessata da una profonda involuzione, prodotta dalle trasformazioni culturali determinate dall'uso delle tecnologie nel quadro della terza globalizzazione. Di fronte ai nuovi valori promossi dal progresso tecnologico, la Costituzione sembra non avere nulla da offrire. Nell'ambito digitale, mentre i progressi continui generano soddisfazione e dipendenza, la cultura giuridica e costituzionale è percepita come un limite, una esigenza di regolazione che può pregiudicare i servizi offerti dalle grandi compagnie tecnologiche.

La configurazione ibrida del mondo contemporaneo si fonda sulla frammentazione e sul conflitto tra una realtà digitale di portata globale e regolata dal diritto privato e una realtà fisica di portata statale, regolata dal diritto pubblico. A questa suddivisione deve essere affiancata quella tra la Costituzione "analogica" che regola il mondo fisico e la costituzione "digitale" il cui impatto sulla regolazione della realtà virtuale e dell'intelligenza artificiale è ancora molto ridotto e incontra limiti significativi nel carattere globale delle grandi compagnie tecnologiche.

L'avvento della società digitale sta determinando un mutamento di paradigma che mette la Costituzione in una posizione molto difficile di fronte ai fattori di potere che caratterizzano il nuovo ordine globale. Non si tratta solo di nuove strutture, procedimenti e tecniche della società digitale, sintetizzate in algoritmi sempre più presenti nelle nostre vite. Si tratta anche di nuovi modelli culturali, che stanno trasformando il modo di pensare e i valori che ispirano le nostre società.

Queste trasformazioni non sono frutto del caso né di uno sviluppo tecnologico posto al servizio del progresso sociale come contributo al benessere generale. Al contrario, esse sono il risultato dell'azione cosciente di nuovi soggetti del potere, che stanno promuovendo la distruzione della politica e l'indebolimento estremo dei valori e dei diritti costituzionali. Gli algoritmi, d'altro canto, non si programmano da soli e, anche nel quadro del machine learning, deve esserci sempre qualcuno che decida a cosa essi servono e come devono compiere la loro funzione principale, che solitamente è quella di favorire il rendimento economico. La crescente incompatibilità tra la Costituzione e il mondo digitale non è una questione tecnica, ma una costruzione ideologica complessa, posta al servizio di un maggior beneficio per gli attori globali della nostra epoca.

La cultura costituzionale deve allora offrire narrazioni e costruzioni dottrinali, in ambito accademico e scientifico, che contribuiscano a rivalutare la posizione della Costituzione nell'ordinamento giuridico e nello spazio pubblico. Nel contesto di progressi tecnologici e trasformazioni culturali che producono un vero e proprio cambio di paradigma, anche la Costituzione deve cambiare. Nella tensione tra mondo digitale e mondo fisico, la cultura costituzionale deve offrire la sua capacità ordinante, fondata sui diritti fondamentali, per convertire quella tensione in una dialettica produttiva che consenta autentici avanzamenti di civiltà.

Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione della cultura costituzionale in relazione alla società digitale e all'intelligenza artificiale nel contesto della terza globalizzazione. Le trasformazioni che avvengono nel terreno culturale. Le trasformazioni in atto in campo culturale stanno influenzando negativamente la posizione della costituzione nello spazio pubblico, la democrazia e i diritti fondamentali. Queste trasformazioni rispondono agli interessi economici delle grandi aziende tecnologiche che stanno configurando le nuove realtà digitali in funzione di questi interessi. Su tali premesse, assume rilevanza la necessità di una maggiore coerenza tra lo sviluppo tecnologico e i valori e principi del patrimonio costituzionale europeo e mondiale.

Parole chiave: costituzione, cultura costituzionale, cultura digitale, intelligenza artificiale, aziende tecnologiche, algoritmi

*

The paper analyzes the evolution of constitutional culture in relation to the digital society and artificial intelligence in the context of the third globalization. The transformations that have been taking place in the cultural field are negatively affecting the position of the constitution in the public sphere, as well as democracy and fundamental rights. These transformations respond to the economic interests of large technology companies, which are shaping the new digital realities based on these interests. On such premises, the need for greater coherence between technological development and the values and principles of the European and global constitutional heritage becomes relevant.

Key words: constitution, constitutional culture, digital culture, artificial intelligence, tech companies, algorithms

Costituzionalismo tecnologico

Tommaso Edoardo FROSINI*

Sommario: 1. *Ubi societas technologica, ibi ius* 2. Il costituzionalismo nel Ventunesimo secolo 3. I nuovi diritti costituzionali nell'era di Internet. Il diritto di accesso 4. Segue: il diritto alla libertà di espressione 5. Segue: il diritto alla privacy 6. Segue: il diritto all'oblio 7. Democrazia e società tecnologica 8. Internet, la libertà e la legge

1. *Ubi societas technologica, ibi ius*

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

Si assiste, a seguito dell'affermarsi della tecnologia, a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo di metamorfosi della figura del giurista come umanista in quella del giurista tecnologico². Il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti. Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro "tono costituzionale", che li collocano, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa. Un esercizio ermeneutico in virtù del quale si applicano i tradizionali diritti di libertà costituzionali ai fenomeni della tecnologia informatica, che è quella in particolare di cui mi occupo nel presente scritto³.

Ritengo che le tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico⁴. Certo, le tecnologie non producono solo libertà, per così dire: la tecnologia può essere al servizio dell'uomo buono o cattivo, del governante illuminato o del despota; in uno Stato costituzionale liberale, però, l'indirizzo politico dovrebbe essere sempre rivolto verso interventi che valorizzano e accrescono le libertà dell'individuo, e l'utilizzo delle tecnologie non può che essere strumentale a questo obiettivo. È questo il compito, ovvero la sfida che spetta al costituzionalismo nel Ventunesimo secolo: fare convivere, in perfetta armonia, le libertà dell'individuo con la tecnologia.

* Professore di Diritto pubblico comparato e di Diritto costituzionale, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

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

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

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

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

2. Il costituzionalismo nel Ventunesimo secolo

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

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

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

È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni. Ci troviamo di fronte, indubbiamente, a una nuova forma di libertà, che è quella di comunicare con chi si vuole, diffondendo le proprie opinioni, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Libertà di comunicare, quindi, come libertà di trasmettere e di ricevere. Non è più soltanto l'esercizio della libera manifestazione del pensiero dell'individuo, ma piuttosto la facoltà di questi di costituire un rapporto, di trasmettere e richiedere informazioni, di poter disporre senza limitazioni del nuovo potere di conoscenza conferito dalla telematica. Si viene così a dare piena attuazione all'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'Onu, che così ha chiaramente precisato il diritto di libertà di manifestazione del

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

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

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

⁸ Problema esaminato con tratti chiaroscuri da P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (cur.), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017, p. 3 ss.

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

pensiero: “cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee”. Formulazione perfetta, anche e soprattutto nell’età di Internet.

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

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

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

Nel Ventunesimo secolo si staglia chiaramente l’orizzonte giuridico dell’Internet¹². Che è anche il nuovo orizzonte del costituzionalismo contemporaneo, come è stato chiaramente dimostrato, in particolare, dalle pronunce della Corte Suprema Usa prima e del *Conseil Constitutionnel* francese poi¹³, che hanno riconosciuto e affermato il diritto di accesso a Internet, da declinare quale libertà di espressione. È significativo che proprio nei due Paesi dove è sorto il costituzionalismo, seppure inizialmente muovendosi su due opposti sentieri, si registra un nuovo metodo interpretativo di rileggere e applicare due antiche norme – il I° Emendamento della Costituzione Usa (1787) e l’articolo 11 della Dichiarazione del 1789 – pensate, scritte e approvate più di due secoli fa per affermare e tutelare la libertà di informazione: quella di ieri, di oggi e di domani, è davvero il caso di dire. Infatti, da queste norme, da quei chiari e limpidi orizzonti del costituzionalismo, che si aprivano alla modernità, oggi si cerca e si trova il nucleo fondante costituzionale per riconoscere e garantire le nuove forme espressive di comunicazione elettronica, con particolare riguardo a Internet. Si sta formando, a livello giurisprudenziale e grazie a un’accorta opera d’interpretazione costituzionale, un *diritto costituzionale di accesso a Internet*: perché nel contesto di una diffusione generalizzata di Internet, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea. Ed è compito degli Stati rimuovere gli ostacoli che impediscono di fatto l’esercizio di questo servizio universale a tutti i cittadini, che invece deve essere garantito attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Quindi, il diritto di accesso a Internet, da intendersi come libertà informatica, è da considerarsi *una pretesa soggettiva a*

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

¹¹ Cfr. G. Ghidini, D. Manca, A. Massolo, *La nuova civiltà digitale. L’anima doppia della tecnologia*, Milano, 2020.

¹² V. Frosini, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. Inf.*, 2/2000, p. 271 ss.

¹³ Per la giurisprudenza statunitense: *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F. Supp. 824 (E.D.Pa. 1996), tr. it. in *Dir. Inf.*, 4(5), 1996, con sviluppi in Corte Suprema 521 US 844 (1997), tr. it. in *Foro it.*, p. IV-2, 1998, c. 23 ss. Per la giurisprudenza francese: *Conseil Constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, tr. it. in *Dir. Inf.*, 3/2009, p. 524 ss.

*prestazioni pubbliche*¹⁴. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Anche perché, "lo sviluppo di Internet e la crescita dell'esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti"¹⁵.

Il diritto di accesso è strumentale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche il diritto al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, o piuttosto la libertà di impresa. Oggi, nella società dell'informazione o, se si preferisce, nell'era dell'accesso¹⁶, non avere la possibilità di accedere a Internet significa vedersi precluso l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza, soprattutto nei rapporti con la pubblica amministrazione. Il diritto di accesso si declina sotto due diversi ma collegati profili: *a) diritto di accesso al contenuto*, e quindi come strumento necessario per la realizzazione della libertà di manifestazione del pensiero. Se questa libertà diciamo *on line* è esercitabile se e in quanto si accede alla Rete, l'accesso non è solo strumento indispensabile ma diventa momento indefettibile dell'esercizio della libertà, senza il quale essa verrebbe snaturata, cancellata; *b) il secondo profilo*, invece, si riferisce al *diritto di accesso a Internet quale diritto sociale*, o meglio *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza¹⁷. Ancora: il diritto di accesso, come è stato sostenuto, «si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete»¹⁸. Quindi, non tanto e non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete Internet ma piuttosto come diverso modo d'essere della persona nel mondo e come effetto di una nuova e diversa distribuzione del potere sociale.

4. Segue: il diritto alla libertà di espressione

Come è cambiato il senso e il significato della libertà di manifestazione del pensiero nell'era di Internet? In maniera assai significativa, anche perché ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza "filtri", ovvero senza mediazioni di sorta, un *open network*. Infatti: basta creare un sito Internet, ovvero entrare in un sito: senza vincoli amministrativi e con una diffusione planetaria, accessibile a tutti (a condizione di avere un *computer* o un *tablet* e una connessione), immediato nella esecuzione, in grado di racchiudere in sé audio, scritto e video, con uno spazio illimitato di memoria e con il pieno e vario utilizzo di strumenti automatici di reperimento di quel che si cerca. Quindi, con Internet, chiunque può rendere pubbliche idee e opinioni attraverso la creazione e la gestione di un proprio *server*, ovvero attraverso l'apertura di un proprio sito *web*. In tal modo, ognuno può essere stampatore, direttore e editore di sé stesso, diffondendo notizie in rete senza appartenere ad alcun ordine professionale. Tutto un agire individuale, insomma; un uso concreto ed effettivo da parte di milioni di persone. Quindi, per dirla con la giurisprudenza statunitense: "[Internet], la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora

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

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

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

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

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

realizzata”. Anche perché – grazie a Internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. E questo lo sarà sempre più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo e formandosi alimentata da *Facebook, Twitter, You Tube, web communities, sms, skype, blogs* e continue evoluzioni. Questo determinerà una concezione assolutamente nuova e diversa dell’identità, che si articolerà in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L’identità digitale, quindi, si articola sulla base di un flusso continuo di informazioni, che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti, che costruisce, modifica e fa circolare immagini di identità altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale¹⁹. Insomma, una situazione di sicuro progresso in termini di libertà individuale ma anche di iniziativa economica privata. È stato argutamente detto, che “solo chi è rimasto alla preistoria del diritto e si aggira ancora armato di clava cercando di inventare la ruota, non si rende conto del passaggio epocale che si è verificato nelle società evolute in questi anni: la possibilità di accedere sempre, dovunque a tutta la conoscenza racchiusa in testi digitali; la possibilità di comunicare sempre dovunque e a costi minimi con tutti; la possibilità di diffondere sempre e dovunque a tutto il mondo il proprio pensiero. E solo i cavernicoli non si accorgono del circuito inarrestabile fra accesso alle fonti di conoscenza, creazione di forme di scambio di esperienze, diffusione di nuove idee, e creazione di nuova conoscenza”²⁰.

5. Segue: Il diritto alla *privacy*

Un altro diritto da prendere sul serio, nel costituzionalismo della società tecnologica, è quello della *privacy*. Un diritto che nasce come una nuova esigenza di libertà personale. È nota ma vale la pena ricordare l’origine del *right to privacy*, che venne teorizzato, per la prima volta, in un articolo, così intitolato, scritto da due giuristi statunitensi, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, e pubblicato sulla *Harvard Law Review* nel 1891. Si invocava «il diritto di godere della vita, ovvero il diritto di starsene soli (*right to be let alone*)»: un diritto individuale di libertà da esercitare e tutelare specialmente nei confronti delle intrusioni, allora, della stampa nel riportare al pubblico fatti o elementi strettamente personali, la cui conoscenza avrebbe comportato disdoro e imbarazzo nella persona interessata. “Diritto a essere lasciati soli”, che si riteneva essere stato violato dalla stampa dell’epoca nel dare notizia, con dovizia di particolari, delle sontuose feste che si tenevano nella villa bostoniana di Warren. Non si chiedeva però di esaltare la difesa della solitudine fisica, ma piuttosto di ricondurre la *privacy* alla tutela dei valori di autonomia e dignità dell’individuo, che comprendono anche la protezione della sua cerchia familiare e persino di quella societaria, in cui egli ha scelto di collocarsi.

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

¹⁹ Sul punto, v. E. Bassoli, *La disciplina giuridica della seconda vita in Internet: l’esperienza Second Life*, in *Inf. Dir.*, 1/2009, p. 165 ss.

²⁰ V. Zeno Zencovich, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi Cost.*, 1/2010, p. 71.

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

sanitari o sessuali, e quindi alla possibilità che la conoscenza di questi possa consentire un trattamento discriminatorio nei confronti di chi è affetto da una certa malattia oppure le cui scelte sessuali sono diversificate.

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

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

La questione oggi è resa più complessa con i cd. *big data*²³: si tratta dell'accumulo enorme di dati, tale da inondare il mondo di informazioni come mai prima d'ora, con una continua e irrefrenabile crescita. Il cambiamento di dimensione ha prodotto un cambiamento di stato. Il cambiamento quantitativo ha prodotto un cambiamento qualitativo. Sono state l'astronomia e la genomica, che per prime hanno sperimentato l'esplosione dei dati, a coniare l'espressione "big data". E adesso il concetto si sta espandendo a tutti gli ambiti della vita umana. Pertanto, si tratta delle cose che si possono fare solo su larga scala, per estrapolare nuove indicazioni o creare nuove forme di valore, con modalità che vengono a modificare i mercati, le organizzazioni, le relazioni tra cittadini e governi, e altro ancora. Faccio un esempio, riferito a Internet: *Google* processa oltre 24 petabyte di dati al giorno, un volume pari a mille volte la quantità di tutto il materiale a stampa contenuto nella biblioteca del Congresso degli Stati Uniti. Su *Facebook*, un'azienda che fino a una decina di anni fa nemmeno esisteva, si caricano ogni ora oltre dieci milioni di nuove fotografie. Gli iscritti a *Facebook* cliccano sul pulsante *I like* o lasciano un commento quasi tre miliardi di volte al giorno, creando un percorso digitale che l'azienda può analizzare per capire le preferenze degli utenti. È questo il punto: la possibilità per le grandi aziende di Internet di elaborare un'identità digitale degli utenti da utilizzare a scopi commerciali o politici.

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

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

²³ Da ultimo, V. Zeno Zencovich, *Big data e epistemologia giuridica*, e A. Stazi, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, entrambi in S. Faro, T.E. Frosini, G. Peruginelli (cur.), *Dati e algoritmi*, cit., p. 13 ss. e p. 77 ss.

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

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

6. Segue: il diritto all'oblio

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

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

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

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

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

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

deindicizzazione avvenga in tutte le versioni del motore di ricerca a livello globale²⁸. Ultima, per adesso, è la sentenza sempre della CGUE (causa C-18/18) riguardante *Facebook* (C-18/18), relativa alla pubblicazione su una pagina personale di foto e commenti ritenuti lesivi del diritto della personalità, che merita di essere qui quantomeno segnalata, anche perché presenta significativi rilievi in punto di riservatezza e diritto all'oblio²⁹.

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

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

Un rapido cenno va fatto riguardo a quello che potremmo chiamare "il rovescio della medaglia dell'oblio", e cioè il diritto a essere ricordati, ovvero a non essere dimenticati. Mi riferisco al problema sulla cd. "eredità digitale" (*digital inheritance*); e cioè sul destino dei dati posseduti e memorizzati in supporti e *online*³². E quindi, da una parte, chiavette, *tablet*, *smartphone*, dischi, *notebook*; dall'altra, documenti, video, foto, *blog*, *email*, cinguettii, *social network* vari, conti correnti, che le grandi aziende

²⁸ Sulla questione della cd. territorialità dell'oblio, v. ora G. Bevilacqua, *La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universale*, in *federalismi.it*, 23/2019.

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

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

³¹ T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, cit., p. 103 ss.

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

della rete gestiscono per un numero davvero sterminato di utenti. Tutta questa identità digitale è ereditabile? Ovvero, la nostra vita digitale può e deve avere un futuro dopo di noi? Il tema è di sicuro rilievo e non può essere affrontato in questa sede. Mi limito soltanto a evidenziare come non ci siano ancora regole che sovrintendano la questione della “eredità digitale”: anche negli Usa solo pochi Stati si sono dati una prima regolamentazione, sia pure non chiarissima. Per esempio, potrebbe non bastare l’esibizione del certificato di morte del congiunto nei confronti dei grandi *provider* del *web* per avere accesso alle informazioni. Una soluzione, tutta da studiare, è quella del “mandato *post mortem*”: affidando chiavi di accesso e istruzioni chiare al fiduciario, possibilmente per iscritto, su cosa fare in caso di decesso: distruggere i dati in tutto o in parte o consegnarli a soggetti prescelti. Insomma, il problema è complesso e merita di essere studiato e analizzato in punto di diritto. Certo, è un ulteriore sviluppo del diritto di libertà informatica, che è quello di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale: per dimenticare, contestualizzare o ricordare.

7. Democrazia e società tecnologica

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

Personalmente, ritengo che con Internet possa cogliersi un’opportunità per migliorare le forme della democrazia, specialmente in termini di partecipazione politica³⁷. Certo, non credo però che questo approccio debba passare attraverso modi di esaltazione acritici e pertanto ignorare alcuni

³³ Su queste questioni, S. Coleman, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Cambridge, 2017; da ultimo, P. Costanzo, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, p. 71 ss.

³⁴ Da ultimo, M. Barberis, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, p. 137, il quale, tra l’altro, afferma: “internet moltiplica i pregiudizi sino al parossismo, ma la rivoluzione digitale è la causa principale, benchè non l’unica, del populismo odierno”.

³⁵ Per le varie definizioni citate nel testo, v. nell’ordine i seguenti studi: L.K. Grossman, *The Eletronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York, 1995; L. Scheer, *La democrazia virtuale*, tr.it., Genova, 1997; D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, 1995; V. Frosini, *La democrazia nel XXI secolo* (1997), nuova ed. con prefaz. di A. Jellamo e postfz. di F. Riccobono, Macerata 2010 (Id., *La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa*, in *Telèma*, 14/1998, p. 105 ss.).

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

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

dubbi applicativi di Internet su alcune procedure di funzionamento della democrazia. Sul punto, si può ricorrere a corsi e ricorsi storici. Ieri era il video potere, che rischiava di minare le fondamenta della democrazia, secondo un'opinione che all'epoca si era diffusa, oggi le stesse critiche e riserve vengono rivolte al cd. *Internet power*. Credo, infatti, che anche il timore di una possibile "dittatura del web" sia eccessiva, e che si riduca, come nel caso della televisione, in una paura poco fondata. E che semmai la politica, o più in generale le forme applicative delle procedure democratiche, potrebbe invece uscirne rafforzata, rinvigorita, rilanciata.

La rivoluzione tecnologica ha operato incisivamente sull'organizzazione politica della società occidentale, e ancora di più lo farà negli anni a venire. Ha creato le condizioni perché si venisse a formare una nuova democrazia di massa, come è stata chiaramente definita³⁸, distinta e distante dai regimi di massa della prima metà del Novecento, in cui l'individuo singolo rimaneva in una soggezione psicologica recettiva e passiva con un totale obnubilamento delle libertà personali. Quelle stesse libertà che invece si esaltano e valorizzano nella nuova democrazia di massa. Che "non è tuttavia una destinazione fatale e irreversibile della società odierna. Essa è soltanto una direttiva di marcia dell'umanità, segnata dall'impronta della civiltà tecnologica che le imprime il procedimento. [...] In essa si realizza con apparente paradosso una nuova forma di libertà individuale, un accrescimento della socialità umana che si è allargata sull'ampio orizzonte del nuovo circuito delle informazioni, un potenziamento, dunque, dell'energia intellettuale e operativa del singolo vivente nella comunità"³⁹.

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

Oggi, sebbene con qualche incertezza, stiamo assistendo alle trasformazioni della cd. democrazia elettorale - quella fondata sul meccanismo del voto - in seguito allo sviluppo tecnologico delle società contemporanee. Per adesso, le trasformazioni riguardano essenzialmente le tecniche di votazione, ovvero sul come si vota. La scheda elettorale cartacea sulla quale si appone, con matita copiativa, la propria scelta politica è prossima a essere messa da parte. È già in fase di utilizzazione in diverse parti del mondo⁴¹, il cosiddetto voto elettronico, che prevede l'effettuazione del voto per il tramite dei *computers*. Anziché porre un segno con la matita sulla scheda elettorale, si potrà pigiare il tasto di una tastiera del *computer*, nel cui video verrebbe riprodotta la scheda elettorale elettronica, ed esprimere

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

³⁹ *Ibid.*, p. 34

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

⁴¹ Sulla diffusione del voto elettronico nel mondo, v. ora, esaurientemente, L. Trucco, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (cur.), *Diritti e libertà in Internet*, cit., p. 427 ss.

così il proprio voto e la propria preferenza politica. Questa tecnica di votazione - che si presenta semplice da realizzarsi nel caso del voto per i *referendum*, dovendo scegliere solo tra un “sì” o un “no” - consentirebbe di avere i risultati elettorali in brevissimo tempo una volta chiuse le votazioni, e di evitare defatiganti calcoli e scrutini peraltro sempre soggetti al rischio di brogli elettorali. La votazione *online* potrebbe altresì essere utilizzata, con semplificazione e razionalizzazione, per le primarie con le quali si selezionano i candidati alle cariche elettive. Anziché sparpagliati banchetti in giro per il territorio per la raccolta di voti, con rischi sempre più diffusi di brogli e pasticci di computo finale, basterebbe un’organizzazione sul *web*, dove chiamare a raccolta *online* coloro i quali volessero esprimere la loro preferenza per le candidature.

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

8. Internet, la libertà e la legge

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

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

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

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

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

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

Un cenno, poi, occorre farlo con riferimento al tema delle *fake news*, che sono come la calunnia nell’aria rossiniana: “un venticello [...] prende forza a poco a poco, vola già di loco in loco”. Si tratta, quindi, delle notizie false e tendenziose, che circolano sulla rete Internet e che potrebbero ingannare il consumatore, oppure informare scorrettamente e mendacemente il cittadino. Sono stati invocati addirittura rischi per la democrazia e si è auspicato di sottoporre Internet a regole di garanzia sulla qualità delle notizie, magari certificate da un’Autorità indipendente. Le notizie false ci sono sempre state (e sempre ci saranno) in tutti i settori della comunicazione, pubblica e privata, sulla stampa e sulla rete. In quest’ultima, poi, tenuto conto che si viene ad ampliare la libertà di espressione, che permette maggiore trasparenza e quindi consente un maggiore disvelamento della verità contro ogni

⁴⁴ A. Giddens, *Una Magna Carta per l’era digitale*, in “la Repubblica” del 15 maggio 2018.

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

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

censura. Sulla rete c'è concorrenza e pluralismo, in punto di offerta di informazioni⁴⁷. Sul punto, soccorrono le parole del giudice Oliver W. Holmes, nella famosa *dissenting opinion* del caso *Abrams vs. United States* (1919): “il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati”⁴⁸. Una voce forte e chiara del costituzionalismo di ieri, che vale ancora e soprattutto per il costituzionalismo di oggi, cioè quello nella società tecnologica.

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

Abstract

Il contributo presenta e rappresenta i problemi derivanti dal costituzionalismo digitale. Quindi, principalmente ma non esclusivamente, i nuovi diritti di libertà che si sono venuti a formare con l'avvento della tecnologia, soprattutto delle piattaforme digitali. Si dubita dell'efficacia di un intervento regolatorio del sistema digitale, come sta facendo la UE con i suoi regolamenti lunghi, complessi, la cui finalità non sembra essere quella promozionale ma sanzionatoria. Nell'articolo vengono evidenziate le luci più che le ombre di un costituzionalismo digitale, sebbene vi siano alcuni problemi riferiti al mercato del digitale, dove le poche grandi aziende esercitano una posizione dominante di alcune che limitano il fenomeno concorrenziale. Ulteriori riflessioni sono dedicate al tema della democrazia nell'internet e alle disfunzioni derivanti dalla disinformazione

Parole chiave: costituzionalismo digitale, diritti in internet, democrazia digitale

*

The article presents and represents the problems arising from digital constitutionalism. Hence, mainly but not exclusively, the new rights of freedom that have come about with the advent of technology, especially digital platforms. One doubts the effectiveness of a regulatory intervention in the digital system, as the EU is doing with its lengthy, complex regulations, whose purpose seems to be not promotional but sanctioning. In the article, the lights rather than the shadows of a digital constitutionalism are highlighted, although there are some problems related to the digital market, where the few large companies exercise a dominant position of some that limit the competitive phenomenon. Further reflections are devoted to the issue of democracy on the Internet and the dysfunctions resulting from disinformation

Key words: digital constitutionalism, rights in internet, digital democracy

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

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

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

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

Il costituzionalismo digitale: tra realtà digitale, prospettiva tecnologica e mera distopia costituzionale^()*

Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO*

Sommario: 1. Introduzione: società digitale e diritto costituzionale 2. Il costituzionalismo digitale come reazione alla realtà digitale 3. Costituzionalismo digitale e lungimiranza tecnologica 4. Costituzionalismo digitale contro distopia costituzionale 5. Considerazioni finali: la digitalizzazione costituzionale

1. Introduzione: società digitale e diritto costituzionale¹

Il progresso digitale è stato una delle manifestazioni più intense dello sviluppo tecnologico e del suo impatto sociale a partire dalla fine del XX secolo. Superando la cosiddetta *società industriale* e la *società dell'informazione* (e collegandosi alla *società del rischio*, anch'essa fiorente in quel periodo), si è finalmente arrivati a parlare in generale di *società digitale*, soprattutto dinanzi alla pandemia². La crisi dovuta al Covid-19, come altre crisi recenti, non ha fatto altro che catalizzare processi e cambiamenti che erano già in atto in precedenza (anche ben prima), ma che ora vengono accelerati da emergenze che, tuttavia, finiscono per comportare evoluzioni potenzialmente destinate a rimanere³. Così, lo slancio digitale sperimentato in questo periodo di pandemia, e in particolare durante i lockdown che hanno avuto luogo in tutto il mondo (e durante i quali la tecnologia digitale è arrivata a fungere da unico ponte aperto alle nostre relazioni familiari, sociali, culturali, sanitarie, economiche, lavorative, commerciali, educative e persino giuridiche e politiche), ha accelerato le trasformazioni in corso da anni in questi settori, fino a raggiungere obiettivi di digitalizzazione già annunciati con diversi anni di anticipo. Questa accelerazione tecnologica e digitale, oltre che l'effetto di emergenze congiunturali, riflette il fatto che, costretti a vivere come incapsulati nelle nostre case, lo spazio virtuale e gli ambienti digitali hanno soppiantato le strade, le piazze, gli uffici, le aule di scuola o universitarie, i negozi o le sale dei ristoranti; fino a farne un "new normal", dove siamo immersi in un quadro inedito di relazioni ibride tra ambienti virtuali e spazi fisici che ancora resistono.

Così, e nel bel mezzo della reclusione, hanno cominciato a tenersi seminari, ovviamente *online* (noti come webinar), sulle trasformazioni in atto; seminari, inoltre, in cui l'oggetto di studio, come il formato informatico in cui si sviluppavano, venivano a convergere di fronte a nuove sfide per il diritto costituzionale. Con questo non vogliamo dire che queste sfide non siano state causate da questioni che

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Giacomo Palombino.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Granada.

¹ Questo lavoro è stato svolto nell'ambito del progetto di ricerca "La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución" (PID2019-106118GB-I00).

² Cfr. J. F. Sánchez Barrilao, *Riesgos y seguridad a comienzos del siglo XXI (y una coda al respecto de la crisis del COVID-19)*, in Aa.Vv., *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Cizur Menor, 2020, pp. 311-313.

³ Id., *Transformaciones, tendencias y algún recelo sobre la potestad normativa (legislativa) en los tiempos de la Covid-19*, in Aa.Vv., *División de poderes en el Estado de partidos*, Madrid, 2021, pp. 54-55 e 74-75.

si fanno strada da anni, ponendo problemi a livello costituzionale⁴, ma piuttosto che queste non hanno generato l'interesse che ora, sulla scia del loro intenso sviluppo durante la pandemia, determinano; basti ricordare, a questo proposito, tutta la problematica costituzionale sorta intorno al "Radar Covid" nel 2020 (un'applicazione digitale per il monitoraggio, il controllo e l'allerta personale progettata e diretta dal governo spagnolo per aiutare a prevenire la diffusione del coronavirus, il corrispettivo dell'applicazione italiana "Immun")⁵.

Anche dal limitato punto di vista offerto dal breve tempo trascorso da questo momento di eccezione e di così intense trasformazioni, vale comunque la pena di rilevare tre questioni di rilievo teorico sul diritto costituzionale e il mondo digitale.

La prima, già nota da tempo, consisterebbe nel progressivo superamento di un diritto costituzionale costruito sulla base di una costituzione normativa al servizio del pluralismo e come risposta alla società industriale (con la lotta di classe), incanalando al contempo la cosiddetta società dell'informazione; ma di una costituzione, come avverte Balaguer Callejón, che si è sviluppata in una prospettiva evidentemente *analogica* (dato lo stato tecnologico dell'epoca), pur prendendo progressivamente coscienza del digitale (come nel caso della Costituzione spagnola del 1978, art. 18.4)⁶. Ciò non significa che il significato normativo della costituzione, né quello del pluralismo (ovviamente), siano stati superati; semplicemente, oggi si comincia ad apprezzare una certa difficoltà nella capacità normativa di una costituzione nata e sviluppata in un contesto che non è più quello in cui agisce ora (il che potrebbe avere ripercussioni, tra l'altro, sulla sua stessa validità), nella misura in cui sono cambiate le sue premesse⁷; anche se la costituzione e il diritto costituzionale mantengono la loro missione teleologica di ordinare e limitare il potere, dandogli forma (secondo la felice espressione di Rubio Llorente)⁸, come garanzia giuridica della libertà⁹.

La seconda questione riguarderebbe il c.d. 'costituzionalismo digitale', se non altro a conferma del complesso rapporto del costituzionalismo 'analogico' con l'attuale società digitale: in altre parole, di come il costituzionalismo venga inteso di fronte all'attuale digitalizzazione della realtà e alla sua classica missione di continuare a garantire la libertà dal potere¹⁰; ma questo, in linea di principio, semplicemente per segnalare, ancorché in modo critico, difficoltà e sfide costituzionali del tempo presente¹¹. Pertanto, sarebbe più appropriato parlare di un *costituzionalismo nella o di fronte alla società digitale*, invece che di un costituzionalismo digitale; poiché ciò che traspare in definitiva (in questa sua nuova dimensione) è un progressivo superamento del diritto costituzionale analogico da parte di una realtà a fortissima impronta digitale, in cui il potere, inteso come insieme di poteri attuali (e molti di essi di natura privata), finisce per tracimare e sfuggire alla sua effettiva conformazione giuridica (con la conseguente crisi della concezione normativa costituzionale su cui poggia, data la difficoltà di offrire un'adeguata regolazione e garanzia giuridica dei nuovi rapporti di potere oggi esistenti).

In questo modo, e come terza questione, si tratterebbe quindi di considerare, come minimo (e seguendo ancora una volta Balaguer Callejón), la digitalizzazione della costituzione e del diritto costituzionale, integrandovi la tecnologia digitale e il suo effettivo impatto a livello sociale, culturale, economico, politico e giuridico, al fine di cercare nuovi modi di conformare giuridicamente la limitazione

⁴ Ad esempio, V. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2000, pp. 271-280.

⁵ Ad esempio, R. Rodríguez-Prieto, *Consecuencias de la STC 76/2019, de 22 de mayo en la privacidad y uso de apps para el control de la COVID. El caso del Radar COVID*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43/2020, p. 189 ss.

⁶ F. Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo* (https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/actividades/documentos/2021/20210415_dc_resumen_ponencia_balaguer_callejon_f_es_o.pdf).

⁷ Id., *Fuentes del Derecho I. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, 1991, pp. 125-126.

⁸ F. Rubio Llorente, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

⁹ Cfr. A. Pace, *Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2/2005, p. 161 ss.

¹⁰ Su tale considerazione classica del costituzionalismo, O. Beaud, *Constitución y constitucionalismo*, in Aa.Vv., *Diccionario Akal de filosofía política* (trad.), Madrid, 2001, p. 137 ss.

¹¹ In questa prospettiva, E. Celeste, *Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology's challenges*, in *Hiig Discussion Paper Series*, 2/2018, p. 3 ss.

e l'organizzazione del potere come garanzia di libertà; ma anche di delineare un autentico costituzionalismo digitale come concretizzazione di specifici istituti e principi giuridici e politici in relazione al progresso tecnologico e alla società digitale, nonché all'organizzazione del potere in relazione alla democrazia e ai diritti umani.

E ciò, occorre sottolineare, anche superando l'ormai classico dibattito sul mero adattamento del costituzionalismo ai nuovi tempi, nella misura in cui il digitale sta trasformando il tipo di società e i rapporti di forza in essa esistenti e quindi, ovviamente, i presupposti stessi su cui questo costituzionalismo digitale dovrebbe essere costruito. Si pensi, ad esempio, al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso intorno all'attività televisiva come libertà di trasmissione¹², per poi essere superato dalla digitalizzazione della televisione e dalla comparsa dei canali su Internet¹³. Che fine ha fatto, allora, la questione delle ritrasmissioni televisive *pirata* e locali rispetto agli altri canali pubblici e privati con cui si è trovata a competere, e la particolare rilevanza costituzionale di tale questione in materia di libertà di espressione e di informazione? Ciò vale ancora di più oggi, quando il dibattito sembra spostarsi a vantaggio degli *streamer* e degli *youtuber* come nuove forme di comunicazione online, che si pongono in concorrenza con la televisione, in funzione dell'accesso a Internet e della neutralità di Internet come nuovi diritti da considerarsi in progressiva configurazione giuridico-costituzionale¹⁴.

2. Il costituzionalismo digitale come reazione alla realtà digitale

L'intenso progresso informatico in termini di software e hardware, i *Big Data* e l'Intelligenza Artificiale (IA), le nuove tecnologie di comunicazione, Internet e le reti sociali, la raccolta e crittografia delle informazioni, tutto ciò spinge verso forme nuove di relazioni sociali, economiche, politiche e giuridiche che trasformano, in modo permanente, le nostre relazioni e le forme di organizzazione sociale, economica, politica e giuridica. Ne deriva una alterazione dell'equilibrio tra il diritto e la realtà che esso cerca di regolare: soprattutto per quanto riguarda la comparsa non solo di nuove forme di oppressione da parte dei tradizionali poteri pubblici, ma anche dell'emergere di nuovi poteri privati; in entrambi i casi violando diritti e libertà individuali¹⁵; e inoltre (come già accennato), con un crescendo i cui prodromi erano stati già avvertiti da tempo¹⁶. In questo modo, la costituzione normativa e il diritto costituzionale che la sviluppa sono stati messi progressivamente sotto pressione, di fronte alla nuova realtà digitale incombente, pur tra limiti sostanziali, formali e temporali, dettati come risposte giuridiche al riguardo; e ciò, soprattutto, per garantire diritti e libertà di fronte alle nuove sfide e ai nuovi rischi digitali che crescono intorno a noi.

Si tratta indubbiamente di una prospettiva classica del costituzionalismo, in quanto si ricollega alla sua accezione più antica¹⁷, oltre che a quella liberale¹⁸, ponendo l'accento sull'idea di limitazione del potere come garanzia di libertà; mediante il riconoscimento di nuovi diritti e di nuove espressioni dei

¹² J. F. Sánchez Barrilao, *El derecho fundamental a la actividad televisiva (I)*, in *Revista Jurídica de Andalucía*, 18/1996, p. 35 ss.; Id., *El derecho fundamental a la actividad televisiva (II)*, ivi, 19/1996, p. 591 ss.

¹³ Id., *La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico*, in *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, 74/2009, p. 147 ss.

¹⁴ Id., *Sobre "youtubers" y la neutralidad de la red*, in Aa.Vv., *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Valencia, 2018, p. 195 ss.

¹⁵ F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019.

¹⁶ "Cuando el poder político no se controla, incluso los instrumentos de la nueva tecnología, de comunicación de masas, de la llamada 'educación popular', pueden ser pervertidos en una gran máquina de corrupción. La corrupción de las mentes se consigue gracias a una desinformación masiva y a la prohibición de toda crítica": M. Cappelletti, *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17/1986, p. 9 ss.

¹⁷ M.J.C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

¹⁸ J. M. Olarieta Alberdi, *La separación de poderes en el constitucionalismo burgués*, in *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 32/2011, p. 331 ss.

diritti classici, di fronte a nuove forme di aggressione digitale alla dignità degli individui, nonché in virtù di nuovi doveri e restrizioni al fine di limitare o temperare l'impatto dell'attività digitale pubblica e privata sulla libertà e sulla democrazia. In tale prospettiva, la Costituzione spagnola sarebbe arrivata, già nel 1978, a tutelare la privacy di fronte alle nuove tecnologie dell'informazione (art. 18.4)¹⁹. Più di recente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, giuridicamente vincolante (dal dicembre 2009, ai sensi del Trattato di Lisbona), ha previsto la protezione dei dati personali (art. 8); altresì affermando, nel suo Preambolo, che: "è necessario rafforzare la protezione dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e dei progressi scientifici e tecnologici, dando loro una maggiore presenza in una Carta"²⁰. A ciò si aggiunga il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 (General Data Protection Regulation: GDPR), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati²¹.

In questo contesto di crescenti rischi informatici per l'individuo, ma con un carattere più generale e sistemico, è stata adottata dal governo spagnolo, il 15 luglio 2021, la "Carta dei Diritti Digitali", quale documento inteso a riflettere, a partire dalla dignità dell'individuo (art. 10.1, Cost. spagnola), sul progresso digitale umanistico e sulla necessità di assicurare che il quadro normativo garantisca la tutela dei diritti individuali e collettivi delle persone, nonché dei valori costituzionali²²; e su questa base, proclamare come diritti, insieme alla protezione dei dati (e tra gli altri), l'identità nell'ambiente digitale, la pseudonimizzazione, il non essere tracciati e profilati, la sicurezza informatica, il patrimonio digitale, l'uguaglianza e la non discriminazione nell'ambiente digitale, il già citato accesso e la neutralità di Internet, la protezione dei minori, la libertà di espressione e di informazione e il ricevere informazioni veritiere, la partecipazione dei cittadini, l'educazione digitale, ecc., oltre a specificare alcuni ambienti digitali (lavoro e affari, ambiente, salute, ricerca, cultura, intelligenza artificiale, ecc.). Sulla base della dipendenza tecnologica e del rischio digitale, la Carta propone, a sua volta, uno scenario dinamico di riflessione sui diritti maggiormente coinvolti nella società digitale e sul loro necessario riconoscimento e garanzia; e in linea con questo, una proposta di principi e valori basati su una concezione umanistica della gestione (pubblica e privata) del mondo digitale. Un buon punto di partenza, quindi, per un autentico costituzionalismo digitale, come qualcosa di più della semplice constatazione delle carenze digitali del nostro diritto costituzionale, proponendo nuovi modi di articolare regole, principi e valori costituzionali nel nuovo contesto digitale²³.

Tuttavia, questo riconoscimento della costituzione digitale pone anche dei limiti. Un esempio di ciò e della comparsa di manifestazioni a dir poco inedite dei diritti in questo nuovo contesto tecnologico (e in ambito europeo) è il caso del ben noto diritto all'oblio, quale espressione prototipica di come il progresso digitale, con i motori di ricerca su Internet, sia arrivato ad alterare il senso di privacy di una persona rispetto a dati personali del passato che possono essere recuperati e trattati in modo massiccio e istantaneo (dato che basta fare una query su qualcuno in un browser Internet perché vengano immediatamente visualizzate centinaia di voci). Fermo restando l'attuale riconoscimento di

¹⁹ Ad es., A. E. Pérez Luño, *Informática y libertad: Comentario al artículo 18.4 de la Constitución*, in *Revista de Estudios Políticos*, 24/1981, p. 31 ss.

²⁰ Sulla progressiva configurazione di un costituzionalismo digitale in Europa in tale prospettiva, v. ad es.: G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19(1)/2020, p. 41 ss.; G. De Gregorio e O. Pollicino, *The European Constitutional Road to Address Platform Power*, in *VerfBlog*, 2021/8/31.

²¹ Ad es., J. L. Piñar Mañas, *Introducción: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, in Aa.Vv., *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, 2016, p. 15 ss.

²² Il documento afferma espressamente: "La presente Carta de Derechos Digitales, elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se construye sobre tal cimiento". E diciamo "documento" perché, come vedremo più avanti, è stato approvato al di fuori del sistema delle fonti e quindi è privo di qualsiasi regolamentazione.

²³ Cfr. M. Barrio Andrés, *Los derechos digitales: de la LOPDGD a la Carta de Derechos Digitales de España*, in *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 9/2021.

tale diritto nel già richiamato GDPR (art. 17)²⁴, va ricordato che è con la Sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2014, nella causa *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González*, che (alla luce della Direttiva 95/46/CE) tale diritto è apparso realmente:

Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare – come risulta in particolare dal punto 81 della presente sentenza – che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona (§ 97)²⁵.

Ma è ancora in occasione di un'altra sentenza della Corte di Giustizia, quella del 24 settembre 2019, nella causa *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés*, che sono emersi con chiarezza i limiti giuridici e tecnologici del riconoscimento del diritto all'oblio in Europa, in quanto non solo è limitato all'ambito geografico dell'Unione Europea (dato il quadro giurisdizionale e la validità del diritto dell'Unione Europea)²⁶, ma anche, e in ultima analisi, è esposto ai rischi dovuti a potenziali truffe digitali che l'uso di reti private virtuali (*virtual private network*; VPN) può comportare, consentendo di modificare o mascherare l'IP di chi cerca dati personali precedentemente ed espressamente esclusi da un elenco di risultati (e, quindi, di poter accedere a dati dell'Unione Europea, come se fosse al di fuori del suo territorio e della sua giurisdizione).

Ciò dimostra le debolezze giuridiche e politiche di questo modo di intendere il costituzionalismo digitale, poiché il diritto in generale, e il diritto costituzionale in particolare, non solo sono in ritardo rispetto al progresso tecnologico-digitale, ma possono anche essere aggirati da esso. Naturalmente, i cambiamenti sociali e tecnologici portano normalmente e abitualmente a disallineamenti con i rispettivi sistemi giuridici in vigore in un determinato momento, che a loro volta vengono risolti attraverso le conseguenti modifiche normative²⁷. Il problema nasce quando questi cambiamenti sono prodotti da un progresso tecnologico molto intenso automatizzato e con una mancanza di controllo (anche) pubblico, come è attualmente il caso della tecnologia digitale²⁸, in modo tale che questo squilibrio altera la capacità normativa ordinaria di adattarsi costantemente al nuovo, e il diritto costituzionale diventa allora una mera risposta al passato, dati i nuovi problemi che si presentano costantemente; e con questo, il diritto costituzionale diventa una semplice risoluzione dei conflitti, invece di regolare rapporti di potere. In questo senso, riteniamo che siano due le obiezioni che questo modo di intendere il costituzionalismo digitale solleva: da un lato, la considerazione negativa del progresso e della tecnologia digitale che finisce per essere desunta, in quanto intesa non solo come un rischio per gli individui, ma anche come un problema per un'adeguata e ordinata formazione giuridica dell'intera comunità sociale, economica, politica e legale²⁹; e dall'altro, ipotizzando che il futuro della società

²⁴ M. Martínez López-Sáez, *Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales*, in *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 2/2017, p. 139 ss.

²⁵ Ad es.: G. Minero Alejandro, *A vueltas con el "derecho al olvido". Construcción normativa y jurisprudencial del derecho a protección de datos de carácter personal en el entorno digital*, in *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 30/2014, p. 129 ss.; M. Hernández Ramos, *Motores de búsqueda y derechos fundamentales en internet: comentario a la STJUE, GOOGLE C-131/12, de 13 de mayo de 2014*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 34/2014.

²⁶ Cfr. J. Villarino Marzo, *El derecho al olvido tiene límites, también territoriales... aunque no todo está dicho: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24 de septiembre de 2019 en el caso Google vs CNIL (C-517/17)*, in *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 3/2019.

²⁷ Interessante, sulla "inesauribilità delle fonti", F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho I*, cit., p. 153.

²⁸ J. F. Sánchez Barrilao, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Cizur Menor, 2015, in particolare p. 227 ss.

²⁹ Da questa prospettiva negativa a livello europeo e in linea di principio, Id., J.F. Sánchez Barrilao, *Innovación digital, ciudadanía e integración europea*, in Aa.Vv. *Europa, società aperta (I: Problemi attuali e prospettive future)*, Napoli, 2022, p. 419 ss.

come comunità sia lasciato nelle mani di ingegneri e aziende (informatiche) invece che dei rappresentanti politici dei cittadini (in quanto membri della comunità), con il conseguente problema che ciò determina in relazione al principio democratico e alla garanzia del pluralismo sociale e politico³⁰.

3. Costituzionalismo digitale e lungimiranza tecnologica

La Carta dei diritti digitali dichiara espressamente di avere un triplice obiettivo, “descrittivo, prospettico e assertivo”, in quanto, dopo aver preso atto dei nuovi contesti e scenari digitali esistenti, insieme ai conflitti e alle sfide che essi pongono, deve anche cercare di “anticipare gli scenari futuri già prevedibili”; in altre parole, ipotizzare i potenziali sviluppi tecnologici per prepararsi ad essi. Fermo restando che tale visione ci permette di affrontare meglio la dinamicità del progresso digitale in relazione all’organizzazione giuridica dei rapporti sociali e di potere (e quindi di risolvere alcune delle obiezioni sollevate in precedenza), il dato è che essa risponde ancora a una percezione astratta del rischio dello sviluppo informatico che, pur essendo tale (poiché condividiamo la sfida posta dai rischi digitali, soprattutto per la dignità, i diritti e le libertà), riteniamo limitata.

Come sottolineato nel precedente paragrafo, una delle obiezioni mosse verso il concetto di costituzionalismo digitale è ammettere, in ultima analisi, che gli interventi volti a generare lo sviluppo delle tecnologie dell’informazione e dunque la configurazione della società digitale siano da addebitare sempre all’iniziativa privata; e questo, aggiungiamo noi, date le enormi risorse economiche necessarie oggi nella ricerca scientifica e tecnologica, nonché la ormai classica diffidenza della politica nei confronti della scienza e della tecnologia³¹. La conseguenza è l’arretramento del potere pubblico nella sua capacità di rispondere non solo alle esigenze presenti e future di natura tecnica (senza ulteriori indugi, la ricerca sul vaccino Covid-19, posta principalmente in mani private), ma anche di partecipare alla progettazione stessa del futuro, e con essa alla nostra limitazione rispetto al nostro futuro individuale e collettivo³².

Il primo si lega ovviamente al principio democratico, poiché alla fine sono le aziende che, da un ecosistema globalizzato, aprono e segnano i vari nodi che, a partire da oggi, delimiteranno potenzialmente il futuro (alla maniera di possibili *multiversi*)³³; ma c’è anche il nostro diritto a partecipare al progresso digitale, al di là dei meri riflessi positivi e negativi che già ci arrivano dallo sviluppo informatico che avviene in ogni momento e su richiesta privata. In questo senso, gli articoli 27.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 e 15.1.b del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966 riconoscono il diritto di partecipare e “godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni”; e accanto a questo, si intende, di partecipare alla formazione stessa della società digitale, nella misura in cui essa è positivamente orientata alla persona e alla cittadinanza nella sua dimensione individuale e collettiva, e in linea con questo, un certo controllo democratico sul futuro³⁴.

Si tratta indubbiamente di una percezione del costituzionalismo digitale più vicina al costituzionalismo rivoluzionario e contemporaneo (quello relativo allo Stato sociale e democratico di diritto, art. 1.1 Cost. spagnola), in quanto razionale-normativo³⁵; e ciò in quanto non mira più a mantenere un certo stato di libertà di fronte al potere, ma piuttosto a ricercare l’organizzazione e la progettazione

³⁰ Ancora Id., *El Derecho constitucional ante la era de Ultrón la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional*, in *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 64(2)/2016, p. 225 ss.

³¹ Vid. Id., *Sobre la Constitución normativa y la tecnología*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8/2005, p. 257 ss.

³² J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, in *Revista de Derecho Público*, 84/2013, pp. 185-192; J. Esteve Pardo, *Decidir en la incerteza: El Derecho y los Poderes Públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 12(1)/2012, p. 105 ss.; e *La apelación a la ciencia en la crisis del COVID-19*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2/2020, p. 35 ss.

³³ J. F. Sánchez Barrilao, *Sobre la Constitución normativa y la globalización*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 7/2004, p. 241 ss.

³⁴ Id., *Los fundamentos del “progreso informático” en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Político*, 98/2017, p. 335 ss..

³⁵ M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984 (2a ristampa 1991), pp. 34-41.

del potere, la sua forma, in modo tale da permettere il riconoscimento e l'esercizio effettivo dei diritti e delle libertà, postulando la trasformazione della realtà stessa in questo senso e nelle mani, in misura maggiore o minore, dei suoi protagonisti. A partire da questa considerazione, quindi, e a differenza della concezione costituzionale presentata in precedenza (nella sezione precedente), postuliamone ora un'altra consapevole e prospettica verso il futuro che vogliamo, in modo tale da parteciparvi democraticamente attraverso il progresso informatico e il suo potenziale impatto e ripercussioni sociali³⁶.

Espressione di tale prospettiva è stata, già alla fine del secolo scorso, la progettazione politica e giuridica a livello europeo della già citata televisione digitale (Direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi), che ha stabilito un proprio standard qualitativo e competitivo (europeo) con cui affrontare gli sviluppi esterni (extracomunitari) dell'innovazione televisiva, promuovendo così non solo un quadro giuridico comune, ma anche un modello tecnico per ingegneri e imprese³⁷; o, più recentemente, il già citato Regolamento sulla protezione dei dati, quando, per quanto riguarda il coinvolgimento dell'informatica nella protezione dei dati personali stessi, stabilisce ora regole finalizzate al loro sviluppo tecnico da parte degli stessi informatici (ad es., art. 24, co. 1, art. 25, co. 1 e 2, art. 32, co. 1, o articolo 35, co. 1)³⁸. O, soprattutto, l'impulso e le proposte normative sull'Intelligenza Artificiale e la robotica che il Parlamento europeo promuove dal 2017 (Relazione del Parlamento europeo del 27 gennaio 2017, con raccomandazioni alla Commissione sulle norme di diritto civile in materia di robotica)³⁹, al fine di favorire il progresso competitivo dell'Intelligenza Artificiale in Europa rispetto agli sviluppi nel resto del mondo, nel rispetto e nella promozione dei diritti dei cittadini europei (come sta già avvenendo a livello ambientale nel settore dell'industria automobilistica)⁴⁰; e così, con il cosiddetto *effetto Bruxelles*, il modello tecnologico europeo che ne deriva potrebbe, se non estendersi, almeno contenere l'importazione di tecnologie dall'esterno dell'UE, date le garanzie etiche e legali che sarebbero richieste⁴¹.

Su un piano più ampio e astratto, va menzionata anche l'attuale bozza della Commissione europea di una Dichiarazione dei principi e dei diritti digitali, datata 26 gennaio 2022⁴², che, come la Carta dei diritti digitali in Spagna, cerca di segnare, anche se con un tono espressamente positivo (e in contrasto con questo, tenuto conto del tono negativo manifestato fino ad ora dalla stessa Unione europea), l'azione politica e giuridica rispetto al progresso digitale nell'Unione europea⁴³. Poiché i cittadini sono

³⁶ E questo, si badi bene, senza negare in alcun modo l'impulso del progresso tecnologico e digitale da parte dei privati, con il suo conseguente aspetto economico e commerciale, ma semplicemente rivendicando e garantendo uno spazio adeguato alle autorità pubbliche e alla partecipazione dei cittadini in questo senso.

³⁷ Di interesse, T. De La Quadra-Salcedo, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

³⁸ Vid. J.F. Sánchez Barrilao, *Los fundamentos del "progreso informático" en la Unión Europea*, cit., in particolare pp. 359-361.

³⁹ Poi, l'adozione da parte della Commissione europea della Strategia europea sull'intelligenza artificiale del 25 aprile 2018 [COM(2018) 237]. Inoltre, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Intelligenza artificiale per l'Europa" [SWD(2018) 137 final] e, successivamente, "Piano coordinato sull'intelligenza artificiale" del 7 dicembre 2018 [COM(2018) 795]. E a tempo debito, a conclusione di questa nota (e al momento in cui scriviamo), la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate nel settore dell'intelligenza artificiale (Atto sull'intelligenza artificiale) e modifica taluni atti legislativi dell'Unione del 21 aprile 2021 (COM/2021/206 definitivo).

⁴⁰ Cfr. J. F. Sánchez Barrilao, *Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica*, in Aa.Vv., *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, 2018, in particolare p. 71 ss.

⁴¹ Id., *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Cizur Menor, 2021, p. 200 ss.

⁴² COM(2022) 28 final. indirizzata al Parlamento e al Consiglio europeo per una proclamazione (congiunta) solenne.

⁴³ Mentre la Carta spagnola dei diritti digitali esordisce affermando: "la necesidad de asegurar que el marco normativo garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, los valores constitucionales que constituyen el único cimiento posible de la convivencia" antes el "intenso progreso de la investigación científica, las invenciones y las tecnologías digitales o basadas en lo digital" (Consideraciones previas), el proyecto de la Declaración europea parte de cómo afectando la transformación digital "a todos los aspectos de la vida de los ciudadanos" abriendo "enormes oportunidades para mejorar la calidad de vida o para la innovación, el crecimiento económico y la sostenibilidad, también presenta nuevos

al centro della trasformazione digitale nell'Unione europea, le tecnologie dell'informazione dovrebbero essere al servizio e a beneficio di tutti gli europei e consentire loro di realizzare le proprie aspirazioni in piena sicurezza e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali (Capitolo I). In questo senso, oltre a riconoscere diritti (come l'accesso alla tecnologia e a Internet, all'istruzione e alla formazione digitale, a beneficio dell'Intelligenza Artificiale, a partecipare a uno spazio pubblico digitale o alla sicurezza della rete), la Dichiarazione si rivolge ai progettisti di prodotti e servizi digitali per realizzare uno sviluppo informatico in linea con gli obiettivi fissati dalle stesse istituzioni europee, come l'equità sociale, l'accesso ad ambienti online affidabili o, nello specifico, la protezione dell'ambiente⁴⁴.

Tutto ciò ci permette, a sua volta (e per concludere questa sezione), non solo di distinguere lo sviluppo informatico nella sua considerazione generale dagli usi o dalle applicazioni specifiche della tecnologia, ma anche di apprezzare le potenziali ripercussioni positive del progresso digitale a livello culturale, sociale, economico, politico e persino giuridico, nonché di consentire un certo grado di partecipazione dei cittadini ad esso, proprio al fine di raggiungere questi obiettivi collettivi. Lo stesso si potrebbe dire della gestione dello sviluppo digitale, perché qualora non venisse sfruttato economicamente, molti dei problemi che oggi gli vengono attribuiti scomparirebbero. In questo senso, il cosiddetto *software libero*⁴⁵ rappresenta ancora una risposta molto interessante a molte delle sfide digitali che stiamo attualmente affrontando (come la dipendenza tecnologica, la trasparenza digitale e il controllo pubblico, i costi economici ed energetici, l'accesso aperto alla conoscenza, ecc.)⁴⁶, al punto da poterlo elevare a categoria di *utopia digitale*, anche se dal punto di vista del business è, ovviamente, un ostacolo al mercato digitale; e un movimento tecnologico e sociale di questo tipo, con un decisivo e adeguato supporto pubblico, potrebbe ben correggere molte delle difficoltà che si osservano nella società digitale, oltre a promuovere sviluppi informatici più sensibili alle reali esigenze delle persone e delle stesse istituzioni pubbliche (una volta assicurata la necessaria cybersecurity, ovviamente)⁴⁷.

4. Costituzionalismo digitale contro distopia costituzionale

A ben vedere, siamo decisamente lontani da questa *utopia digitale*, non perché il *software libero* rimanga marginale, ma perché il diritto costituzionale sta attualmente coprendo (anche solo per omissione) un'evoluzione e uno sfruttamento informatico che non rispetta né i diritti degli individui né il principio democratico. E ciò avviene, come sottolineato in queste pagine, nonostante gli avvertimenti che la dottrina denuncia da anni in relazione agli intensi rischi che lo sviluppo informatico pone, o potrebbe porre, a svantaggio del sistema costituzionale.

Si può quindi parlare di una *distopia costituzionale* nella realtà digitale odierna, data la decadenza costituzionale che si può osservare a fronte di tanti avvertimenti di anni fa. E non ci riferiamo a Stati come la Cina, dove gli standard costituzionali sono molto lontani da quelli occidentali (alla luce del modello costituzionale normativo contemporaneo qui in vigore, nonostante la sua crisi)⁴⁸, ma agli stessi Stati Uniti d'America, avendo riguardo a come la tecnologia digitale è stata utilizzata per la sorveglianza di massa dei propri cittadini (e senza grandi garanzie giuridiche dei loro diritti), ragion

desafíos para el tejido, la seguridad y la estabilidad de nuestras sociedades y economías"; y de ahí que, a medida que se acelere la transformación digital, sea "el momento de que la Unión Europea (UE) aclare cómo deben aplicarse sus valores y derechos fundamentales en el mundo en línea" (Preámbulo).

⁴⁴ "Con miras a prevenir un daño significativo al medio ambiente y a fin de promover la economía circular, los productos y servicios digitales deben diseñarse, producirse, usarse, eliminarse y reciclarse de tal manera que se minimice su impacto ambiental y social negativo" (Cap. VI).

⁴⁵ Di interesse, J. Candón-Mena, *Soberanía tecnológica en la era de las redes*, in *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 7/2012, p. 73 ss.

⁴⁶ Già L. Lessig, nel suo classico *El código y otras leyes del ciberespacio* (trad.), Madrid, 2000.

⁴⁷ Ad es., vid. F. Martínez Cabezedo, *Soberanía tecnológica y gobierno abierto. Profundizando en las necesidades democráticas de la participación desde la tecnopolítica*, in *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 10/2015, pp. 47-70.

⁴⁸ Di interesse, L. Cotino Hueso, *Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra la COVID-19 y contra la privacidad: el diablo está en los detalles*, in *Bie3: Boletín IEEE*, 18/2020, p. 588 ss.

per cui vi è chi parla di un *impero della sorveglianza*⁴⁹; così da favorire un vero e proprio *capitalismo della sorveglianza*⁵⁰, in cui i dati personali sono diventati una nuova merce ovvero una fonte inesauribile del mercato digitale⁵¹. Un mercato, inoltre, in cui aziende come Cambridge Analytica e Palantir, sia manipolando che prevedendo i comportamenti, hanno messo in crisi lo Stato democratico e lo Stato di diritto⁵², mentre Facebook ha cercato di superare la pressione pubblica degli scandali in cui è stato coinvolto semplicemente cambiando nome (Meta) e attività (il metaverso). Per non parlare dell'elezione, dell'amministrazione e della sconfitta elettorale (mai accettata) di un Presidente, Donald Trump, sostenuto dai social network, dal populismo e dalla post-verità, e che, nonostante le pesanti imputazioni per i fatti di Capitol Hill del 6 gennaio 2021, minaccia di volersi ricandidare⁵³. Senza dubbio, questi eventi sono più tipici di un ipotetico romanzo distopico dell'inizio di questo secolo che non di una narrazione costituzionale attuale.

Per quanto riguarda l'Unione europea, i suoi standard democratici e normativi (e l'influenza, inoltre, del Consiglio d'Europa e degli Stati membri con un forte carattere democratico e profondamente pubblico-giuridico in termini di diritti fondamentali) si sono dimostrati più resistenti del sistema costituzionale americano, come dimostra la giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione al trasferimento di dati personali alle autorità americane che erano stati raccolti da società nel territorio dell'Unione (casi *Schrems I e II*)⁵⁴; tuttavia, va notato che la situazione non si presenta affatto lineare, in quanto comunque dimostra importanti carenze. Se, ad esempio, guardiamo allo stesso Regolamento generale sulla protezione dei dati, pur essendo oggi una pietra miliare del diritto europeo in questo senso, esso si basa ancora sulla possibilità stessa della raccolta privata di dati a fini di sfruttamento economico diretto o indiretto, fermo restando, però, che il sistema ha poi un elevato livello di protezione giuridica per le persone fisiche (oggi, ai sensi dell'art. 8 CDFUE). Il fine ultimo di questo regolamento, va ricordato, è quello di garantire un mercato europeo basato sulla libera circolazione dei dati personali (art. 1); da qui, appunto, il Regolamento ha sostituito la precedente Direttiva 95/46/CE, al fine di garantire, a sua volta, lo stesso standard di protezione a livello di Unione Europea e di mercato europeo a fronte di norme giuridiche nazionali potenzialmente più garantiste che potrebbero, invece, limitare questo mercato comune⁵⁵. Oppure, su questa linea, la bozza di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale del 2021 preparata dalla Commissione Europea⁵⁶, che, a

⁴⁹ Cfr. I. Ramonet, *El imperio de la vigilancia*, Madrid, 2016.

⁵⁰ Secondo la definizione che ne dà S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (trad.), Barcelona, 2020: "1. Nuevo orden económico que reclama para sí la experiencia humana como materia prima gratuita aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas. 2. Lógica económica parasítica en la que la producción de bienes y servicios de subordina a una nueva arquitectura global de modificación conductual. 3. Mutación inescrupulosa del capitalismo caracterizada por grandes concentraciones de riqueza, conocimiento y poder que no tienen precedente en la historia humana. 4. El marco fundamental de una economía de la vigilancia. 5. Amenaza tan importante para la naturaleza humana en el siglo XXI como lo fue el capitalismo industrial para el mundo natural en los siglos XIX y XX. 6. Origen de un nuevo *poder instrumental* que impone su dominio sobre la sociedad y plantea alarmantes contradicciones para la democracia de mercado. 7. Movimiento que aspira a imponer un nuevo orden colectivo basado en la certeza absoluta. 8. Expropiación de derechos humanos cruciales que perfectamente puede considerarse como un golpe desde arriba: un derrocamiento de la soberanía del pueblo".

⁵¹ Si veda, ad es., W. Hoffmann-Riem, *Big data. Desafíos también para el Derecho* (trad.), Cizur Menor, 2018.

⁵² Cfr. L. M. González de la Garza, *La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data*, in *Revista de Derecho Político*, 103/2018, p. 257 ss.

⁵³ J. F. Sánchez Barrilao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws: Rivista di diritto dei media*, 2/2021, p. 44 ss.

⁵⁴ Rispettivamente, CGUE del 6 ottobre 2015 (C-362/14) e CGUE del 23 luglio 2020 (C-311/18); su queste, vid. S. Ruiz Tarrías, *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto "Schrems II" o cómo los datos personales pueden terminar viajando sin equipaje*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 76/2020, p. 111 ss.

⁵⁵ "Per garantire un livello uniforme ed elevato di protezione delle persone fisiche ed eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri" (Considerando 10).

⁵⁶ Ancora, Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley De Inteligencia Artificial), 21 aprile 2021; su questo, Cotino Hueso et al., *Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de*

differenza delle proposte del Parlamento Europeo⁵⁷, comporta una riduzione delle garanzie con cui deve essere approvato il suo utilizzo e la sua commercializzazione. Sembra che la dipendenza digitale che si è manifestata in Europa durante la pandemia (in vista del salto digitale che si stava verificando) porterebbe a regolamentazioni più permissive (anche con garanzie) per ridurre i costi dell'innovazione, dello sviluppo informatico e della commercializzazione dell'Intelligenza Artificiale. E tra la protezione dei dati personali e l'Intelligenza Artificiale, data la necessaria disponibilità di dati di alta qualità con cui alimentarla (appunto), si collocherebbe una precedente proposta di Regolamento sulla governance dei dati a livello europeo⁵⁸, al fine di rafforzare un mercato agile e unico dei dati personali attraverso un regime di applicazione diretta di natura obbligatoria in tutta l'Unione, dato il rischio che regolamentazioni unilaterali da parte degli Stati membri possano frammentarlo (di nuovo).

Infine, nemmeno in Spagna siamo esenti da una certa *distopia*, dal momento che, oltre a quanto evidenziato per l'Unione Europea (al momento dell'adesione) e alle carenze riscontrate nella sorveglianza digitale in questo paese rispetto alla sicurezza nazionale (soprattutto per la mancanza di una regolamentazione esplicita, che provoca un'anomia che favorisce la formazione di zone d'ombra per i diritti e le libertà)⁵⁹, la citata Carta dei Diritti Digitali, pur con una certa foga ("en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros"), nega espressamente la sua normatività, per rimanere un mero piano di riconoscimento, riferimento e riflessione (Considerazioni preliminari). In altre parole, la Carta è adottata al di fuori del sistema delle fonti del diritto e quindi non ha alcuna forza giuridica; al massimo, può essere considerata come un'altra manifestazione della *soft law* che sta prosperando oggi. Ma il fatto è che i diritti e le libertà, per come li intendo io, non possono rimanere in questa sfera *liquida* del diritto, poiché hanno bisogno, come la storia ha dimostrato, di costruzioni normative al più alto livello giuridico (Costituzioni e Trattati) per limitare effettivamente e giuridicamente coloro che esercitano il potere (di qualsiasi tipo); e così il fatto che un tale documento politico venga presentato sotto il nome di "Carta", quando manca di normatività, lungi dal promuovere la garanzia dei diritti, finisce per indebolirli (pur riconoscendo, ovviamente, l'interesse del dibattito dottrinale e politico da esso aperto). È per questo che in queste pagine parliamo di *distopia costituzionale*, non perché il diritto costituzionale non sia consapevole dei gravi rischi del progresso digitale, ma perché non li affronta, o lo fa con mezzi e risorse talmente insufficienti e precari che finisce per dare loro copertura giuridica; senza dubbio, la cosa peggiore che si possa fare.

5. Considerazioni finali: la digitalizzazione costituzionale

Un costituzionalismo che si dichiara digitale deve affrontare efficacemente e giuridicamente le sfide, in termini di problemi e opportunità, poste dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione, e in particolare quelle che riguardano i diritti e le libertà (con la dignità della persona come valore centrale) e la stessa Democrazia (con il pluralismo politico come asse portante); e non limitarsi a riflettere, senza ulteriori indugi, su come la tecnologia digitale stia avendo un impatto sul Diritto Costituzionale, rimpiangendo tempi passati (e presumibilmente migliori). Per farlo, è necessario anche comprendere la reale portata delle trasformazioni che lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione nella società digitale comporta e comporterà, come, ad esempio, la televisione, la sua evoluzione digitale e l'avvento

Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act), in *La Ley*, 02/07/2021.

⁵⁷ In particolare, l'iniziativa legislativa 2020/2012(INL) "Quadro per gli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate", adottata dal Parlamento europeo il 1° ottobre 2020.

⁵⁸ 25 novembre 2020 [COM(2020) 767 definitivo].

⁵⁹ Vid. J.F. Sánchez Barrilao, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, specialmente pp. 423-426.

di Internet (come avvertito all'inizio di queste pagine) e di nuove forme di espressione e informazione riguardanti⁶⁰; o la digitalizzazione dei servizi pubblici e privati, e come questa stia già interessando alcuni gruppi sociali digitalmente vulnerabili (*digital divide*)⁶¹; o le tecnologie dirompenti come la blockchain, in cui colonne classiche dello Stato come la moneta o l'amministrazione vengono virtualizzate⁶²; o, infine, i cambiamenti che le tecnologie dell'informazione stanno apportando alla sicurezza nazionale in termini di rischi, nonché in termini di modo in cui gli Stati sono sempre più dipendenti dalla tecnologia⁶³. Ma allo stesso tempo è necessario distinguere tra le questioni strettamente tecnologiche e le altre di diversa natura; è il caso dei social network e del loro sfruttamento economico⁶⁴, e in alternativa (allora) dei cosiddetti *social network liberi*⁶⁵. Solo in questo modo, a mio avviso, saremo nella posizione costituzionale di affrontare *in modo adeguato* i problemi e le opportunità portate dal progresso informatico⁶⁶, evitando di rimanere, allo stesso modo, in una mera aggregazione di elementi digitali in un diritto costituzionale geneticamente analogico; l'altra ragione è, naturalmente, che un tale cambiamento di paradigmi non possa essere immediato, data la situazione di transizione digitale che stiamo ancora vivendo, così come l'analogico, come genetico nel costituzionalismo attuale (come abbiamo appena sottolineato), non è destinato a scomparire, in modo che, alla fine, questo costituzionalismo digitale sarà opportunamente contaminato da quello, per così dire, fisico (in misura maggiore o minore).

In definitiva, si dovrebbe parlare anche di transizione costituzionale, come concetto intermedio tra l'attuale costituzionalismo analogico e un futuro (e autentico) costituzionalismo digitale (anche ibrido), in modo tale da declinare progressivamente nuove categorie giuridico-costituzionali attraverso l'avanzare del progresso digitale, mentre si eliminano quelle non più utili perché non più applicabili, né possono essere ricondizionati, ai nuovi stadi digitali che si raggiungono sia per semplice sviluppo informatico, sia per decisione democratica (non dimentichiamolo) e rispettando il principio di equità generazionale (secondo la lungimiranza che è stata invocata in queste pagine in materia digitale, e l'espansione di questo principio nel diritto comparato)⁶⁷.

Ciò non significa che il costituzionalismo sia totale e assoluto, ma piuttosto che l'organizzazione del potere che viene costituzionalmente sostenuta in ogni momento storico dovrebbe essere in accordo con la portata dei diritti e delle libertà stessi a livello costituzionale⁶⁸, nonché con la stessa realtà (in senso lato) su cui si proietta. In questo senso, il costituzionalismo digitale non può limitarsi al digitale (fermo restando, ovviamente, la possibilità di delimitarlo proprio alla società digitale che ne deriva e al

⁶⁰ Di interesse, A. Aguilar Calahorra, *El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet*, in *Revista de Derecho Político*, 100/2017, p. 405 ss.

⁶¹ Ad es., C. Sabater Fernández e M. Á. Díaz Cama, *Los tiempos del Covid-19 acentúan la brecha digital como brecha social en La Rioja*, in Aa.Vv., *Edunovatic 2020*, Atti della conferenza: 5a conferenza internazionale virtuale su istruzione, innovazione e TIC, REDINE (Red de Investigación e Innovación Educativa), 2020, p. 1274 ss.

⁶² N. Porxas e M. Conejero, *Tecnología blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 48/2018, p. 24 ss.

⁶³ Ancora J. F. Sánchez Barrilao, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional*, cit., pp. 72, 74, 75, 84, 140, 231 e 258.

⁶⁴ Di interesse, F. Balaguer Callejón, *La Constitución en el tiempo de las redes sociales*, in Aa.Vv., *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Fundación Giménez Abad/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 165 ss.

⁶⁵ Cfr. M. Hernández Boza e A. Muñoz Muñoz, *Privacidad en redes sociales libres. Impacto negli ambienti aziendali*, in Aa.Vv., *Actas de las Cuartas Jornadas Nacionales de Investigación en Ciberseguridad*, INCIBE/Mondragon Unibertsitatea, Mondragón, 2018, p. 137 ss.

⁶⁶ Data questa comprensione e incorporazione della realtà nella comprensione giuridica dell'ordinamento normativo del potere; naturalmente, K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 57 ss. e 77 ss.

⁶⁷ Su tale protezione, v. G. Palombino, *La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible?*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33/2020.

⁶⁸ Così, mentre il costituzionalismo antico ruotava realmente intorno ai privilegi, il costituzionalismo liberale ha optato per la tutela dei diritti autentici e il costituzionalismo contemporaneo ha infine raggiunto la sfera sociale. Di interesse, M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (trad.), Madrid, 1996; Id., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días* (trad.), Madrid, 2001; e *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales* (trad.), Madrid, 2014.

resto fisico e analogico che persiste in ogni momento), ma deve essere aperto, come minimo (si intende), al più generico progresso tecnologico, alla globalizzazione e alla tutela dell'ambiente. Per quanto riguarda la prima, sebbene l'informatica possa essere considerata oggi come la manifestazione tecnologica più importante (in quanto essenziale per il progresso della scienza, come le altre tecnologie), essa non esaurisce il fenomeno tecnologico (come la genetica), né monopolizza i problemi che riguardano anche la tecnologia in generale (come il suo governo e la sua responsabilità, senza dimenticare il suo impatto sulla dignità della persona); pertanto, il costituzionalismo digitale deve essere in grado di contemplare le questioni di rilevanza costituzionale sollevate dal progresso tecnologico in altre branche, e questo, a sua volta, rispettando una certa coerenza sistemica di postulati e principi.

D'altra parte, non si può dimenticare la stretta relazione tra il progresso della globalizzazione e lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione: sia da un punto di vista strettamente tecnologico (in quanto sono queste ultime ad aver fornito i mezzi per la globalizzazione), sia da un punto di vista economico (in quanto sono state il principale motore di entrambe) e di governance (in quanto il progresso digitale ha assunto una dimensione globale). Pertanto, il costituzionalismo digitale deve assumere anche la globalizzazione come parte del suo oggetto, in considerazione della sua stretta interrelazione con il digitale. E in questa stessa linea va inserita anche la tutela dell'ambiente, non solo perché è considerata una potenziale causa di intensi conflitti in futuro,⁶⁹ ma anche per la duplice dimensione del digitale in questo senso, in quanto è sia causa che strumento nella lotta al cambiamento climatico (come Green Data)⁷⁰.

Infine, la nozione di costituzionalismo digitale ci viene presentata come un concetto dinamico, prospettico e complesso, in quanto deve tenere conto della natura agile del progresso informatico, del suo potenziale impatto futuro e del suo riferimento ad altre tecnologie, alla globalizzazione e all'ambiente; e tutto questo, non dimentichiamolo, in relazione all'organizzazione del potere, alla sua origine, al suo esercizio e ai suoi limiti, di qualsiasi tipo esso sia e alle sue trasformazioni da parte del primo. È proprio questo l'oggetto ultimo del diritto costituzionale, ed è su questo che deve concentrarsi il costituzionalismo della prossima era digitale. La sua unicità, ovviamente, è il digitale e le sue mutevoli implicazioni per esso e per le persone, e i nuovi e vecchi principi che devono offrire una coesione sistemica ad esso, dato che le precedenti categorie giuridiche vengono ribaltate⁷¹. Ad esempio, il principio di neutralità di Internet, come nuova garanzia per i provider che occupano una posizione strategica nella comunicazione e nello spazio pubblico, in quanto arbitri della partecipazione dell'uno o dell'altro, nonché dei rispettivi contenuti, alla rete⁷²; o l'emergere ormai classico della libertà informatica (e dei suoi successivi sviluppi) come contrapposizione alla mera tutela della privacy digitale, e come vero e proprio diritto a disporre dell'uso dei propri dati personali a fronte del loro trattamento informatico da parte di altri⁷³; o, infine, la stessa costruzione o decantazione di concetti giuridici legati al digitale, come l'Intelligenza Artificiale, come oggetto di un diritto che si sta ormai costruendo intorno alle sfide che essa pone⁷⁴.

⁶⁹ Cfr. G. Palombino e J.F. Sánchez Barrilao, *La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 36/2021.

⁷⁰ Commission Staff Working Document (Comisión Europea), "Digital Solutions for Zero Pollution", Accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Pathway to a Healthy Planet for All", EU Action Plan: "Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil", COM(2021) 400 final - SWD(2021) 141 final (https://ec.europa.eu/environment/pdf/zero-pollution-action-plan/swd-digital-solutions_en.pdf).

⁷¹ In questa prospettiva, e con riferimento a un'ipotetica legge sui robot, vid. M. Barrio Andrés, *Del Derecho de Internet al Derecho los Robots*, in Aa.Vv., *Derecho de los Robots*, Madrid, 2018, p. 61 ss.

⁷² J. F. Sánchez Barrilao, *La neutralità di Internet come oggetto costituzionale*, in Aa.Vv., *Retos jurídicos por la sociedad digital*, cit. p. 233 ss.

⁷³ Ad es., A. Rallo Lombarte, *De la "libertad informática" a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)*, in *Revista de Derecho Político*, 100/2017, p. 639 ss.

⁷⁴ Così, la definizione di IA fornita dalla Commissione Europea, come base per un'ulteriore regolamentazione in Europa: "Intelligenza artificiale" (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per

Abstract

Il contributo si propone di riflettere sulla difficile relazione del costituzionalismo con l'attuale società digitale, dovuto al fatto che la realtà digitale trascende il diritto costituzionale analogico nella prospettiva di un autentico processo di digitalizzazione del diritto costituzionale, tramite il quale cercare nuove forme, in virtù delle quali conformare giuridicamente la limitazione e organizzazione del potere, compatibilmente con specifici istituti o principi giuridici e politici basati sul progresso e la società digitale.

Parole chiave: costituzionalismo; società digitale; costituzione analogica; digitalizzazione costituzionale

*

The paper aims to reflect on the difficult relationship of constitutionalism with the current digital society, due to the fact that the digital reality transcends the analogical constitutional law in the perspective of an authentic process of digitization of constitutional law, through which to look for new forms, in virtues of which to legally conform the limitation and organization of power, compatibly with specific legal and political institutes or principles based on progress and the digital society.

Key words: constitutionalism; digital society; analogical constitution; constitutional digitalization.

esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)"; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Intelligenza artificiale per l'Europa del 26 giugno 2018, COM(2018) 237 final, pag. 1. Inoltre, il video. Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65 definitivo, pag. 20.

Valori costituzionali e società digitale (*)

Augusto AGUILAR CALAHORRO*

Sommario: 1. La guerra dei valori 2. L'innesto dei valori nel ciberspazio 2.1. Il tempo dei valori: un potere identificabile 2.2. Il tempo dei valori: un potere limitabile attraverso meccanismi giuridici 3. Valori digitali del ciberspazio 3.1. Valori frutto della autodisciplina: valori autonomi 3.2. Valori pubblici del ciberspazio: il principio di neutralità come assioma di una disciplina del mercato 4. I valori digitali stanno svolgendo una funzione costituzionale? 4.1. La configurazione dei valori costituzionali 5. Epilogo: i valori costituzionali possono essere trasferiti al ciberspazio?

1. La guerra dei valori

Ci troviamo in un momento storico di ricostruzione dell'ordine globale. Lo stato nazione e le strutture politiche e sociali create a partire dal Trattato di Westfalia sono diventate obsolete in pochi decenni a causa del progresso delle nuove tecnologie dell'informazione¹. Ci troviamo in un momento "pre-costituente" dell'ordine politico-sociale dell'umanità che potrebbe essere definitivo, segnato dall'emersione di internet e del ciberspazio: per la sua portata globale, per i rischi ambientali rispetto alla sopravvivenza della specie, per la minaccia di una guerra totale.

Le scienze giuridico-sociali osservano i mutamenti degli assetti politico-economici tentando di coniugarli attraverso grandi concetti in grado di definirli. Il contesto globalizzato delle relazioni sociali ha acquisito denominazioni come Società del rischio², Società del consumo³, Società della conoscenza⁴ o Società digitale⁵. Sul piano giuridico, tutte riflettono la stessa idea: la crisi del costituzionalismo come paradigma dell'ordine sociopolitico contemporaneo.

Questa ristrutturazione delle organizzazioni umane, a mio avviso, ha provocato una "guerra di valori", una lotta di narrazioni storiche il cui scopo è imporre i valori del nuovo ordine fondamentale, le finalità e gli obiettivi della incombenza comunità politica globale⁶.

In questa guerra si scontrano, da un lato, i valori costituzionali: la perpetuazione dei valori liberali dell'ordine sociopolitico occidentale creato nella modernità (come noto, l'età storica

(*) Traduzione dal castigliano di Andrea Romano.

* Professore di Diritto costituzionale, Università di Granada,

¹ Sull'accelerazione del tempo storico prodotta dalle nuove tecnologie cfr., es., F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la Globalización en el Siglo XXI*, in *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 30/2018 (https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm#notabis).

² L'opera di U. Beck, *La Sociedad del riesgo*, Barcelona, 2006, rappresenta l'immagine più definita di questa nuova società.

³ A. Aguilar Calahorro, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, in M. Á. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo Crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Madrid, 2015, p. 489 ss.

⁴ M. Castells, *La era de la información*, vol. I: *La sociedad red*, Ciudad de México, 1999.

⁵ Rinviando ad una delle prime opere sulla questione cfr. P-A, Mercier, F. Plassard, V. Scagliardi, *La société digitale. Les nouvelles technologies au futur quotidien*, Paris, 1984.

⁶ Sulla differenza tra ordine quadro e ordine fondamentale dalla prospettiva costituzionale cfr. R. Alexy, *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, 66/2002.

moderna risale alle rivoluzioni liberali del XVIII secolo)⁷. D'altro canto, troviamo valori particolaristici, talvolta chiamati "illiberali", che si presentano come una narrazione storica alternativa all'egemonia del costituzionalismo occidentale degli ultimi secoli⁸.

Fin dalla comparsa della "costituzione normativa", come ultima tappa del costituzionalismo del secondo dopoguerra, il concetto di dignità umana è stato positivizzato come elemento chiave della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da essa si sono sviluppati i valori costituzionali di libertà, giustizia, uguaglianza, solidarietà, lavoro e pluralismo politico come aspetti essenziali per lo sviluppo della persona all'interno della società e, quindi, come elementi costitutivi di quel tipo di organizzazione politica denominata Stato sociale e democratico di diritto. Il consenso globale su questi valori sembra essere stato più o meno continuo fino a tempi molti recenti⁹.

La "guerra di valori" è una guerra totale, che si dispiega a livello interno ed esterno.

A livello esterno, serve da esempio il massimo confronto tra valori espressi in maniera dissennata attraverso l'assurdità dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, pretestuosamente basata sul rischio per i "valori tradizionali imperialisti russi"¹⁰.

La rottura definitiva con l'assetto dei valori costituzionali fino ad oggi condiviso si esprime, sul piano giuridico, con l'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa e il suo ritiro dalla Convenzione europea dei diritti umani¹¹.

Dal canto suo, la Cina ha avviato la narrazione delle "singolarità cinesi" nel campo dei valori da quando Deng Xiaoping le ha sviluppate negli anni '90 dopo il crollo del blocco comunista come evoluzione politica del confucianesimo in opposizione all'Occidente. Si tratta dello scontro tra il valore "antropologico culturale" occidentale della dignità dell'individuo¹² con il valore particolarista che sostiene "la società sull'individuo"¹³, nonché della rivalutazione del "consenso" sull'elemento chiave del costituzionalismo, vale a dire il riconoscimento del conflitto¹⁴ e del pluralismo. In questa stessa

⁷ V. per tutti A. D'Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30/2018.

⁸ Id., *Democracia iliberal e democracia direta na era digital*, in *Revista da Ajuris*, 47(149)/2020, p. 315. Sulla conflittualità intrinseca in qualsiasi patto costituente cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 30 ss.

⁹ La progressiva influenza delle potenze non occidentali nel mondo si è svolta mediante il c.d. soft power, quale forma di persuasione senza l'uso della forza (*hard power*) al resto degli Stati al fine di avvicinarsi a nuove forme di ordinazione socioeconomica mediante relazioni internazionali ed economiche. Al riguardo si rinvia, per tutti, al concetto di *soft power* sviluppato da S. Nye Jr., *Soft Power*, in *Foreign Policy*, 80/1990, p. 153 ss.

¹⁰ Come già anticipato da J. Vaquer, *Putin y los valores tradicionales*, "El País", 24 marzo 2014; Q. Badía y N. De Pedro, *¿Eurasianismo frente a europeísmo?*, in *Política exterior*, 33-191/2019, p. 14 ss.

¹¹ Il 15 marzo 2022, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha votato a favore dell'uscita della Russia dall'organizzazione. Lo stesso giorno, il Ministero degli Esteri russo ha notificato al Segretariato generale del Consiglio d'Europa il ritiro della Federazione Russa dall'organizzazione, ai sensi dell'articolo 7 dello Statuto del Consiglio d'Europa, e la sua intenzione di ritirarsi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹² P. Häberle, *El Estado Constitucional* (trad.), Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 47, Ciudad de México 2003, p. 170. In relazione allo scontro della dignità umana con i valori particolaristici è davvero illuminante l'aneddoto del professor Antonio D'Atena: "Al respecto, no me parece fuera de lugar recordar una experiencia personal. Con ocasión de una lección sobre el Estado de Derecho que dicté ante procuradores de la República China, pude constatar que mis interlocutores no alcanzaban lógicamente a concebir la categoría de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón, me objetaban, intereses de los individuos o de los grupos minoritarios deben dotarse de resistencia frente al poder del Estado, que representa a todos los ciudadanos?": A. D'Atena, *La conflictividad axiológica*, cit.

¹³ "Es decir, las palabras gobernante y gobernado, padre e hijo asignan a cada individuo un lugar en la sociedad. La no aceptación de cada papel social que corresponde a cada miembro de la sociedad tiene como consecuencia el caos". Cfr. L. Greco, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, Geirsa: Grupo de estudios sobre India y el Sudeste Asiático del Rosario, Universidad de Rosario (<https://geirprecur.files.wordpress.com/2020/05/el-progreso-de-singapur-a-partir-de-los-valores-asic381ticos.pdf>). Greco sottolinea come il governo cinese abbia evidenziato cinque punti principali nel progetto di stabilire determinati valori dell'ordine politico: a) la nazione deve venire prima della comunità e la società prima dell'individuo; anteporre gli interessi della società a quelli dell'individuo; b) la famiglia è l'unità di base della società; c) cercare soluzioni ai problemi attraverso il consenso e non l'imposizione; d) promuovere l'armonia e la tolleranza tra le diverse religioni e gruppi etnici; e) il rispetto e il sostegno della comunità all'individuo. E, ovviamente, mostra come questo progetto giustifichi un ordine autocratico, la prima "democrazia" organica dinastica cinese.

¹⁴ Si veda l'importanza del riconoscimento del conflitto, come base del riconoscimento del pluralismo politico e sociale, in C. De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Madrid, 2010, p. 136.

prospettiva, si pensi ancora all'introduzione da parte di Xiao Jinping del concetto di "Stato 'con' diritto" in contrapposizione al valore costituzionale dello Stato di diritto o rule of law¹⁵.

Dalla prospettiva interna, le crisi economiche che si sono verificate soprattutto in Europa dal 2008 e la crisi sanitaria causata dalla malattia da Covid-19 sono sfociate in molteplici crisi costituzionali (di rappresentanza, di regolamentazione, di diritti¹⁶). Il malcontento sociale è stato strumentalizzato da ideologie estremiste incostituzionali. L'ascesa dell'estrema destra illiberale, ultranazionalista, centralista, antiglobalizzazione è giustificata da una presunta crisi dei "valori tradizionali", dalla quale rivendicano una "identità omogeneizzante" che funge, invece, da fattore di disintegrazione della comunità politica costituzionale¹⁷.

Questi gruppi politici che agiscono a livello interno sono legati alla pressione esercitata da potenze "alternative" a livello esterno¹⁸, differenziandosene, tuttavia, per un elemento particolare. A livello interno, i gruppi estremisti non rinnegano i valori costituzionali ma se ne appropriano, sovvertendo e frammentandone i contenuti. Non procedono ad una eliminazione dei valori costituzionali (almeno nel loro discorso) ma ad un sovvertimento del loro significato.

Valga un esempio. Consentire che in alcune città della Polonia ci siano "zone liberate dal pregiudizio e dalla fobia LGTBI", segnalate da cartelli visibili agli ingressi di queste zone, leggibili in diverse lingue, come le ignominiose "zone libere dagli ebrei" durante il regime nazista¹⁹, significa negare che ci sia diversità sessuale o di genere e, quindi, negare che esiste il valore dell'uguaglianza e della non discriminazione. Tuttavia, la negazione di questa realtà plurale avviene sostenendo lo stesso valore, l'uguaglianza: dal momento che siamo tutti uguali è controproducente che la legge tracci delle differenze. Allo stesso modo viene anche negata l'esistenza di una specifica violenza sessista distinguibile dalla violenza comune, di nuovo facendo leva sui concetti di uguaglianza e pluralismo. L'argomento dell'uguaglianza, per negare l'esistenza della diversità, viene così usato strumentalmente contro il rischio di "collettivizzazione" della società. Siamo tutti uguali, la violenza è uguale per tutti, il matrimonio è uguale per tutti e, se si riconoscono gruppi o minoranze, si finisce per "collettivizzare" la società, per frammentarla, anziché integrarla²⁰. Un discorso che riconduce il valore dell'uguaglianza al "valore tradizionale" del costituzionalismo "liberale" dell'Ottocento²¹.

¹⁵ M. Rocha Pino, *Los valores compartidos: una reinterpretación política del confucianismo en Singapur*, in *Revista de Sociología e Política*, 2014 (<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n51/02.pdf>): "Unos valores aderezados con la reivindicación de los 'valores socialistas centrales' expresados con el lema '442', es decir, las "cuatro conciencias" (integridad, altura de miras, lealtad al aparato y protección del nº 1), las 'cuatro confianzas' (en la civilización china, en la metodología del Partido, su teoría política y su sistema centralizado) y las 'dos protecciones' (la posición del nº 1 como núcleo y la prevalencia del Comité Central)". Si veda anche: M. T. S. Hong, *The Soft Power of Singapore*, in A. Lugg (ed.) *The Rise of Singapore*, Nanyang Technological University (https://www.worldscientific.com/doi/10.1142/9789814704946_0019); I. Rodríguez Aranda, D. Leiva Van de Maelie, *El Soft Power en la Política Exterior de China: consecuencias para América Latina*, in *Polis Revista Latinoamericana*, 35/2013 (<https://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/967/1853>).

¹⁶ Si veda, per tutti, F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Cizur Menor, 2020.

¹⁷ Imprescindibile A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018, spec. p. 79 ss.: "il riconoscimento della dignità dell'altro *generalizzato* non può prescindere dal riconoscimento dell'identità dell'altro *concreto*".

¹⁸ F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI*, cit.

¹⁹ M. A. Fernández García, *El reto europeo ante las 'zonas libres de personas LGTBI*, "El País", 8 febbraio 2021. (https://elpais.com/elpais/2021/02/04/seres_urbanos/1612428220_272997.html). Si veda in materia la comunicazione della Commissione sulla "Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025", Bruxelles, 12.11.2020 COM (2020) 698 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=IT>).

²⁰ Al riguardo valga, tra i tanti esempi, il discorso della Presidente della Comunità autonoma di Madrid contro le leggi di riconoscimento della diversità sessuale: "Ayuso reconoce de nuevo que hay artículos de la Ley LGTBI que no le gustan aunque garantizará su cumplimiento. Ha criticado que la izquierda se arrogue unas 'banderas y mantras' con los que intenten 'colectivizar y dividir y empobrecer'; mientras la capital es 'la más abierta, plural y tolerante de todo el país'", "Europapress". 2022 (<https://www.europapress.es/madrid/noticia-ayuso-reconoce-nuevo-hay-articulos-ley-lgtbi-no-le-gustan-garantizar-complimiento-20200220105853.html>).

²¹ A. Aguilar Calahorro, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, cit.

Si può sostenere e dibattere che la creazione di politiche specifiche per integrare questo tipo di diversità o questo tipo di violenza sia più o meno efficace, ma non si può negare l'esistenza di gruppi specifici sulla base di un concetto manipolato di "collettivizzazione".

L'assalto di Capitol Hill costituisce un ulteriore esempio di come certe convinzioni soggettive credano di basarsi su un valore costituzionale oggettivo; eppure, l'errata valutazione di queste è facilmente osservabile quando si verifica che sostenendo un valore (la democrazia e la sovranità) si agisce distruggendo il valore stesso: la democrazia o perlomeno il resto delle opzioni democratiche che non le sono proprie. Una errata comprensione della democrazia e una appropriazione di tale valore sono alla base di un atto contro il valore democratico stesso, che è protetto da una comprensione dell'avversione verso l'altro. Coloro che hanno assaltato Capitol Hill, spinti dalle fake news e dalle comunità dei social media, pensavano di difendere la democrazia quando hanno preso d'assalto e paralizzato la sede stessa della democrazia.

Il problema della "guerra dei valori" a livello interno non è tanto che rispecchia diverse concezioni del valore della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto, quanto piuttosto che l'esistenza di tale valore viene negata a concezioni 'altre' (ovvero estranee).

Nel mezzo del confronto interno ed esterno per cogliere il contenuto dei valori universali o particolari compare anche un terzo attore "ibrido"²². Un attore che agisce nella sfera "glocal"²³, sia esternamente che internamente e che è rappresentato dalle aziende tecnologiche e dai fornitori di servizi internet. In particolare, le piattaforme digitali e i social network costituiscono un ecosistema sociale ed economico globale e in tale ecosistema fungono da vetrina per "alternative" in termini di valori mentre sviluppano e scommettono sui "propri valori".

Nella società digitale, le piattaforme digitali e i servizi che su di essa operano si convertono nel canale di fake news, disinformazione, post-verità, fatti alternativi, diventano strumenti di soft power²⁴ nella guerra di valori tra poteri e gruppi sociali. Il recente riconoscimento del ruolo dannoso che possono svolgere nella destrutturazione dei sistemi costituzionali, al contempo, ha dato un impulso affinché le reti e le imprese possano elaborare proprie liste di valori, i quali, pur coincidendo nella loro denominazione con i valori costituzionali, sono in realtà il prodotto dell'autoregolamentazione e, pertanto, rappresentano delle appropriazioni che rispecchiano gli interessi economici delle principali società.

2. L'innesto dei valori nel ciber spazio

2.1. Il tempo dei valori: un potere identificabile

L'emersione dell'ecosistema modellato dal ciber spazio ha scatenato la crisi dei valori costituzionali.

Il ciber spazio non è ormai solo internet ma un ecosistema composto da una coscienza collettiva caotica²⁵, nella quale interagiscono milioni di utenti, imprese, governi. Nella sua prima versione rappresentava un caos neutro attraverso il quale circolavano dati digitali che, convertiti in modo

²² Sull'evoluzione del concetto di guerra ibrida e attore ibrido vale la pena l'analisi di F. J. Quiñones De la Iglesia, "Una revisión del concepto "guerra híbrida/actor híbrido", in *bie3: Boletín IEEE*, 20/2020, p. 672 ss. : "La GZ ["zona gris" que separa la zona negra - guerra - y la zona blanca - paz -] es generada por el actor híbrido que se mueve y actúa con impunidad entre sus imprecisos límites puesto que es él quien los establece. Como en un genuino proceso de conducción de la batalla, el actor híbrido modula el alcance de la GZ en tiempo, espacio y dominio. Del mismo modo, en beneficio de sus objetivos estratégicos, puede introducir discontinuidades en el proceso, lo que resulta evocativo del mencionado término "operaciones no lineales" empleado por la doctrina rusa. Podemos comprobar cómo encajan las piezas del puzzle conceptual».

²³ R. Robertson, *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, in J. C. Monedero (coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Madrid, 2003.

²⁴ J. S. Nye, Jr. *Soft Power*, cit.

²⁵ Il concetto deriva dall'espressione "intelligenza collettiva" di P. Lévy, *Inteligencia colectiva: por una antropología del ciber espacio*, (trad.) Washington (DC), 2004 (<https://ciudadanosconstituyentes.files.wordpress.com/2016/05/lc3a9vy-pierre-inteligencia-colectiva-por-una-antropolog3ada-del-ciberespacio-2004.pdf>).

analogico, riflettevano una società globale eterogenea. Ora, questo “caos” è stato monetizzato in opportunità commerciali mai viste ed è diventato uno “sciame” dove è possibile identificare alcune “api regine”.

Le società tecnologiche che operano nel ciberspazio offrendo piattaforme digitali sono le più grandi in termini di volume di affari e ricchezza a livello globale. Sono diventate, quindi, un potere in sé piuttosto che strumenti o procedimenti di connessione dell’ecosistema. Esse si identificano quindi con un gruppo di oligarchi tecnologici che dominano in una società digitale globalizzata e che detengono un potere inedito.

Al riguardo, interessa evidenziare che queste società proprietarie delle principali piattaforme, motori di ricerca e social network sono ora diventate un vero e proprio potere, da un punto di vista materiale e formale, nella rete. Si tratta di un potere identificabile e a cui applicare i meccanismi classici del diritto pubblico per la sua sistematizzazione e limitazione. Pertanto, non deve sorprendere che siano l’attore decisivo per la dichiarazione della guerra di valori. Ora più che mai c’è un capo visibile che può essere limitato (perché nessuna azienda vorrebbe essere esclusa dal sistema giuridico o finanziario dei principali poteri economici) imponendo principi e valori che configurano un’architettura del ciberspazio²⁶.

È pertanto adesso, nel momento in cui è iniziato lo scontro sui valori che devono governare questo ciberspazio, che si impone la scelta e la definizione di un quadro di valori a questo potere, ora identificabile, e che plasma l’architettura del ciberspazio²⁷. L’importanza di questa operazione giuridica è straordinaria, poiché i valori a cui aderiscono gli operatori del ciberspazio dovranno diventare valori globali.

2.2. *Il tempo dei valori: un potere limitabile attraverso meccanismi giuridici*

Questi valori possono avere un contenuto e una configurazione costituzionale, poiché in un certo senso si è cominciata a costruire una metanarrativa costituzionale del ciberspazio.

La rete 1.0 nasce sulla base di un principio di libertà quasi assoluto che costituisce la sua architettura essenziale. Il principio che ha guidato l’architettura di internet (il “principio della comunicazione End to End”)²⁸ stabiliva che le reti dovessero costruirsi con la massima semplicità possibile nella loro architettura, trasferendo tutta l’intelligenza necessaria ai capi o punti della rete. I Protocolli TCP/IP, i principi della rete del ’95, avevano come unica funzione la distribuzione ottimizzata dei pacchetti di dati. La rete nasce quindi da un principio, per così dire, giusnaturale di libertà²⁹. Sono i punti finali della rete, intranet, access point, piattaforme e provider di servizi internet, che stabiliscono controlli e restrizioni su questo spazio (identificazione, limiti di contenuto, geolocalizzazione). Su questo spazio neutro di comunicazione, vengono imposti livelli di identificazione, condizioni di accesso e navigazione, da internet provider, applicazioni e piattaforme digitali. Se un attore, in questo spazio di libertà, vuole diventare un utente di un’applicazione, ricevere un servizio di gestione, diventare un utente di *Facebook* o *YouTube*, oppure ancora gestire le proprie comunicazioni tramite Hotmail, deve pattuire – e il termine patto ha un significato costituzionale – dando il proprio consenso al “patto di rete sociale”

²⁶ Per tutti cfr. L. Lessig, *El código 2.0*, (trad.) Madrid, 2009 (<http://www.articaonline.com/wp-content/uploads/2011/07/El-c%C3%B3digo-2.0-Lawrence-Lessig.pdf>).

²⁷ Si preferisce qui l’utilizzo del termine ciberspazio a quello di internet o società digitale, in quanto riferibile ad un ambito più ampio delle reti o delle aziende che vi operano, e cioè all’ecosistema in cui interagiscono l’intelligenza umana e l’intelligenza artificiale. Come segnala P. Levy, *Inteligencia colectiva*, cit.: “El ciberespacio designa en ella el universo de las redes numéricas como lugar de encuentros y de aventuras, meollo de conflictos mundiales, nueva frontera económica y cultural. Existe en la actualidad en el mundo una profusión de corrientes literarias, musicales, artísticas, incluso políticas, que se reclaman de la “cibercultura”. El ciberespacio designa menos los nuevos soportes de la información que los modos originales de creación, de navegación en el conocimiento y de relación social que ellos permiten”.

²⁸ L. Lessig, *El código*, cit., pp. 188-189.

²⁹ In questo senso, per una decisione che stabilisce la libertà di espressione (*freedom of speech*) nel ciberspazio, la sentenza del Tribunale Federale del Distretto della Pennsylvania, *ACLU v. Janet Reno*, No. 96-963, dell’11 giugno 1996. [NdR. La decisione è stata confermata in sede di appello dalla Corte Suprema: *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997)].

con condizioni che limitino la sua libertà in cambio del permesso di essere parte della comunità politico-digitale a cui si accede. Ed è la volontà espressa dall'essere umano che limita la sua libertà di diventare un "cittadino-utente" della piattaforma o del servizio, e godere dei diritti e dei doveri soggettivi privati dell'appartenenza alla Comunità, alla rete o al servizio.

Eppure, qui termina la meta-narrazione costituzionale. Il "patto di rete sociale" dei cibernauti ha natura privata, commerciale e i diritti degli utenti non sono né diritti pubblici soggettivi, né libertà pubbliche, ma diritti di consumo o di utilizzo: si tratta di contratti per la fornitura di servizi (e-mail, TV, streaming, musica, social network). Un patto che ha natura di contratto di adesione di diritto privato. Tuttavia, tali contratti permettono alle grandi piattaforme e ai fornitori di servizi di controllare l'identità, il contenuto e l'attività dei cibernauti, una volta che l'individuo libero si trasforma in utente. Sono pertanto tali soggetti che controllano l'attività in rete, gli scambi commerciali, la libertà di espressione, mediate 'contratti' che limitano l'accesso oppure impongono regole al principio giusnaturale di libertà di navigazione come originariamente concepita.

Per questo motivo, a partire dagli anni '90, la regolamentazione pubblica ha cercato di stabilire dei limiti all'autonomia della volontà che vige tra piattaforme e utenti. Per preservare la libertà individuale è stato disciplinato un "Codice" che limita l'autonomia delle imprese, stabilendo meccanismi di equilibrio tra le parti (il fornitore di servizi internet e l'utente) e obblighi per le piattaforme (rimozione dei contenuti, controlli dei diritti di proprietà intellettuale, etc.). Un insieme di regole che ricordano un processo di codificazione legislativa dell'Ottocento. Questo codice solleva problemi costituzionali sotto due profili.

In primo luogo, sotto il profilo della sua limitata efficacia territoriale. I codici statali sono diversi ed eterogenei. La regolamentazione statale è limitata al suo ambito territoriale, quindi la sua influenza sull'architettura del cberspazio è limitata. Inoltre, l'influenza delle normative statali si misura in termini di impatto economico sulle piattaforme: "più è in gioco il denaro, meno le imprese (e i loro sponsor) sono propensi a sostenere i costi della promozione di un'ideologia" contraria alle regole imposte³⁰. Parafrasando Lessig, questa codificazione diventa importante per il diritto per la sua capacità di definire la condotta individuale su larga scala³¹; pertanto, solamente normative di tipo sovranazionale hanno un peso sufficiente per alterare l'architettura del cberspazio.

In secondo luogo, rileva il carattere pubblico o privato della disciplina. A mio avviso, le società non possono essere trattate come semplici parti di un contratto privato. Il contenuto dei regolamenti deve utilizzare i propri strumenti di limitazione del potere pubblico. Questi problemi non dovrebbero essere affrontati con gli elementi giuridici tipici del diritto dei consumatori dal momento che le piattaforme adottano decisioni dettate dall'ideologia e sono parte attrice nel contesto della guerra dei valori. Lo scandalo di Cambridge Analytica³² costituisce un esempio di come le reti possono schierarsi per interessi puramente economici e commerciali nell'ambito di un processo elettorale democratico e di come possono determinarne il risultato mediante il data mining. Posto che le conseguenze delle loro azioni possono interferire con la determinazione della volontà pubblica democratica, la normativa dovrebbe disporre di strumenti di natura costituzionale. Per questo motivo è fondamentale limitare l'attività delle piattaforme stesse, non solo nei rapporti commerciali con i propri utenti, ma anche nelle decisioni che prendono al loro interno.

In questo senso, gli Stati che ne hanno la possibilità e gli organismi sovranazionali come l'Unione europea, stanno provando a limitare il potere delle imprese attraverso normative sovranazionali che cercano di coniugare il linguaggio privato con finalità legali e giuspubblicistiche. Al contempo, la pressione sociale e governativa ha indotto le stesse piattaforme ad estendere i termini dei loro contratti verso la propria regolamentazione.

³⁰ L. Lessig, *El código*, cit. p. 131.

³¹ *Ibid.*, p. 199.

³² Per tutti B. Adsuara Varela, *La protección de datos en los procesos electorales: ¿Qué ocurrió en el caso Cambridge Analytica?*, *La crónica del 'Cambridge Analytica' español*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88/2020, p. 152 ss.

3. Valori digitali del ciber spazio

3.1. Valori frutto della autodisciplina: valori autonomi

Dal momento che le società e le piattaforme digitali sono attori della guerra dei valori e data la pressione sociale sull'opacità con la quale adottano decisioni interne, le piattaforme hanno cominciato ad elaborare le proprie tavole di valori. Valori basati sul costituzionalismo digitale (libertà di espressione, dignità, autonomia digitale) ma interpretati in modo particolare e con un'accezione privatistica. Sono valori frutto dell'autoregolazione che sono applicati e interpretati da parte di enti autonomi appartenenti alle stesse società: in altri termini, sono "valori autonomi".

L'efficacia del sistema è la nuova pietra angolare sulla quale si basano i valori autonomi dei social network. Nel caso di *Facebook*, per esempio, la funzionalità della rete consiste nel fare in modo che gli utenti "si sentano liberi di comunicare", condividere le loro esperienze, connettersi con amici e familiari e creare *community*". Questo è l'obiettivo che esprime *Facebook* negli "standard della *community*" in cui enuncia la propria finalità, ed è a partire da questo valore assoluto che si fanno derivare valori e principi secondari: un insieme di "standard della *community* che descrivono cosa è consentito e cosa è vietato su *Facebook*"³³.

In sostanza, *Facebook* si basa su un "valore collettivo": nel senso che le persone vogliono comunicare ed esprimere opinioni e idee tra di loro, e da questo valore si fanno derivare alcuni principi, gli "standard della comunità" che permettono che "le persone possano esprimersi apertamente sui temi che hanno a cuore, anche se alcune persone potrebbero essere in disaccordo o trovarli discutibili". "Il valore principale, pertanto, è quello comunicativo, la libertà di espressione riveste il ruolo di valore costitutivo del *social network*. E questo valore si articolerebbe nei seguenti principi: autenticità dell'informazione, sicurezza, *privacy* e dignità"³⁴.

Lo stesso accade con *Twitter* e *Google*³⁵, anche se quelli di *Facebook*, visti i recenti scandali e il protagonismo del suo amministratore delegato sembrano essere i valori più esaustivi e sviluppati.

In particolare, importa evidenziare che questi principi e valori sono controllati ed attuati mediante meccanismi automatizzati. L'enorme mole di informazioni gestite dalle piattaforme digitali rende impossibile valutare il comportamento degli utenti della *community* mediante meccanismi manuali, per cui rimangono nelle mani dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi progettati dall'azienda stessa; algoritmi che tuttavia sono chiamati a realizzare una interpretazione e applicazione del diritto³⁶. Insieme a questa forma ordinaria di applicazione dei valori di *Facebook*, i social network come *Facebook* e *Twitter* hanno anche creato un "Content Advisory Council" o "Privacy Advisory Council" che aiutano ad applicare questi valori, specificati nei principi e nelle regole (divieti) per decidere in determinate occasioni quali contenuti eliminare.

Questi organismi deputati al controllo del contenuto hanno come missione quella di garantire il rispetto della libertà di espressione attraverso un giudizio indipendente. Le decisioni che adottano rispetto alla conferma o annullamento di un contenuto sono vincolanti e ciò comporta che dovranno

³³ <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/>.

³⁴ Violenza e comportamenti criminali; violenza e istigazione alla violenza; persone e organizzazioni pericolose; organizzazione di atti di violenza e promozione della criminalità; prodotti e servizi con restrizioni (divieto di compravendita di sostanze stupefacenti, armi da fuoco, ec.); frode e raggirio. Sono proibite le comunicazioni che istighino al suicidio e all'autoleSIONISMO, sfruttamento sessuale, abusi e nudi di minori, sfruttamento sessuale di adulti, bullismo e intimidazioni, sfruttamento di esseri umani, violazioni della *privacy*.

³⁵ Come può leggersi nelle direttrici della piattaforma di *Twitter*: La difesa e il rispetto della voce degli utenti fanno parte dei valori fondamentali di *Twitter*. Il nostro impegno è rivolto a proteggere allo stesso tempo la libertà di espressione e la *privacy*. Anche la trasparenza costituisce una parte importante di questo impegno. In linea con tale approccio, vogliamo condividere pubblicamente il modo in cui questi valori fondamentali vengono trasferiti nel processo decisionale (<https://help.twitter.com/it/rules-and-policies/defending-and-respecting-our-users-voice>). Molto più prudenti sono invece i tre valori di *Google*: "rispettare l'utente, rispettare l'opportunità e rispettarsi a vicenda" (https://about.google/intl/ALL_it/community-guidelines/).

³⁶ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2022.

essere adottate a meno che questo non violi la legge. Quando uno di tali organismi esamina i contenuti e prende una decisione in merito, lo fa sulla base delle politiche dei contenuti e dei valori che ne sono alla base, i suoi valori autonomi.

Naturalmente, questi meccanismi sollevano molteplici dubbi sul piano giuridico nonché rispetto alla loro efficacia: non si tratta di tribunali e le decisioni che hanno una evidente rilevanza giuridica di natura pubblicitica sono trasferite alla società privata; soprattutto, come ha sottolineato Nicolas Suzor, pongono evidenti problemi di effettiva tutela giurisdizionale³⁷. Tuttavia, questi problemi vanno al di là del motivo alla base di questo discorso.

3.2. Valori pubblici del cberspazio: il principio di neutralità come assioma di una disciplina del mercato

La regolamentazione pubblica delle piattaforme si basa sulla definizione di uno spazio di neutralità che consenta il libero mercato, compensando allo stesso tempo normativamente la mancanza di responsabilità delle piattaforme. Il cberspazio è stato costruito sul principio della libertà e della neutralità della rete per permettere la libertà di espressione.

Il principio guida del cberspazio per antonomasia, approvato dalla legislazione degli Stati, è quello della neutralità della rete ed è a partire da questo principio che si sviluppano le sfide ai diritti e ai doveri³⁸.

Il principio di neutralità della rete stabilisce come regola generale che “tutti i contenuti che circolano su internet devono ricevere lo stesso trattamento e non essere discriminati per la loro origine, utilizzo o applicazione”. Con questo principio i poteri pubblici cercano di articolare l’architettura del cberspazio secondo una finalità pubblica generale ed astratta con cui ricomporre l’azione pubblica (sovrapponendo in questo modo interessi e attori particolari)³⁹. E lo fanno guidando l’azione degli attori privati, ponendo limiti ai poteri privati che configurano l’architettura della rete, cercando di preservarne la neutralità originaria, la sua libertà, ma lasciando le decisioni vere e proprie nelle mani delle aziende private ed escludendo la responsabilità di queste ultime.

L’alfa e l’omega della neutralità della rete è la libertà. L’architettura del cberspazio si è sviluppata a partire da questo valore universale e il principio di neutralità ha dato forma e contenuto alla rete quando, all’inizio del millennio, la Federal Communication Commission (FCC) statunitense ha sviluppato le c.d. ‘quattro libertà’ di internet: libertà di accesso ai contenuti, libertà di utilizzo delle applicazioni, libertà di connettere dispositivi personali, libertà di ottenere informazioni sul piano dei servizi. Successivamente, i governi nordamericani (o statunitensi) più progressisti hanno cercato di dare un impulso alla dimensione della responsabilità nella rete rispetto a quella della libertà, aggiungendo nuovi principi come la non discriminazione in relazione all’accesso di altri fornitori di contenuti e applicazioni e la trasparenza sulle pratiche dei fornitori⁴⁰. Pertanto, come si vede, il valore della libertà è stato coniugato attraverso il principio di neutralità, inteso in senso eminentemente commerciale, con la libertà del mercato digitale.

Sarà la regolazione europea quella che più concretamente conetterà i diritti e i doveri degli attori del mercato digitale con i diritti fondamentali di natura pubblica⁴¹, proponendo uno sviluppo della

³⁷ N. P. Suzor, *Lawless. The Secret rules that govern our digital lives*, Cambridge, 2019.

³⁸ J. F. Sanchez Barrilao, *La neutralidad de Internet como objeto constitucional*, in J. Valls Prieto (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, 2018, p. 233 ss.; Id. *El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 26/2016.

³⁹ J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad (aproximación al trasfondo de la crisis)*, Madrid, 2013, p. 83.

⁴⁰ J. F. Sánchez Barrilao, *El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad*, in *Estudios en derecho a la información*, 9/2020, p. 49 ss.

⁴¹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico).

neutralità in senso “procedurale”, invocando i principi di prevenzione e precauzione⁴² e collegando tale neutralità con una finalità pubblica.

Come ha affermato Sánchez Barrilao, nel principio di neutralità si può osservare una doppia dimensione. Da un lato, una neutralità sostanziale – o soggettiva – basata sui limiti all’intervento degli attori statali e privati che impediscono la pluralità dell’attività, dell’informazione e della comunicazione. Dall’altro, una neutralità procedurale o oggettiva, che va oltre la visione della neutralità privata e commerciale, collegandola a garanzie e principi costituzionali⁴³.

Questa seconda versione del principio di neutralità implica la combinazione di due dimensioni, quella soggettiva della libertà degli attori, che deve presiedere l’azione nel ciberspazio e quella oggettiva della libertà in tale spazio; quest’ultima è una dimensione finalistica ed indica che la libertà nel ciberspazio non si esaurisce nella libera concorrenza nel mercato, ma richiede la costruzione di un mercato delle “idee” plurale, che consente la formazione dell’opinione pubblica come soggetto essenziale della democrazia costituzionale⁴⁴. In altre parole, si tratta di una dimensione più profonda che esprime un’opzione per un determinato sistema politico e sociale, al di là di un mero “laissez faire”.

Nonostante tutto, questa dimensione oggettiva della neutralità, in quanto garante del pluralismo politico e ideologico in una società democratica, non è riuscita a distaccarsi dalle basi del mercato e delle relazioni private. Non ha compiuto il salto verso una impostazione pubblica e questo si nota nel recente Regolamento UE sui servizi digitali (GUCE, 27.10.2022, L. 277/1), noto come *Digital Services Act*.

Questo nuovo regolamento modifica la precedente direttiva sul commercio digitale del 2000, mantenendone l’impianto di base. Ne deriva che continua a mettere al centro il mercato digitale, definendo le responsabilità dei fornitori di servizi intermediari – anche in materia di contabilità – in particolar modo per le piattaforme online come i social network (obblighi di diligenza nelle procedure di notifica e azione in relazione ai contenuti illegali). Il nuovo regolamento stabilisce inoltre il diritto di impugnare le decisioni di moderazione dei contenuti delle piattaforme, l’obbligo di creare commissioni consultive sui contenuti, con un livello più elevato di trasparenza e contabilità per i procedimenti di moderazione utilizzati dai fornitori di queste piattaforme, per la pubblicità e per i processi algoritmici.

In particolare, ciò che rileva del regolamento è che per la prima volta entra a pieno titolo nella limitazione del potere diretto delle imprese nell’ecosistema: impone obblighi di sviluppo degli strumenti di gestione del rischio al fine di tutelare l’integrità dei loro servizi contro l’uso delle tecniche di manipolazione per le principali imprese con oltre 45 milioni di destinatari del servizio (10% della popolazione dell’Unione).

Il *Digital Services Act* è senza dubbio un grande passo in avanti, in quanto il linguaggio emergente è quello dei diritti fondamentali dei cittadini europei considerati come limiti al potere delle imprese; in altri termini si tratta di un linguaggio costituzionale. Tuttavia, l’idea di fondo non sembra essere quella di cittadini che navigano in uno spazio pubblico digitale, quanto piuttosto quella di utenti e consumatori di servizi che si relazionano con imprese commerciali. La logica è la stessa della direttiva sul commercio elettronico del 2000 i cui punti di forza erano la promozione della autoregolazione (art. 16 della direttiva), la composizione extragiudiziale delle controversie (art. 17) – due elementi

⁴² Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla comunicazione della Commissione “Apertura e neutralità della rete Internet in Europa”, COM(2011) 222 definitivo.

⁴³ J. F. Sánchez Barrilao, *El internet en la era Trump*, cit.: “es decir, que tal intervención pública en la red ha de llevarse a cabo garantizando que ésta se mantenga como un nuevo espacio digital y plural de expresión, comunicación e información de las personas, en aras de una neutralidad sustantiva o material sobre la red y sus contenidos, así como de las personas que los visitan y visitan [...] se va a requerir de cierta formalización de la neutralidad a fin de garantizar realmente la referida neutralidad material o sustantiva. O lo que es igual, la consideración de la neutralidad formal como proyección objetiva de la neutralidad material; en ambos casos, como nuevos principios constitucionales que se proyectan desde la base misma del Estado constitucional y democrático de derecho respecto del actual (pero cambiante) contexto tecnológico-digital que determina la comunicación (social, económica, política, jurídica y cultural) en el marco constitucional”.

⁴⁴ Queste due dimensioni sono alla base di tutte le libertà comunicative nella loro configurazione costituzionale: al riguardo A. Aguilar Calahorro, *El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e Internet*, in *Revista de Derecho Político*, 100/2017.

caratteristici del diritto dei consumatori – e l'esenzione della responsabilità delle imprese come compenso del loro dovere di neutralità dei contenuti (art. 14)⁴⁵.

Questa conclusione non è alterata dagli sforzi che le istituzioni e i governi dell'Unione stanno compiendo dalla Dichiarazione di Tallinn sull'eGovernment del 2017. In essa c'è l'impegno dei Governi di dare l'esempio nello sviluppo di un cyberspazio che rispetti i diritti ma in cui si sviluppino "i principi centrati sull'utente" dell'amministrazione elettronica pubblica e privata. La "Dichiarazione di Berlino sulla società e il governo digitale basato sul valore"⁴⁶ dell'8 dicembre 2020 è un esempio di come i principi e i valori europei che governano il cyberspazio si stabiliscono nel contesto del mercato digitale o della considerazione dei cittadini come utenti dei servizi⁴⁷ nonostante i suoi 7 principi guida dell'Unione nella società digitale⁴⁸. La successiva "Dichiarazione di Lisbona su una democrazia digitale con uno scopo" del 2021, ha posto le basi per la recente proposta della Commissione dell'8 gennaio 2020 al Parlamento europeo e al Consiglio su una "Dichiarazione su diritti e principi digitali per tutti nell'Unione europea". Una dichiarazione che utilizza un linguaggio possibilista e che avrà senza dubbio un impatto nell'applicazione delle norme nell'Unione europea ma che evidenzia, ancora una volta, "un modello di trasformazione digitale che rafforza la dimensione umana dell'ecosistema digitale e ha come fulcro il mercato unico digitale".

La centralità del mercato, i rapporti di natura privata e di consumo che presiedono la regolamentazione europea sono strettamente aderenti (forse troppo) alle competenze dell'Unione europea e alla base giuridica del regolamento, l'articolo 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che attribuisce le competenze per il ravvicinamento delle legislazioni sul mercato interno⁴⁹. In questo scenario mercantilista, la Dichiarazione dei diritti digitali e dei principi dell'Unione presenta una serie di "valori", nel senso stretto del termine, laddove nel quarto considerando segnala come l'obiettivo sia quello di fissare delle "intenzioni politiche comuni" per governi, aziende e attori che agiscono nel cyberspazio, nello sviluppo ed applicazione di nuove tecnologie. Tali valori sono i seguenti: solidarietà e inclusione, libertà di scelta, partecipazione allo spazio pubblico digitale, sicurezza protezione e responsabilizzazione, sostenibilità, democrazia, Stato di diritto e giustizia effettiva.

4. I valori digitali stanno svolgendo una funzione costituzionale?

Una volta esposte le diverse versioni dei valori nello spazio digitale, occorre tornare all'idea principale di questo contributo: la guerra dei valori che si sta conducendo nell'ambito globale offline come specchio, e forse causa, del potere on line.

La domanda a cui occorre rispondere a questo punto è: i valori stanno svolgendo una funzione costituzionale? Possono i valori costituzionali trasferirsi all'ambito online?

⁴⁵ Per tutte cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 22 giugno 2021, C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson*.

⁴⁶ *Berlin Declaration on Digital Society and Value-Based Digital Government at the ministerial meeting during the German Presidency of the Council of the European Union on 8 December 2020* (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/node/479>).

⁴⁷ Come si segnala nell'esposizione dei motivi, la Dichiarazione di Berlino fa seguito alla Dichiarazione di Tallinn sull'eGovernment che sviluppa "i principi basati sull'utente".

⁴⁸ Tali principi sono i seguenti: validità e rispetto dei diritti fondamentali e dei valori democratici in ambito digitale; partecipazione sociale e inclusione digitale per plasmare il mondo digitale; empowerment e alfabetizzazione digitale, permettendo a tutti i cittadini di partecipare alla sfera digitale; fiducia e sicurezza nelle interazioni tra i governi digitali, per permettere a tutti di navigare nel mondo digitale in modo sicuro, di autenticarsi e di essere riconosciuti digitalmente all'interno dell'UE; sovranità digitale e interoperabilità, come chiave per garantire la capacità dei cittadini e delle pubbliche amministrazioni di prendere decisioni e agire in modo autodeterminato nel mondo digitale; sistemi centrati sull'uomo e tecnologie innovative nel settore pubblico, che rafforzino il suo ruolo pionieristico nella progettazione di tecnologie sicure e affidabili; una società digitale resiliente e sostenibile, che sia in linea con il Green Deal e che utilizzi le tecnologie digitali per migliorare la sostenibilità dei nostri sistemi sanitari.

⁴⁹ Cfr. l'articolo 114.1 TFUE: "Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno."

4.1. *La configurazione dei valori costituzionali*

In condizioni socio-politiche globali di crisi, i valori giuridici, come ha sottolineato Gustavo Zagrebelsky, come «elementi creativi ed esprimono perciò non il diritto ma una “politica del diritto” trovano un terreno fertile e si rendono necessari come antitetici al “normativismo classico” poiché “quando, rispetto a determinate materie ‘scottanti’, si scontrano esigenze di regolazione plurali e punti di vista tutti degni di riconoscimento, il diritto per regole non è idoneo a governare la complessità e soccorre il diritto per principi”. Non è casuale il fatto che “esso si sviluppi particolarmente nelle cosiddette società pluraliste e rispetto a questioni in cui si intrecciano diritti, interessi, ideologie e aspirazioni confliggenti”⁵⁰.

La battaglia assiologica può significare che i valori siano più che mai necessari per erigersi a fondamento di un nuovo spazio globale e interconnesso. In sostanza, i valori realizzano una finalità integrativa⁵¹, come «meta norme⁵²». Servono, come affermerà Gustavo Zagrebelsky, come criteri di validità dell’azione o del giudizio diretto al risultato, non come criteri di azione o di giudizio in sé⁵³.

Per assolvere a tale funzione, tuttavia, i valori devono essere oggettivamente configurati in termini giuridici, perché essendo realtà estremamente aperte che richiedono di essere concretizzate, possono cedere il passo, come si è visto, a interpretazioni soggettive.

La guerra dei valori, tanto a livello interno che esterno, in quanto guerra di tutti contro tutti, restituisce il concetto di valore costituzionale nella sua accezione negativa, soggettivizzata, utilizzata da Carl Schmitt nei termini di una “promiscuità dei valori”. Si tratta di un concetto nel quale i valori si fanno valere, non in nome di qualcuno, ma sempre “contro qualcuno”. Il celebre autore, nel suo appello contro La tirannia dei valori ha segnalato i rischi nel dare contenuto a tali valori, che possono comportare una “guerra di tutti contro tutti per imporre la propria validità”. I valori valgono sempre per qualcuno, ma anche, e questo è fatale, “valgono sempre anche contro qualcuno”, detto in altri termini: “la negazione di un valore negativo è un valore positivo a seconda di chi considera l’uno o l’altro”⁵⁴.

Proprio contro questa natura soggettiva José Ortega y Gasset ha scritto il saggio *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?* che ha destato una profonda impressione all’epoca in cui venne pubblicato per la prima volta nella *Revista de Occidente* (1923). L’aver inquadrato i valori nella oggettività e il trattamento matematico rappresentarono un avanzamento significativo rispetto alle “ideologie” positiviste e al nichilismo del XIX secolo. Ortega cerca di ricostruire la teoria dei valori a partire da parametri oggettivi, non come “una *quaestio facti* sino una *quaestio juris*. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia [...] no son pues los valores un don que nuestra subjetividad hace a las cosas, son una extraña, sutil casta de objetividades que nuestra conciencia

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31(2)/2002, p. 865 ss.

⁵¹ G. Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, 1984, p. 50 ss.

⁵² N. Bobbio, s.v. “Norma”, in *Enciclopedia Einaudi*, t. IX, Torino, 1980.

⁵³ G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori principi o regole?*, cit.

⁵⁴ C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, in *Revista de estudios políticos*, 115/1961, p. 65 ss., in cui in modo distruttivo, sosterrà che il termine “no es exclusivo del vocabulario de Hitler, el cual aludió con frecuencia e insistencia al valor”. Per tale autore si trascura il limite stabilito anteriormente alla filosofia dei valori secondo la quale (p. 74): “las cosas tienen un valor, las personas tienen una dignidad. Valorar la dignidad se consideró indigno. Hoy día, en cambio, también la dignidad se ha convertido en un valor por obra y gracia de la filosofía de valores [...] Hay que tener en cuenta que el valor, según la filosofía de valores, no tiene un ser, sino una validez. El valor no es, sino vale. Algunos hablan del ser ideal de los valores, pero no es necesario profundizar en semejantes matices porque, de todos modos, el valor, como tal, no es, sino precisamente, vale. El valor, sin embargo, implica un afán muy fuerte a la realización, como veremos más adelante. El valor tiene realmente ansia de actualización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento [...] Hay filósofos de los valores objetivos que opinan que la vida física de los hombres actualmente vivientes no es el valor supremo, y, por consiguiente, no tienen reparos en aplicar los medios de destrucción de la ciencia y técnica moderna para imponer aquellos valores supremos; y hay otros filósofos que sostienen que es un crimen destruir la vida humana por supuestos valores mayores”.

encuentra fuera de sí, como encuentra los árboles y los hombres”. I valori, quindi, non rilevano in sé, ma si presentano come “qualità delle cose”⁵⁵.

Il dibattito normativo sui valori si è incentrato su due questioni. La prima segnata dalla relazione tra morale e diritto: se i valori derivano da una morale intrinseca al diritto (Fuller⁵⁶), se sono dedotti dal diritto stesso (Dworkin⁵⁷) o se non sono altro che regole positive aperte (Hart⁵⁸). La seconda, relativa ai valori in quanto norme aperte, riguarda la questione su chi dovrebbe essere incaricato di specificarle nella causa: se il legislatore democratico (Habermas⁵⁹) o il giudice, un giudice al quale la norma attribuisce la potestà per produrre norme (si pensi alla giustizia costituzionale come a un legislatore negativo in Hart o Kelsen⁶⁰) o un giudice che attraverso la sua motivazione funge da anello di congiunzione tra la norma e la realtà sociale (Dworkin e Ross⁶¹). Questo secondo dibattito è quello che interessa rispetto alla costruzione giuridica del cberspazio.

Non sono poche le voci critiche rispetto all'utilità dei valori costituzionali nel mondo giuridico. Sono noti al riguardo i dibattiti sorti a seguito della sentenza Lüth del *Bundesverfassungsgericht*, nella quale si riconosce efficacia indiretta ai diritti fondamentali nelle relazioni tra individui secondo un ordine di valori oggettivo: “I diritti fondamentali sono innanzitutto diritti di difesa del cittadino contro lo Stato; tuttavia, nelle disposizioni sui diritti fondamentali della Legge fondamentale si incorpora anche un ordine di valori oggettivo che in quanto decisione costituzionale fondamentale è valida per tutte le sfere del diritto”⁶².

Si è affermato che se i diritti costituzionali comprendono un ordine di valori e se i valori sono per definizione disposizioni aperte, astratte, che richiedono di essere precisate, la costituzione non potrebbe assolvere alla sua funzione primaria, e cioè limitare il potere, ma, al contrario, amplierebbe tale potere e la sua azione così come l'interpretazione di ogni valore. Si è anche detto che la costituzione non può essere un quadro astratto in nome dei valori, una sorta di ‘uovo cosmico’ o più prosaicamente un supermercato in cui si possa scegliere il contenuto concreto, ma piuttosto un limite preciso rispetto all'azione del potere, poiché solo in questo modo essa può trovare la sua normatività⁶³.

Il problema dei valori è quindi la loro stessa apertura: sono norme aperte, astratte, difficili da precisare e pertanto lasciano un'immensa discrezionalità nelle mani dei giudizi quando sono utilizzati come mezzo di risoluzione dei conflitti⁶⁴. Per questo si è sostenuto in sostanza che non spetta al

⁵⁵ J. Ortega y Gasset, *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, in Id. *Obras completas*, t. 6, Madrid, 1983, p. 315 ss. Come ha sottolineato il filosofo spagnolo, la filosofia positivista dei fatti o dei fenomeni puri ha teso a osservare i valori come valutazioni soggettive e pertanto difficili di essere generalizzare, faticosamente trasferibili a enunciati giuridici e ancora meno capaci di generare giudizi non discrezionali. Secondo Ortega: “el positivismo hace de las cosas circundantes un conglomerado de sensaciones y nada más» por lo que prescinde de que el conocimiento de los objetos pueda ser una experiencia preexistente al propio sujeto y su aproximación al mismo y ello conduce a que desconozca el fenómeno mismo que quisiera explicar”. Ne deriva che un approccio positivista al fenomeno dei valori difficilmente può concepire l'oggetto scientifico come un a-priori o un contrario all'atto normativo o alla volontà di potenza ma come una mera “emanación de aspiraciones personales, del sentimiento o apetito subjetivo”. Per un riassunto dei problemi della pre-comprensione nella metodologia positivista rinvio a A. Aguilar Calahorra, *Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el Derecho constitucional*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, p. 147 ss.

⁵⁶ L. L. Fuller, *Positivism and fidelity to law: a reply to profesor Hart*, in *Harvard Law Review*, 71-4/1958, p. 630 ss.

⁵⁷ R. Dworkin, *Los derechos en serio* (trad.), Barcelona, 7 ed. 2009.

⁵⁸ H. H. L. Hart, *El concepto de Derecho* (trad.), Buenos Aires, 1963, p. 155 ss.

⁵⁹ J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, (trad.) Madrid, 5 ed. 2008.

⁶⁰ H. L. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, (trad.) Ciudad de México, 2000 (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/38/tc.pdf>); Id. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71/1957.

⁶¹ H. Kelsen, *Alf Ross. Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia*, in P. Casanovas e J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994; Id., *Esencia y Valor de la Democracia*, Granada, 2002; A. Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho* (trad.), Buenos Aires, 1961.

⁶² Sentenza del Tribunale costituzionale tedesco BVerfGE 7, 198 de 15 gennaio 1958.

⁶³ E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975, pp. 124-125 e 257-263; J. Isensee, *El pueblo fundamento de la Constitución*, in *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 6/2005, p. 335 ss.

⁶⁴ H. L. A. Hart, *Post scriptum al Concepto del Derecho*, cit., p. 269.

giudice determinare il contenuto dei valori ma al legislatore democratico e che il giudice deve essere soggetto soltanto alla legge e alla volontà democratica che esprime⁶⁵.

Per questo il fenomeno della comparsa dei valori nel diritto assunto dal positivismo critico, è arrivato ad essere considerato come un affronto o un limite alle procedure di deliberazione democratica a favore di una “autocomprensione metodologica dei giudici”, basata su “una teoria dei valori”. Una teoria che mette a disposizione dei tribunali un intero arsenale di competenze decisorie aperte o “discrezionali” (nel senso di Hart), per essere poi concretizzati nello specifico di un contenzioso giudiziario. Difatti, essendo innegabilmente aperti, i valori “stabiliscono delle relazioni di preferenza, le quali ci dicono che certi beni sono più attraenti di altri; per questo con le proposizioni valutative noi possiamo essere più o meno d’accordo”, e il conflitto che ne deriva richiede una mediazione giudiziaria.

In questo modo la teoria dei valori, secondo tali critici, suppone una rivalutazione della magistratura nei confronti del legislatore e presuppone che la decisione giurisdizionale fondata sui valori diventi discrezionale e non soggetta alla “legge”.

E tuttavia secondo Habermas queste dicotomie si basano su una confusione: “il problema stesso è l’assimilazione dei principi giuridici ai valori”⁶⁶. La confusione è tra la fonte “valore” e la fonte “principio generale”. Zagrebelsky stabilisce una sottile differenza tra valori e principi. In un “diritto mite”, come quello del ciberspazio, la distinzione tra valori e principi permette di configurare una triade sequenziale tra valori-principi-regole: un nesso costitutivo della validità del diritto, un assioma “che precede lo stesso diritto costituzionale positivizzato, il potere stesso di scrivere una costituzione”⁶⁷. I valori sono specificati mediante principi e i principi per mezzo delle regole. I principi orientano l’azione attraverso un risultato ma i valori legittimano l’azione stessa. È per questo che i valori sono una definizione della coscienza collettiva, della coscienza della comunità che legittima il desiderio o il bisogno di convivere nella società. Ecco perché i valori esprimono i fondamenti della società e l’adesione ad essi consente l’integrazione degli individui nella comunità politica, e i principi, nello sviluppo di quelli, guidano direttamente i poteri pubblici per raggiungere determinati obiettivi. La distinzione non è banale, se si consente, come fa notare Habermas, per superare le critiche.

Dal germe della Dichiarazione Universale dei Diritti, i valori sono stati costituzionalizzati come anello di congiunzione tra filosofia, politica, coscienza comunitaria e ordinamenti giuridici. Sono sorti come un correttore introdotto dal positivismo critico del dopoguerra. Dopo la seconda guerra mondiale, i valori costituzionali hanno rappresentato il legame tra il campo naturale del diritto naturale e del diritto positivo, tra ambito politico e giuridico, tra la coscienza della comunità e l’efficacia della legge.

In tal senso, le costituzioni normative del secolo XX hanno generalizzato la positivizzazione dei valori. Il costituzionalismo normativo si trova caratterizzato da questi valori e al tempo stesso attribuisce loro una dimensione oggettiva. Una volta positivizzati si convertono in norme e si configurano come una via di fuga per i tribunali, una guida per risolvere lacune, uno strumento per risolvere momenti di crisi del diritto nei quali si legittima l’ermeneutica giudiziaria rispetto ai bisogni sociali.

I valori hanno permesso, da un lato, di coniugare il pluralismo politico. Sono stati gli elementi di identificazione della cittadinanza nella comunità politica, di integrazione delle differenti opzioni politiche, sociali, religiose, vitali in un quadro giuridico comune dopo il disastro delle guerre mondiali. Un quadro aperto che deve dare spazio a tutte le opzioni politiche e sociali per la ricostruzione della società. Hanno permesso di giuridificare l’integrazione sociale.

In campo strettamente giuridico, i valori hanno fornito una comprensione dei diritti fondamentali in senso integrativo, non solo come meri limiti al potere pubblico che preserva spazi di libertà individuale, ma come cornice di un gioco plurale nel quale possono integrarsi tutte le visioni sociali e che serve da

⁶⁵ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributo a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit. pp. 338 e 349.

⁶⁶ In riferimento alle critiche di Böckenförde alla metodologia del Tribunale costituzionale tedesco ricorrendo alla “tirannia dei valori” di Schmitt, cfr. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 328.

⁶⁷ *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

catalizzatore tra il potere pubblico e la cittadinanza⁶⁸. In questo modo il costituzionalismo ha cominciato ad essere compreso non solo come un mero limite passivo tra l'individuo isolato e il potere pubblico ma come un quadro sociale richiesto dalle azioni positive da parte dei poteri pubblici per raggiungere l'integrazione sociale; questo ha significato, inoltre, aprire la porta all'effettività dello Stato sociale e ai diritti sociali, intendere il potere politico come un agente che fornisce servizi e andare oltre principio di uguaglianza formale verso una comprensione dell'uguaglianza materiale, andare oltre il principio democratico come mera procedura verso la comprensione della democrazia in senso sostanziale⁶⁹.

I valori, in definitiva, sono disposizioni giuridiche appena tratteggiate, incubate nella dimensione politica, economica, sociale del tempo che ogni generazione deve vivere. Prodotto dell'intelligenza collettiva, frutto di traumatiche esperienze collettive e pressanti bisogni comuni di riconciliazione, svolgono una funzione: la reintegrazione della società dopo momenti di crisi e di rottura, e per questo devono puntare all'integrazione del pluralismo sociale, alla costruzione di una comunità politica plurale. Parafrasando Zagrebelsky, il valore "vale" come "autorizzazione all'azione o giudizio rivolto al risultato" (reintegrare una società frammentata e riconvertirla in una comunità politica) non sono un mero "criterio per l'azione e il giudizio" ma l'autorizzazione all'azione destinata al risultato. Da qui il loro "valore" per reintegrare la comunità in tempi di crisi.

È necessario, tuttavia, comprendere i valori da una prospettiva di diritto positivizzato. I valori sono disposizioni giuridico-costituzionali che devono avere un significato concreto, oggettivo, determinato. Non sono mere aspirazioni sociali o desideri. Non può ignorarsi che nelle costituzioni dove i valori sono stati positivizzati si mitiga la polemica. Se il problema della identificazione dei valori si trasferisce al costituente, il loro contenuto è stabilito dal testo costituzionale. Il problema invece compare successivamente ed è un problema di interpretazione nel caso concreto. È in questa interpretazione si presenta il dilemma: se è il giudice o il legislatore democratico che deve modellarli nel caso concreto.

Ebbene, in un clima di guerra totale sui valori che vanno applicati in una sfera globale come quella digitale, l'oggettività dei valori è particolarmente necessaria per integrare le società, per permettere l'identificazione degli attori in un progetto politico comune, una comunità o cibercomunità globale. Questo lavoro di determinazione del contenuto di identificazione del valore in un caso concreto, in un'epoca di crisi come quella che stiamo vivendo non può spettare al legislatore democratico. Il legislatore non è, a mio avviso, una soluzione convincente per la determinazione dei valori. In un'epoca di crisi, la rappresentatività politica è la prima a risentire della frammentazione sociale che si traduce in frammentazione politica e nella comparsa di estremismi inconciliabili. Di qui la guerra dei valori. Di uno stesso concetto possono darsi concezioni differenti che portano ad una guerra tra convinzioni contrastanti, anche intime e personali. In un'epoca di crisi non si può lasciare la determinazione dei valori in mano al legislatore democratico o al gioco politico perché la conseguenza è una frattura del tessuto sociale della comunità, l'espulsione di una parte della società.

Chiedersi chi deve essere il guardiano dei valori costituzionali corrisponde a domandarsi chi deve essere il custode della Costituzione. Del resto, le opzioni - vale a dire la strada politica per la rappresentanza del popolo o quella giurisdizionale mediante un tribunale specializzato - sono le stesse presentate da Schmitt e Kelsen⁷⁰. L'interprete dei valori, in un'epoca di crisi in cui la comunità globale e il ciberspazio si trovano frammentati, deve essere il giudice, un tribunale, un organo giurisdizionale.

Un esempio della competenza funzionale dei tribunali costituzionali nella determinazione dei valori, dal punto di vista della idoneità a risolvere conflitti in un momento di crisi sul caso concreto (e non della politica o del procedimento democratico) e del problema di affidarne la determinazione alla

⁶⁸ Si veda P. Ridola, *Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo*, in *Revista Derecho del Estado*, 15/2003; Id. *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997.

⁶⁹ W. Sadurski, *Law's legitimacy and democracy plus*, in *Oxford journal of legal studies*, 26-2/2006, p. 337 ss.

⁷⁰ H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995.

politica, si trova, nell'ambito dell'UE: si pensi al caso della Polonia riguardo alla violazione del valore costituzionale della rule of law⁷¹.

Nell'UE i valori dell'articolo 2 TUE hanno una reale efficacia giuridica in quanto tali, considerato che sulla base degli stessi possono entrare a far parte dell'Unione solo gli Stati che li rispettano.

Inoltre, esiste un procedimento, previsto dall'articolo 7 TUE, per avvertire e sanzionare gli stati che violino tale valore. Si tratta del procedimento che permette di constatare l'esistenza di un rischio o di una violazione dei valori. Eppure, è un procedimento politico: "l'obiettivo non deve essere quello di imporre sanzioni, ma di trovare una soluzione che salvaguardi [i valori] con la cooperazione e il sostegno reciproco come elementi centrali e senza escludere una risposta efficace, proporzionata e dissuasiva come ultima risorsa". Tuttavia, il procedimento richiede il conseguimento di unanimità che ne impedisce nella pratica l'efficacia. È un procedimento politico a tutti gli effetti di carattere diplomatico e di negoziazione.

La difesa dei valori costituzionali che ruota intorno all'unanimità nel Consiglio europeo (art. 7 TUE) è stata assolutamente inefficace e priva di operatività, per esempio, nel momento attuale rispetto ai casi della Polonia e dell'Ungheria.

Tuttavia, trasferendo l'analisi di tali valori all'ambito giurisdizionale, essa ha prodotto dei risultati almeno in concreto. Si veda, al riguardo, in difesa del valore dello Stato di diritto, l'ordinanza della CGUE del 2018 nella quale si sospende in via cautelare l'entrata in vigore della riforma della legge della Corte suprema polacca a causa della possibilità di una reale violazione dei valori dell'Unione e per i suoi possibili effetti indiretti sull'articolo 19 TUE in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta (diritto di difesa e ad un giudice imparziale).

Occorre evidenziare che l'azione della CGUE si basa in definitiva e in forma esplicita nel valore della rule of law. Inoltre, deve anche essere segnalato che l'argomento trova riscontro in questo caso perché si realizza seguendo un percorso ordinato, come quello che difende Zagrebelsky nella sua triade concettuale, l'assioma valore-principio-diritto. L'Unione europea, va riconosciuto, si è dimostrata particolarmente efficace al momento di distinguere tra valori e principi generali e attribuirli funzioni diverse.

5. Epilogo: i valori costituzionali possono essere trasferiti al ciber spazio?

I valori costituzionali possono e devono svolgere una funzione di integrazione della comunità digitale. La loro funzione è precisamente quella di consentire l'identificazione tra i cittadini (utenti) e la comunità alla quale appartengono, attraverso norme di contenuto sufficientemente aperte che diano spazio alle diverse opzioni politiche. Integrando gli estremi in un valore universale comune legittimano i principi di funzionamento del sistema e i procedimenti di assunzione delle decisioni. Tuttavia, devono essere universali o almeno esprimere la coscienza collettiva della comunità.

Non è in dubbio che i sistemi di intelligenza artificiale potranno, ad un certo punto, identificare quali siano questi valori comuni agli attori del ciber spazio che corrispondono, né più né meno, all'umanità. Ciononostante, negli anni '50 la Dichiarazione universale dei diritti umani sembrò rappresentare

⁷¹ Cfr. Ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CJUE) del 19 ottobre 2018, *Commissione c. Polonia* (C-619/18 R, non pubblicata, EU:C:2018:852), in cui la vicepresidente del Tribunale di Giustizia accolse provvisoriamente la richiesta di sospensione cautelare della entrata in vigore degli articoli 37, commi da 1 a 4, e 111, comma 1 e 1 bis, della nuova legge della Corte suprema polacca, così come dell'articolo 5 della legge di modifica del 10 maggio 2018 e qualunque altra misura adottata in applicazione di tali disposizioni che alterava l'età di pensionamento dei giudici dei tribunali apicali dello Stato. Nel caso polacco sulla violazione dello stato di diritto, la CGUE si è pronunciata con sentenza del 24 giugno 2019, nella causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531 segnalando, punti 58 e 59, che: "Questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto"; "Alla luce di quanto precede, le norme nazionali censurate dalla Commissione nel suo ricorso possono essere vagliate alla luce dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma".

buona parte di questi valori globali. Potremmo concordare sul fatto che la Dichiarazione determinò alcuni valori universali che possono considerarsi il germe, la radice della comunità politica globale.

Il problema di questi valori universali, per essere considerati costituzionali è che devono essere considerati oggettivizzati attraverso meccanismi che permettano di concretizzarli in momenti di crisi. Il loro contenuto deve essere specificabile e determinabile e a tal fine si richiede una autorità e meccanismi di garanzia. Altrimenti, le differenze ideologiche finiscono per svuotare di significato la funzione costituzionale dei valori ed il loro essere un punto di incontro della comunità politica globale.

La determinazione delle qualità dei valori costituzionali in un ciber spazio globale o dei loro contenuti non possono attribuirsi, in condizioni eccezionali di fratture sociali e internazionali, a organi politici, in quando al di là di risultare inutile a livello interno, non esiste a livello esterno alcun foro legittimato e dotato di autorità sufficiente (risentiamo ancora del principio di sovranità in un mondo polarizzato). Potremmo essere d'accordo sul fatto che risulta assurdo attribuire tale potere a organi privati o a corporazioni commerciali (come consigli consultivi delle piattaforme) la cui applicazione e determinazione dipende da organi, consigli consultivi privi di una indipendenza garantita a senza rispetto per i diritti formali e sostanziali del diritto di difesa.

L'opinione che si esprime è che i valori costituzionali sono rilevanti per ordinare il ciber spazio ma la loro funzione di integrazione richiede l'adozione di misure a livello interno ed esterno.

A livello esterno, in modo che possano svolgere la loro funzione di integrazione nel ciber spazio, probabilmente, la loro determinazione e applicazione potrebbe essere attribuita a organi giurisdizionali su scala globale. Del resto, già esistono Tribunali internazionali che svolgono questa funzione di risoluzione delle controversie nell'ambito del diritto di "navigare" in uno spazio libero e di tutti, come il Tribunale internazionale per il diritto del mare. Si immagini allora un tribunale di questa portata, specializzato, e che garantisca e difenda una "world wide web" *res comunis omnium*. Autori inclini a risaltare il momento della decisione democratica su quella giudiziale, come J.H. Ely, hanno riconosciuto che il processo giudiziale può servire da quadro dialettico per determinare alcuni elementi previ a tutto il sistema politico. In particolare, considerano che il procedimento giurisdizionale può servire da salvaguardia ultima per l'adozione di decisioni relative ad elementi essenziali per il dibattito democratico come la partecipazione politica o la libertà di espressione⁷², vale a dire due elementi chiave per la comunità politica.

Quel che è certo è che i sistemi di garanzia multilivello dei diritti stanno contribuendo a determinare il contenuto comune dei valori costituzionali su larga scala. È proprio grazie alla giurisdizione di tribunali regionali, quali la Corte interamericana dei diritti dell'uomo o la Corte europea dei diritti umani che, indubbiamente, si sta determinando progressivamente il contenuto dei grandi valori della Dichiarazione universale. È probabilmente per tale ragione che gruppi politici e governi favorevoli all'adozione di valori particolaristici e autoritari avvertono la minaccia derivante dall'appartenenza a tali accordi regionali di garanzia dei diritti umani, vedendo con sospetto la fissazione di tali valori da parte dei tribunali.

L'accesso ai tribunali in qualità di soggetti dotati di legittimazione attiva e passiva da parte di queste compagnie tecnologiche che dominano il ciber spazio e che superano di gran lunga il potere economico e politico di alcuni degli stati aderenti ai trattati in materia di diritti umani potrebbe articolare un sistema di valori costituzionali condiviso e pubblico nell'ambito del ciber spazio. Lo stesso Tribunale internazionale per il diritto del mare estende la propria giurisdizione a società private di natura commerciali che operano nella *res comunis omnium* (si veda la parte XI della "Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare"). Valori che si convertirebbero in universali per la natura della rete. Sarebbe davvero inverosimile la ratifica di un trattato internazionale sui diritti – CEDU – da parte di imprese e corporazioni tecnologiche come Meta, Alphabet o Apple? Sarebbero in grado di offrire sicurezza giuridica e garanzia dei diritti umani? Sarebbe un gesto tale da aumentare la fiducia dei governi democratici nella tecnologia? Potrebbe considerarsi un sigillo di qualità per le stesse società? La presentazione di ricorsi individuali contro le società di fronte a questo tipo di tribunali internazionali dei diritti umani rappresenterebbe un progresso o una regressione rispetto

⁷² J. H. Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad* (trad.), Santafé de Bogotá, 1997, p. 31.

alle garanzie dagli stessi assicurate? Potrebbe restituire agli utenti consumatori l'idea di essere dei cittadini dotati di diritti di fronte alle società? Forse in questo modo potrebbe distinguersi l'interesse commerciale dall'interesse pubblico e sovrapporsi il diritto al mercato, i diritti ai benefici economici.

A livello interno sarebbe necessario che la dottrina e la giurisprudenza facessero uno sforzo di determinazione con riferimento alle costituzioni nazionali al fine di sviluppare una distinzione concreta tra valori, principi e diritti. Non dovrebbe a livello interno sottovalutarsi l'assioma costitutivo valori-principi-regole in modo da intendere ogni componente di questo assioma secondo una scala che va dalla maggiore astrazione alla maggiore concretezza, proprio per epurare i conflitti concreti dalle soluzioni generali condivise. Si richiede al riguardo uno sforzo per distinguere, in particolare, la giuridicità e la natura dei principi generali e dei valori. Le costituzioni democratiche dovrebbero articolare meccanismi di efficacia dei valori simili a quelle che si sono articolate di fronte alla sfida che comportano gli stati illiberali in Europa da parte della Corte di Giustizia.

Se a livello dottrinale interno continuiamo ad essere bloccati nelle tradizionali dispute tra la dottrina dello stato e la teoria costituzionale, le forme del diritto dello stato difficilmente potranno evolvere verso forme del diritto globale. Forse, il problema della "tirannia dei valori", in quanto frutto di una logica della prima metà del secolo XX, ha ancora bisogno, da un lato, di uno sviluppo della teoria dei principi generali e, dall'altro, dei valori; non solo come meccanismo di legittimazione dell'azione politica, ma soprattutto per una effettiva tutela dei diritti.

I sistemi costituzionali normativi non sembrano essere stati capaci di specificare categorie giuridiche e distinguerle e non è stata elaborata una teoria sull'ermeneutica costituzionale che muova da questo nesso costitutivo valori-principi-regole⁷³.

Lo sviluppo dogmatico del sistema dei valori costituzionali potrebbe, inoltre, essere approfondito dal punto di vista dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, vero nucleo dei problemi della disciplina del potere delle società private in relazione ai cittadini. I valori normativi sono essenziali per superare gli ostacoli delle relazioni tra privati rispetto all'efficacia dei diritti fondamentali, tanto odificata manecessaria nei rapporti tra utenti e società tecnologiche.

In definitiva, la funzionalità dei valori costituzionali è trasferibile alla sfera del ciber spazio in ragione del loro carattere integrativo e fondativo di una comunità. Eppure, il contenuto di tali valori deve essere specificato in modo consapevole attraverso l'intelligenza collettiva che il ciber spazio ospita nonché attraverso meccanismi giurisdizionali. Non è sufficiente che le idee possano spaziare liberamente, i sistemi democratici non sono mercati di idee, anche se ci siamo abituati a sentirlo ripetere. La libertà di espressione non è il fine ultimo delle società ma i diritti comunicativi sono uno strumento per configurare la comunità politica, ottenere il consenso e costruire una comunità. La libertà individuale di espressione non è un fine in se o ma deve tener conto della sua dimensione oggettiva e della sua funzionalità a costruire una opinione pubblica capace di cementare una società inclusiva. Il fine delle libertà comunicative è di determinare i valori che devono erigere e legittimare la stessa comunità politica in modo plurale. È possibile che i valori costituzionali non siano diversi rispetto ai diritti della Dichiarazione universale ma devono essere specificati e assunti legittimamente. In questo, sembra che il modo più realistico sia quello di utilizzare la formula di successo del sistema multilivello e i tribunali internazionali dei diritti come modalità di sviluppo progressivo. Si tratta di

⁷³ Ad esempio si continua a parlare di principio democratico ma la democrazia (oltre al fatto che richiede principi e procedure e, naturalmente, ha un contenuto sostanziale che passa per l'uguaglianza come punto di partenza per i cittadini e tiene conto di questioni al di fuori del diritto positivo come l'economia, la sociologia e la cultura) non può essere trattata come un principio che guida l'esercizio dei poteri pubblici, bensì come un fondamento dello stesso potere pubblico, a partire dalla quale configurare lo stesso potere pubblico. E questo è piuttosto un valore (la convinzione incarnata nella coscienza della comunità che coloro che subiscono le regole devono partecipare alla loro formazione e soprattutto che la sovranità risiede nel popolo e non nei poteri pubblici). Forse un giorno si potrà sostenere che i valori, contrariamente ai principi, non sono ponderabili tra loro. Questa idea è riassunta nel concetto che i diritti umani sono indivisibili. Tuttavia, questo ha portato a considerare che anche i diritti fondamentali sono indivisibili e che, quindi, quando un giudice fa una ponderazione tra diritti, la sua soluzione finale non conferisce effettività all'uno rispetto all'altro, ma garantisce entrambi. Penso che questa sia un'altra confusione in questo caso, tra valore e diritti.

tribunali ai quali gli utenti e le società si rivolgono per risolvere casi concreti e dai quali deriva un minimo comune denominatore dei valori nella cybersocietà. Si tratta di una visione molto lontana dagli attuali sistemi basati sulla autoregolazione, la neutralità e l'esonero di responsabilità, e più ambiziosa rispetto alla determinazione di limiti alla autonomia della volontà privata nel mercato.

Come ha segnalato Lessig:

We build a world where freedom can flourish not by removing from society any self-conscious control, but by setting it in a place where a particular kind of self-conscious control survives. We build liberty as our founders did, by setting society upon a certain constitution. But by "constitution" I don't mean a legal text [...] Rather, as the British understand when they speak of their "constitution," I mean an architecture – not just a legal text but a way of life – that structures and constrains social and legal power, to the end of protecting fundamental values⁷⁴.

Abstract

La società digitale si trova in un momento chiave nella ricerca dei valori sui cui basarsi, stante che al riguardo il conflitto tra i valori degli Stati costituzionali, i valori degli Stati sedicenti illiberali e i valori stessi della rete imposti dalle grandi piattaforme tecnologiche. Il contributo si propone di argomentare che la ricerca in concreto di tali valori debba essere opera in particolare dei giudici, in tempi di polarizzazione ideologica globale.

Parole chiave: conflitto globale, costituzionalismo, potere giudiziario, polarizzazione politica

*

The digital society is at a key moment in the search for values upon which to base itself, given to this regard the conflict between the values of constitutional states, the values of self-styled illiberal states and the network values imposed by the big technological platforms. The paper aims to argue that the concrete search for these values must be the work of judges in particular, in times of global ideological polarization.

Keywords: global conflict, constitutionalism, judiciary, political polarisation

⁷⁴ L. Lessig, *El Código*, cit., p. 35 ss.

II

COSTITUZIONALISMO DIGITALE E DEMOCRAZIA

La regolamentazione del dibattito democratico nell'era del costituzionalismo digitale^(*)

Jordane ARLETTAZ*

Sommario: 1. Introduzione 2. Sviluppo 2.1. La democrazia ibrida e la trasformazione dell'uso di Internet 2.2. Democrazia ibrida e continuità giuridica degli spazi

1. Introduzione

La regolamentazione del dibattito democratico nell'era digitale è una vera sfida per il giurista. È infatti certo che la democrazia oggi non si regge solo sul momento elettorale e che un buon regime democratico non può essere ridotto a un regime basato solo sul voto. La democrazia presuppone, innanzitutto e come condizione per garantirne l'efficacia, l'esistenza di un luogo in cui sia possibile garantire uno spazio etico di discussione, un luogo fondamentale per la formazione della politica e della cittadinanza. Tuttavia, questa condizione è raramente sancita in modo esplicito nei testi costituzionali. La Costituzione svizzera è quindi una delle poche che afferma esplicitamente che "la garanzia dei diritti politici protegge la libera formazione delle opinioni dei cittadini"¹.

In questo senso, tra le numerose riflessioni che esistono nel campo del diritto costituzionale dopo lo sviluppo del diritto digitale², ce n'è una che vede le nuove tecnologie come un mezzo di diffusione delle questioni politiche, uno strumento per ampliare la partecipazione dei cittadini, o addirittura uno strumento per educare i cittadini attraverso l'informazione e la vigilanza. Molti di coloro che hanno riflettuto sulla e-democracy sostengono quindi l'emergere di un nuovo contratto sociale che dovrà unire tra loro gli utenti di Internet e, soprattutto, coloro che governano e coloro che sono governati. Questo contratto sociale ridefinito avrebbe molte virtù perché porrebbe i cittadini in un rapporto di uguaglianza e di libero scambio con i loro rappresentanti. L'e-democracy romperebbe così con la democrazia offrendo un'orizzontalità che favorisce l'uguaglianza, lontana dal modello attualmente consolidato di democrazia rappresentativa in cui emergono relazioni verticali e quindi diseguali tra i cittadini e i loro rappresentanti.

Queste caratteristiche della e-democracy farebbero molto di più che offrire una tregua alle nostre democrazie che stanno invecchiando. Esse fornirebbero quello spazio pubblico di discussione ideale in cui ogni individuo sarebbe un cittadino informato, attivo, impegnato e pienamente coinvolto nella sfera politica.

(*) Traduzione dallo spagnolo di Angelo Schillaci.

* Professoressa di diritto costituzionale, Università di Montpellier.

¹ Articolo 34.2 della Costituzione svizzera del 1999.

² D. Cardon, *La Démocratie Internet. Promesses et limites*, Paris, 2010; T. Vedel, *L'idée de démocratie électronique. Origines, visions, questions*, in P. Perrineau (dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, 2003; O. Le Bot, J. Arlettaz, *La démocratie en un clic? Réflexions autour de la notion d'e-démocratie*, Paris, 2010.

Tuttavia, il cyberspazio non va mai confuso con lo spazio pubblico di discussione teorizzato dal filosofo Jürgen Habermas³. Il lavoro svolto nel campo delle scienze politiche dimostra che lo spazio pubblico digitale ha gli stessi limiti di quello che si sviluppa al di fuori di Internet, oppure presenta lacune specifiche per il dibattito e la discussione online. Come nuovo oggetto di riflessione del diritto costituzionale, il cyberspazio ci costringe quindi a ripensare il quadro democratico dell'espressione nel mondo digitale⁴ e a costruire un costituzionalismo ibrido⁵.

Se le riflessioni sulla democrazia digitale⁶ riguardano soprattutto la costruzione di una nuova democrazia o di una democrazia parallela, che consentirebbe di sanare i mali delle nostre democrazie invecchiate, bisogna riconoscere che la rivoluzione digitale non è avvenuta. Le nostre democrazie non sono state ossigenate dalle nuove tecnologie, né sono state sanate dalla diffusione di Internet, ma sono diventate più complesse. La cittadinanza si esercita oggi in più modi, il dibattito politico si svolge in luoghi e su siti web diversi, le fonti di informazione si sono diversificate e la comunicazione dei responsabili politici si è professionalizzata e adattata a espressioni brevi e semplificate. In questo contesto, non si dovrebbe più affidare a Internet il compito di risolvere le varie crisi dei regimi democratici, ma riflettere sul modello democratico in costruzione, che associa i nostri vecchi strumenti di espressione dei cittadini a nuovi mezzi di comunicazione e informazione.

Le nostre democrazie sono diventate ibride e il diritto costituzionale deve accompagnare questa trasformazione per evitare che il fenomeno dell'ibridazione renda le nostre democrazie schizofreniche e che emergano due democrazie parallele o che si crei un conflitto tra democrazia digitale e tradizionale.

La democrazia ibrida, che esiste nella pratica ma non è ancora pienamente costruita dal diritto, ha bisogno di essere regolata in due modi. Un primo possibile ambito di regolamentazione potrebbe avere come oggetto lo spazio democratico di discussione e dovrebbe garantire una continuità giuridica e costituzionale tra i luoghi tradizionali di formazione ed espressione della cittadinanza e i nuovi spazi che costituiscono internet e i social network. Un secondo ambito di regolamentazione potrebbe riguardare in particolare lo spazio democratico per l'esercizio dei diritti, che richiede di conciliare la libertà di espressione dei cittadini con altri requisiti costituzionali.

Sebbene questi due possibili ambiti di regolamentazione non siano gli stessi, sono comunque collegati dal punto di vista giuridico; uno spazio democratico di discussione è, in effetti, uno spazio in cui si esercitano i diritti. La democrazia ibrida richiede quindi sia una continuità giuridica tra gli spazi di discussione tradizionali e quelli digitali, sia una continuità giuridica nell'esercizio dei diritti. Questa riconciliazione non è semplice e pone una domanda: il diritto può accompagnare la costruzione di uno spazio pubblico di discussione virtuoso? O, per dirla in altro modo, può il diritto realizzare il mito habermasiano?

2. Sviluppo

2.1. La democrazia ibrida e la trasformazione dell'uso di Internet

Una metafora comune per le nuove tecnologie è stata quella delle cosiddette "superstrade dell'informazione". Essa designa una prima fase dello sviluppo di un'economia della conoscenza facilitata dalla democratizzazione di Internet. Oltre all'accesso ai servizi commerciali, queste autostrade mettono tutti in contatto immediato con la conoscenza. L'espressione "autostrade dell'informazione" ha dato l'idea che Internet fosse strumento della conoscenza. Per questo motivo il Parlamento europeo e i giudici costituzionali hanno riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale di accesso a Internet sulla base del diritto all'informazione. In questo modo, le democrazie hanno

³ J. Habermas, *L'espace public*, Paris, 1988.

⁴ C. Girard, *Quel espace public pour internet?*, in *Esprit*, 11/2021, p. 39 ss.

⁵ P. Flichy, *La démocratie 2.0.*, in *Etudes*, 5/2010, p. 617 ss.

⁶ C. Richaud, *Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction du politique?*, in E. Sales (dir.), *Le numérique au service du renouvellement de la vie politique*, Fondation Varenne, 2018, p. 59.

cercato di rendere Internet uno spazio sempre più aperto, mentre le autocrazie hanno cercato i mezzi tecnici per controllare o addirittura sospendere i servizi digitali. Questa affermazione mostra l'intero paradosso di Internet; è stato infatti un fiorente strumento di destabilizzazione dei regimi politici durante la primavera araba di fronte alle vecchie dittature, ma persiste come strumento di controllo nelle dittature che hanno condotto la propria rivoluzione digitale in versione autoritaria. Ad esempio, la Cina ha investito nei *big data* e nell'intelligenza artificiale per disporre del know-how tecnologico necessario al controllo assoluto di Internet. Mentre Internet avrebbe potuto diventare un'arma di contropotere, diffondendo l'opposizione politica attraverso i mezzi digitali, al contrario è soggetto a limitazioni esercitate dalle autorità nazionali, il che porta a un rafforzamento del carattere autoritario del regime. L'immagine delle superstrade dell'informazione ha quindi permesso di distinguere le democrazie dalle autocrazie applicando lo spirito della filosofia del liberalismo al mondo digitale.

Ma la massificazione dell'uso dei social network cambia questa immagine: Internet contiene autostrade, certo, ma anche strade e piazze pubbliche. Le strade sono luoghi di incontro, di scambio, di voci, di conflitti, di molestie e di violenza. Le piazze pubbliche consentono incontri di convivialità, ma anche di rivendicazione; possono avere luogo manifestazioni di gioia collettiva così come di rabbia. Le strade e le piazze sono luoghi politici che, in assenza di regolamentazione, rischiano di essere teatro di disordini.

Oggi Internet non si limita a queste autostrade, ma ha permesso la nascita di nuove strade, nuove piazze pubbliche. Le democrazie possono trattarle come luoghi virtuali di innovazione e creatività che, nell'interesse del liberalismo, dovrebbero essere in grado di autoregolarsi. Oppure, potrebbero voler estendere l'ambito di operatività del diritto costituzionale per trasformare queste nuove strade virtuali in uno spazio pubblico habermasiano. La sfida è quindi quella di sviluppare mezzi democratici per disciplinare l'uso di Internet, distinguendoli dalle modalità autocratiche di controllo della vita digitale.

Le democrazie sono quindi il prodotto di regole, diritti, libertà, ma anche di obblighi con l'obiettivo di trasformare le strade e le piazze in uno spazio pubblico di discussione pacifica. La costruzione di una democrazia ibrida nel diritto implica quindi la disciplina e la regolamentazione del dibattito su Internet, senza rinunciare alle esigenze liberali che rendono i nostri regimi politici delle democrazie⁷. Per questo, la democrazia ibrida deve garantire la continuità giuridica tra gli spazi di discussione tradizionali e i nuovi spazi digitali.

Questa sfida non è semplice, ma se lo spazio pubblico di discussione rimane un mito, il diritto costituzionale ha altri spazi che sono stati concepiti teoricamente e costruiti giuridicamente. Queste costruzioni giuridiche, che hanno cercato di conciliare la libertà di espressione con le esigenze democratiche, possono essere applicate alla sfera digitale?

2.2. Democrazia ibrida e continuità giuridica degli spazi

Negli ultimi anni, infatti, molti Stati hanno affrontato il problema del quadro giuridico della libertà di espressione su Internet e sui social network in una democrazia liberale. Lo studio delle risposte date in queste occasioni da legislatori e giudici costituzionali mostra che un adattamento degli strumenti costituzionali esistenti è preferito alla costruzione di un vero e proprio nuovo diritto costituzionale del mondo digitale. La scelta di affrontare i problemi derivanti dal digitale muovendosi nell'ambito del quadro costituzionale classico porta a una riconciliazione tra democrazia elettorale e democrazia liberale. Infatti, "a livello di principi, la sfida consiste nel raggiungere il delicato equilibrio di proteggere la democrazia esercitata dal voto senza intaccare la democrazia resa possibile dalla libertà di espressione"⁸.

La necessità di conciliare la "tutela dello scrutinio" e la "tutela della libertà di espressione" poggia, tuttavia, su un consenso intorno all'idea che la democrazia è intesa come un regime politico in cui si

⁷ A. Boix Palop, *La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales*, in *Revista de Estudios Políticos*, 173/2016, p. 55 ss.

⁸ R. Rambaud, *Lutter contre la manipulation de l'information*, in *Actualité juridique Droit administratif* (AJDA), 8/2019, p. 453.

forma una cittadinanza attiva e partecipativa e in cui sono garantite anche le libertà fondamentali degli individui. In questo senso, il legislatore che ha il compito di attuare questi diritti deve conciliare tutti i requisiti costituzionali caratteristici delle democrazie liberali e, in particolare, quando questi diritti politici sono esercitati su Internet, conciliare la necessaria etica della discussione da un lato e la libertà di espressione dall'altro.

A questo proposito, ci sembra interessante fare luce sulla dottrina del foro pubblico sviluppata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Recentemente, questa dottrina è riemersa in relazione all'uso dei social network nella sfera sociale e politica. La dottrina del foro pubblico, emersa nella giurisprudenza della Corte a partire dagli anni '30 e sviluppata in particolare negli anni '70, è in un certo senso l'"approssimazione geografica del Primo Emendamento"⁹ della Costituzione americana, dedicato alla libertà di espressione. L'idea alla base di questa giurisprudenza è che lo status giuridico della libertà di espressione varia a seconda del luogo in cui viene esercitata. La Corte distingue infatti tre categorie di "fori" all'interno dei quali i cittadini esercitano il loro diritto alla libertà di espressione. Il classico foro pubblico (strade, parchi, marciapiedi, ecc.) è uno spazio per il quale il controllo della Corte Suprema è ampio e mira a verificare la legittimità (interesse governativo impellente) della limitazione all'esercizio della libertà di espressione. La seconda categoria è costituita dal cosiddetto foro pubblico non storico o designato (che è costituito da nuovi luoghi in cui la libertà di espressione viene esercitata in modo pubblico): anche in questo caso il controllo della Corte Suprema è ampio, ma non è esclusa la possibilità di chiudere completamente questo foro. La terza e ultima categoria è rappresentata dal foro non pubblico: le autorità pubbliche possono escludere i cittadini o le loro proposte da questo foro a causa del contenuto dei messaggi, nel rispetto del principio di non discriminazione.

Così, ogni luogo di discussione corrisponde a un regime giuridico più o meno liberale. In questo senso, Internet costituisce un foro pubblico classico o designato o, al contrario, crea un nuovo spazio dal quale il diritto costituzionale potrebbe elaborare nuovi principi?

Per risolvere la questione, l'aspetto particolarmente interessante di questa dottrina è che non si limita a conciliare libertà e restrizioni giuridiche. Difende anche l'idea che alcuni luoghi, anche se di uso privato, possano essere obbligati a rispettare la libertà di espressione. In questo senso, la dottrina del foro pubblico cerca di tematizzare la continuità degli spazi e di regolare per legge i luoghi virtuali in cui si svolge il dibattito democratico. Fondamentalmente, la dottrina del foro pubblico è una dottrina che porta anche a limitare i diritti di proprietà in nome del dibattito democratico. Questo è importante quando si considera il mondo digitale, perché dietro ai social network ci sono grandi aziende (Facebook, Twitter). Queste aziende sono proprietarie degli account dei loro utenti? Queste aziende hanno il monopolio di regolare il dibattito sugli account dei loro utenti? Anche quando l'utente è un Presidente della Repubblica o un partito politico? La democrazia ibrida deve anche pensare all'economia dei social network, al mercato digitale delle idee. La questione è importante perché, in democrazia, la parola di un Capo di Stato o di un partito politico non è la stessa di un comune cittadino. Impegnati in una competizione elettorale che è caratteristica delle democrazie pluraliste, l'assenza di regolamentazione dei media può portare a una competizione truccata, a un pluralismo distorto.

Negli Stati Uniti, la regolamentazione del dibattito democratico è un obiettivo e la classificazione di Internet come foro pubblico classico potrebbe ridurre la capacità di regolamentazione da parte delle autorità pubbliche¹⁰. Tuttavia, nel 2017 la Corte Suprema degli Stati Uniti ha applicato la dottrina del foro pubblico classico a Internet e, in particolare, ai social media.

Tuttavia, questa giurisprudenza deve essere messa in prospettiva. In primo luogo, questo riconoscimento è stato fatto all'interno di una Corte che è molto divisa su questo tema, perché questa qualificazione ha come conseguenza che una regolamentazione del dibattito su Internet per proteggere la democrazia potrebbe essere soggetta a un ampio controllo giudiziario e persino essere

⁹ D. A. Farber, J. E. Nowak, *The misleading nature of public forum analysis: content and context in first amendment adjudication*, in *Virginia Law Review*, 70/1984. Si veda anche D. W. Park, *Government Speech and the Public Forum: A Clash Between Democratic and Egalitarian Values*, in *Gonzaga Law Review*, 45/2010.

¹⁰ C. Demaske, *Public Forum Doctrine and the Internet: A Neoliberal Approach to Speech Protection*, in *Democratic Communiqué*, 29/2020.

censurata, lasciando le democrazie impotenti a garantire uno spazio pubblico di discussione digitale che soddisfi gli stessi requisiti di uno spazio pubblico di discussione classico. Ma soprattutto, la posizione della Corte Suprema su questo tema non è ancora definita.

In una recente causa che opponeva il Presidente Trump a The Knight First Amendment Institute at Columbia University¹¹, a seguito del blocco da parte dell'ex presidente dei commenti critici di singoli individui sul suo account Twitter, la Corte Suprema non ha potuto pronunciarsi sulla natura giuridica dei social media per motivi di ammissibilità. In questo modo, la Corte ha evitato di affrontare la spinosa questione se l'account Twitter di un presidente possa costituire un foro pubblico classico o designato. All'interno della Corte, il giudice Clarence Thomas, al contrario, ha ritenuto che la questione dovesse essere affrontata e decisa nel merito. L'*opinion* del giudice Thomas è interessante perché, a differenza della maggioranza, Thomas offre una vera e propria riflessione sulla qualificazione giuridica della questione e sulla possibilità di riconoscere un account Twitter come foro pubblico. Secondo lui, le piattaforme digitali sono più simili ai trasporti pubblici e, come tali, vi ritroviamo l'immagine di autostrade dell'informazione; potrebbero quindi essere soggette a una regolamentazione simile a quella precedentemente richiesta alle compagnie telegrafiche e poi telefoniche. In particolare, la loro attività economica potrebbe essere limitata in termini di diritto di escludere determinate persone dal loro servizio. Quindi, secondo il giudice Thomas, il problema posto dalle piattaforme Twitter o Facebook alle democrazie liberali deriva dalla loro posizione dominante nel mercato economico delle idee. Qui si pone la sfida di riflettere sulla questione dell'economia della democrazia ibrida.

Indubbiamente, la questione dovrà essere risolta sia negli Stati Uniti, in base alla dottrina del foro pubblico, sia nei Paesi in cui tale dottrina non esiste. La questione è già al centro di un contenzioso in Italia¹². Nel 2020, il Tribunale di Roma ha affrontato la spinosa questione della regolamentazione del dibattito nello spazio pubblico digitale a seguito della chiusura dell'account Facebook del partito politico Casa Pound. Facebook ha giustificato la chiusura dell'account sostenendo che Casa Pound era un partito politico neofascista e che la sua ideologia violava le condizioni generali di utilizzo stabilite da Facebook. Pertanto, la chiusura dell'account sarebbe una questione di libertà d'impresa. Tuttavia, in due occasioni, i giudici di Roma hanno rifiutato di permettere a un'azienda privata di limitare l'espressione di un partito politico¹³. Con il loro ragionamento, i giudici non hanno voluto adattare le regole del dibattito democratico alle particolarità della comunicazione sui social network e, soprattutto, si sono rifiutati di permettere a Facebook di sostituire le tradizionali autorità di regolamentazione della vita politica italiana. Facebook non è il custode dei valori costituzionali. Questa giurisprudenza porta a estendere le regole costituzionali del gioco democratico a Internet e garantisce così questa continuità giuridica degli spazi, caratteristica della democrazia ibrida.

Infine, la questione della continuità giuridica degli spazi è un tema particolarmente attuale in Francia. Durante la campagna presidenziale del 2022, il presidente Emmanuel Macron ha annunciato la sua candidatura attraverso il suo account Twitter, utilizzato per diffondere messaggi rilevanti per l'esercizio della funzione di presidente della Repubblica. Questa pratica è stata messa in discussione dalla *Commissione nazionale per il controllo della campagna elettorale* in vista delle elezioni presidenziali (CNCCEP), costringendo Emmanuel Macron a creare un altro account twitter appositamente riservato alla propaganda elettorale¹⁴. Le nuove tecnologie permettono quindi di dare una realtà fisica alla scissione della funzione presidenziale e del candidato alle elezioni presidenziali.

¹¹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Biden v. Knight First Amendment Institute at Columbia University*, 593 U.S. (2021).

¹² Si veda anche *Vox anuncia una querrela contro Twitter España por bloquear su cuenta oficial*, in "Europa press", 29/01/2021.

¹³ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, RG n. 59264/2019, 12/12/2019; Tribunale di Roma, XXVII Sezione civile, causa n. 80961/19, 29/04/2020. Si vedano: A. Golia Jr, R. Behring, *Private (Transnational) Power without Authority: Online fascist propaganda and political participation in CasaPound v. Facebook*, in *VerfBlog*, 2020/2/18; B. Mazzolai, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete: il caso Forza Nuova c. Facebook*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3/2020, p. 581 ss.

¹⁴ A. Levade, *Emmanuel Macron sur les réseaux sociaux: quelles règles pour un président-candidat?*, in *Blog Le club des juristes*, 09/04/2022.

Da parte sua, il Consiglio costituzionale ha fatto numerose dichiarazioni di incostituzionalità contro le leggi che cercano di regolare il dibattito democratico online¹⁵. È quindi particolarmente vigile nel suo controllo, difendendo la libertà di espressione e rifiutando che la legge dia alle piattaforme digitali i mezzi legali per censurare parole o opinioni. Per citare una delle ultime, nel 2020 il Consiglio costituzionale ha sentenziato quanto segue: “Nello stato attuale dei media e tenendo conto dello sviluppo diffuso dei servizi di comunicazione online al pubblico e anche dell’importanza assunta da questi servizi per la partecipazione alla vita democratica e l’espressione di idee e opinioni, questo diritto implica la libertà di accedere a questi servizi e di esprimersi al loro interno”.¹⁶

La regolamentazione giuridica del discorso online non è facile e rischia di indebolire la democrazia. Partecipando e facilitando gli scambi, il dibattito, l’analisi critica e il pluralismo delle correnti di pensiero, Internet rappresenta certamente uno strumento di diffusione e massificazione della cittadinanza attiva. In questo senso, la sua regolamentazione da parte dello Stato può essere vista come una restrizione illegittima della libertà di espressione e dei diritti dei cittadini. Ma Internet può anche trasformarsi in un potente strumento di disinformazione di massa, di manipolazione del voto o addirittura di raggruppamento di forze sociali che lottano contro un regime democratico, ricorrendo anche alla violenza. Come ha detto E. Macron durante la sua presidenza: “Possiamo discutere di tutto, ma discutere del falso può portarci fuori strada”¹⁷.

L’obiettivo è ancora più fondamentale nei periodi elettorali in termini di scambi e discussioni online, ma anche la diffusione di “bufale” o notizie false può avere un impatto sul voto dei cittadini¹⁸. Su questo tema, il giurista è soggetto a un’ulteriore difficoltà¹⁹. Non si tratta solo di mettere a confronto la democrazia del voto con la democrazia delle libertà, ma più precisamente di conciliare principi costituzionali di pari valore giuridico, come i principi di chiarezza del dibattito elettorale e di sincerità dello scrutinio da un lato, e la libertà di espressione dall’altro.

È ormai scontato che la manipolazione delle informazioni si traduca in una manipolazione del voto e che un individuo male informato sia un cittadino male informato. La salvaguardia dei diritti politici dei cittadini richiede il mantenimento della qualità del dibattito democratico. È quindi chiaro che, in una democrazia liberale, non si tratta di contrapporre le garanzie del dibattito democratico ai diritti e alle libertà fondamentali, ma di conciliare i diritti politici del cittadino che vota con i diritti fondamentali del cittadino che discute.

In Francia, il precedente della diffusione di bufale o fake news che ha fatto seguito a quello che è diventato noto come “Macronleaks” durante la campagna presidenziale del 2017, ovvero la massiccia diffusione di bufale derivanti dall’hackeraggio di documenti interni reali del partito politico del candidato e futuro presidente Emmanuel Macron, ha portato all’adozione da parte del parlamento, nel dicembre 2018, della cosiddetta legge “Lotta alla manipolazione dell’informazione”.

Modificando il Codice elettorale e sancendo anche nuovi poteri per le autorità di regolamentazione e infine aumentando la responsabilità delle piattaforme digitali nei tre mesi precedenti le elezioni, la legge mirava a fornire gli strumenti per purificare la campagna presidenziale combattendo la propagazione massiccia e deliberata di notizie false. In questo senso, la scelta fatta dal parlamento francese dimostra la volontà di limitare la libertà di espressione su internet per consolidare la possibile costruzione di uno spazio pubblico per la sana discussione di notizie che potrebbero manipolare il voto dei cittadini.

¹⁵ I. Falque-Pierrotin, *La Constitution et internet*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/3, p. 31 ss.

¹⁶ Conseil constitutionnel français, Décision n° 2020-801 DC, 18 juin 2020, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

¹⁷ E. Macron, *Discorso, Voeux aux français* (dicembre 2018). A questo proposito, v. G. Calvès, *La liberté d’expression n’est pas la liberté de dire n’importe quoi*, in *Constructif*, 56/2020.

¹⁸ V. Gazagne-Jammes, *La citoyenneté numérique à l’épreuve des fausses informations*, in *La Revue des droits de l’homme*, 17/2020.

¹⁹ C. Langlais-Fontaine, *Démêler le vrai du faux: étude de la capacité du droit actuel à lutter contre les deepfakes*, in *La Revue des droits de l’homme*, 18/2020.

Il Consiglio Costituzionale è stato chiamato a svolgere un controllo di costituzionalità della legge; concludendo che era conforme alla Costituzione, il Consiglio ha poi convalidato il lavoro di conciliazione svolto dal Parlamento tra diversi principi costituzionali. In questa occasione, il Consiglio ha riconosciuto in particolare la legittimità della volontà del Parlamento di limitare la libertà di espressione nei casi in cui si rivelino “abusi” nell’esercizio di questa libertà che “violano l’ordine pubblico e i diritti di terzi”. Tuttavia, “le violazioni effettuate nell’esercizio di tale libertà devono essere necessarie, appropriate e proporzionate allo scopo perseguito”²⁰.

Per questo motivo, il Consiglio costituzionale è particolarmente attento al controllo dei limiti posti all’esercizio della libertà di espressione. Questa vigilanza, che si traduce in un vigoroso controllo di proporzionalità, si spiega, secondo il Consiglio, con il fatto che “la libertà di espressione è di particolare importanza nel dibattito politico e durante le campagne elettorali. Essa garantisce sia l’informazione di ogni individuo sia la difesa di tutte le opinioni, ma protegge anche dalle conseguenze degli abusi commessi sulla sua base, consentendo di rispondere ad essi e di denunciarli”²¹.

Il Consiglio costituzionale francese si è quindi impegnato a tutelare una democrazia ibrida, che consenta, per legge, una continuità degli spazi di discussione. Questa giurisprudenza, ancora in costruzione, cerca di proteggere “la nuova casa dello spirito” (*nouvelle demeure de l’esprit*)²² del cittadino in una democrazia liberale.

Abstract

Il contributo propone un’indagine circa la regolamentazione del dibattito pubblico nel contesto del costituzionalismo digitale, partendo dall’idea che la diffusione delle piattaforme digitali obblighi a una ridefinizione del contratto sociale.

Parola chiave: costituzionalismo digitale; democrazia; dibattito pubblico

*

The paper aims to investigate the regulation of public debate in the context of digital constitutionalism, starting from the idea that the spread of digital platforms forces a redefinition of the social contract.

Keywords: digital constitutionalism; democracy; public debate

²⁰ Conseil constitutionnel, décisions n° 2018-773 DC et n° 2018-774 DC du 20 décembre 2018, Loi et loi organique relatives à la lutte contre la manipulation de l’information.

²¹ CC 2018, cons. 22.

²² J. P. Barlow, *Déclaration d’indépendance du Cyberspace* (trad. dell’originale “A Cyberspace Independence Declaration”, 1996), in O. Blondeau (dir.), *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du “Libre”*, Paris, 2000, p. 50.

L'ingresso del costituzionalismo nell'era digitale: tra un nuovo tipo di cittadino e un nuovo tipo di populismo^()*

Stephane PINON*

Sommario: 1. Introduzione 2. La cultura: il primo pilastro della democrazia 3. La rivoluzione digitale: il primo pericolo per la democrazia 4. Il popolo digitalizzato: la prima preda del populismo 5. Il nuovo costituzionalismo del mondo digitale

1. Introduzione

La crisi sanitaria causata dal Covid 19, oltre ad accelerare fenomeni già in atto, ne ha anche determinati di nuovi.

Da un lato, ha accelerato la digitalizzazione della società, dei servizi pubblici, del settore sanitario attraverso la telemedicina; ha accelerato la digitalizzazione dell'istruzione, della giustizia, ecc. Questo ha ulteriormente accresciuto il potere delle gigantesche aziende tecnologiche (Google, Amazon, Facebook, Apple, ecc.), sottolineando la presenza di una frattura tra le élite "tecnofile" e il popolo, da esse scollegato. Dall'altro lato, la crisi sanitaria ha anche svelato la portata della globalizzazione, l'onnipresenza dell'intelligenza artificiale, le debolezze delle strutture ospedaliere e di alcuni sistemi di protezione sociale. Ha addirittura svelato aspetti dello stesso diritto: le carenze del diritto costituzionale, ad esempio, la sua estrema plasticità, la sua mancanza di normatività in situazioni estreme. Insomma, spingendo gli Stati costituzionali ai loro limiti, la crisi ha svelato la loro natura più profonda.

Così, in Francia, la pandemia ha messo in evidenza la singolarità della Costituzione del 1958: una magna carta "*schmittiana*", cioè situata nella sfera di pensiero dell'autore tedesco Carl Schmitt, dominata dal "decisionismo" (all'opposto del positivismo giuridico di Hans Kelsen). Fin dall'inizio, il testo e la prassi hanno dato vita a un'architettura piramidale, guidata dal potere "politico", dalle decisioni prese da una sorta di "monarca repubblicano", vero custode dell'ordine costituzionale e democratico secondo la volontà del generale de Gaulle. Il 1958 non ha segnato la consacrazione dello "Stato di diritto" (concetto assente nel testo) ma del "potere dello Stato", che è un "potere armato per l'azione", scrisse Georges Burdeau¹. Così, l'ordinamento costituzionale francese si è adattato immediatamente alla crisi sanitaria del 2020, senza difficoltà, non è stato nemmeno necessario riformare la costituzione per inaugurare un nuovo stato di eccezione: lo "stato di emergenza sanitaria"². La legittimità della nuova legislazione non si basava sulla gerarchia delle fonti, ma sulla decisione iniziale

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Giacomo Palombino.

* Professore di Diritto costituzionale, Università La Rochelle.

¹ G. Burdeau, *La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958*, in *Revue Française de Science Politique*, 1959, p. 89 (https://www.persee.fr/issue/rfsp_0035-2950_1959_num_9_1).

² Introdotta dalla legge ordinaria n. 2020-290 del 23 marzo 2020, che ha integrato il Codice di sanità pubblica (art. L. 3131-12). Il *Conseil Constitutionnel* non ha avuto la possibilità di pronunciarsi sulla costituzionalità di questa legge. Come se il problema della compatibilità di questo nuovo regime di emergenza con la Costituzione non si fosse posto. In una decisione dell'11 maggio 2020 (n. 2020-800 DC), ha spiegato che "la Costituzione non esclude la possibilità di prevedere un regime di emergenza sanitaria"; il che autorizzerebbe il legislatore a imporlo... che argomento convincente!

del Capo dello Stato. La concentrazione sempre più intensa di poteri nelle mani del Presidente della Repubblica è stata attuata senza sconvolgere le fondamenta del nostro sistema.

In fondo, il testo del 1958 è una Costituzione fatta da un “caudillo”; questo è ciò che François Mitterrand ha cercato di dimostrare nel 1964 nel suo famoso libro *Il colpo di Stato permanente*³.

2. La cultura: il primo pilastro della democrazia

La Costituzione francese presenta delle debolezze intrinseche: l'assenza di qualsiasi riferimento alla dignità umana o al giusto processo, il silenzio sui diritti sociali (se non attraverso un riferimento indiretto, nel preambolo, alla Quarta Repubblica), la negazione del “potere” giudiziario o dell'accesso diretto degli individui al *Conseil Constitutionnel* (un'organo composto in parte da ex politici...), la presenza di un'Assemblea nazionale soggetta all'Esecutivo o il famoso articolo 16 che costituzionalizza la ‘dittatura’ repubblicana in una situazione di estrema crisi (lasciando al Presidente la possibilità di apprezzarla...). Eppure, nonostante tutto questo, la Francia rimane una solida democrazia liberale, quasi un modello di stabilità democratica da più di sessant'anni: come si spiega ciò?

Perché in molti Paesi, e non solo in Francia, il testo costituzionale, in fin dei conti, è poca cosa. Ciò vuol dire che la democrazia non è una questione di testo, ma di cultura. La cultura della democrazia appartiene al popolo francese. Perché abbiamo il grande Codice Civile, una robusta “costituzione amministrativa” del XIX secolo, incanalata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Il Paese si distingue anche per il suo patrimonio repubblicano di oltre due secoli, la sua tradizione parlamentare, la stampa, la sua cultura del libro, la scuola obbligatoria e gratuita di Jules Ferry, l'eredità del secolo dei Lumi ancora presente nella memoria collettiva, l'assenza di corruzione su larga scala... In altre parole, è il popolo che rende attuabili le costituzioni democratiche. Il popolo francese del 1848 non era certo pronto a ricevere la Costituzione della Seconda Repubblica, così come il popolo russo più recentemente, nel 1993. È possibile che nel 1919 il popolo tedesco non avesse la cultura del “dialogo” e del compromesso per comprendere la grande Costituzione di Weimar.

È qui che sta il pericolo di oggi: il pericolo di cambiare la “cultura” del popolo, che è posta a fondamento di ogni democrazia. Non solo del popolo francese, che porta la democrazia sulle spalle nonostante la sua costituzione, ma di tutti i popoli, dell'intera umanità. Negli ultimi due decenni, infatti, l'umanità ha vissuto – con la *rivoluzione digitale* – una “rivoluzione” senza precedenti. Facendo un parallelo con *La condizione umana* di André Malraux (1933), potremmo parlare oggi del regno della condizione “digitale” o “connessa”. Quella dell'essere umano incatenato alla sua connessione, al suo smartphone, ovunque, in ogni momento della giornata, come Sisifo al suo macigno. È una rivoluzione multidimensionale: economica, educativa, sociologica, antropologica e, naturalmente, giuridica. È una rivoluzione che cambia le culture tanto quanto i popoli.

3. La rivoluzione digitale: il primo pericolo per la democrazia

Abbiamo visto il cambiamento in quella parte del popolo americano che il 6 gennaio 2021 ha preso d'assalto il Campidoglio, gridando sui social media lo slogan “Stop al furto!”. Qualcosa di assolutamente inimmaginabile trent'anni fa. È l'avvento di un popolo trasformato dall'uso frenetico di Facebook, di Twitter, dalla presenza massiccia di teorie del complotto. Come se fosse, in forma modernizzata, la *ribellione delle masse* descritta da José Ortega y Gasset.

L'intera storia dell'umanità può essere riassunta in una lotta contro gli impulsi violenti dell'uomo; una lotta condotta per l'istruzione, per l'accesso alla cultura. Come diceva Victor Hugo: “chi apre la porta di una scuola chiude una prigione”. Per usare il vocabolario della psicoanalisi, la costruzione dell'umanità è la storia dell'*Es*, incanalata dal *Super-io*. L'*Es* rappresenta l'istanza inconscia che

³ F. Mitterrand, *Le coup d'Etat permanent*, Paris, 1964.

contiene tutti gli impulsi. È il polo degli istinti primitivi, il “luogo del caos”, secondo la formula di Sigmund Freud, “il calderone delle emozioni in ebollizione”, mentre il Super-io rappresenta le norme morali, il polo di interiorizzazione dei divieti della società. Per quanto riguarda l’Io, è l’individuo nella sua vita quotidiana che incorpora nelle sue azioni la presenza del Super-io. In altre parole, l’uomo penetrato dalla civiltà. La cultura selvaggia di internet e dei social network, con la proliferazione delle *fake news*, con questa morbosa fascinazione per le trame⁴, di ogni tipo, gli insulti, il voyeurismo, sembra aver polverizzato il “Super-io”, abbandonando così l’individuo all’influenza diretta e pericolosa dell’Es.

Ogni giorno osserviamo la figura di un nuovo popolo: quello che in precedenti scritti ho chiamato il “popolo digitalizzato”⁵. Il popolo digitalizzato sta crescendo all’interno dell’intera popolazione, fino a diventare un popolo maggioritario? Tutto dipende dalla situazione di ciascun Paese, dalla solidità delle dighe culturali. È un popolo di “iper-narcisismo” (quasi patologico), che diffonde video, le immagini della propria vita privata, e soprattutto che le proprie opinioni, i propri commenti spesso irrisori, su qualsiasi argomento. Questo porta a creare l’illusione della conoscenza, dell’onnipotenza, l’illusione dell’egualitarismo delle opinioni, che, a sua volta, porta a schiacciare i contributi della scienza, a negare la presenza di autorità rivali. Nasce così una massa atomizzata di piccoli tiranni, che hanno il gusto della vendetta, del sospetto, della violenza gratuita sui social network; un popolo di “sofferenza ferite”⁶. È un popolo che rifiuta l’eredità culturale del passato, un modo per negare il ciclo dell’umanità e minacciare il patrimonio storico della società. Allo stesso tempo, va ricordato che è anche un “popolo vittima”, poiché ha accolto la rivoluzione digitale di petto, impreparato.

4. Il popolo digitalizzato: la prima preda del populismo

Per usare la formula di Montesquieu, il popolo digitalizzato è un “popolo corrotto”. Che cos’è un popolo corrotto? Un popolo che dimentica la “virtù” repubblicana; cioè un popolo che perde lo spirito di uguaglianza e preferisce l’“estrema uguaglianza”⁷. Questo facilita il passaggio dalla democrazia al “dispotismo”.

Il paradosso della situazione sta nel fatto che questo *popolo digitalizzato* è un popolo debole, che sceglie inconsapevolmente una sorta di “servitù volontaria”⁸. Si rifiutano volentieri le strutture politiche tradizionali, le élite della democrazia rappresentativa, i partiti politici, senza rendersi conto che stanno accettando un nuovo tipo di servitù, più diffusa, nei confronti di Google, Amazon, Facebook, ecc. Diffidano dei discorsi della razionalità, ma diventano, senza saperlo, preda dei discorsi populistici.

È qui che si annida il pericolo oggi. Nella presenza di nuovi leader populistici che sanno come parlare al nuovo popolo. Perché? Perché le logiche delle piattaforme internet contano nello spazio politico (lo spazio tradizionale della deliberazione). È la combinazione esplosiva di “rabbia” e “algoritmo”, secondo la formula di Giuliano da Empoli⁹.

⁴ M. Peletier, *Ossessione. Dans les coulisses du récit complotiste*, Paris, 2018.

⁵ Si veda S. Pinon, *Révolution numérique, “gilets jaunes” et réformes constitutionnelles*, in *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 4/2018, p. 515 ss.; Id., *La situation de France vis-à-vis des droits fondamentales dans le contexte du constitutionnalisme multilevel*, in P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet (coord.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Cizur Menor, 2020, p. 197 ss.

⁶ E. Sadin, *L’ère de l’individu tyran. La fin d’un monde commun*, Paris, 2021, p. 273.

⁷ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, parte prima, libro VIII, capitolo II: “Il principio della democrazia si corrompe non solo quando si perde lo spirito di uguaglianza, ma anche quando si acquisisce quello di uguaglianza assoluta, e tutti desiderano essere uguali a coloro che hanno eletto per comandarli. Il popolo allora, non potendo subire il potere che esso stesso gli ha affidato, vuole fare tutto da solo, vuole deliberare dal Senato, eseguire dai magistrati e spogliare i giudici dei loro poteri. In tale stato, la virtù non può esistere nella repubblica [...] Più il popolo pensa di trarre vantaggi dalla propria libertà, più si avvicina a perderla. All’inizio si formano dei piccoli tiranni che hanno tutti i vizi di uno solo”.

⁸ Si veda il famoso libro di Etienne de la Boetie, *Discours de la servitude volontaire*, 1577.

⁹ G. da Empoli, *La rabbia e l’algoritmo. Il grillismo preso sul serio*, Venezia, 2017; Id., *Los ingenieros del caos*, Madrid, 2020.

Esiste una moltitudine di famiglie di populismi, con differenze legate alla storia (il populismo della prima parte del XX secolo non corrisponde al populismo del XXI secolo), differenze legate all'ideologia (esiste un populismo di sinistra e uno di destra), alla geografia (il populismo europeo non è il populismo dell'America Latina, culla del fenomeno). Nonostante queste differenze, si possono individuare dei punti in comune tra tutti i populismi: la stessa ossessione per l' "unità" (della nazione in primo luogo, ma anche dei sindacati, della cultura, dell'istruzione, dell'unità del governo sotto l'unica supremazia del leader); lo stesso desiderio di stabilire un contatto diretto tra il popolo e il suo "capo" con tutti i mezzi (il referendum, le trasmissioni radiotelevisive, i social network, twitter su tutti), la stessa paura di ciò che divide (i partiti politici, le camere, l'indipendenza dei giudici, la libertà di stampa, le minoranze), in altre parole la stessa paura dei "contropoteri" (istituzionali, sociali o culturali); lo stesso disgusto per le élite tradizionali.

Tradizionalmente, l'asse centrale dei populismi si basava sulla tentazione di unire autoritarismo e diritti sociali. Come dimostra Ernesto Laclau, nel "peronismo" c'era una consapevolezza delle realtà sociali, una volontà di aiutare i "descamisados"¹⁰, che ha portato a una singolare grammatica dei diritti sociali. Negli ultimi anni, l'attenzione si è spostata su una nuova combinazione di autoritarismo e "post-verità". È l'uso della grande menzogna - la menzogna che storicamente è più caratteristica del fascismo che del populismo. La rivoluzione digitale gioca un ruolo centrale in questa evoluzione, in quanto facilita il crescente dominio del "virtuale" sul "reale". Serve quindi come strumento per radicalizzare i discorsi, per rendere comuni le menzogne, fino a facilitare l'ingresso delle peggiori teorie del complotto nei programmi ufficiali dei candidati¹¹.

5. Il nuovo costituzionalismo del mondo digitale

Come affrontare la democrazia costituzionale del futuro? In primo luogo, dimenticando gran parte dei riflessi e delle abitudini del passato. In secondo luogo, usando l'espressione (non ancora un concetto) "costituzionalismo digitale" con molta cautela, dato che in realtà è da considerarsi un ossimoro.

Nel prossimo futuro, la democrazia sarà diversa perché il popolo (o gran parte di esso) è diverso. Il diritto costituzionale dominante della seconda parte del XX secolo, quello di Hans Kelsen, quello della "protezione" a tutti i costi (troppo spesso dimenticando il pilastro della "partecipazione"), dovrà cambiare. I vecchi dibattiti sul controllo di costituzionalità non sono più molto promettenti. Durante la rivolta dei "gilet gialli" in Francia, ad esempio, non è stato gridato lo slogan "RAC" (ricorso costituzionale a tutela dei diritti fondamentali sul modello del "recurso de amparo"), ma "RIP" (referendum di iniziativa popolare), che ora è incluso in quasi tutti i programmi della sinistra. È necessario "aprire le porte della sala macchine dello Stato"¹² alla partecipazione diretta dei cittadini, all'integrazione della pluralità sociale. È anche il momento di inventare nuove modalità di rappresentazione e controllo sociale. Perché la nuova "condizione digitale" dell'umanità è la negazione di qualsiasi delega di potere duratura, della lezione di Sieyès, di James Madison, di Emanuele Orlando; il rifiuto dello schema classico a base elitaria (funzionari scelti, giudici, esperti) che esprimono la volontà generale. Perché, per il *popolo digitalizzato*, ogni gerarchia è interpretata come una forma di discriminazione.

Anche la lettura di alcuni *diritti fondamentali* tradizionali sta invecchiando. Ad esempio, la necessità di proteggere la privacy e i dati personali sta diventando sempre più importante nei discorsi giuridici tradizionali. Ma come fare, se le *persone digitalizzate* vogliono perdere la loro privacy mostrando sempre più la loro vita privata, la loro nudità sui social network, se il senso della loro esistenza è la

¹⁰ E. Laclau, *La razón populista*, Madrid, 2005.

¹¹ Donald Trump ha evidenziato questo fenomeno. Oggi possiamo citare il delirante zoccolo duro del programma di Eric Zemmour in Francia, che consiste nel denunciare l'arrivo di una svolta nella storia della civiltà, la cosiddetta "grande sostituzione" (dei bianchi con i mori!). Questo articolo è stato scritto prima del primo turno delle elezioni presidenziali francesi dell'aprile 2022.

¹² Una formula utilizzata dal professor Roberto Gargarella. Si veda, ad es., R. Gargarella, *El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la constitución (1980-2010)*, Madrid, 2019.

trasparenza assoluta, il voyeurismo? Per portare un altro esempio, si è sempre creduto che la “traccia digitale” comporti gravi pericoli. Ma cosa succede se le “persone digitalizzate” accettano la tutela del loro destino da parte delle grandi aziende tecnologiche? In altre parole, se preferiscono sottomettersi al sistema di “biopolitica” (o “biopotere”) descritto dal filosofo Michel Foucault, ovvero la salute del corpo senza libertà¹³.

L’“aggiornamento” del soggetto sembra inevitabile. Tuttavia, adattarsi, modernizzarsi, non significa mettersi completamente al servizio della digitalizzazione. È questa la grande sfida: costituzionalizzare per assecondare l’uso delle nuove tecnologie, razionalizzare senza perdere la propria anima. Cosa significa in concreto?

Basta leggere il documentatissimo libro di Michel Desmurget, *La fabrique du crétin digital. Les dangers des écrans pour nos enfants*¹⁴. In effetti, i pericoli che gli schermi determinano per i nostri bambini – le persone del futuro – sono reali. Senza dubbio, sia l’uso frenetico dei videogiochi sia la sfilata quotidiana di fake news possono portare alla fabbricazione dello “sciocco digitale”. Oltre alla minaccia degli *hacker* sul computer o sul conto bancario, c’è la minaccia degli *hacker* sugli esseri umani stessi. Dal punto di vista giuridico, è necessario introdurre, nelle Carte costituzionali, nuovi diritti fondamentali per i bambini e gli adolescenti. Un popolo in gestazione che, con la giusta educazione, potrà godere di tutte le opportunità della digitalizzazione, anche in campo costituzionale. Tra i nuovi diritti da costituzionalizzare ci sono il diritto (a partire dall’istruzione primaria) di ricevere una formazione sull’“uso chiaro” delle nuove tecnologie; l’obbligo per lo Stato di attuare un programma di formazione per tutti i genitori sui potenziali danni causati da Internet e dal mondo digitale; l’obbligo di distribuire libri fisici gratuiti nelle scuole e l’accesso a un giudice specializzato nei casi di cyberbullismo. Come recita l’articolo 61 della Costituzione boliviana: “Tutte le forme di violenza contro i bambini e gli adolescenti, sia in famiglia che nella società, sono proibite e sanzionate”¹⁵; e anche la “violenza digitale”, sarebbe interessante da aggiungere.

Così, attraverso un programma educativo su larga scala per le giovani generazioni, in futuro dimenticheremo le terribili frasi del giornalista russo Dimitri Mouratov, l’ultimo premio Nobel per la pace, pronunciate a Oslo il 10 dicembre 2021:

Il mondo ha smesso di amare la democrazia [...]

Il mondo è attratto dalla dittatura.

C’è l’illusione che il progresso possa essere raggiunto attraverso la tecnologia e la violenza, e non attraverso il rispetto dei diritti umani e delle libertà.

¹³ V., ad es., M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France, (1978-1979)*, Parigi, 2004. In questo senso, la gestione della crisi sanitaria da parte degli Stati è stata un grande “momento foucauldiano”: la vita nel suo aspetto “fisiologico” come unico obiettivo della politica, che ha comportato la negazione della vita nella sua dimensione antropologica e psicologica.

¹⁴ M. Desmurget, *La fabrique du crétin digital. Les dangers des écrans pour nos enfants*, Paris, 2019.

¹⁵ Questo articolo fa parte di una sezione intitolata “Diritti dei bambini, degli adolescenti e dei giovani”. Inoltre, si può citare l’articolo 46 della Costituzione ecuadoriana: “Lo Stato adotterà, tra le altre, le seguenti misure per garantire i bambini e gli adolescenti: [...] 7. Protezione dall’influenza di programmi o messaggi, diffusi attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione, che promuovano la violenza o la discriminazione razziale o di genere. Le politiche di comunicazione pubblica devono dare priorità alla loro educazione e al rispetto della loro immagine, integrità e altri diritti specifici della loro età. Devono essere stabilite limitazioni e sanzioni per rendere effettivi questi diritti”. Tuttavia, si sa che il diritto costituzionale scritto è poca cosa senza la presenza di elementi extra-giuridici: una magistratura indipendente, un’educazione nelle istituzioni liberali, una cultura dei conflitti pacificata dai giudici, l’assenza di paura di rappresaglie, la capacità finanziaria e amministrativa dello Stato di garantire l’adempimento di questi diritti, ecc.

Abstract

Il contributo propone una riflessione in materia di costituzionalismo digitale, assumendo, in particolare, la prospettiva del c.d. "popolo digitale" e tentando di spiegare come le garanzie offerte dalle vigenti costituzioni perdano di efficacia dinanzi ai fenomeni della globalizzazione.

Parole chiave: stato d'emergenza; cultura democratica; popolo digitalizzato

*

The paper aims to reflect about digital constitutionalism, assuming, in particular, the perspective of the so-called "digital people" and trying to explain how the guarantees offered by the current constitutions lose their effectiveness in the face of globalization phenomena.

Key words: state of health emergency; democratic culture; digitized people

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'adozione delle decisioni pubbliche: tecnica, politica e tutela dei diritti

Anna PAPA*

Sommario: 1. Digitalizzazione della società del terzo millennio e intelligenza artificiale 2. I modelli di intelligenza artificiale: brevi cenni ricostruttivi 3. I “vantaggi” dell'applicazione dell'IA nei processi decisionali pubblici 4. L'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale 5. Una breve considerazione conclusiva: quale regolamentazione per l'Intelligenza Artificiale

1. Digitalizzazione della società del terzo millennio e intelligenza artificiale

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale (d'ora in poi anche IA) nei processi decisionali, pubblici e privati, rappresenta allo stato attuale la sfida principale delle moderne democrazie, nelle quali la digitalizzazione ha prodotto già importanti cambiamenti nei processi produttivi, nell'erogazione dei servizi¹, nella comunicazione e formazione dell'opinione pubblica² e ha fatto emergere criticità, in termini di disuguaglianza e opacità delle sue applicazioni, che l'IA, se non correttamente applicata, rischia non solo di accentuare ma anche di stabilizzare.

Le forme che l'IA assume sono molteplici, al pari degli spazi di utilizzo e delle finalità che si vogliono perseguire: essa viene infatti adoperata per la gestione di procedure, per agevolare – ma anche per indirizzare – la ricerca di informazioni sul web; crescente è anche l'utilizzo nella mobilità collettiva (si pensi ai treni senza conducente) o individuale (le auto a guida assistita), in medicina e più

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”.

¹ Su questi aspetti cfr. P. Bilancia, *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 3/2021; A. D'Aloia (cur.), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020. Si consenta anche il rinvio a A. Papa, *La riforma della pubblica amministrazione: le prospettive nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Passaggi costituzionali*, 2/2021.

² L'uso degli algoritmi nei processi di formazione dell'opinione pubblica rappresenta un dato ormai incontrovertito, sul quale la riflessione scientifica si concentra da tempo. Non pari attenzione può rinvenirsi invece da parte del legislatore nazionale, che sembra non volersi impegnare in una revisione della disciplina dell'informazione e della comunicazione politica in Rete. Ciò determina, come appare evidente, un differente impatto dei tre grandi mass media sulla circolazione di informazioni “verificate” o quanto meno attendibili. Infatti, mentre la stampa (cartacea e online) e l'informazione televisiva sono soggette a regole stringenti in materia di *par conditio* e di responsabilità per i contenuti pubblicati, le molteplici forme di “giornalismo partecipativo” presenti in Rete non hanno obblighi né in materia di rispetto dei criteri della veridicità, pertinenza e continenza dell'informazione, né per quanto riguarda la pubblicità dei loro mezzi di finanziamento. Su questi aspetti cfr. Cfr. S. Rodotà, *Dieci tesi sulla democrazia continua*, in D. de Kerckhove, A. Tursi (cur.), *Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti*, Milano, Apogeo, 2006; F. Donati, *Democrazia, pluralismo delle fonti di informazione e rivoluzione digitale*, in *Federalismi.it*, 20 novembre 2013; L. Califano, *La libertà di manifestazione del pensiero ... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *Federalismi.it*, 2021; J.F. Sanchez Barillao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws*, 2/2021; M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione*, ivi; A. Papa, *L'impatto della disintermediazione informativa nei processi di formazione dell'opinione pubblica. Quale (problematica) prospettiva nella democrazia della comunicazione*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 1/2022.

in generale nella fruizione di servizi pubblici essenziali³. Il risultato è una sempre più stringente compenetrazione tra gli spazi fisici e quelli digitali dell'esistenza umana. Il lavoro, lo studio, la socialità possono, in effetti, svolgersi in molti casi in entrambi questi spazi; del pari, in ambedue vi può essere esercizio dei diritti e fruizione di servizi. Ciò che li distingue è, tuttavia, la maggiore tracciabilità, nella dimensione digitale, delle azioni che vengono poste in essere e la possibilità, mediante la profilazione, di influire non solo sulle scelte di consumo ma anche sulla formazione delle idee e delle opinioni.

Da qui l'esigenza di riflettere su come garantire un utilizzo – senza limiti preconcepiuti – delle strutture di IA, tutelando, nel contempo, le libertà individuali e la democraticità del sistema nel suo complesso⁴, anche in considerazione del fatto che da alcuni anni lo stesso ambito delle decisioni pubbliche è sempre più caratterizzato dall'utilizzo di questa tecnologia: un campo vasto che comprende non solo la decisione amministrativa ma anche, al momento, alcuni momenti propedeutici alla decisione politica, nella consapevolezza tuttavia che in un futuro prossimo potrebbero essere implementate esperienze di decisione politica robotica già sperimentate in alcuni Paesi⁵. Da qui l'esigenza di riflettere, in sede scientifica come da tempo sta avvenendo e a livello di opinione pubblica, su questo tema ed in particolare su come garantire che l'utilizzo degli algoritmi nelle decisioni pubbliche sia sempre accompagnato da specifiche garanzie di trasparenza e imparzialità.

2. I modelli di intelligenza artificiale: brevi cenni ricostruttivi

Dare oggi una definizione di intelligenza artificiale presuppone la consapevolezza, in primo luogo in chi scrive, della dinamicità della tecnologia della quale si prova a dare una sintesi e, di conseguenza, della relatività e precarietà del tentativo.

Un elemento può dirsi però definito. Il modello di intelligenza artificiale oggi maggiormente utilizzato negli ambiti prima ricordati non appartiene alla categoria cd. neuronale, ossia dei sistemi che si propongono di riprodurre l'attività celebrale umana e come tale tendere alla costruzione di umanoidi in grado di pensare – forse – come gli umani⁶; al contrario, l'IA attualmente utilizzata può definirsi di tipo “esperienziale”, perché si basa sull'utilizzo di quantità ingenti di dati (cd. Big data) che vengono impiegati per “allenare” questi sistemi affinché siano in grado di adottare decisioni e risolvere problemi⁷.

I dati rappresentano quindi un elemento fondamentale degli odierni sistemi di intelligenza artificiale e al riguardo, appare esemplificativa la definizione di IA formulata dalla Commissione UE del 2018, che la qualifica come “un insieme di tecnologie che combina dati, algoritmi e potenza di

³ Molteplici sono gli esempi di applicazione dell'intelligenza artificiale nella quotidianità. Per un'analisi giuridica cfr., da ultimo, L. Portinale, *Intelligenza Artificiale: storia, progressi e sviluppi tra speranze e timori*, in *MediaLaws*, 3/2021.

⁴ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in A. C. Gomes, B. Albergaria, M. Canotilho (cur.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021.

⁵ Per una interessante analisi dei modelli di intelligenza artificiale utilizzati in processi decisionali politici cfr. A. Cardone, *Decisione algoritmica vs decisione politica*, Napoli, 2021.

⁶ Come è noto, la nascita dell'IA viene fatta risalire agli anni '50, quale ambito delle scienze informatiche e trova i propri fondatori in Alan M. Turing e John McCarthy. Nella prima fase gli studi si orientarono a riprodurre, in sistemi artificiali, i meccanismi di ragionamento e di decisione propri degli esseri umani, nella convinzione che ogni aspetto dell'apprendimento umano potesse essere descritto da un sistema informatico intelligente in modo così preciso da poter essere replicato. Cfr., sul punto, S. Russell, P. Norvig, *Intelligenza artificiale. Un approccio moderno*, Milano, 2005. Questo approccio fu abbandonato dopo alcuni anni, quando prevalse tra gli studiosi la consapevolezza che era impossibile ricreare artificialmente le funzioni cognitive umane.

⁷ I sistemi di IA sviluppati a partire dagli anni '80 si basano su tecnologie di “machine e deep learning”. In base alla prima l'IA può apprendere e migliorare grazie all'esperienza e ai dati raccolti, ottimizzando il modello da utilizzare per predire gli esiti di questioni poste in precedenza. Con la seconda tipologia, quella del deep learning, il sistema di IA sviluppa la capacità di apprendere in modo non supervisionato. L'apprendimento continua tuttavia a basarsi su dati e informazioni ma senza che alla macchina vengano forniti criteri e regole preordinate. Come appare evidente in questi sistemi un ruolo fondamentale viene svolto dai dati, la cui qualità – intesa come assenza di *Bias* – incide sensibilmente sulla capacità della “macchina intelligente” di allenarsi e decidere.

calcolo”, mostrando “un comportamento intelligente, analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi”⁸.

Partendo da questa definizione (peraltro non univoca), appare evidente che l'IA sia sempre più presente nella vita quotidiana degli individui, in quanto utenti delle tante e diverse applicazioni che sono strutturate su di essa, oppure come fornitori (spesso inconsapevoli) dei dati che *alimentano* e *allenano* l'IA e, ancora, come destinatari di molteplici decisioni adottate mediante l'utilizzazione di sistemi “intelligenti”.

Quest'ultimo aspetto si presenta di particolare rilevanza qualora riguardi l'adozione di decisioni pubbliche, qui prese in considerazione solo sul versante delle decisioni di alta amministrazione, pur nella consapevolezza che grande interesse presenta anche l'applicazione dell'IA nella decisione politica e in quella giurisdizionale⁹. Tuttavia, come appare evidente, ciascuno di questi ambiti presenta specificità che non consentono di analizzarle congiuntamente, per i diversi diritti coinvolti e per il bilanciamento che essi richiedono.

Per quanto riguarda l'applicazione dell'intelligenza artificiale alle decisioni pubbliche, esso appare la naturale evoluzione del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, ormai in corso dagli anni '90 al quale ora il *Next Generation UE* e, per quanto riguarda l'Italia, il “Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza” forniscono una forte accelerazione, strutturando la transizione, anche – e forse soprattutto – sull'adozione di strumenti di IA, in grado di migliorare la tempistica, l'efficienza e la trasparenza dei processi decisionali pubblici.

Da qui l'esigenza di riflettere sul se (ed in che termini) l'uso dell'IA possa rappresentare un fattore che contribuisce al perseguimento dell'interesse pubblico in termini di sviluppo sostenibile e maggiore benessere della collettività, grazie alla sua capacità di ridurre molti degli ostacoli tradizionali rispetto all'adozione di decisioni o di risposta a istanze della comunità. Qualora la risposta a questo primo quesito sia – come si ritiene debba essere – positivo occorre allora indagare quali garanzie debbano essere predisposte a tutela di quel medesimo benessere della comunità e dei diritti individuali di coloro che la compongono.

3. I “vantaggi” dell'applicazione dell'IA nei processi decisioni pubblici

Nel dibattito sull'utilizzo di sistema di IA nei processi decisionali pubblici vengono di regola indicati almeno tre potenziali “vantaggi”.

L'elemento temporale appare quello sul quale vi è una sostanziale convergenza, essendo immediatamente percepibile come l'utilizzo degli algoritmi riduca la durata di un procedimento, o di una specifica fase, grazie alla loro velocità nella lettura e sistematizzazione dei dati, liberando peraltro i dipendenti pubblici da azioni ripetitive¹⁰. E ciò determina, come appare evidente, anche un risparmio di spesa.

⁸ COM (2018) 238 final, “L'intelligenza artificiale per l'Europa”.

⁹ Su questo aspetto cfr., di recente, R. Trezza, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *federalismi.it*, 16/2022.

¹⁰ L'apporto che l'IA può apportare alla digitalizzazione della pubblica amministrazione è suscettibile di tradursi in benefici sia per i dipendenti, che possono così liberarsi di attività ripetitive; per i cittadini e le imprese, che possono così usufruire di servizi innovativi e basati su standard uniformi, con riduzione dei tempi e semplificazione delle procedure, ed infine – ma certamente non da ultimo – per la comunità, che potrà beneficiare di una velocizzazione e standardizzazione delle procedure. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, S. Gaetano, *La decisione amministrativa tra vincolatezza, discrezionalità ed intelligenza artificiale: la prospettiva per la pubblica amministrazione di una responsabilità da “algoritmo”*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 2018, p. 45; L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Il Foro Amministrativo*, 2018, p. 23; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; G. Pesce, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in giustizia-amministrativa.it, 2020; I. M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?* in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, p. 643; D.U. Galetta, J.C. Corvalan, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 12; A. Simoncini, *L'algoritmo*

L'ulteriore "vantaggio" che viene ascritto all'utilizzo di sistemi di IA è, poi, quello della trasparenza delle procedure. Come si avrà modo di sottolineare *infra*, questo vantaggio tuttavia è tale solo se i dati utilizzati per "allenare" preventivamente l'algoritmo all'assunzione della specifica decisione siano stati raccolti e trattati in modo da renderli trasparenti, dando quindi la garanzia – in questa sede di particolare rilievo – che essi siano privi di un sostrato discriminatorio.

E, come appare evidente, quest'ultimo aspetto incide anche sulla terza potenzialità dei sistemi di IA, ossia garantire la parità di trattamento. Occorre dar conto, infatti, della convinzione diffusa che la scelta algoritmica sia esente dal rischio di distorsioni derivanti da possibili, ma non giustificabili, interessi personali del decisore umano. Ciò è sicuramente vero. Bisogna tuttavia, al tempo stesso, essere consapevoli che la standardizzazione della decisione sia suscettibile di degenerare da vantaggio a svantaggio, qualora produca una omogeneizzazione delle situazioni anche quando sarebbe invece necessaria una loro differenziazione non discriminatoria¹¹.

4. L'opacità dei sistemi di intelligenza artificiale

Come appena sottolineato, i vantaggi dell'utilizzo di sistemi di IA vengono democraticamente misurati dalla trasparenza e dalla uguaglianza che sono in grado di assicurare. Nel bilanciamento tra gli elementi che sono alla base della scelta di utilizzare un sistema di IA occorre, infatti, andare oltre il risparmio di tempo e di spesa che essi consentono e chiedersi di quanto esso sia in grado di migliorare la trasparenza e l'uguaglianza del processo decisionale. Il rischio, prima richiamato, che i sistemi di IA non diminuiscano anzi accrescano le disuguaglianze non appare remota, soprattutto se non vengono programmate correzioni a quella che può definirsi l'intrinseca attitudine dei sistemi intelligenti a intervenire, in modo correttivo, in presenza di "imperfezioni".

Dall'angolo visuale della macchina queste ultime possono manifestarsi nella non linearità dei risultati, in differenze non comprensibili, che si associano all'impossibilità per l'algoritmo di introdurre nel processo decisionale degli elementi fortemente discrezionali come le aspirazioni o i desideri. Nella prospettiva umana, invece, l'imperfezione viene valutata con una metrica diversa, potendo essere considerata espressione di una realtà in divenire, dove non tutto ciò che è asimmetrico è da correggere ma anzi in molti casi è da tutelare e valorizzare proprio perché le differenze sono talvolta necessarie per garantire quel pluralismo e quel perseguimento dell'uguaglianza sostanziale che rappresentano la base e l'obiettivo delle democrazie pluraliste.

Da qui la precondizione per legittimare l'utilizzo dell'IA nelle decisioni pubbliche: la ragionevole aspettativa che la macchina intelligente sia in grado di *differenziare senza discriminare*, mostrandosi in questo rispettosa del dettato costituzionale ma anche di tutte le carte sovranazionali e internazionali che garantiscono, negli stati democratici, la tutela dei diritti fondamentali. Al momento, invece, occorre constatare che non vi è certezza di questo assunto, sia perché non vi è una predefinita pubblicità dei procedimenti gestiti dall'IA sia per l'assenza di criteri, univocamente determinati *ex ante* dal decisore politico con un atto almeno regolamentare, idonei a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione della procedura.

A supplire, con interventi necessariamente *ex post* è quindi la giurisprudenza, alla quale si deve la fissazione di alcune fondamentali garanzie a tutela dei diritti dei soggetti coinvolti in procedure gestite in tutto o in parte da sistemi di IA.

incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 67; G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del Diritto*, 2019, p. 87.

¹¹ Come è noto, il bilanciamento tra la dimensione formale e quella sostanziale dell'uguaglianza rappresenta la principale sfida per il legislatore di uno Stato sociale, chiamato ad intervenire al fine di ridurre le situazioni di svantaggio senza tuttavia operare discriminazioni. La difficoltà emerge chiaramente analizzando le numerose sentenze della Corte costituzionale in materia di uguaglianza, nelle quali il giudice delle leggi è stato sovente chiamato a verificare la ragionevolezza di interventi normativi attuativi del principio di uguaglianza. Su questi aspetti, anche per la bibliografia richiamata, cfr. P. Bilancia, E. De Marco (cur.), *L'ordinamento della Repubblica*, Padova, 2021.

In particolare, i giudici amministrativi hanno sin dal primo momento censurato quella che viene definita l'opacità algoritmica, derivante dall'assenza di trasparenza del processo logico, tecnico e giuridico che porta un sistema di IA a produrre un determinato risultato.

A prima lettura il diritto non sembra poter intervenire sull'opacità tecnica, intesa come capacità del singolo di comprendere il funzionamento dell'algoritmo, e su quella intrinseca, che appare propria dei sistemi di *machine e deep learning*¹². Tuttavia, è proprio in questi aspetti che si annida il rischio maggiore di discriminazione con la conseguenza che il diritto non può assumerli come immodificabili, dal momento che la conoscibilità dell'algoritmo è un elemento fondamentale non solo per la tutela dei diritti delle persone coinvolte ma anche, come appare evidente, per il rispetto di quella trasparenza dell'azione pubblica che è fondamentale in uno Stato democratico. In questa direzione la giurisprudenza amministrativa ha individuato precisi criteri, volti a far prevalere il principio di "conoscibilità" dell'algoritmo rispetto a qualsiasi altro diritto, anche quello di proprietà intellettuale¹³. In particolare, come deciso in diverse sentenze, la conoscibilità "dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dagli autori dell'algoritmo al procedimento usato per la sua elaborazione, dal meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale ai dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato"¹⁴.

Indubbio e diretto si presenta poi il ruolo del diritto – auspicabilmente non del giudice ma del legislatore per ora assente – nella riduzione dell'opacità giuridica legata agli algoritmi. Come in ogni

¹² Come prima sottolineato (nota 7) i sistemi attuali di Intelligenza artificiale presentano livelli sempre più sofisticati di auto-apprendimento. Essi, infatti, si allenano partendo da esempi e dati che vengono immessi nella loro memoria, evidenziando la capacità di affrontare anche problemi nuovi. Le opacità tecnica ed intrinseca si sviluppano quindi su due diversi piani. Il primo è quello della assenza di competenza specialistica in buona parte dei fruitori di sistemi di IA. Solo a partire dagli anni '90 si è avviato un processo di alfabetizzazione informatica nelle scuole che, tuttavia, per utenti coinvolti e contenuti erogati, non consente di affermare che i cittadini abbiano una conoscenza "tecnica" delle applicazioni digitali che quotidianamente usano. A ciò si aggiunge che la capacità di evolversi propria degli attuali sistemi di IA li rende parte sconosciuti anche agli stessi loro programmatori, con la conseguente difficoltà di poter conoscere integralmente ex ante lo sviluppo "intelligente" di una procedura. Ciò non equivale a propugnare un ritorno ad una organizzazione analogica dei procedimenti pubblici. Come sottolineato in dottrina e nelle diverse sentenze in materia pronunciate dai giudici amministrativi, "non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti" e che sono indiscutibili i "vantaggi derivanti dalla automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un algoritmo – ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande". Soprattutto in presenza di "procedure seriali o standardizzate" che, in quanto tali, implicano la necessità di elaborare un considerevole numero di dati che, tuttavia sono "certi ed oggettivamente comprovabili" il ricorso a decisioni algoritmiche risulterebbe "conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale". Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270.

¹³ Cfr. in particolare, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 02 gennaio 2020, n. 30. Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. In relazione alla stessa p.a., la Corte ha chiarito come il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Come ricordato nel testo, tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti. Inoltre, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile.

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270. Come sottolineato nella sentenza, nel bilanciamento tra trasparenza e diritto d'autore, il primo è destinato a prevalere, con la conseguenza che le imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati nella procedura non potranno invocare la riservatezza dell'algoritmo, dal momento che, "ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza".

scelta politico-amministrativa, anche la decisione prodotta con l'impiego degli strumenti di IA si basa, infatti, sul bilanciamento tra diritti e interessi diversi, che necessitano di essere graduati secondo un ordine di priorità in modo trasparente e costituzionalmente ragionevole. In particolare, qualora siano coinvolti diritti fondamentali, quali la dignità, la tutela dei dati, il diritto al lavoro, appare evidente che occorre fornire garanzie affinché questa decisione rispetti quelle priorità costituzionalmente previste.

Per questo motivo, in presenza di sistemi di IA basati sull'utilizzo dei dati, appare indispensabile garantire che questi ultimi, nella loro forma di *data set*, non nascondano discriminazioni. Come è noto, queste ultime rappresentano, nell'approccio tecnologico, un errore di valutazione, un elemento (anche nella sua possibile forma del preconcetto) che rischia di minare la correttezza e l'affidabilità dei risultati di un'analisi ma non ne inficia la validità complessiva; nella prospettiva giuridica esse rappresentano, invece, un elemento di grande criticità soprattutto qualora siano la conseguenza di stereotipi che sono in sé suscettibili di produrre una scelta discriminatoria, ossia l'esatto contrario dell'obiettivo stabilito.

Qualora i dati che alimentano l'IA siano sbagliati, parziali o ancor più siano dati orientati, il risultato prodotto dall'algoritmo è destinato ad acquisirne la criticità. Da qui il timore di quella che viene definita "discriminazione algoritmica", idonea non solo a ledere i legittimi diritti e interessi di un individuo ma anche – e forse soprattutto – quel plurale divieto di discriminazione contenuto nell'art. 3 della Costituzione italiana¹⁵. Né appare possibile escludere a priori il rischio che l'IA possa contribuire alla realizzazione di "una società connotata da una segmentazione per caste, ove lo *status* non è però dato dalla nascita o dall'appartenenza a classificazioni sociali tradizionali (quelle su cui vigilano le norme in materia di non-discriminazione), ma da algoritmi e dai valori di coloro che li generano. Classificazioni che sono poi impiegate per prendere decisioni che coinvolgono una pluralità di soggetti, i quali però non hanno contezza della propria posizione": decisioni, peraltro, che – nei casi più infausti – si avvalgono dei dati elaborati dagli algoritmi per operare forme esasperate di controllo sociale e politico"¹⁶. Quanto appena sottolineato rende evidente l'esigenza di una gestione trasparente dell'utilizzo dell'IA nei processi decisionali, soprattutto pubblici, dando significato alle cd. "Leggi della robotica" elaborate da Asimov nel 1942; o, almeno, a due delle esigenze di fondo che le hanno ispirate: l'idea di giustizia, fortemente connessa al principio di non discriminazione e la necessità del controllo umano, che riporta al tema della significatività "limitata" dell'algoritmo nella decisione. Limitazione tanto più necessaria quanto più si abbia consapevolezza, ancora una volta, che "la tecnica si è da molto tempo sottratta alla mera utilizzazione come mezzo e che, al contrario, è essa stessa a trascinarsi dietro l'uomo come suo strumento, sia che egli segua ciecamente questo strappo in avanti, sia che si sforzi in continuazione di indirizzare la tecnica, quanto ai suoi effetti, verso ciò che è propizio e utile"¹⁷.

5. Una breve considerazione conclusiva: quale regolamentazione per l'Intelligenza Artificiale

L'esigenza di disciplinare l'IA, nella prospettiva di consentirne il più ampio utilizzo, è alla base della proposta di regolamento europeo in materia, presentata dalla Commissione nell'aprile 2021 ed in corso di approvazione, non senza momenti di stallo e di ripensamento¹⁸. Il livello europeo è certamente quello

¹⁵ In questi termini si è espresso il Garante per la protezione dei dati personali, richiamando espressamente il rischio che si producano "effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti". Così Garante per la protezione dei dati personali, Parere al Consiglio di Stato sulle nuove modalità di ripartizione del fondo sanitario tra le regioni, proposte dal Ministero della salute e basate sulla stratificazione della popolazione - 5 marzo 2020, docweb n. 9304455 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9304455>).

¹⁶ Così A. Cardone, *Decisione algoritmica vs decisione politica*, cit., p. 85.

¹⁷ S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità, Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, Wroclaw, Polonia, 14-16 settembre 2004 (www.privacy.it).

¹⁸ Proposta di *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione* (COM/2021/206 final). Come si legge nella Relazione di accompagnamento "con la presente proposta si tiene fede all'impegno politico della presidente Von der Leyen che, nei suoi

nel quale è possibile fissare regole minime uniformi su tutto il territorio dell'Unione. Tuttavia, questa futura (e per certi ancora incerta) normativa non sembra poter esaurire la disciplina della materia, soprattutto per quegli aspetti – legati ai processi decisionali pubblici – per i quali è necessario garantire un ragionevole – e sarebbe auspicabile poter dire “ottimale” – livello di trasparenza e uguaglianza di trattamento.

Come è noto, nella proposta europea non è presente alcuna netta distinzione tra soggetti pubblici e privati, ma solo tra fornitori e utenti di servizi di IA¹⁹. Il decisore pubblico può quindi assumere entrambi questi ruoli, senza che ad esso vengano chiesti ulteriori specifici obblighi.

Alcuni aspetti disciplinati dal regolamento vanno certamente nella direzione di fornire garanzie al fruitore di un servizio o al destinatario di una decisione prodotta mediante l'utilizzo della IA. Tra questi, il principio di “trasparenza”, immaginato in modo da ricalcare quanto previsto dal Regolamento europeo sulla tutela dei dati personali. Vi è, infatti, su questo punto, un forte coincidenza in merito all'applicazione di questo istituto (la trasparenza, appunto) in ambito *privacy* e in ambito IA e ciò è in buona parte conseguenza del fatto che quest'ultima utilizza proprio quei dati raccolti e trattati nel rispetto del Regolamento 679/2016. Ne deriva che l'algoritmo deve essere “spiegabile” nel suo funzionamento e nel regime delle sue responsabilità, al fine di generare un ragionevole affidamento sul fatto che l'algoritmo è stato “allenato” usando dati certi e non discriminatori²⁰.

A questo aspetto si associa l'ulteriore garanzia, anch'essa fortemente correlata a quanto previsto dal Regolamento 679/2016, del divieto di utilizzare una procedura esclusivamente algoritmica, qualora la stessa si connota per essere “ad alto rischio”. È quello che viene definito obbligo di “sorveglianza umana”²¹ e riguarda sistemi di IA potenzialmente lesivi della dignità e della libertà umana. La bozza di regolamento ne contiene un lungo elenco, dal quale – anche solo ad una prima lettura – emerge che buona parte delle procedure algoritmiche qualificate come fortemente rischiose attengono al settore pubblico o dei servizi pubblici. Taluni di essi riguardano peraltro anche forme di esercizio di diritti fondamentali, oltre a rilevanti attività di tipo investigativo e giudiziario.

La questione che emerge da questo dato è se sia possibile accontentarsi solo delle garanzie minime che il Regolamento, qualora approvato, si propone di definire in modo uniforme su tutto il territorio dell'Unione. Si intravede, infatti, in questo modello, quanto si sta già sperimentando con il Regolamento europeo sulla tutela dei dati personali (GDPR): definizione di poche regole, fissazione del principio di *accountability* e quindi responsabilizzazione dei singoli titolari del trattamento dei dati²² con a valle, l'attività dell'Autorità Garante Privacy, non più con il compito di autorizzare i trattamenti ma con quello, molto più delicato, di verificare il corretto utilizzo dei dati da parte dei tanti soggetti titolari. In tutti i

orientamenti politici per la Commissione 2019-2024 (Un'Unione più ambiziosa), ha annunciato che la Commissione avrebbe presentato una normativa per un approccio europeo coordinato alle implicazioni umane ed etiche dell'intelligenza artificiale. A seguito di tale annuncio la Commissione ha pubblicato il 19 febbraio 2020 il Libro bianco sull'intelligenza artificiale, *Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 65 final), allo scopo di definire le opzioni strategiche su come conseguire il duplice obiettivo di promuovere l'adozione dell'IA e affrontare i rischi associati a determinati utilizzi di tale tecnologia, e dove viene formulata una proposta che mira ad attuare il secondo obiettivo al fine di sviluppare un ecosistema di fiducia proponendo un quadro giuridico per un'IA affidabile.

¹⁹ Il decisore pubblico, pertanto, come qualsiasi soggetto, può rientrare sia nella categoria dei fornitori intesi come “persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito”; sia nella categoria degli utenti intesi come “qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale”.

²⁰ L'art. 13 della proposta di Regolamento IA prevede che “I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo adeguatamente”.

²¹ Tale obbligo è previsto dall'art. 14 della proposta di Regolamento nel quale si legge che, nel caso in cui i sistemi di IA presentino un alto rischio, essi debbono essere “progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso”.

²² Su questi aspetti cfr, tra gli altri, D. Messina, *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent*, in *MediaLaws*, 2/2019.

Paesi membri, infatti, i Garanti intervengono, su richiesta degli interessati, in caso di sospetta violazione, affiancandosi alla tutela giurisdizionale.

Se questo è il modello che ci si propone di replicare nell'ambito dell'IA, appare evidente che il sistema che si sta predisponendo differisce da quello appena descritto sotto almeno due aspetti. Il primo riguarda l'assenza di un obbligo, per il soggetto pubblico che utilizza un algoritmo in un procedimento, di dare pubblicità di questa scelta. La previsione contenuta nel GDPR, infatti, si estende solo parzialmente anche all'utilizzo di sistemi di IA, prevedendo l'obbligatorietà della conoscibilità solo se vengono trattati dati personali. Come appare evidente, ciò non assicura la preventiva conoscenza di come l'algoritmo sia stato "allenato" a decidere. Del pari, anche il divieto, contenuto nell'art. 22 del GDPR, di sottoporre gli interessati a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, presenta non solo la criticità prima sollevata ma è soggetto ad una serie così rilevante di eccezioni da essere quasi praticamente inapplicato²³.

Il secondo, importante elemento di differenziazione rispetto al GDPR si rinviene nell'assenza di una specifica autorità garante, chiamata ad occuparsi dell'applicazione dei sistemi di IA nell'ecosistema digitale. Da più parti si avanza la proposta che siano i Garanti Privacy ad occuparsi della tutela dei diritti nei procedimenti (pubblici e privati) che utilizzano "macchine intelligenti".

La proposta è interessante ma non sembra cogliere fino in fondo la problematica intrinseca alle procedure algoritmiche, ossia l'opacità che caratterizza non solo l'adozione della decisione finale, ma anche – anzi soprattutto – tutta la fase di costruzione e implementazione del sistema IA da utilizzare. Infatti, è proprio nella fase della progettazione e dell'apprendimento dell'algoritmo che si annidano i principali rischi di futura discriminazione, assumendo primaria rilevanza le inclinazioni e le convinzioni dei progettisti e/o dei loro committenti, oltre alla qualità dei dati che vengono utilizzati.

Occorre quindi intervenire e vigilare soprattutto in questo stadio della procedura, rendendo pubblici i criteri e certificando i dati che verranno utilizzati ma soprattutto sottoponendo il risultato al controllo umano, prima che esso produca effetti giuridici. In questo modo si riduce il ricorso al giudice, molto spesso chiamato ad intervenire proprio sull'opacità algoritmica prima ancora che sui suoi effetti, e soprattutto si allontana il dubbio – oggi molto presente e che circonda di sospetto l'utilizzo di questa tecnologia – che la "macchina", progettata e allenata, sia alla fine meno trasparente e meno imparziale dell'essere umano che è chiamata a sostituire²⁴.

Abstract

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali pubblici rappresenta una realtà in crescente divenire. Da qui l'esigenza di garantire un utilizzo, senza limiti preconcepi, di questa tecnologia, tutelando nel contempo le libertà individuali e la democraticità del sistema nel suo complesso. In attesa dell'approvazione, invero difficoltosa, del regolamento europeo in materia, la definizione dei limiti e delle garanzie in materia di utilizzo dei sistemi di IA spetta alla giurisprudenza, in una prospettiva ex post che non aiuta la formazione di un clima di affidamento nei confronti di tale tecnologia.

²³ Così A. Bilancio, *La carente disciplina sull'uso degli algoritmi nella PA: come interviene il giudice amministrativo*, in *MediaLaws*, 7/2021, al § 2 (*L'uso degli algoritmi nelle decisioni amministrative*).

²⁴ L'esigenza che il rapporto uomo-macchina sia improntato al massimo vantaggio possibile per il genere umano è alla base non solo degli studi informatici ma anche di quelli filosofici e giuridici che si occupano di IA. Riflessioni in parte anticipate o comunque presenti anche nella letteratura fantascientifica e distopica. Al riguardo è interessante quanto si legge nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante *Raccomandazioni alla Commissione in tema di norme di diritto civile sulla robotica* (2015/2013(INL)), laddove si ricorda che "dal mostro di Frankenstein ideato da Mary Shelley al mito classico di Pigmalione, passando per la storia del Golem di Praga e il robot di Karel Capek, che ha coniato la parola, gli esseri umani hanno fantasticato sulla possibilità di costruire macchine intelligenti, spesso androidi con caratteristiche umane". Non solo, ma la stessa risoluzione ricorda come le Tre leggi ideate da Isaac Asimov rappresentino una puntuale indicazione metodologica ed etica per i progettisti, i fabbricanti e gli utilizzatori di robot, compresi quelli con capacità di autonomia e di autoapprendimento integrate. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, G. LISSA, *Quali prospettive per l'umano nell'era dell'intelligenza artificiale?*, in A. Patroni Griffi (cur.), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Milano-Udine, 2023.

A. Papa: *IA nell'adozione delle decisioni pubbliche: tecnica, politica e tutela dei diritti*

Parole chiave: intelligenza artificiale; decisioni pubbliche; algoritmi; tutela dei diritti; disuguaglianze

*

The use of artificial intelligence in public decision-making is a growing phenomenon. Accordingly, it is crucial to guarantee the use of this technology, without any preconceived limits, while protecting individual freedoms and the democratic nature of the system as a whole. Whilst awaiting the approval, truly difficult, of the European regulation on the subject, the definition of limits and guarantees on the use of AI systems is a matter in the hands of jurisprudence, in an ex post perspective. However, this circumstance does not support the development of a climate of trust in this technology.

Keywords: artificial intelligence; public decision; algorithms; protection of rights; inequalities

Il “potere dell’agenda” nella giurisdizione costituzionale digitale: il caso brasiliano^(*)

Ilton Norberto ROBL FILHO*

Sommario: 1. Introduzione 2. Dilemmi e questioni iniziali di diritto nell’era digitale 3. Il “potere dell’agenda” 4. Alcune questioni del potere dell’agenda nella giurisdizione costituzionale digitale 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il costituzionalismo digitale promuove una serie di discussioni e analisi sui poteri giuridici, sociali e politici. Nel paragrafo 1 i dilemmi e le questioni iniziali del Diritto nell’era digitale sono oggetto di riflessione, segnalando la costruzione della regolazione giuridica in un mondo trasformato dalla tecnologia. La questione del potere dell’agenda e del controllo giudiziale di costituzionalità sono affrontati nel § 2. D’altro lato, la questione del potere dell’agenda cambia con il processo telematico, con i *social networks* e con le udienze virtuali: questi temi, discussi specialmente dal Tribunale Supremo Federale del Brasile (STF), sono affrontati nel paragrafo 3. Il paragrafo 4 traccia alcune considerazioni finali.

2. Dilemmi e questioni iniziali di diritto nell’era digitale

L’utilizzazione di Internet ha alterato intensamente le modalità di interazione umana¹. La storia del World Wide Web evidenzia che il suo sviluppo è stato specialmente finanziato dal governo e dell’esercito nordamericano, la cui gestione ed evoluzione è stata successivamente assegnata ad università ed enti privati². Nonostante l’origine statale e militare, la rete è stata vista ingenuamente come uno spazio denazionalizzato e destatalizzato.

In questo contesto, negli anni Novanta del secolo passato, si è sviluppata una relazione estremamente liberale della relazione tra il diritto, le nuove tecnologie e la comunicazione via Internet³. Ci sono due ragioni principali a base di questa prospettiva iniziale.

In primo luogo, vi è stata la percezione erronea che la libertà fosse necessaria e fosse esclusivamente relazionata con la mancanza di intervento dello Stato, con la convinzione che il web avrebbe permesso comunicazioni libere e autonome. In questo contesto, lo spazio virtuale sarebbe stato il

^(*) Traduzione dal portoghese di Tommaso Poli.

* Dottore di ricerca in Diritti umani e democrazia, Universidade Federal do Paraná (Brasile).

¹ J. Susskind, *Future politics: living together in a world transformed by tech*, Oxford, 2018, pp. 16-21.

² Sul tema cfr. M. Castells, *A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade*, 2^a ed. (trad.), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, p. 25 ss.

³ G. Gregorio, *Digital constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic Society*, Cambridge, 2022, pp. 41-44.

nuovo luogo di incontri non solo personali e privati, ma avrebbe permesso anche la costruzione di una sfera pubblica più robusta e non limitata dalle tradizionali distanze fisiche e territoriali⁴.

La seconda ragione di questa prospettiva risiede nell'importanza dello sviluppo della tecnologia digitale, che potrebbe essere impedito o ostacolato da una disciplina legale inadeguata, producendo così effetti pregiudizievoli per questo settore sociale ed economico. L'avvento di nuovi strumenti tecnologici beneficerebbe persone fisiche, enti privati e governi, motivo per cui non vi è interesse per una disciplina legale, poiché la mancanza di una normativa statale favorirebbe iniziative creative di utilità sociale e di interesse pubblico⁵.

In realtà, le stesse imprese e compagnie tecnologiche, attraverso la disciplina privata, hanno cominciato a stabilire norme per l'utilizzazione dei servizi. Va notato che l'assenza di una normativa statale specifica sulle nuove tecnologie produce connessioni poco trasparenti tra le grandi aziende tecnologiche e i governi nazionali, fornendo un enorme monitoraggio sulle persone e sugli enti privati e sull'uso delle informazioni e dei dati degli utenti senza l'adeguata consapevolezza e il consenso da parte dei loro titolari⁶.

Inoltre, gli utenti dei servizi e della tecnologia digitale hanno cominciato a esigere diritti tanto dalle imprese tecnologiche quanto dai governi. In tal modo, una rete internazionale di persone e organizzazioni, riunite nella nella "Coalizione dinamica per i diritti e i principi relativi a Internet (*Internet Rights & Principles Dynamic Coalition: IRPC*), con sede presso l'Internet Governance Forum (IGF) delle Nazioni Unite, ha compilato, nel 2011, la "Carta dei Diritti Umani e dei Principi per Internet" (*Charter of Human Rights and Principles for the Internet*), nella introduzione alla quale si legge che la Carta: "si basa su diritti umani esistenti e quindi, in pratica, la maggior parte delle sue norme sono giuridicamente vincolanti solo per gli Stati. Vi è tuttavia un crescente riconoscimento del fatto che anche il settore privato abbia degli obblighi in materia di diritti umani"⁷.

La Carta contiene la definizione di dieci diritti relativi a internet, noti come i "10 Principi di Internet", a cui si aggiungono (per un totale di 20) altri diritti (principi) di rilievo in ambito digitale. Tra questi vi è il "Diritto a un processo equo" (n. 18, b), dove si legge che: "È sempre più frequente che il diritto ad un processo equo e ad un ricorso effettivo siano violati nell'ambiente digitale", per cui "è necessario ribadire che i diritti procedurali devono essere rispettati e protetti in Internet così come lo sono offline".

Sotto l'impulso della Carta, una regolamentazione statale, basata su documenti normativi regionali o nazionali, è stata adottata in diverse parti del mondo. In Brasile, il "quadro civile" (*marco civil*) di disciplina di internet (Legge Federale n. 12.965 de 23 aprile 2014) è intervenuto per stabilire "principi, garanzie, diritti e doveri per l'uso di Internet" e determinare "le linee guida per l'azione dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni in relazione alla questione" (art. 1). Questa Legge Federale, in particolare, preserva la libertà di espressione e proibisce la censura, prevedendo unicamente la responsabilità civile del *provider* dei servizi di Internet, dovuta ai danni causati dai contenuti generati da terzi se, "dopo uno specifico ordine del tribunale, non adotta misure per rendere

⁴ G.F. Mendes, V.O. Fernandes, *Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito*, 16-1/2020, p. 10.

⁵ G. Gregorio, *Digital constitutionalism in Europe*, cit., p. 43.

⁶ Su questa questione è stato osservato da M.D. Birnhack, N. Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, in *Va. J.L. & Tech*, 8/2003, p. 2, che: "The State never left the scene. The Internet was initiated by the State, and soon after was privatized. The State minimized its direct involvement in the information environment and increasingly abandoned its role in running the Internet. Instead, it focused on its regulatory role of shaping the rules that govern Internet-related activities, and refrained from actually operating the Internet. In the State's absence, the field was left to the invisible hand. Market powers, assisted by the law, facilitated the rise of new players, such as Internet Service Providers (ISPs), search engines, content producers, application designers, and other Online Service Providers (OSPs), who gained power and control in the information environment. In the 2000s, we witness the Comeback of the State: the State takes over these ready-made, often quite centralized, private nodes of power. These nodes of power and control are now being recruited, or co-opted, to serve the State and in fact, many powerful private entities are volunteering to join the State's efforts".

⁷ Il testo della Carta è consultabile varie lingue sul sito dell'IRPC (<https://internetrightsandprinciples.org/>).

indisponibile il contenuto indicato come illecito nell'ambito e nei limiti tecnici del proprio servizio ed entro il periodo indicato, fatte salve le disposizioni di legge contrarie” (art. 19, cpv.).

A sua volta, l’Unione europea ha emanato nel 1995 la Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla protezione dei dati personali, che stabilisce che “ogni Stato membro applicherà al trattamento dei dati personali le disposizioni nazionali che ha adottato in virtù della presente Direttiva”, ai sensi del paragrafo 1 dell’articolo 4. L’Unione europea, in modo avanguardista e innovativo, ha evidenziato in questa Direttiva che “i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell’uomo; devono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità o residenza, in particolare la loro vita privata”. Allo stesso modo, l’articolo 22 prescrive che “gli Stati membri stabiliscono che chiunque può agire in giudizio in caso di violazione dei diritti garantiti dalle disposizioni nazionali applicabili al trattamento in questione”.

Questa cornice normativa è rafforzata dalla Direttiva 2016/680, del Parlamento europeo e del Consiglio, sul trattamento dei dati personali ai fini della “prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati”.

Infatti, la filosofia costituzionale (costituzionalismo) digitale presenta forti dilemmi con riferimento ai vecchi e ai nuovi diritti, come il giusto processo, la libertà di espressione e il diritto alla *privacy*, l’accesso alla tecnologia, la protezione dei dati personali, l’oblio e la deindicizzazione⁸. In questo senso, Francisco Balaguer Callejón precisa:

La sociedad digital se ha desarrollado sobre la base de una “codificación” de los derechos, que se integran dentro de ecosistemas creados por las compañías tecnológicas en los que los datos ocupan un lugar fundamental. Para estas compañías, el proceso de extracción de datos carece de cualquier limitación constitucional, ya sea el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la intimidad, o cualquier otro de los que siguen siendo todavía (pese a su manifiesta vulneración en el ámbito digital) derechos fundamentales vigentes en nuestros sistemas constitucionales⁹.

È innegabile che la giurisdizione costituzionale, a livello nazionale e regionale, ha cominciato a sviluppare la sua funzione di difesa dei diritti fondamentali e umani nell’era digitale. Tuttavia, la tecnologia digitale ha cambiato anche il controllo giudiziale di costituzionalità con l’influenza dei *social network*, il processo telematico e le udienze dei processi virtuali, focalizzandosi questo testo sulla questione del potere dell’agenda (assunzione di decisioni collettive).

3. Il “potere dell’agenda”

Internet, l’intelligenza artificiale, le applicazioni di comunicazione e i *social networks* hanno cambiato i processi di assunzione di decisioni collettive e istituzionali, incidendo sulla giurisdizione costituzionale e

⁸ Sul costituzionalismo digitale cfr. L. Gill, D. Redeker, U. Gasser, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an internet Bill of Rights*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, 2015; E. Celeste, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(1)/2019; G. Teubner, *Horizontal effects of constitutional rights in the internet: a legal case on the digital constitution*, in *The Italian Law Journal*, 03-01/2017. Come ho scritto (I.N. Robl Filho, *Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital*, in *Consultor Jurídico*, Observatório Constitucional, 2022): “Il mondo cambiato dalla tecnologia digitale non può essere compreso e regolato senza modifiche alla teoria costituzionale. Ad esempio, il populismo digitale è diverso dal populismo analogico, in quanto promuove nuove comunicazioni tra leader e gruppi populistici, nonché la creazione di un concetto molto distorto di popolo, basato su un insieme di profili. D’altra parte, ignorare la teoria costituzionale tradizionale è assolutamente sbagliato. L’esercizio della regola della maggioranza con delle limitazioni, soprattutto per quanto riguarda i diritti fondamentali, è un tema classico del costituzionalismo, che è anche oggetto di discussione nell’ambito della democrazia elettronica”.

⁹ F. Balaguer Callejón, *Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto*, in W.C. Rothenburg (org.) *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*, Londrina, 2021.

sullo stesso concetto di Costituzione¹⁰. Per comprendere con maggiore precisione l'assunzione delle decisioni collettive e istituzionali, la dottrina specializzata utilizza il concetto di "potere dell'agenda", analizzando le tappe e i momenti che compongono il processo di assunzione della decisione, nella maniera seguente: "dato un qualsiasi processo decisionale collettivo, che deve essere deciso da una qualche forma di aggregazione di decisioni individuali, chi può, cosa e quando?"¹¹.

La teoria costituzionale si è occupata della complessa natura dell'assunzione delle decisioni in materia costituzionale¹² e del potere dell'agenda, tenendo conto di elementi preminenti quali a) la materia oggetto del dibattito, b) il tempo, c) la moderazione e il dialogo istituzionale e d) la partecipazione popolare, della quale di seguito si accennerà brevemente.

Con riferimento alle questioni che affronta la giurisdizione costituzionale, nelle democrazie costituzionali consolidate e che funzionano correttamente in materia di diritti fondamentali, la magistratura non dovrebbe decidere sul contenuto di questi diritti¹³. D'altro lato, le situazioni del populismo autoritario richiedono che i tribunali proteggano il costituzionalismo e la stessa democrazia.

Il tempo è un elemento centrale nel controllo giudiziale di costituzionalità, assumendo che il provvedimento giurisdizionale avvenga in un termine ragionevole. Inoltre, il processo costituzionale necessita, in determinate circostanze, presupposti di urgenza per sospendere le norme di legge incostituzionali immediatamente e prima della fine del procedimento e del completamento dell'istruttoria processuale¹⁴. La semplice esistenza di un processo che solleva una questione alla giurisdizione costituzionale cambia completamente la dinamica tra i poteri costituiti, essendo particolarmente significativo il momento (temporale) nel quale si produrrà il pronunciamento sulla questione costituzionale.

Le questioni costituzionali sono complesse, dato che riguardano questioni di Stato, governo e amministrazione pubblica, così come i diritti della maggioranza e della minoranza, e riguardano anche le relazioni pubbliche, sociali (come i rapporti di lavoro) e private (come i rapporti familiari). In tale modo, la discussione sulla moderazione¹⁵ evidenzia la necessità di deferenza, a determinate condizioni, con le decisioni protette dalle autorità competenti e dai titolari dei diritti fondamentali nell'esercizio e nella conformazione delle loro posizioni soggettive. Allo stesso modo, la supremazia costituzionale, che consiste nella superiorità gerarchica delle norme costituzionali sulla legislazione infracostituzionale, non significa inesorabilmente che la decisione dei magistrati costituisca sempre l'ultima parola in materia costituzionale¹⁶. Le questioni costituzionali complesse riguardano

¹⁰ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in A.C.N. Gomes, B. Albergaria, M.R. Canotilho (coord.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021.

¹¹ F. Santos, M. Borges, *Poder de agenda*, Brasília, 2018, p. 8.

¹² M.A. Marrafon, *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*, Rio de Janeiro, 2010.

¹³ J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115-6/2006.

¹⁴ In questo senso la Costituzione brasiliana del 1988 stabilisce che: "LXXVIII - a tutti, in ambito giudiziario e amministrativo, è garantita una durata ragionevole dei procedimenti e i mezzi per assicurarne una rapida trattazione". La dottrina (L.G. Marinoni, *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, 2003, p. 9) sostiene che: "l'intenzione di distribuire il tempo implica considerarlo come un peso, e questa comprensione richiede la previa consapevolezza che non può essere visto come qualcosa di neutro o indifferente per l'attore e il convenuto. Se l'attore ha bisogno di tempo per ricevere il bene della vita che cerca, è logico che il processo – ovviamente nel caso di una sentenza – sarà tanto più efficace quanto più sarà veloce. L'obiettivo fondamentale della tecnica di anticipazione basata sull'abuso del diritto di difesa o sull'incontrovertibilità di una parte della domanda è quello di dare un trattamento razionale al tempo impiegato dal processo, consentendo di prendere decisioni sul merito nel corso del processo, a condizione che sia presente l'abuso del diritto di difesa o l'incontrovertibilità di una parte della domanda. A tal fine, si basa sulla premessa che non è razionale costringere l'attore a sopportare il ritardo del processo quando c'è un abuso del diritto di difesa o quando parte della domanda può essere definita nel corso del processo".

¹⁵ Nell'opera classica di A.M. Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at bar of politics*, 2nd ed., New Haven and London, 1986, p. 197: "I have emphasized in this chapter the area of choice that is open to the Court in deciding whether, when and how much to adjudicate".

¹⁶ M.G. Godoy, *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, 1^a Reimpressão, Belo Horizonte, 2017.

l’interazione con altri poteri costituiti inclusa la società civile, tanto per l’assunzione quanto per l’esecuzione della decisione.

La partecipazione popolare e della società civile è un elemento centrale nelle democrazie, e dovrebbe essere incorporata per quanto possibile nella giurisdizione costituzionale. Le udienze pubbliche, previste nell’articolo 9, § 1, della Legge Federale n. 9868/1999, e l’istituto dell’*amicus curiae*, previsto nell’articolo 138 del Codice di procedura civile e nell’articolo 7, § 2, della Legge Federale n. 9868/1999, ampliano questo aspetto democratico.

Le nuove tecnologie modificano il potere dell’agenda, nella giurisdizione costituzionale, che è il paragrafo successivo di questo testo.

4. Alcune questioni del potere dell’agenda nella giurisdizione costituzionale digitale

Il processo telematico ha mutato la modalità di interazione tra i giudici, avvocati, assistenti giudiziari e soggetti interessati in generale¹⁷, nel giudizio sulla causa o sulla questione costituzionale che è oggetto di controversia. Nel mondo digitale i fascicoli non sono composti da innumerevoli volumi di documenti stampati su carta, il che facilita l’archiviazione e l’accesso ad atti e documenti digitali. Il deposito di istanze, denunce, documenti e atti di qualsiasi genere, per esempio, è svolto indipendentemente dalla presenza fisica in tribunale, potendo tali atti essere presentati tutti i giorni della settimana e durante tutto l’arco della giornata. Questi fatti da soli rivoluzionano il lavoro degli operatori giuridici e la loro relazione con le parti nel processo in quanto i diretti interessati chiedono provvedimenti ed informazioni in maniera immediata e intensa.

Pertanto, l’assunzione delle decisioni da parte della magistratura – tema per eccellenza del potere dell’agenda – può avvenire rapidamente, favorendo la celerità della prestazione dei servizi giurisdizionali.

Successivamente, e con l’adozione di meccanismi per la realizzazione di atti virtuali con l’aiuto dei sistemi di videoconferenza (trasmissione simultanea di audio e immagini tra persone fisiche a distanza), i giudici, gli avvocati e altri soggetti processuali non hanno bisogno di rimanere nella stessa stanza del giudizio o in una determinata sala. In tale modo, i testimoni possono essere uditi nella loro città di residenza o di lavoro, con l’uso della tecnologia da parte dei magistrati assegnati a circoscrizioni o distretti molto distanti. Ovviamente, questo strumento ha reso meno oneroso per le parti lo svolgimento di confronti, rendendo il processo più efficiente in attuazione dell’articolo 37, cpv., della Costituzione Federale brasiliana.

La digitalizzazione e la virtualizzazione del processo hanno provocato trasformazioni nel potere dell’agenda con riferimento alla giurisdizione costituzionale. Nel caso del STF brasiliano, che è il guardiano della costituzione, secondo l’articolo 102, cpv., della Costituzione Federale, le udienze si trasmettono in diretta in televisione (“TV Justiça”), alla radio e in internet, e i procedimenti sono telematici, potendo qualsiasi cittadino accedere facilmente ai documenti processuali, specialmente in caso di controllo astratto di costituzionalità, ma anche a seguito di altre azioni o ricorsi, sempre che non siano protetti dal segreto processuale.

Questa importante pubblicità aggiunge elementi al processo di assunzione delle decisioni costituzionali. È comune che alcuni giudici della Corte Suprema brasiliana presentino i loro voti con la preoccupazione di esplicitare concetti e istituti giuridici ai cittadini in generale, che non conoscono la terminologia giuridica. È abituale che si riproducano estratti di sentenze nei giornali delle distinte reti televisive, come anche che i gruppi sociali e politici discutano intensamente sulle piattaforme di comunicazione sociale e sui *social networks* sulle proposte e sui ricorsi presentati davanti al STF brasiliano.

¹⁷ Sul processo telematico, specialmente in Brasile, cfr. F.R.L. Tomio, I.N. Robl Filho, R.S. Pinto, *O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a criação do processo judicial eletrônico (PJE): metodologia para a pesquisa comparada sobre a eficiência do judiciário*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 60/2015.

Questa situazione genera un doppio fenomeno. Da un lato, su questioni sensibili sul piano sociale, politico e religioso vi è una enorme pressione di gruppi di interessi sui giudici. A dispetto delle garanzie sostanziali concesse ai giudici dalla Costituzione Federale brasiliana, come l'irriducibilità salariale, la permanenza in carica sino alla morte e l'indipendenza della magistratura¹⁸, è innegabile che questa intensa pubblicità del processo costituzionale influisce sulla calendarizzazione del processo, sulla conduzione della causa da parte dei magistrati relatori, sulla concessione di provvedimenti cautelari monocratici¹⁹ o collegiali e sulle votazioni dei magistrati.

Nel controllo astratto di costituzionalità, la regola generale della legislazione processuale (articolo 10 della Legge Federale n. 9868/1999) determina il giudizio, anche nei casi che richiedono tutele urgenti (ingiunzioni) da parte della Plenaria del STF brasiliano²⁰. Anche così, c'è un'enorme quantità di decisioni monocratiche (individuali) adottate dai magistrati. Queste decisioni monocratiche, soprattutto in materia di misure cautelari urgenti, sono di solito giustificate dalla necessità di adottare una decisione cautelare sulla questione costituzionale con importanti ripercussioni sociali e politiche, trattandosi per esempio di una questione costituzionale che suscita l'interesse e l'attenzione degli altri poteri dello Stato e di una parte della società civile e dei cittadini. D'altro lato, le sentenze monocratiche di misure cautelari, in situazioni nelle quali è concesso un ordine giudiziale, provocano, in varie occasioni, intense critiche dirette al magistrato relatore del caso, con i critici che affermano che ciò rappresenta un'opinione individuale e personale del giudice costituzionale relatore e non una decisione collegiale di tutti i giudici costituzionali.

Quanto all'attenzione popolare e della società civile sulle decisioni e sull'esercizio della competenza dei Tribunali costituzionali e delle Corti Supreme, ci sono aspetti positivi e democratici, ma non possono essere dimenticati gli elementi negativi e anche autoritari. Si parte dall'aspetto positivo, dalla prospettiva della democrazia costituzionale, dei movimenti di rivendicazione sociale, in relazione al potere dell'agenda e all'ordine del giorno del processo.

Nel STF ci sono: a) l'udienza collegiale in presenza integrata da 11 magistrati nella Plenaria o da 5 giudici costituzionali nella 1^a o 2^a Sezione (organo frazionato), e b) l'udienza collegiale virtuale della Plenaria o delle Sezioni. Originariamente e prima della pandemia del Covid-19, i processi, in udienza, si svolgevano necessariamente con la presenza fisica dei magistrati, avvocati, membri della Procura della Repubblica e del Difensore della Repubblica, impiegati del Tribunale e gli interessati ad assistere alla sessione, a Brasilia nel Distretto Federale. Attualmente, secondo la Risoluzione n. 767 del 31 marzo 2022, della Presidenza del Tribunale Supremo, nelle udienze in presenza, la regola generale è l'assistenza in presenza dei magistrati in Tribunale, ma è possibile la partecipazione virtuale del giudice costituzionale, secondo l'articolo 6, cpv., della Risoluzione n. 767/2022. Inoltre, secondo l'articolo 9 della citata Risoluzione: "le discussioni orali e la partecipazione dei procuratori, degli avvocati e delle parti al contraddittorio possono essere tenute in videoconferenza, mediante un'opzione da indicare su un modulo elettronico reso disponibile sul sito web del STF fino a 24 (ventiquattro) ore prima della sessione"

¹⁸ I.N. Robl Filho, *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, 2013, p. 181 ss.

¹⁹ Su questa questione cfr. V.A. Silva, "Um voto qualquer"? O papel do Ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal, in *Revista Estudos Institucionais*, 1-1/2015; F.D.S.L. Lima E, J.M.W. Gomes Neto, *Poder de agenda e estratégia no STF: uma análise a partir da decisão liminar nos mandados de segurança nº 34.070 e nº 34.071*, in A.C.M. Martins, G.A.F. Nascimento, P.R.B Ramos (org.), *Constituição e democracia II*, Florianópolis, 2016.

²⁰ La disposizione di legge così dispone: "Art. 10 - Salvo che durante il periodo di sospensione, la misura cautelare in un ricorso diretto è concessa con decisione a maggioranza assoluta dei membri della Corte, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 22, dopo aver sentito gli organi o le autorità da cui proviene la legge o l'atto normativo impugnato, che devono pronunciarsi entro cinque giorni. § Paragrafo 1 Il relatore sente il Procuratore generale dell'Unione e il Procuratore generale della Repubblica, entro tre giorni, se lo ritiene indispensabile. § Paragrafo 2 Nel giudizio sulla richiesta di misura cautelare, i rappresentanti giudiziari del richiedente e delle autorità o degli organi responsabili dell'emanazione dell'atto sono ammessi alla discussione orale, secondo le modalità stabilite dal regolamento di procedura della Corte. § Paragrafo 3 In casi di eccezionale urgenza, il Tribunale può concedere la misura cautelare senza ascoltare gli organi o le autorità da cui proviene la legge o l'atto normativo impugnato".

Questa previsione è un passo avanti, dato che permette, per esempio, che le parti e gli avvocati che non si trovano o risiedono nel Distretto Federale del Brasile possano compiere atti processuali mediante la tecnologia digitale.

L’ordine del giorno della Plenaria del STF è fissato dal magistrato presidente dopo la sollecitazione del magistrato relatore. A loro volta, le domande della società civile, degli altri poteri dello Stato e dei cittadini in generale, che si svolgono in presenza o virtualmente, sono legate al momento nel quale i processi saranno o meno realizzati.

Negli ultimi tempi è stato prodotto in Brasile un deficit nelle politiche pubbliche, specialmente quelle del governo federale, nella protezione dell’ambiente. In questo modo sono state presentate varie domande davanti al STF affinché siano applicati i doveri costituzionali di protezione della fauna e della flora. Movimenti sociali, politici, gruppi della società civile, ambientalisti e civili cercano di sensibilizzare davanti al Congresso Nazionale e al Potere Giudiziario sulla rilevanza dell’adozione di provvedimenti immediati in materia. In ragione di quanto sopra, nel primo semestre del 2022, l’ordine del giorno in presenza del Tribunale Federale era composto da numerose azioni di Diritto Costituzionale ambientale²¹.

D’altro lato, la manipolazione di una parte dell’opinione pubblica provoca effetti disastrosi sulla funzione della giurisdizione costituzionale e sull’assunzione delle decisioni nel contesto del nuovo autoritarismo e del populismo autoritario²². È anche comune l’uso dell’intelligenza artificiale per interrompere i dibattiti pubblici, producendo disinformazione o quantomeno gonfiando le comunicazioni, perché apparentemente ci sono molte opinioni convergenti nei *social networks* e in Internet, quando sono coinvolti i robot. In questo senso, si segnalano le proteste del 7 settembre 2021 in Brasile, che furono appoggiate dalla Presidenza della Repubblica e da parte dei suoi alleati, appoggiando la chiusura della Corte Suprema e il ritorno alle pratiche autoritarie del periodo della dittatura militare dal 1964 al 1985.

Queste proteste mobilitarono una parte della società civile in vari Stati della Federazione, con forti manifestazioni piene di attacchi alla democrazia ispirate al populismo autoritario. Le proteste sociali, anche se aspre e critiche, fanno parte della democrazia costituzionale come consuetudine. Tuttavia, ci sono atti di protesta che predicano la distruzione dello Stato democratico di Diritto che non sono compatibili e non sono tollerabili, pena il crollo della democrazia costituzionale²³.

Sul potere dell’agenda nella giurisdizione costituzionale brasiliana, è importante la cronaca delle sedute plenarie virtuali presso il STF. In base all’art. 21-B, Regolamento Interno, in conformità con l’Emendamento Reggimentale n. 53, del 18 marzo 2020, “Tutti i casi che rientrano nella giurisdizione della Corte possono, a discrezione del relatore o del giudice supervisore con l’accordo del relatore, essere sottoposti a giudizio in liste di casi in sessioni presidenziali o elettroniche, nel rispetto della rispettiva giurisdizione dei collegi o della plenaria”. Quando è possibile il supporto orale, secondo il

²¹ Come esempi di “ordini del giorno verde” o di “costituzionalismo ambientale”, il 28 aprile 2014 si sono tenuti davanti al STF brasiliano i seguenti processi: “Domanda per inadempimento del Precetto Fondamentale n. 651, con relatore il giudice Cármen Lúcia, che ha sostenuto il riconoscimento dell’incostituzionalità del Decreto 10.224 del 2.5.2020, affermando il legittimo interesse che “con il pretesto di regolamentare la Legge 7.797/89 - che crea il Fondo Nazionale per l’Ambiente (FNMA), esclude la società civile dal consiglio deliberativo del FNMA”, e azione diretta di incostituzionalità n. 6808, relatore il giudice Cármen Lúcia, che aveva per oggetto l’impugnazione “visti gli articoli. 6º e 11-A, II, della Legge n. 11.598/2007, ome modificata dall’articolo art. 2 della Misura provvisoria n. 1. 040/2021, che prevedono, nell’ambito della Rete nazionale per la semplificazione della registrazione e della legalizzazione delle società e delle imprese (Redesim), il rilascio automatico, senza analisi umana, di permessi e licenze di esercizio – comprese le licenze ambientali – per le imprese classificate come attività a medio rischio, oltre all’impossibilità per gli enti autorizzatori di richiedere informazioni aggiuntive rispetto a quelle già fornite dal richiedente attraverso il sistema Redesim”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Pauta da 11ª Sessão Extraordinária del 28 aprile 2022) (https://portal.stf.jus.br/pauta/pesquisar_Calendario.asp).

²² Su questa questione cfr. I.N. Robl Filho, M.A. Marrafon, F. Pansieri, *Constitucionalismo como salvaguarda do Estado de Direito: crítica ao (ciber) populismo autoritário e a necessária reengenharia constitucional*, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* (RIHJ), 18/2020.

²³ Sul tema nella prospettiva della scienza politica cfr. R.F. Mendonça, L.B. Domingues, *Protestos contemporâneos e a crise da democracia*, in *Revista Brasileira de Ciência Política*, 37/2022.

paragrafo 2 dell'articolo 21-B del Regolamento del Procedimento, la dichiarazione deve essere registrata e inviata per via telematica entro 48 ore prima dell'inizio del giudizio.

I dettagli sulla seduta virtuale sono forniti dalla Risoluzione della Presidenza del Tribunale Supremo n. 642 del 14 giugno 2019, che è stata modificata successivamente dalle Risoluzioni 669, 675, 684 e 690 del 2020, fissando nel suo articolo 2, cpv., in forma ordinaria, che le sessioni virtuali "si terranno settimanalmente e inizieranno il venerdì, rispettando il periodo di 5 (cinque) giorni lavorativi previsto dall'articolo 935 del Codice di procedura civile tra la data di pubblicazione dell'ordine del giorno sul Dje, con la pubblicazione degli elenchi sul sito web della Corte, e l'inizio del giudizio". La durata della seduta virtuale ordinaria è di sei giorni lavorativi, con il voto degli altri giudici costituzionali, sulla base della sintesi, della relazione e del voto del magistrato relatore, in ambito virtuale, in base all'art. 2, § 1, della Risoluzione n. 642/2019 modificata dalla Risoluzione 684/2020. In casi di eccezionale urgenza, il Presidente del STF e i Presidenti delle Sezioni potranno convocare una seduta virtuale straordinaria, secondo l'articolo 5-B, della Risoluzione n. 642/2020, introdotta dalla Risoluzione n. 669 del 19 marzo 2020.

Le sedute virtuali hanno permesso al STF di aumentare il numero di cause giudicate in forma collegiale, in quanto vi è una congestione nelle richieste di giudizio da esaminare nella plenaria fisica/sincrona. In pratica, le sedute virtuali consentono di sostituire le decisioni monocratiche del magistrato relatore con sentenze collegiali, soprattutto in cause complesse e di grande impatto sociale e politico. In tale modo, il magistrato relatore può dare il suo voto sulla mozione di censura nella plenaria ordinaria virtuale o sollecitare il Presidente del STF o la Sezione per lo svolgimento di una sessione straordinaria di un giudizio virtuale.

I magistrati che costituiscono il quorum del collegio giudicante possono votare, previa disponibilità del voto del magistrato relatore, in una delle seguenti forme, secondo l'articolo 6, Risoluzione n. 642/2019: "a - sono in accordo con il relatore; b - sono in accordo con il relatore con una riserva; c - sono in disaccordo con il relatore; o d - sono in accordo con il dissenso", dovendo il giudice costituzionale dichiarare (includere, pubblicare) il suo voto nelle situazioni di cui alle lett. "b" e "c".

A dispetto degli innegabili vantaggi della seduta virtuale per un rapido giudizio, l'utilizzazione di questa forma di giudizio provoca due problemi principali. In primo luogo, vi è il fenomeno della minore attenzione per l'assunzione delle decisioni da parte dei giudici costituzionali. Mentre le sessioni in presenza dedicano una maggiore attenzione alla causa o alla questione costituzionale, in quanto una causa è esaminata simultaneamente da tutti i giudici, nella seduta virtuale non c'è una deliberazione simultanea da parte dei giudici, e nel periodo delle sedute virtuali ci sono più di cento cause.

Nella seduta virtuale della Plenaria del STF, dal 3 giugno 2022 al 10 giugno 2022, sono state calendarizzate 114 cause. Ad eccezione del Presidente, tutti gli altri giudici costituzionali costituiscono, oltre alla Plenaria che riunisce tutti i magistrati, un organo collegiale frazionato e più ridotto (Gruppo). Nello stesso periodo, la seduta virtuale del Primo Gruppo incluse 91 cause, e 109 provvedimenti emessi nella sessione virtuale del Secondo Gruppo²⁴. In questo contesto, l'attenzione sulla decisione delle cause esaminate nelle sedute virtuali come regola generale è bassa.

Le argomentazioni orali degli avvocati, membri della Procura della Repubblica e dell'Ufficio del Difensore della Repubblica sono esposte nelle sedute virtuali, ma l'impatto di questo atto processuale nei giudizi virtuali è completamente differente da quello dell'esposizione orale dei ragionamenti in una seduta simultanea in presenza. La ragione è semplice: nelle sedute in presenza, tutti i giudici costituzionali assistono alla discussione contemporaneamente. Nelle sedute virtuali, le discussioni orali sono registrate in gran numero, il che rende difficile al magistrato costituzionale assistere a tutte.

La necessità di estendere l'attenzione alle decisioni delle sedute virtuali non è passata inosservata al legislatore democratico, che ha cercato di massimizzare il diritto di difesa e il diritto ad un giusto processo, in base all'articolo 5, LIV e LV, della Costituzione Federale brasiliana. Il progetto di legge n. 5.284, del 2020, che è stato approvato tanto dalla Camera dei deputati quanto dal Senato della

²⁴ Le informazioni sulle sedute virtuali del STF possono essere consultate in "Supremo Tribunal Federal" (STF), Pautas de julgamento (<https://portal.stf.jus.br/pauta/pesquisarCalendario.asp>).

Repubblica, ha modificato lo Estatuto da Advocacia (Legge n. 8.906/1994), stabilendo come diritto dell’avvocato, all’articolo 7, “IX-A - esporre argomentazioni orali, durante le sessioni di giudizio, su qualsiasi appello o caso, di persona o in telepresenza, in tempo reale e in concomitanza con la sentenza”. Nella stragrande maggioranza delle cause, gli avvocati, dopo avere esaminato la questione e alla luce della strategia legale da loro predisposta per la causa, scelgono di non esercitare il diritto alla difesa orale. D’altro lato, l’adeguata effettività della difesa piena, del contraddittorio, del diritto al giusto processo non tutelano in alcun modo lo svolgimento di una discussione orale, ma la possibilità di esporre le ragioni processuali orali in maniera efficace. La verbalizzazione delle argomentazioni orali è una misura processuale meno efficace nella garanzia del diritto ad un giusto processo, dato che deve essere privilegiata la realizzazione simultanea dell’atto processuale, anche qualora fosse virtuale.

Il legislatore democratico saggiamente, nel Progetto di Legge n. 5.284/2020, ha aggiunto il paragrafo 2-A all’articolo 7 dello Estatuto da Advocacia: “§ 2º-A. Una volta che la sentenza sui originari è stata inserita nella plenaria virtuale, ogni volta che la parte richiede una discussione orale in tempo reale durante la sentenza, la causa sarà rinviata alla sessione in persona o telematicamente”. Si tratta di una soluzione semplice e pertinente che bilancia, nel caso del controllo giudiziale di costituzionalità, l’efficienza della giurisdizione mantenendo l’esercizio della stessa nei tempi e nelle forme della plenaria virtuale asincrona, con la massima effettività dei diritti fondamentali, il contraddittorio, il diritto al giusto processo e alla difesa piena, sulla base dell’inclusione del fatto nella plenaria in presenza, per richiesta del difensore²⁵.

Le ragioni del veto della Presidenza della Repubblica²⁶ esasperano l’esercizio di una giurisdizione rapida, trascurando la necessità che la giurisdizione agisca in conformità con i diritti fondamentali. Il Parlamento nazionale brasiliano, in base all’articolo 66, § 4, della Costituzione Federale del 1988, dovrebbe respingere il voto del Presidente con riferimento al punto XI-A e al paragrafo 2-A, articolo 7, dello Estatuto da Advocacia, nei termini del Progetto di Legge approvato dalla Camera e dal Senato n° 5.284/2020.

5. Conclusioni

Il controllo giudiziale di costituzionalità è un tema classico del diritto costituzionale, riflettendosi sui suoi fondamenti e sul suo funzionamento. Contemporaneamente, l’era digitale deve essere concepita come l’integrazione tra il mondo fisico e quello digitale, che promuove cambiamenti nella vita quotidiana e nella dinamica costituzionale. In questo ambito, la giurisdizione costituzionale torna anche ad essere più rapida e complessa.

Il costituzionalismo è per essenza una filosofia prescrittiva, che determina come devono conformarsi i poteri giuridici e politici. In questo quadrante della storia, il costituzionalismo deve essere attento alle realtà economiche, sociali e costituzionali, potendo così contribuire criticamente ai dilemmi del diritto digitale.

²⁵ Sulle principali direttrici di interpretazione costituzionale cfr. I.W. Sarlet, *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, in I.W. Sarlet, L.G. Marinoni, D. Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2015, p. 207 ss.

²⁶ In questo modo lo intese il Presidente della Repubblica nel Messaggio n. 275, del 2 giugno 2022: “La proposta legislativa stabilisce che il processo è rimesso alla seduta in presenza o in videoconferenza, qualora il giudizio su ricorsi e azioni originarie sia incluso nella plenaria virtuale, a condizione che la parte richieda un supporto orale in tempo reale nel processo. Tuttavia, nonostante le buone intenzioni del legislatore, la proposta legislativa è contraria all’interesse pubblico, poiché si percepisce un rischio per la celerità dei processi, dato che ostacola il recente sviluppo delle nuove forme sincrone e asincrone di prestazione dei servizi legali, che hanno incrementato l’efficienza, la celerità e la digitalizzazione del Potere Giuridico. Va notato che il sistema di giudizio virtuale non pregiudica le parti, il giusto processo né il diritto alla difesa, ma si facilita il processo. Ci sono anche esempi pratici che stabiliscono che i rappresentanti delle parti e altre persone con diritto agli atti di causa possono inviare deduzioni orali tramite strumenti digitali dopo la pubblicazione dell’ordine del giorno quarantottore prima dell’inizio del processo virtuale” (Brasil, Presidência da República, Mensagem n. 275, del 2 giugno 2022).

Abstract

Il contributo, dopo aver offerto considerazioni di carattere generale sul ruolo del diritto dinanzi al mondo digitale, indaga circa le evoluzioni del "potere d'agenda" nel contesto telematico con riguardo all'esperienza brasiliana.

Parole chiave: società digitale, potere d'agenda, giustizia costituzionale

*

The paper, after offering general considerations on the role of law in the digital world, aims to investigate the evolution of "agenda power" in the telematic context with regard to Brazilian experience.

Keywords: digital society, agenda power, constitutional justice

A proposito dell'insindacabilità: una garanzia costituzionale alla prova dello sviluppo tecnologico

Giacomo PALOMBINO*

Sommario: 1. Introduzione 2. L'opinione del rappresentante nella cornice costituzionale 3. L'opinione del rappresentante nella democrazia digitale e l'esternalizzazione del dibattito parlamentare 4. L'insindacabilità al tempo della democrazia digitale: criteri da rielaborare?

1. Introduzione

Le piattaforme digitali svolgono ormai funzioni che vanno molto al di là delle ragioni che ne hanno determinato l'origine, essendosi trasformate in uno spazio che in qualche modo riproduce, seppure non fedelmente o quantomeno non sempre, fenomeni e dinamiche cui non si è più abituati ad assistere esclusivamente nel mondo analogico¹. Negli ultimi anni, tra l'altro, si è assistito a molteplici eventi che dimostrano chiaramente come i meccanismi chiamati a comporre i sistemi democratici siano esposti a tutta una serie di rischi proprio sulla base dello sviluppo tecnologico (o meglio, degli strumenti che lo stesso ha generato)². È ragionando in questi termini, invero, che autorevole dottrina parla della conformazione (non mancando di rilevarne gli aspetti critici e dunque lo stato *in progress* della relativa costruzione) di una democrazia digitale³; un contesto democratico, invero, dove non solo le questioni relative all'esercizio dei diritti, ma anche quelle attinenti all'esercizio del potere (e dunque alle esigenze costituzionali che ne concernono la limitazione) devono essere affrontate in un contesto anche virtuale⁴.

In particolare, sempre osservando la storia più recente, è emerso come l'(ab)uso dei *social network* da parte dei rappresentanti politici, se da un lato sembra costituire (o potrebbe costituire) un'evoluzione delle moderne democrazie, dall'altro finisce, talvolta, proprio con lo svilire e mettere in pericolo la tenuta di quegli stessi meccanismi che le piattaforme sembrerebbero poter perfezionare. Sono ormai note, d'altronde, le ragioni per cui si riscontrano significative difficoltà al momento di tentare la conformazione di uno spazio digitale del tutto compatibile con i principi democratici; tra le ragioni più evidenti, il fatto che l'architettura delle piattaforme a cui si fa riferimento, per quanto queste ormai costituiscano un'estensione dello spazio pubblico, risponda alle regole del mercato e ad interessi di natura privata.

Fermo restando che il quadro appena delineato conduce a un campo di indagine estremamente ampio e ricco di implicazioni, nel presente lavoro ci si vuole soffermare su un aspetto specifico, che corrisponde, tra l'altro, all'elemento che più di altri caratterizza il funzionamento dei social network,

* Assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università di Granada.

¹ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in A. C. Gomes, B. Albergaria, M. Canotilho (coord.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, ed. digitale Fórum., 2021.

² J.F. Sánchez Barrilao, *El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional*, in *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 2016, p. 225 ss.

³ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2022.

⁴ Cfr. T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (cur.), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017.

ovvero la condivisione e diffusione delle opinioni. Le piattaforme in oggetto, infatti, rappresentano uno spazio in cui anche i rappresentanti politici manifestano le loro opinioni⁵ e intrattengono, almeno apparentemente, un dialogo diretto e quotidiano con cittadini ed elettori⁶. Ma se, in termini generali, la libertà di espressione è un elemento caratterizzante lo stesso concetto di democrazia, al punto da costituirne una “pietra angolare”⁷, non può non rilevarsi come l’opinione del rappresentante politico si collochi all’interno di una distinta dimensione; ed è proprio per questa ragione che la stessa, nei moderni ordinamenti costituzionali, è fatta oggetto di una specifica garanzia, ovvero l’insindacabilità⁸.

È proprio intorno a quest’ultima, così come delineata dall’art. 68, co. 1, Cost. e interpretata, nel corso degli anni, dalla Corte costituzionale, che sorge un quesito; e cioè se le modalità tramite cui la stessa è stata applicata (e, appunto, interpretata) siano compatibili con un contesto in cui i rappresentanti politici affidano alle piattaforme digitali, in maniera sempre più consistente (per non dire esclusiva), la veicolazione del loro pensiero⁹. Detto altrimenti, non ci si può che domandare quale sia il grado di resilienza di una garanzia strettamente legata all’assetto delle democrazie parlamentari dinanzi alle evoluzioni della società digitale nel momento in cui, come si tenterà di riflettere in seguito, il dibattito politico sembra uscire dalle sedi a ciò destinate per svolgersi in quelle che si atteggiano a vere e proprie *agorà* virtuali¹⁰. Lo scritto muove in questa prospettiva al fine di intendere come la prerogativa dell’insindacabilità, così come sinora configurata, sia idonea a garantire, da un lato, il rappresentante, che affida alle piattaforme la veicolazione delle proprie opinioni, e, dall’altro lato, chi di queste ultime è il destinatario.

2. L’opinione del rappresentante nella cornice costituzionale

Come già ricordato, l’opinione del rappresentante politico si colloca in una specifica area di garanzie costituzionali, quelle che, per intendersi, ne delimitano lo *status*. Le Costituzioni moderne, infatti, individuano l’insindacabilità come una prerogativa del rappresentante, ovvero accolgono il principio in base al quale il parlamentare non possa essere chiamato a rispondere delle opinioni espresse nell’esercizio delle sue funzioni¹¹. Questa garanzia, nello specifico, è diretta ad assicurare che il parlamentare non possa essere perseguito, sotto nessun profilo di responsabilità, per le opinioni espresse in virtù della carica che ricopre. È per questo motivo che, ferma restando la centralità della libertà di manifestazione del pensiero negli ordinamenti democratici, si assiste, in questo caso, a un’espansione di tale libertà che non si fonda (se non indirettamente) sulle ‘qualità’ dell’individuo che la esercita, bensì sulle esigenze espresse dall’Istituzione di cui lo stesso è membro, ovvero l’organo legislativo. È per questi motivi che l’opinione del rappresentante non è soggetta al medesimo schema

⁵ P. Bilancia, *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2/2021, p. 29 ss.

⁶ A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità dei rapporti*, in L. Chieffi (cur.), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006, p. 369 ss.; A. Papa, *Il diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era digitale*, Torino, 2021; Id., *Espressione e diffusione del pensiero in internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

⁷ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 1969.

⁸ In generale, cfr. A. Ciancio, *Le sfide della rappresentanza politica nell’epoca di internet. Brevi note a mo’ di introduzione*, in *federalismi.it*, n. 15, 2021; M. Calise, F. Musella, *Il Principe digitale*, Roma-Bari, 2019.

⁹ È questa la ragione per cui ci si soffermerà solo sul primo comma dell’art. 68 Cost., che ha riguardo alla tutela dell’opinione quando diffusa dinanzi a un pubblico indeterminato, e non sul terzo comma, che, pur generando interesse sempre in funzione dello sviluppo tecnologico, fa riferimento alla corrispondenza privata, e quindi diretta a un destinatario determinato. Cfr. A. Papa, *“Democrazia della comunicazione” e formazione dell’opinione pubblica*, in *federalismi.it*, 1/ 2017.

¹⁰ Cfr. T.E. Frosini, *Liberté égalité Internet*, Napoli, 2019.

¹¹ Sulla rappresentanza, cfr., in generale, S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017; D. Nocilla, L. Ciaurro, voce *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, p. 554; D. Nocilla, *Situazione rappresentativa e rapporto nel diritto positivo e nelle prospettive di riforma della rappresentanza politica*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1/1990, p. 87 ss.; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004; D.A. Ambroselli, *Insindacabilità parlamentare e diritto di difesa*, Napoli, 2022.

di bilanciamento che ha riguardo a qualsiasi altro individuo ma gode, appunto, di uno spazio di libertà più ampio.

Osservando la Costituzione italiana, la cornice a cui si fa riferimento ha vissuto varie evoluzioni, prima di tutto sul piano strettamente testuale, considerato che l'art. 68, co. 1, Cost. è stato oggetto di revisione¹². Nella formulazione originaria del 1948, infatti, si leggeva che i rappresentanti non potessero essere "perseguiti" per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni. Il verbo utilizzato ('perseguire') lasciava però intendere la disposizione esclusivamente quale limite al potere giudiziario dinanzi all'attività parlamentare. La formulazione che leggiamo oggi (dove «perseguiti» è stato sostituito da "chiamati a rispondere"), invece, amplia la sfera dell'insindacabilità, laddove l'opinione è fatta oggetto di garanzia in tutti i casi in cui la limitazione della stessa potrebbe incidere negativamente sul corretto svolgimento dell'attività parlamentare.

In ogni caso, l'art. 68, co. 1, Cost. continua a rappresentare una disposizione i cui confini non possono che essere affidati all'interpretazione che dello stesso prevale. D'altronde, continuando a rappresentare un limite al potere giudiziario rispetto alla possibilità di giudicare un rappresentante per un'opinione espressa, laddove le Camere, nel caso concreto, non autorizzino la magistratura a procedere nei confronti di un loro membro, l'unica strada percorribile è quella del conflitto tra poteri dello Stato. È per questo motivo che il perimetro dell'insindacabilità, così come prevista dall'art. 68, co. 1, Cost., lo si può tracciare sulla base della giurisprudenza costituzionale. È stata la Corte, infatti, ad individuare, *case by case*, il 'profilo' dell'opinione da doversi considerare protetta dallo scudo dell'insindacabilità e dunque sottoposta a un bilanciamento distinto da quello che concerne l'art. 21 Cost.¹³.

Si rilevi, però, come la giurisprudenza della Corte non abbia fornito un'interpretazione, per così dire, 'definitiva' dell'art. 68 Cost. Ciò è dimostrato anche da un approccio, come si è avuto modo di sottolineare, 'caso per caso', che tuttavia permette ugualmente di tracciare una cornice entro cui collocare le nostre riflessioni¹⁴. In termini generali, deve prima di tutto rilevarsi come la Consulta sia andata sempre più delimitando l'area dell'insindacabilità¹⁵, superando quella originaria posizione volta a considerare l'opinione del parlamentare sempre esclusa da qualsiasi tipo di bilanciamento. In particolare, seppur non risolutive, rilevano la sentenza n. 289 del 1998 e le sentenze nn. 10 e 11 del 2000, avendo alcuni sostenuto che tali pronunce abbiano dato inizio a una nuova fase della giurisprudenza costituzionale in materia e a una maggiore perimetrazione della prerogativa in oggetto¹⁶.

La Corte, sostanzialmente, ha individuato due principali criteri tramite cui verificare il nesso di funzionalità tra l'opinione espressa e l'attività parlamentare. Uno è di carattere spaziale, dovendosi considerare coperta dalla garanzia dell'art. 68 Cost. solo l'opinione pronunciata durante i lavori della Camera di appartenenza o, se espressa all'esterno, quella coincidente con quanto già pronunciato

¹² L'articolo è stato modificato dalla L. Cost. 29 ottobre 1993, n. 3.

¹³ In generale, cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012; V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati: aspetti e tendenze del dirittocostituzionale*, IV, Milano, 1977, pp. 129-147; A. Pertici, *Controllo di costituzionalità, «forzadilegge», accesso alla giustizia*, in Aa.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018.

²⁸ Cfr. Y.M. Citino, *L'ambito di operatività dell'insindacabilità parlamentare: questioni sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, 15/2015, p. 8.

¹⁴ In generale, cfr. F. Bilancia, *Ancora sull'«atto politico» e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, 4/2012; cfr. R. Dickman, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012; V. Baldini, *La responsabilità politica nella esperienza della forma di governo parlamentare italiana. Tra istanze di razionalizzazione del modello costituzionale e decrittazioni della comunicazione pubblica*, in *Rivista AIC*, 4/2011; A. Deffenu, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Torino, 2006; F. Savastano, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *federalismi.it*, 28/2020, p. 24 ss.

¹⁵ Cfr. L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, p. 87.

¹⁶ Per un commento, cfr. G. Azzariti, *Cronaca di una svolta: l'insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, XXXII, n. 4, 2001, p. 585 ss.; P. Costanzo, *La "giurisprudenza Sgarbi" alla ricerca di un punto fermo*, in *Danno e Responsabilità*, n. 4, 2000, p. 387 ss.

durante tali attività¹⁷. L'altro criterio è di carattere temporale, e cioè, perché possa riconoscersi la garanzia ex art. 68 Cost., la ripetizione dell'opinione deve avvenire in un lasso di tempo idoneo a dimostrare la funzionalità dell'opinione stessa con i lavori del Parlamento, anche se questi sono successivi¹⁸.

Rispetto a questi criteri, però, si sono registrati orientamenti mutevoli relativamente al contenuto degli stessi, avendo talvolta la Corte ammesso dei veri e propri scostamenti dal perimetro da essa stessa tracciato¹⁹. Pertanto, deve ancora ritenersi che non ci sia una lettura definitiva della prerogativa in oggetto, considerazione che però dimostra come, nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, vi sia lo spazio per tutta una serie di riflessioni legate a un contesto, quello digitale, appunto, in continua evoluzione²⁰.

3. L'opinione del rappresentante nella democrazia digitale e l'esternalizzazione del dibattito parlamentare

Ragionando in questi termini, è evidente come, rispetto alla questione che qui rileva, possano emergere alcune considerazioni relativamente al criterio spaziale. Ci si chiede, nello specifico, in termini di insindacabilità, quali siano le conseguenze della scelta del rappresentante di affidare allo spazio digitale la diffusione di una sua opinione. Ebbene, in linea di principio, non sorgono particolari problematiche, sempre che si rispetti il nesso di funzionalità come appena descritto. La rete Internet, infatti, è da considerarsi uno strumento da annoverare, nel quadro ordinamentale contemporaneo, tra quelli idonei ad esercitare la libertà di espressione. In tal senso, per quanto l'opinione del rappresentante, quando coperta da insindacabilità, risponda a un'esigenza diversa da quella dell'art. 21 Cost., sembra potersi comunque ritenere che, relativamente agli strumenti ammessi per la sua veicolazione, le fattispecie siano tendenzialmente coincidenti. D'altronde, così come avvenuto per altri mezzi frutto della tecnologia, anche se non recente, non vi è ragione di escludere le piattaforme digitali tra gli strumenti posti a disposizione anche del rappresentante politico.

Il discorso, però, non può chiudersi qui. È noto, infatti, come le piattaforme a cui si fa riferimento svolgano, nelle attuali democrazie, un ruolo più ampio di quello di mero strumento di condivisione, al punto, come si affermava prima, che alcuni parlano della conformazione di una vera e propria democrazia digitale. La rete Internet, d'altronde, rappresenta o ha rappresentato una vera e propria speranza da un punto di vista dell'evoluzione delle moderne democrazie²¹, per alcuni una promessa ancora da realizzare, per altri una promessa tradita alla luce dei criteri che ne regolano i traffici nonché delle vicende che ne hanno decretato, forse, il fallimento (Cambridge Analytica, tra le altre²²).

¹⁷ In generale, cfr. L. Violante (cur.), *Il Parlamento*, Torino, 2001, p. 1063 ss.; S. Mannuzzu, *Immunità parlamentari e processo democratico*, in *Pol. dir.*, 1981, p. 77 ss.

¹⁸ Ricorrendo alle parole della Consulta, pertanto, da un lato andrebbe fatto valere «un legame di ordine temporale fra l'attività parlamentare e l'attività esterna, tale che questa venga ad assumere una finalità divulgativa della prima»; mentre, dall'altro lato, bisogna di volta in volta verificare che vi sia «una sostanziale corrispondenza di significato tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni, al di là delle formule letterali usate, non essendo sufficiente né un semplice collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale, né un mero contesto politico entro cui le dichiarazioni extra moenia possano collocarsi, né, infine, il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, pur dibattuti in Parlamento», cit. sentenza della Corte costituzionale n. 144 del 2015, la quale rinvia, tra le altre, anche alle precedenti sentenze nn. 55 del 2014, 305 del 2013, 205 del 2012.

¹⁹ Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale n. 144 del 2015, 305 del 2013, 205 del 2012, 39 del 2012, 96 del 2011.

²⁰ A. Manzella, *La prerogativa ex art. 68 della Costituzione. Significato politico-istituzionale dell'istituto*, in *Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, II, Roma, Segretariato generale della Camera dei deputati, 1968, p. 147 ss.; P. Dimuccio (cur.), *L'insindacabilità dei parlamentari. Documentazione sull'art. 68, primo comma, della Costituzione*, Roma, Senato della Repubblica, Ufficio prerogative e immunità, 1985.

²¹ Cfr. A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità dei rapporti*, cit.

²² Cfr. D. Messina, *La protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *federalismi.it*, 20/2018.

I social network si sono presentati nella nostra quotidianità come gli eredi delle antiche *agorà*, ovvero degli spazi in cui tutti possono liberamente prendere la parola e instaurare un dibattito con gli altri utenti, compresi personaggi pubblici e, per quanto qui rileva, rappresentanti politici. La rete Internet, invero, sembrerebbe realizzare quel principio che i commentatori greci associavano al concetto di *isegoria*²³, ovvero l'eguale diritto di tutti, all'interno di una democrazia, di prendere la parola durante le assemblee pubbliche²⁴ (per quanto, giova ribadirlo, le piattaforme digitali appartengono a soggetti privati).

Non ci si può che domandare, allora, cosa si intenda per democrazia digitale e in che termini sia possibile (ammesso che sia possibile) parlare oggi dell'esistenza di una democrazia digitale. Come è evidente, non è assolutamente agevole rispondere a queste domanda, più che altro perché le risposte che possono offrirsi dipendono, sostanzialmente, dalla prospettiva che si assume. Qui vuole, però, delimitarsi il campo di indagine evidenziando come il concetto di democrazia digitale sia richiamato esclusivamente in funzione di quegli strumenti, su tutti le piattaforme governate da intelligenza artificiale, che incidono sensibilmente sulla vita degli assetti democratici. E ciò vale, appunto, soprattutto per la funzione che tali strumenti svolgono sul piano dell'informazione, in tutte le sue componenti: libertà di informare e libertà di essere informati. Anche il rappresentante politico è coinvolto da queste evoluzioni nel momento in cui informare i cittadini circa il suo operato e quello dell'Istituzione cui appartiene dovrebbe considerarsi, in un contesto democratico, una delle funzioni che è chiamato a svolgere.

È ragionando in questi termini, allora, che bisogna rilevare come l'avvento di Internet e dei *social media* non ha solamente posto nelle mani del rappresentante un nuovo strumento cui affidare la diffusione del proprio pensiero, ulteriore a quelli che già esistevano, bensì ha inciso sensibilmente sullo svolgimento dell'attività parlamentare, in generale, e sul panorama in cui il rappresentante, esercitando le sue funzioni, esprime opinioni. Ciò vale da molteplici punti di vista²⁵.

In particolare, le aule parlamentari sembrano sempre più spogliate del dibattito e convertite in un luogo quasi esclusivamente deliberativo, ovvero dedicato alla sola fase della votazione. Il dibattito, al contrario, si svolge ormai soprattutto all'esterno delle assemblee, dove il voto è frutto di decisioni già discusse in altre sedi. A questa constatazione potrebbe opporsi l'idea per cui ciò non costituisca un elemento nuovo; in realtà, però, le piattaforme digitali hanno accelerato questa esternalizzazione del dibattito parlamentare, anzi, l'hanno semplificata²⁶.

Ciò dipende dal fatto che a differenza dei tradizionali mezzi di comunicazione (radio, periodici, televisione) lo spazio digitale è privo di intermediari, elemento che si traduce in molteplici vantaggi, tra cui, per esempio, l'abbattimento dei costi. Il rappresentante politico, inoltre, predilige la piattaforma anche in funzione dei vantaggi comunicativi che la stessa offre, per esempio grazie alle operazioni di c.d. *microtargeting*²⁷. In questo senso, per avere contezza delle evoluzioni generate dalle piattaforme digitali nell'ambito della comunicazione politica, basta osservare le professionalità richieste, al giorno d'oggi, nelle equipe dei partiti politici: il *social media manager*, l'analista del *sentiment*, il *web designer*²⁸.

Ebbene, vuole qui affermarsi come questi aspetti non incidano solo sulla comunicazione politica, ma siano sintomo anche di un'attività parlamentare in evoluzione, che acquista nuove forme, nuovi spazi e soprattutto un nuovo linguaggio. In altri termini, si vuole dimostrare come, per quanto risulti evidente che sia soprattutto la mera comunicazione politica e, per così dire, propagandistica a vivere una nuova fase, ciò si rifletta, parallelamente, anche sui lavori delle Camere in senso stretto e dunque

²³ M. Foucault, *Discorso e verità nella Grecia antica*, 2005, p. 81; Id., *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, (trad.) Milano, 2009, p. 153.

²⁴ Cfr. N. Urbinati, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Roma, 2008.

²⁵ Cfr. E. Celeste, *Social media and politics: the legal value of a tweet*, in *MediaLaws*, 1/2020.

²⁶ Sul punto, cfr. D. Servetti, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in *MediaLaws*, 1/2020.

²⁷ In generale, v. L. Califano, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *federalismi.it*, 9/2017.

²⁸ M. Bassini, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *DPCE*, 3/2015, 875 ss.; G. Di Cosimo, *Personale e digitale: le metamorfosi del partito*, in *Forum Quad. Cost. Rassegna*, 2019; G. D'Ippolito, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *MediaLaws*, 1/2020.

sulle modalità del parlamentare di riproporre all'esterno dell'Aula di appartenenza le proprie opinioni. I tempi più contingentati degli interventi e le parole scelte per comporne il contenuto sono solo alcuni esempi di come l'attività del rappresentante risponda a logiche diverse da quelle, per così dire, tradizionali. L'opinione, infatti, sembra formulata già nell'ottica della sua riproducibilità sulla rete, che si tratti di dover esprimere un concetto ricorrendo a un numero limitato di caratteri o di condividere un video sulla propria pagina *social*.

4. L'insindacabilità al tempo della democrazia digitale: criteri da rielaborare?

Quanto appena osservato non può non portare a chiedersi come il panorama contemporaneo in cui il rappresentante politico è chiamato a esercitare le proprie funzioni incida sulla prerogativa dell'insindacabilità. In altre parole, sorgono alcuni dubbi sull'attualità dei criteri con cui quest'ultima è stata interpretata (e sulla base dei quali ha trovato applicazione) dinanzi ai meccanismi delle democrazie digitali²⁹.

Per affrontare questo aspetto, possono prendersi le mosse riflettendo proprio su quello che è stato definito come un fenomeno di esternalizzazione, ovvero la tendenza a portare lo svolgimento del dibattito parlamentare sempre più all'esterno dalle Camere³⁰. In particolare, sembra che le democrazie digitali conducano a una combinazione nuova di due funzioni che sono sempre state attribuite al rappresentante politico: quella prettamente deliberativa/decisionale e quella informativa³¹. In tal senso, è stato già evidenziato come i parlamentari, in un contesto democratico, siano chiamati a svolgere anche quest'ultima funzione, ovvero portare all'attenzione del popolo, che rappresentano, quanto avviene all'interno dell'organo legislativo. L'(ab)uso sempre più consistente degli strumenti digitali per farlo, tuttavia, sta rendendo l'attività informativa un elemento preponderante dell'attività parlamentare³².

E allora, se è vero che le aule si sono convertite in una sede esclusivamente deliberativa e che il dibattito ha ormai luogo in questi spazi digitali e disintermediati, ci si chiede se sia ancora attuale ritenere che l'opinione del rappresentante goda della garanzia dell'insindacabilità solamente quando corrisponde a esternazioni già pronunciate in aula. Detto in altri termini, nella democrazia digitale, dove il dibattito è sempre più affidato alle esternazioni sulle piattaforme, la domanda è se abbia ancora senso leggere la garanzia dell'insindacabilità in funzione di elementi che non appartengono più al tempo che viviamo. È infatti evidente che l'attuale cornice della prerogativa parlamentare, così come illustrata, sia stata formulata sulla base di strumenti, come la stampa cartacea, la radio e la televisione, che stanno lasciando il posto a quelli digitali. Nella società contemporanea, invero, si fruisce di informazione tramite le parole condivise dagli stessi protagonisti del dibattito, dove addirittura i mezzi tradizionali di informazione dedicano sempre più spazio al commento proprio di quello che circola sulle piattaforme³³.

A questa considerazione se ne aggiunge un'altra, relativa alle modalità della comunicazione politica nella democrazia digitale³⁴. Ci si domanda, in particolare, chi sia in realtà a parlare quando il rappresentante esprime un'opinione su un *social network*. Le piattaforme, infatti, generano l'illusione, in capo all'utente, di entrare in contatto diretto con chi condivide un'opinione. Al contrario, nella realtà

²⁹ Si consenta un rinvio a G. Palombino, *Società digitale e procedure elettorali: l'abuso del diritto nell'era dello smartphone*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2020, p. 270 ss.

³⁰ In termini generali, cfr. R. Montaldo, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2019, p. 789 ss.

³¹ In generale, cfr. A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998.

³² Dato tra l'altro evidenziato anche dalla Commissione europea in un libro verde dedicato proprio al futuro della democrazia parlamentare in Europa. Cfr. *The Future of Parliamentary Democracy: Transition and Challenge in European Governance* (https://ec.europa.eu/governance/docs/doc3_en.pdf).

³³ Detto altrimenti, è interessante notare come i mezzi tradizionali di comunicazione, televisione e stampa, ormai tendano sempre più a informare il pubblico riportando e commentando quello che circola sulla rete ed è prodotto direttamente dai protagonisti del dibattito.

³⁴ Cfr. I. Massa Pinto, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politiche*, in *MediaLaws*, 1/2020.

dei fatti, all'apparente personalizzazione della comunicazione corrisponde una sua spersonalizzazione, poiché a formulare il pensiero e materialmente condividerlo in rete è un soggetto distinto dal rappresentante; in particolare, una figura professionale inesistente fino a qualche tempo fa, denominata *social media manager*.

È evidente come una dinamica di questo tipo sia idonea a generare molteplici rischi³⁵, considerato che il *social media manager*, che di certo non vanta alcun tipo di *status* specifico per il solo fatto di esprimersi in nome del rappresentante, resta anonimo nello spazio di condivisione. Con gli strumenti tradizionali di diffusione, infatti, l'intermediazione (dello stesso giornale, per esempio) era intrinseca. Oggi, invece, complice anche il fatto che lo stesso strumento è posto a disposizione di chiunque, il pubblico della rete ha la falsa convinzione, talvolta, di intrattenere un confronto diretto con il rappresentante.

Per annullare questi rischi, potrebbe ipotizzarsi una sovrapposizione tra il *social media manager* e la figura tradizionale dell'addetto stampa, ma questa ipotesi non sembra percorribile, perché il primo si caratterizza per tutta una serie di peculiarità. In particolare, perché il *social media manager* parla in nome e per conto del suo datore di lavoro, anzi la maggior parte delle volte si esprime, certamente per esigenze di strategia comunicativa, attraverso la prima persona, illudendo consapevolmente il pubblico che a parlare sia il rappresentante.

Insomma, le nuove modalità e strategie comunicative sembrano richiedere una rielaborazione dei criteri che, sino ad oggi, hanno segnato l'architettura dell'insindacabilità parlamentare e, soprattutto, la sua applicazione. Perché se è vero che i processi di digitalizzazione cambiano il modo del rappresentante di esprimersi e cambia anche il luogo (che in questo caso è un non luogo) in cui lo stesso si esprime, forse dovrebbe evolversi anche il modo di tutelare, da un lato, la sua opinione e, dall'altro, le situazioni giuridiche che la stessa potrebbe ledere³⁶.

La Consulta, in realtà, sembra aver colto queste esigenze all'interno di orientamenti più recenti, in cui sostanzialmente si offre una diversa lettura del criterio spaziale attraverso cui valutare il nesso di funzionalità. Si legga, in particolare, la sentenza n. 133/2018, dove si afferma che "la Costituzione italiana, stabilendo all'art. 68, primo comma, che i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle funzioni, adotta un criterio funzionale in base al quale l'insindacabilità non è limitata alle opinioni espresse all'interno delle Camere"; ragion per cui "non è da escludere, in astratto, che nel sistema costituzionale italiano l'insindacabilità possa coprire anche dichiarazioni rese *extra moenia*, non necessariamente connesse ad atti parlamentari ma per le quali si ritenga nondimeno sussistente un evidente e qualificato nesso con l'esercizio della funzione parlamentare".

La Corte costituzionale, in altre parole, nonostante continui a non abbandonare la prudenza che ha caratterizzato tutta la sua giurisprudenza sul punto ("non è da escludere, in astratto"), esprime l'esigenza di dar vita a una rilettura della garanzia prevista dall'art. 68 Cost. E ciò, chissà, nella prospettiva di rileggere la prerogativa dell'insindacabilità in modo tale da apprestare garanzie anche a quella funzione del rappresentante che, nel contesto digitale, occupa uno spazio maggiore, ovvero la sua funzione informativa. È fuor di dubbio, in ogni caso, che la Consulta sarà chiamata ancora a pronunciarsi in materia, soprattutto in funzione di evoluzioni sempre più rapide ed evidenti. Tuttavia, se quella descritta è davvero la tendenza della giurisprudenza costituzionale o comunque una chiave di lettura idonea ad 'aggiornare' l'applicazione dell'art. 68 Cost., l'auspicio è che la riformulazione dei criteri sia altrettanto idonea a conservare la distinzione, da un punto di vista delle relative 'conseguenze' giuridiche, tra l'opinione politica frutto di mera comunicazione e quella che, per le ragioni che ne ispirano la tutela nei sistemi democratici, è coperta da insindacabilità.

³⁵ Cfr. I. Spadaro, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1/2020.

³⁶ Si consenta un rinvio a G. Palombino, *Libertà di espressione e bilanciamento tra diritti: i reati di opinione*, in A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, cit., p. 171 ss.

5. Conclusioni.

Le implicazioni di quanto analizzato sono molteplici. Il contesto digitale, infatti, oltre a fornire uno strumento nuovo nelle mani del rappresentante, ne definisce, in un certo senso, anche lo spazio di azione. E non fa solo questo, bensì incide sulle modalità tramite cui il medesimo rappresentante formula la propria opinione. Quest'ultima, infatti, è sempre più affidata alla raccolta di dati e ai suggerimenti dell'algoritmo, al fine di cogliere (per esempio, attraverso l'utilizzo di *hashtags* o sponsorizzazioni) le preferenze di elettori o potenziali tali³⁷. Ciò è in un certo senso inevitabile e, fintantoché si rispettano i principi alla base del sistema democratico³⁸, ammissibile, almeno per quanto riguarda il perseguimento di fini di comunicazione o propaganda politica. D'altronde, la formulazione di strategie di propaganda è antecedente alla nascita dei *social network*.

A meritare una rilettura, invece, sembra essere proprio la prerogativa dell'insindacabilità. E ciò in quanto, nel momento in cui il dibattito parlamentare assume nuove forme e impegna nuovi spazi, quelli digitali, diviene più urgente la necessità di trovare nuove modalità di tutela dei diritti coinvolti nelle dinamiche democratiche³⁹.

È evidente, purtroppo, come le soluzioni ai rischi individuati passeranno difficilmente attraverso la regolamentazione delle piattaforme⁴⁰. Sul punto, nella proposta della Commissione europea di approvare una dichiarazione di principi e diritti digitali all'interno dell'Unione si rinviene l'obiettivo di fornire una guida per i responsabili politici dinanzi alle nuove tecnologie. La proposta parla di ciò ribadendo, tra l'altro, l'importanza dell'accesso alla rete come diritto fondamentale⁴¹ e l'accesso a Internet come presupposto della partecipazione al dibattito democratico⁴². Ciò conferma, in sostanza, come le piattaforme contribuiscano a dare vita a una nuova conformazione degli ordinamenti costituzionali, non essendo un caso, tra l'altro, che la digitalizzazione rappresenti uno dei punti cruciali del *Next Generation EU* e dei Piani nazionali di ripresa e resilienza⁴³. Insomma, il mondo digitale influirà sempre più sui meccanismi della democrazia⁴⁴.

³⁷ J. F. Sánchez Barrilao, *El derecho constitucional ante la era de ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional*, in *Estudios de Deusto*, 64(2)/2016, p. 239.

³⁸ In tal senso, si pensi anche al tema della verità. F. Balaguer Callejón, "Good Bye Lenin!" - *La cuestión de la verdad en la transición constitucional alemana y su proyección sobre el proceso de integración europea*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2/2021, p. 19 ss.; J. F. Sánchez Barrilao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws*, 2/ 2021; M. Bassini, G.E. Vigevani, *Primi appunti su fake news e dintorni*, ivi, 1/2017, p. 11 ss.; O. Pollicino, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, ivi, 23 ss.; C. Pinelli, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, ivi, p. 41 ss.; M. Monti, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, ivi, p. 79 ss.; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, ivi, 1/2018, p. 19 ss.

³⁹ Cfr. A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità dei rapporti*, cit.

⁴⁰ In generale, cfr. G. De Minico, *Big Data e debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, p. 89 ss.

⁴¹ In questo senso, è noto come si sia pronunciata autorevole dottrina, su tutti S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012; Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 2021. Si ricordi, tra l'altro, come lo stesso A. avanzò una proposta di revisione dell'art. 21 Cost. durante il III Internet Governance Forum, la quale recitava come segue: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/232181.pdf>). Nella proposta della Commissione, invece, si fa riferimento a David Sassoli, che, in qualità di Presidente del Parlamento europeo, ha avanzato proposte in questa medesima direzione.

⁴² Cfr. T.E. Frosini, *Liberté égalité Internet*, Napoli, 2019.

⁴³ Il processo di digitalizzazione costituisce uno dei pilastri del PNRR italiano, anche considerato che attraverso la digitalizzazione passano tutti gli obiettivi predisposti dalla strategia di ripresa, dalla riforma della P.A. alla transizione verde. È interessante notare, tra le altre cose e per quanto rileva in questo scritto, che nel PNRR sono previste molteplici azioni a favore della promozione degli strumenti di cittadinanza digitale. Sul punto, si consenta un rinvio a G. Palombino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e gli enti territoriali*, Centro Studi sul federalismo, febbraio 2022: <https://www.csfe.deralismo.it/it/publicazioni/research-paper/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-pnrr-e-gli-enti-territoriali>.

⁴⁴ In generale, L. Moccia (cur.), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, 2010. P. Marsocci, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 1/ 2015. Sul tema v. anche M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2015, p. 275 ss.

Alla luce di questi fenomeni, rileggere la prerogativa dell'insindacabilità corrisponde all'esigenza di 'aggiornare' una garanzia a vantaggio non solo del rappresentante, ma del contesto democratico nel suo complesso; nonché a vantaggio, si badi bene, anche di coloro che costituiscono il 'pubblico' della rappresentanza, soprattutto elettori o potenziali elettori. Per procedere in questa direzione continuerà ad essere cruciale, senza dubbio, il ruolo della Corte costituzionale. L'auspicio, però, è che anche lo stesso Parlamento contribuisca a disegnare una nuova cornice, responsabilizzando maggiormente la rappresentanza dinanzi alle potenzialità e ai rischi degli strumenti offerti dallo sviluppo tecnologico. Una nuova cornice che sia capace di promuovere nuovi schemi di bilanciamento⁴⁵, laddove l'opinione del rappresentante occupa ormai uno spazio ibrido⁴⁶ e contribuisce alla costruzione di una democrazia digitale che, si spera, sarà sempre più in grado di riproporre, anche in un mondo non analogico, i principi posti alla base degli assetti democratici⁴⁷.

Abstract

Le piattaforme digitali sono uno spazio in cui anche il rappresentante politico esprime le sue opinioni. Ciò ha degli effetti sui sistemi democratici alla luce della sfera di garanzie che questa opinione occupa all'interno delle Costituzioni moderne. Sulla base di questa considerazione, il presente lavoro vuole riflettere sulla prerogativa prevista dall'art. 68 Cost. al fine di intendere se i criteri che ne delimitano i confini siano ancora validi al tempo della democrazia digitale.

Parole chiave: democrazia digitale; social network; rappresentante politico

*

Digital platforms are a space where political representatives also express their opinions. This has effects on democratic systems considering the sphere of guarantees that these opinions occupy within the modern Constitutions. Based on this consideration, this paper aims to reflect on the prerogative provided by article 68 of the Italian Constitution to understand whether the criteria that delimit its borders are still valid in the age of digital democracy

Key words: digital democracy; social networks; political representative

⁴⁵ Cfr. E. De Marco, *Introduzione alla eguaglianza digitale*, in E. De Marco (cur.), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008, 4 ss.; A. Papa, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, ivi, p. 24 ss.

⁴⁶ Cfr. S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, p. 3 ss.

⁴⁷ Cfr. P. Bilancia, *Le sfide informative della democrazia*, op. cit.; A. Papa, "Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica", cit.

La partecipazione popolare diretta nella convenzione costituzionale cilena e l'ambiente digitale*

Rosa IANNACCONE*

Sommario: 1. Introduzione: le radici del processo costituente cileno 2. Brevi cenni sul processo costituente e la centralità della partecipazione popolare 3. La partecipazione popolare nella scrittura di nuove costituzioni: alcune esperienze 4. Strumenti di partecipazione popolare durante i lavori della Convención Constitucional 4.1. Il principio di trasparenza 4.2. La Plataforma Digital de Participación Popular 5. Due ordini di problemi: "classici" e "tecnologici" 6. A mo' di conclusione: la prospettiva di una Costituzione digitale 7. Un infelice epilogo

1. Introduzione: le radici del processo costituente cileno

Sebbene la partecipazione dei cittadini sia formalmente garantita dalla Costituzione cilena vigente, che stabilisce all'articolo 1 il dovere dello Stato di "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" è possibile definire il Cile un caso anomalo nel contesto regionale e globale, in quanto l'attuale norma fondamentale, quella del 1980 che sarà analizzata a grandi linee successivamente, non prevede né meccanismi di democrazia diretta, né strumenti efficaci e legittimi di democrazia partecipativa o deliberativa nel processo decisionale pubblico. L'ampia domanda della società per la creazione di tali meccanismi e per un testo costituzionale democratico nel quale potersi effettivamente riconoscere divenne evidente, in particolare, durante il processo

partecipativo promosso dal secondo governo Bachelet¹ e durante la mobilitazione sociale iniziata il 18 ottobre 2019², che sarà trattata a breve più nel dettaglio.

* Appare opportuno sottolineare che al momento di scrivere questo contributo – risultato di un intervento realizzato in occasione del II Congresso Internazionale "Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital" realizzatosi nel febbraio 2022 – il processo costituente cileno era ancora nel pieno del suo sviluppo. Pertanto le considerazioni realizzate in questa sede prescindono dall'esito del referendum d'uscita tenutosi nel settembre 2022.

* Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, Sapienza Università di Roma.

¹ Il percorso costituente avviato da Michelle Bachelet, a partire dall'inizio della sua presidenza nel 2014, si articolò in una pluralità fasi. Particolarmente rilevanti furono gli "encuentros Locales Autoconvocados" e i "cabildos Provinciales y Regionales" che avevano lo scopo di coinvolgere la cittadinanza per discutere il contenuto della nuova Costituzione. Questa fase, che è possibile definire partecipativa, e a cui prese parte chiunque fosse interessato e avesse compiuto 14 anni, ebbe lo scopo di avviare un processo di educazione civica e di espressione delle preferenze attraverso il dibattito su alcuni temi (valori, principi, diritti, doveri, responsabilità e assetto istituzionale), ma non riguardò il meccanismo di approvazione del nuovo testo. I partecipanti, infatti, furono invitati a ordinare in base al livello di importanza che gli attribuivano 19 valori, 26 diritti e 21 doveri. Le successive fasi consistettero nell'organizzazione, sotto la supervisione dei contenuti emersi nei precedenti passaggi in un documento chiamato "Bases ciudadanas para la nueva Constitución" che sarebbe stato il testo a partire dal quale sarebbe stata elaborata la nuova Costituzione: C. Heiss Bendersky, *Soberanía popular y "momento constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, in *Revista Anales*, 10/2016, p. 116; *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones*, Documento de Trabajo, Chile, aprile-novembre 2016, p. 17. Il progetto risultante, elaborato dal governo senza pubblicità né partecipazione, fu reso noto solo il 6 marzo 2018, negli ultimi giorni della presidenza, generando non poche critiche, e la Costituzione che disegnava non vide mai luce. Il tentativo di Bachelet scontò, fin dall'inizio, la freddezza del centro-destra cileno, che si era dichiarato disponibile a discutere riforme costituzionali ma contrario all'entrata in vigore di una nuova carta fondamentale: M. Olivetti, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Chile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 11 (<https://giurcost.org/contents/giurcost//COLLANA/6.pdf>).

² G. Delamaza, *La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente*, in *Contexto*, 2021, p. 3.

L'obiettivo che questo lavoro si pone è analizzare il ruolo, nello svolgimento del processo costituente cileno, della partecipazione popolare e, in particolare, degli strumenti di "e-participation" previsti a tal fine. Per realizzare uno studio quanto più esaustivo ed efficace, si è ritenuto opportuno trattare dapprima le radici del processo costituente ed i suoi momenti e caratteristiche salienti; soffermarsi, poi, su alcune recenti esperienze costituenti caratterizzate dalla partecipazione popolare nella fase di scrittura della norma fondamentale; e, infine, analizzare le previsioni dei regolamenti della Convenzione Costituente cilena a tal proposito.

In Cile, a partire dalla rivolta studentesca del 2011, la richiesta dei cittadini di un cambiamento costituzionale ha assunto, attraverso le mobilitazioni sociali, una nuova dimensione. Il dibattito che, fino a quel momento, era stato ristretto a pochi è divenuto un'ulteriore richiesta all'ordine del giorno per costruire una cittadinanza veramente democratica, dove i diritti fossero rispettati e le persone potessero incanalare le loro preferenze attraverso il sistema politico³. Diverse forze all'interno della società civile – studenti, donne, popoli indigeni, lavoratori – hanno promosso la necessità di un cambiamento costituzionale, di diversa entità. Oltre alla già citata mobilitazione studentesca del 2011, preceduta dalla *revolución pingüina* del 2006⁴, ne sono una dimostrazione l'*Estallido social*⁵ dell'ottobre 2019 – scoppiato in seguito all'aumento del prezzo del biglietto della metropolitana di Santiago, e estesosi, in breve tempo, a tutto il Paese – e i successivi incontri cittadini⁶ celebrati in alcune *comunas*⁷. Proprio l'*Estallido social* è particolarmente significativo per comprendere quanto fosse radicato in Cile il problema costituente. Come è evidente dallo slogan utilizzato dai manifestanti, "No es por 30 pesos, es por 30 años", non è possibile limitare tale evento a una reazione all'aumento del prezzo dei trasporti in quanto si è trattato di una risposta al malcontento della popolazione causato dall'origine autoritaria e illegittima della Costituzione del 1980, da un sistema economico neoliberale deficitario di diritti economici e sociali e da un sistema politico elitario, incapace di canalizzare le richieste popolari⁸. La richiesta di una nuova Costituzione, infatti, non è recente in Cile, ma affonda le sue radici nella sanguinosa dittatura militare di Augusto Pinochet⁹, nella mai realmente

³ C. Heiss, *La Constitución de 1980 como obstáculo a una ciudadanía democrática en Chile*, in S. Grez Toso, D. Opazo Ortiz, P. Vidal Molina (comp.), *Ciudadanías para la Democracia. Reflexiones desde la problemática constitucional y constituyente chilena del siglo XXI*, Santiago del Cile, 2018, p. 49.

⁴ Per approfondimenti sulle mobilitazioni studentesche cilene si riportano i seguenti articoli: M. I. Picazo, C. Pierre, *La educación como derecho social: la construcción del referencial de acción pública del movimiento estudiantil chileno*, in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 25/2016, p. 99 ss.; C. Borri, *El movimiento estudiantil en Chile (2001-2014). La renovación de la educación como aliciente para el cambio político-social*, in *Altre Modernità*, 2016.

⁵ Per approfondimenti sull'estallido social del 2019 si rinvia a: R. Pizarro Hofer, *Chile: rebelión contra el Estado subsidiario*, "El trimestre económico", 346/2020; O. Ansaldi, M. Pardo-Vergara, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, in *Law and Critique*, 31/2020; E. Carrasco Jiménez, *Nueva Constitución en CHILE o el desmantelamiento político-jurídico del modelo (A propósito del estallido social 18/O)*, Valencia, 2020.

⁶ Si tratta dei cosiddetti "cabildos" e per una ricostruzione storica di tale fenomeno si rimanda al contributo di C. Guerrero Lira, *Orígenes históricos de los cabildos representativos*, in Aa.Vv., *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Santiago del Cile, 2019.

⁷ A. M. García Barzelatto, E. Navarro Beltrán, *¿Hoja en Blanco? Hacia una nueva Constitución Chilena. Lo que debemos saber*, Santiago del Cile, 2020, p. 9.

⁸ R. Iannaccone, "Borrar todo tu legado será nuestro legado": alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2021, p. 4.

⁹ Come è noto, tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, di pari passo ad importanti cambiamenti nel mondo del dopoguerra, si osservò, in tutta l'America Latina, un'ondata di costituzionalismo democratico e sociale – definita in Cile, dal suo principale promotore e ideologo, il Presidente Salvador Allende, la "vía chilena al socialismo" ossia un percorso pacifico e democratico verso il socialismo attraverso mutamenti radicali nel campo sociale, economico e di politica internazionale. Questa ondata in Cile scomparve con il colpo di Stato-rivoluzione del 1973: F. Zuñiga Urbina, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, in *Serie Doctrina Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 482/2014, pp. 107-108. Si trattò dell'ultimo corollario di un processo attraverso il quale una minoranza di grandi proprietari terrieri era riuscita ad instillare in ampi settori della classe media il timore che il potere politico, democraticamente eletto, stesse realizzando un drastico e irreversibile processo di espropriazione volto a redistribuire la ricchezza e nazionalizzare una parte fondamentale della proprietà privata: D. Fernández Cañueto, *Chile: de la democracia limitada de Pinochet al proceso constituyente de 2020*, in *Revista de Estudios Políticos*, 193/2021, p. 179.

compiuta transizione alla democrazia e, soprattutto, nella concessa *Constitución Política* del 1980¹⁰. Quest'ultima, infatti, non è stata concepita come il prodotto di un patto sociale, introdotto al fine di strutturare e limitare il potere politico di una comunità plurale, ma come uno strumento volto ad ostacolare la capacità della politica democratica di trasformare alcune questioni, ritenute cruciali dalla dittatura, per il mantenimento di una data struttura socio-economica e lo sviluppo di una specifica ideologia politica¹¹. La Costituzione che entrò in vigore, dopo la fine ufficiale della dittatura e attraverso

La crisi e il collasso della democrazia cilena non solo ascrivibili alla sola reazione al progetto politico di Allende. Da una parte, bisogna considerare i gravi errori in politica economica, i conflitti di classe e il ruolo che ebbero i sindacati, l'ipermobilizzazione e la crisi sociale, il ruolo delle élites politiche, la polarizzazione ideologica del sistema multipartitico, il declino del ruolo mediatore dei partiti moderati e centristi: D. Nohlen, A. Garrido, *Presidencialismo comparado: América Latina*, Madrid, 2020, p. 236. Dall'altra, le modalità con cui era avvenuta l'elezione presidenziale. Le elezioni presidenziali del 1970 trovarono il paese nettamente diviso tra ideologie inconciliabili ognuna con un proprio candidato: quella conservatrice del Partido Nacional (PN), fortemente legato alla Costituzione del 1925; la riformista della Democrazia Cristiana (DC), che, dopo una netta vittoria alle elezioni del 1964 appoggiata dalla destra, si era divisa a sinistra in Movimiento de Acción Popular Unitaria (MAPU), Izquierda Cristiana e Cristianos por el Socialismo; e, infine, l'ideologia di stampo rivoluzionario sostenuta dall'Unidad Popular (UP), composta dai partiti socialista e comunista, dall'ala sinistra del Partito Radicale e dai gruppi scissionisti della DC. Il paese si divise in tre masse omogenee di elettori che condussero ai seguenti risultati: Salvador Allende (UP) ottenne il 36,22%, Jorge Alessandri (RN) il 34,89% e Rodomiro Tomic (DC) il 27,81%. L'articolo 64 della Costituzione richiedeva, per proclamare un candidato Presidente, il raggiungimento della metà dei voti validamente espressi e in caso contrario, stabiliva che sarebbe stato il Congresso ad eleggerlo tra i cittadini che avevano ottenuto le due maggioranze relative più alte. Dopo un acceso dibattito tra i sostenitori di Salvador Allende, che minacciavano una rivolta popolare se la sua vittoria non fosse stata riconosciuta, e i sostenitori di Jorge Alessandri, che difendevano l'autonomia decisionale del Congresso, i democristiani – che disponevano dei voti decisivi – decisero di appoggiare Allende, proponendo però un ampio Statuto di Garanzie Democratiche, approvato poi dal Congresso: L. R. Álvarez, *El presidencialismo en la República de Chile*, in *Revista de Derecho Público*, 79/2013, pp. 160-161. L'accordo tra democristiani e Unidad Popular iniziò ad erodersi già nel luglio 1971, mentre, cresceva il dissenso nei confronti del governo all'interno delle forze armate. Tra il 1969 e il 1973, queste, infatti, furono protagoniste di alcuni episodi che condizionarono il sistema politico: nell'ottobre del 1969 si ammutinarono per chiedere una maggiore attenzione al budget militare e, in sottofondo, era già chiara la volontà di realizzare un colpo di Stato; esattamente un anno dopo fu assassinato, dall'estrema destra, il nuovo comandante in capo dell'Esercito, che aveva manifestato l'intenzione di tutelare il processo istituzionale che aveva portato all'elezione, da parte del Congresso, di Salvador Allende come Presidente della Repubblica. Parallelamente, apparvero i primi focolai di una linea apertamente di estrema destra in seno alle forze armate. Inoltre, durante il suo mandato, Allende dovette ricorrere all'esercito in due occasioni: dopo la rivolta generale del 1972, con lo scopo di preparare le elezioni legislative del marzo 1973, e dopo la rivolta dei camionisti del 26 luglio 1973. Il tentativo di golpe del 29 giugno del 1973, sebbene fallì, rappresentò una prova generale di ciò che sarebbe avvenuto poco dopo e servì ai golpisti per valutare la resistenza che avrebbero opposto i partiti politici, i sindacati e i cordoni industriali delle città (M. Alcántara Sáez, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, 2013, p. 159) e spinse il Presidente a cercare un compromesso con la DC. I tentativi di accordo terminarono in un nulla di fatto, in seguito al rifiuto di Allende di incorporare nel proprio governo, a tutti i livelli, i militari. In seguito alla rivolta dei camionisti, il Presidente rimodellò il suo gabinetto costituendo un governo di "sicurezza nazionale" con la partecipazione di alcuni membri di spicco delle forze armate e i leader moderati di Unidad Popular. La forte pressione sul nuovo governo si concluse pochi giorni dopo con le dimissioni dei ministri militari e l'approvazione di una risoluzione alla Camera dei Deputati che dichiarava incostituzionale il governo del Presidente Allende. Solo poche ore prima del colpo di stato, Allende accettò la richiesta di un plebiscito da tenersi a settembre, al cui annuncio ufficiale fu anticipato il golpe dell'11 settembre 1973: D. Nohlen, A. Garrido, *Presidencialismo comparado*, cit., pp. 236-237.

¹⁰ Lo stesso giorno del colpo di stato, l'11 settembre 1973, i Comandanti dell'esercito, della marina, dell'aviazione e dei carabinieri si autocostruirono come Giunta di governo, assumendo il comando supremo della nazione e impegnandosi a garantire la piena efficacia delle attribuzioni del Potere Giudiziario e a rispettare la Costituzione e le leggi della Repubblica, ma solo nella misura in cui lo avesse permesso la situazione del paese. Il successivo decreto-legge n. 128 del 12 novembre 1973 precisò che la Giunta aveva assunto il potere costituente, oltre al potere legislativo e al potere esecutivo, e che la Costituzione del 1925 rimaneva in vigore solo nelle parti in cui non fosse stata modificata mediante decreti-legge: M. Olivetti, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., p. 3. I primi anni del governo del generale Augusto Pinochet furono caratterizzati da una bassa istituzionalizzazione e da un ultraliberismo economico. Negli anni successivi al colpo di Stato, il governo promulgò diversi *Acta Constitucionales* – relativi alla creazione del *Consejo de Estado* come corpo consultivo del Presidente, alle basi essenziali dell'assetto istituzionale, ai diritti e ai doveri costituzionali – che, a guisa di "leggi fondamentali", ebbero lo scopo di costituire il corpo giuridico del regime. Questa situazione, tecnicamente molto complessa, fu riconsiderata per adottare una soluzione più operativa, basata sulla realizzazione di una Legge fondamentale unica: M. Alcántara Sáez, *Sistemas políticos de América Latina*, cit., p. 161.

¹¹ F. Atria, C. Salgado, J. Wilenmann, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago de Chile, 2017, p. 37.

un discutibile plebiscito¹², non può essere definita realmente democratica in quanto ispirata al modello di democrazia protetta e limitata¹³, che diffida delle persone, dei partiti e delle istituzioni rappresentative¹⁴. Ciò ha reso il Cile una “democrazia semi sovrana” caratterizzata da istituzioni, create dalla dittatura, che hanno limitato il potere delle autorità elette dal popolo¹⁵. Questi elementi sono particolarmente evidenti nello slogan, che ha caratterizzato la recente campagna referendaria per l’approvazione di una nuova Legge fondamentale, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”¹⁶.

Nonostante alcune sostanziali differenze¹⁷, la costituzione cilena in scrittura, potrebbe rientrare in quello che parte della dottrina ha definito *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCL) o per lo meno condividere elementi fondamentali con i testi che rientrano in questa ondata di costituzionalizzazione, sviluppatasi tra la fine del XX secolo e l’inizio del XXI – iniziata con l’avvio del processo costituente colombiano (1990-1991), maturata con il processo costituente ecuadoriano del 1998 e perfezionata con l’approvazione, tramite referendum, delle norme fondamentali di Ecuador (2008) e Bolivia (2009)¹⁸. In America Latina, a partire dai processi di indipendenza, il costituzionalismo è stato un meccanismo di incorporazione di modelli stranieri e il disegno costituzionale non è stato accompagnato da un patto sociale di redistribuzione della ricchezza, come avvenuto invece in Europa. La frustrazione che ciò ha prodotto nel subcontinente è stato il seme che ha portato alla nascita di una

¹² Il plebiscito si svolse l’11 settembre 1980 in un momento in cui il Paese si trovava in stato d’assedio, le garanzie costituzionali erano sospese, i partiti politici erano stati messi fuorilegge o dissolti dal regime, non esisteva un’anagrafe elettorale né un censimento aggiornato della popolazione, non vi era alcuna istanza che avrebbe potuto accogliere i ricorsi in caso di manipolazione o brogli e il regime aveva il controllo assoluto della televisione e della maggior parte degli altri mezzi di comunicazione: M. Alcántara Sáez, *Sistemas políticos de América Latina*, cit., 161). Inoltre, il corpo elettorale era stato chiamato solo ad approvare l’intero testo, votando “sì”, oppure rigettarlo, votando “no”: cfr. *Proceso Constituyente en Chile*, cit., p. 26. Con il 67,04% dei voti a favore, il 30,19% contrari e il 2,77% nulli, la Costituzione del 1980 fu approvata in un plebiscito senza alcun tipo di controllo e senza che l’opposizione potesse organizzare una reale campagna contro la proposta della dittatura: M. Alcántara Sáez, *Sistemas políticos*, cit., p. 176. Dopo essere stata promulgata dal Presidente il 21 ottobre dello stesso anno e pubblicata sul *Diario Oficial* tre giorni dopo, entrò in vigore l’11 marzo 1981: M. Olivetti, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., p. 4. Questo stesso giorno, il generale Pinochet giurò come Presidente della Repubblica, per un periodo che sarebbe terminato il 10 marzo 1989.

¹³ Appare opportuno mettere in evidenza le differenze semantiche tra “democracia protegida” e “democracia limitada”. Come rilevato da Cañueto, l’espressione “democrazia protetta” è stata abilmente coniata e utilizzata dalla dittatura di Pinochet al fine di far percepire come moralmente corretta e socialmente pertinente la configurazione di un quadro giuridico che vincolasse il normale sviluppo della democrazia, impedendo alla maggioranza di realizzare politiche pubbliche diverse da quelle che il regime considerava corrette. La ragione principale dell’utilizzo di questo paradigma era che si riteneva essenziale difendere la democrazia dal comunismo internazionale, dalla faziosità dei partiti, dalle proposte demagogiche, dalla volontà popolare incontrollata e dall’interventismo statale in economia. Di fatto, però, il regime costituzionale creato dalla dittatura non stabilì un quadro istituzionale che preservasse la democrazia contro possibili attacchi antidemocratici, ma piuttosto disegnò un sistema che riduceva costituzionalmente lo spazio per l’azione politica: D. Fernández Cañueto, *Chile: de la democracia limitada de Pinochet al proceso constituyente de 2020*, cit., pp. 181-182.

¹⁴ La Constitución Política de la República de Chile (CPR) è stata concepita come un sistema di istituzioni caratterizzato da “enclavos autoritarios” e “instituciones contramayoritarias”, volte a mantenere inalterato lo *status quo* ereditato dal periodo dittatoriale. Con la prima denominazione si fa riferimento a quell’insieme di disposizioni e previsioni contenute nella formulazione originaria della Legge fondamentale del 1980 che hanno permesso il mantenimento di un ruolo centrale delle forze che avevano fatto parte, a diverso titolo, del regime dittatoriale. Tale obiettivo è particolarmente evidente analizzando la composizione della camera alta del Congresso e la normativa in materia di riforme costituzionali. La CPR stabilì, altresì, un sistema presidenziale caratterizzato da elementi di squilibrio a favore dell’Esecutivo e in cui alcune istituzioni, definite appunto “contromaggioritarie” – quali le forze armate, il Cosenza e la Corte Suprema – essendo sottratte all’immediata operatività del principio democratico ed essendo dotate di una relativa autonomia, avevano, da una parte, lo scopo di garantire un certo grado di continuità con il regime autoritario: M. Olivetti, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 5) e, dall’altra, facevano parte di un complesso sistema di “control y chequeo” sull’Esecutivo.

¹⁵ *Proceso Constituyente en Chile*, cit., p. 24.

¹⁶ R. Iannaccone, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”, cit., p. 4.

¹⁷ In questa sede non sarà possibile soffermarsi su tali elementi, per me però sottolineare che si fa riferimento, in particolare, alle differenze sostanziali tra il processo costituente cileno e gli altri dell’area andina ovvero quelli di Colombia, Ecuador e Bolivia. Si tratta, principalmente, del ruolo lideristico che il potere esecutivo ha svolto in questi ultimi e dei poteri riconosciuti o autoriconosciuti dalle assemblee costituenti a discapito dei poteri costituiti, soprattutto del potere legislativo.

¹⁸ P. Salazar Ugart, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L. R. González Pérez, D. Valadés (coord.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Città del Messico, 2013, pp. 354-355.

risposta costituzionale autoctona¹⁹, definita un costituzionalismo “senza genitori”²⁰. Le differenze tra questo costituzionalismo e quello liberale risiedono fondamentalmente nel diverso contenuto che queste due correnti danno ai costrutti di nazione, diritti (individuali, sociali e politici) e cittadinanza, e nelle differenti modalità di concepire e progettare il governo democratico. In termini epistemologici, e in opposizione al costituzionalismo liberale, i cambiamenti attuati nelle costituzioni del NCL si sviluppano a partire da una filosofia e un'ideologia diversa, che non identifica come centro del suo universo normativo la sagoma di un individuo ideale, nominalmente uguale per capacità a tutti gli altri individui con i quali forma una mitica e omogenea “nazione”, ma piuttosto ad una società variegata, che appare evidente quando si guarda alla realtà latinoamericana: una pluralità o multinazione di comunità diverse che, nel loro sforzo storico di coesistere e costruire uno Stato di diritto e giustizia, non sono state dotate dal costituzionalismo liberale degli strumenti giuridici adeguati²¹. Si tratta di un costituzionalismo partecipativo, che combina nuove forme di rappresentanza, consultazione, ratifica e controllo popolare a diversi livelli e avanza la tesi che la partecipazione popolare debba essere vista in termini più ampi di quelli offerti dalle modalità classiche²².

2. Brevi cenni sul processo costituente e la centralità della partecipazione popolare

La mobilitazione sociale del 18 ottobre 2019 e l'accordo politico del 18 novembre, già analizzati, hanno aperto la strada alla stesura di una nuova Costituzione, che culminerà al più tardi nell'agosto 2022. Questo periodo di circa due anni, che corrisponde al processo costituente propriamente detto, è un evento senza precedenti nel paese, in quanto nessuna delle precedenti norme fondamentali è stata redatta seguendo tale percorso²³. Il movimento che ha generato il processo – ovvero la mobilitazione sociale massiccia e diversificata nelle strade, nei quartieri, nei media e nelle reti sociali – è molto diverso dal processo istituzionale che regola il processo costituzionale. Esiste, quindi, il rischio che, anche se tutti i passi previsti dalla legislazione siano compiuti, il processo non acquisisca legittimità agli occhi della cittadinanza. In questo caso, si paventa la possibilità che il testo possa essere respinto nel voto plebiscitario di uscita previsto nel 2022. Infine, potrebbe verificarsi che il processo sia legale ma non legittimo, perdendo così un'enorme opportunità storica. Al fine di realizzare un percorso che sia profondamente diverso dalla situazione attuale – caratterizzata dalla validità di una costituzione ritenuta illegittima dalla maggior parte della popolazione e dove predomina la sfiducia nei confronti della politica

¹⁹ R. Viciano Pastor, *Presentación*, in R. Viciano Pastor (coord.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, 2012, p. 9.

²⁰ R. Viciano Pastor, R. Manríquez, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in Aa. Vv., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, 2010, p. 20 ss.

²¹ Cfr. J. Doniush, S. Inés, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, 2013, pp. 23-24.

²² Cfr. R. Rubio Marín, *Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación*, in *Revista de Estudios Políticos*, 187/2020, p. 46.

²³ Per quanto riguarda le costituzioni storiche più rilevanti del 1828, del 1833 e del 1925 – escludendo, quindi, la Costituzione del 1980 in quanto già trattata precedentemente – solo la Costituzione liberale del 1828, influenzata da un precoce ed effimero liberalismo democratico sotto l'influenza francese, americana e della Costituzione di Cadice, è stata frutto di un potere costituente originario democratico, per gli standard dell'epoca, che si manifestò attraverso una Convenzione appositamente designata per redigere la Carta fondamentale. Allo stesso modo, la Costituzione del 1833 fu elaborata dalla cosiddetta Grande Convenzione e la sua stesura finale fu affidata a un comitato di redazione composto da sette membri. Questa Costituzione conservatrice, frutto del potere costituente delle forze armate e di un settore dell'oligarchia (“peluconomismo-estancuero”), fu concepita come una riforma alla costituzione del 1828, nonostante la presenza di una clausola che ne bloccava la revisione per otto anni. Anche la Costituzione del 1925 venne presentata come una riforma al testo costituzionale anteriore e fu il risultato di un potere costituente solo relativamente democratico, frutto formale di una sottocommissione di riforma designata dal Presidente Alessandri Palma. Nonostante tale testo fu ratificato in seguito ad un referendum, è necessario tenere in considerazione che ebbe luce per la pressione dell'esercito e aveva come obiettivo ristabilire l'autorità presidenziale e l'ordine: R. Iannaccone, *“Borrar todo tu legado será nuestro legado”*, cit., pp. 42-43.

e della rappresentanza e il discredito verso le istituzioni – è sembrato necessario prevedere la partecipazione diretta della cittadinanza anche durante il funzionamento dell'organo costituente²⁴.

Il processo costituente intrapreso in Cile consta, come è risultato evidente da quanto detto finora, di tre fasi e segue il modello del cosiddetto “*reloj de arena*” o “struttura a clessidra”: nella prima fase, coinvolge l'intera popolazione, che è chiamata liberamente ad esprimersi, mediante plebiscito nazionale, sulla volontà di procedere all'elaborazione della nuova Costituzione (art. 130 Cost.); la fase centrale vede coinvolto un ristretto numero di persone per la stesura materiale dell'articolato costituzionale attraverso una *Convención Constitucional* (art. 131 e ss. Cost.); la terza fase, riguarda la chiusura del procedimento tramite ratifica plebiscitaria con carattere obbligatorio (art. 142 Cost.)²⁵. La prima fase si è svolta il 25 ottobre quando il 78,27%, dei cileni si è dichiarato a favore dell'elaborazione di una nuova Carta fondamentale, mentre il 78,99% ha espresso la propria preferenza per la *Convención Constitucional* (CC)²⁶. Il 15 e 16 maggio, invece, con l'elezione dei 155 *convencionales*, è iniziata la seconda fase del processo costituente, ovvero la scrittura del testo della Costituzione, che terminerà in un lasso di tempo dai 9 ai 12 mesi. Le elezioni, a causa della pandemia da Covid-19, sono state rinviate due volte²⁷ e si sono tenute quasi 7 mesi dopo la loro data originale, fissata il 25 ottobre 2020²⁸.

Particolarmente interessanti sono le regole previste per l'elezione dei membri della Convenzione, che hanno introdotto in Cile un nuovo concetto di rappresentanza, più complesso e attuale, che non si esaurisce nella concezione di rappresentanza politica, intesa come esistenza di un rapporto fiduciario tra rappresentante e rappresentato, ma si avvicina alla cosiddetta rappresentanza sociologica o descrittiva elaborata da Sartori²⁹. In particolare, è stata sancita la parità nelle nomine e nella distribuzione dei seggi della CC, attraverso la Ley 21.216, pubblicata il 24 marzo 2020³⁰, e sono stati previsti, dalla Ley 21.298 del 23 dicembre 2020³¹, 17 seggi riservati alle popolazioni indigene.

²⁴ G. Delamaza, *La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente*, cit.

²⁵ D. M. Castano Vargas, *Un'Asamblea Constituyente per il Cile*, in *federalismi.it*, 33/2020, p. 39.

²⁶ C'erano due opzioni: una Convenzione costituzionale mista, composta da membri per metà eletti dai cittadini e per metà dal Congresso tra i suoi componenti, e, come seconda opzione, una Convenzione Costituzionale, composta interamente da membri eletti dai cittadini: M. Oñate Salas, M. Sanhueza González, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *Dpce online*, 1/2021, p. 1.

²⁷ A seguito della pandemia da Covid-19, il 26 marzo 2020, il calendario è stato modificato con una nuova riforma costituzionale (legge n. 21.221), per cui il plebiscito in entrata si è svolto il 25 ottobre 2020 e l'elezione dei membri del Congresso, dei sindaci, dei consiglieri e dei governatori regionali, che inizialmente doveva tenersi il 25 ottobre 2020, è stata rinviata all'11 aprile 2021. Il 6 aprile le elezioni sono state nuovamente rimandate al 15 e al 16 maggio, dopo che una precedente legge – la Ley 21317 che “Amplía A dos días las próximas elecciones municipales, de Gobernadores regionales y de Convencionales Constituyentes, fija reglas especiales para su desarrollo, y señala inscripción de Candidaturas en los términos que indica” – aveva stabilito che si sarebbero svolte in due giorni, ossia l'11 e il 12 aprile, e non in uno, come stabilito fino a quel momento dal testo costituzionale: R. Iannaccone, “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*”, cit., p. 33).

²⁸ M. Oñate Salas, M. Sanhueza González, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, cit., p.1.

²⁹ R. Iannaccone, “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*”, cit., p. 37.

³⁰ Prevede che le liste dei partiti politici, dei patti elettorali o di quelli indipendenti, avrebbero dovuto indicare, nell'ordine dei candidati in ogni circoscrizione elettorale, come primo nominativo quello di una donna seguito da quello di un uomo e mantenere tale alternanza. Inoltre, venne stabilito che nei distretti con un numero pari di seggi sarebbe stato eletto un numero uguale di uomini e donne, mentre nei distretti con un numero dispari di seggi, non sarebbe potuto risultare una differenza tra uomini e donne superiore ad un seggio: R. Iannaccone, “*La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*”, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2021, p. 5.

³¹ Questi 17 seggi sono stati riservati ai popoli riconosciuti nella Legge n. 19.253 (Establece normas sobre proteccion, fomento y desarrollo de los indigenas, y crea la corporacion nacional de desarrollo indigena) e suddivisi come di seguito riportato: sette seggi per i Mapuche, due per gli Aymara e uno per ciascuno degli altri popoli vale a dire i Rapa Nui, i Quechua, gli Atacameño, i Diaguitas, i Collas, i Kawéskar, i Yaganes e i Changos. La Legge n. 21.298 stabilì anche la competenza del Servizio Elettorale (Servel) a determinare quali saranno i distretti dedicati alle quote indigene, prendendo in considerazione le aree con la più alta percentuale di popolazione indigena, secondo l'ultimo censimento, al netto dei distretti che eleggevano tre membri del Congresso (R. Iannaccone, *La Convezione Costituente cilena*, cit., p. 6). In questi ultimi, quindi, è stata prevista l'applicazione di una correzione se il risultato non era di per sé paritario, per cui i candidati del genere sovrarappresentato che hanno ricevuto meno voti sono stati sostituiti dai candidati del genere opposto – dello stesso partito, lista o patto – che avevano ricevuto più voti: S. Ragone, J. I. Núñez Leiva, *Algunas coordinadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *Dpce online*, 1/2021, p. 3.

Analizzando, la composizione della Convenzione vengono in rilievo due elementi particolarmente significativi: l'appartenenza di genere degli eletti e quella partitica. La Convenzione, infatti, rappresenta un *unicum* nello scenario comparativo per il suo carattere paritario. Per quantificare questa parità, la differenza massima proposta è stata il 45% di rappresentanti di un genere e il 55% a favore dell'altro, secondo i meccanismi di presentazione della lista e di successiva correzione degli eletti. Sorprendentemente, questa correzione è stata applicata in 11 casi a favore di uomini e solo in 5 casi a favore di donne. L'Assemblea Costituente, in fine, è risultata composta da 78 uomini e 77 donne³². Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo evidenziato rileva l'appartenenza partitica dei e delle *convencionales constituyentes* e, in particolare, il gran numero di seggi ottenuti dalle liste di indipendenti non legati a nessun partito politico e la pesante sconfitta dei partiti tradizionali³³.

Date le radici del processo costituente e la sua evoluzione, precedentemente illustrate, si è deciso di favorire e implementare la partecipazione dei cittadini anche in quella che può essere definita la parte centrale dell'orologio, coincidente con la fase vera e propria di scrittura del testo della nuova norma fondamentale. Proprio in ragione di ciò, il processo costituente si è caratterizzato per essere altamente deliberativo e per fornire numerosi strumenti a tal fine in quanto contiene in sé la promessa che il popolo, cioè il potere costituente originario, sarebbe stato per la prima volta protagonista nella redazione di una nuova Costituzione e solo se si riterrà mantenuta questa promessa, il processo sarà legittimato dalla cittadinanza. Non sorprende, quindi, che la partecipazione sia stata sancita in tre dei quattro regolamenti della Convenzione Costituzionale ovvero quello relativo alla partecipazione popolare (RPP), quello in materia di partecipazione indigena (RPI) e, più genericamente, nel Regolamento generale (RG).

La partecipazione popolare nei lavori costituenti è stata prevista fin dalla loro prima fase, dalle tre commissioni provvisorie istituite il 14 luglio – *Presupuestos y Administración Interior, Reglamento e Ética*. Inoltre, quella competente per il regolamento era stata esplicitamente incaricata di proporre alla Plenaria una proposta che includesse meccanismi sia volti a garantire la partecipazione popolare che ad assicurare che quella dei popoli e delle nazioni indigene fosse effettiva, vincolante e continua, in conformità con la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni. Da questa norma di base è derivata la decisione di distinguere tra partecipazione generale e indigena. Successivamente, il 21 luglio, la Convenzione ha discusso e approvato la creazione di altre cinque commissioni provvisorie, e tra queste due erano propriamente dedicate alla partecipazione³⁴. La commissione *Participación y Consulta Indígena*, formata da 17 *convencionales*, aveva tra le altre funzioni, il compito di elaborare e proporre meccanismi di partecipazione e consultazione pertinenti, permanenti, vincolanti e continui per tutti i popoli indigeni. L'altra commissione è stata quella di *Participación popular y equidad territorial*, che è stata la più numerosa, con 31 membri, ed è stata competente a realizzare una proposta di partecipazione popolare che contemplasse meccanismi di vincolatività e incidenza, integrando la diversità territoriale, culturale, sociale, dei popoli e di genere. Le commissioni

³² P. Poo, *Análisis del resultado de las elecciones a la Convención Constitucional. Un abordaje desde los bienes de la naturaleza*, in *Heinrich Böll Stiftung. Cono Sur*, 2020, p. 7.

³³ I candidati delle liste di indipendenti hanno ottenuto un totale di 48 seggi. È rilevante anche il risultato della lista "*Apruebo Dignidad*" – composta dal *Frente Amplio*, dal Partito Comunista e da altri conglomerati di sinistra – che ha ottenuto 28 seggi. Per quanto riguarda i grandi perdenti di queste elezioni, ovvero i partiti politici tradizionali, da un lato, la lista *Chile Vamos* – che riunisce i partiti politici di destra e di centro-destra, che sostenevano il governo guidato dall' Ex-presidente Sebastián Piñera – ha ottenuto 37 seggi, molto al di sotto del terzo dei rappresentanti a cui questo gruppo aspirava, per influenzare in modo decisivo la Convenzione. Addirittura peggiore è stato il risultato ottenuto dai partiti della "*Ex Concertación*" – che hanno governato il paese tra il 1990 e il 2010, ora riuniti sotto il nome di "*Lista del Apruebo*" – che hanno ottenuto 25 seggi: M. Oñate Salas, M. Sanhueza González, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, cit. p. 3. In percentuali, i partiti politici tradizionali di destra hanno ottenuto il 24% dei seggi, il centro-sinistra il 16%, la sinistra parlamentare il 18%, i popoli indigeni l'11% e le due liste maggioritarie di indipendenti il 16% ("*Lista del Pueblo*") e il 7% ("*Independientes No Neutrales*"), con il restante 8% per altri indipendenti: D. Zovatto, M. Jaraquemada, *Análisis de las elecciones en Chile*, in *Idea Internacional. News*, 28/05/2021.

³⁴ Monitor Constitucional Cep, *El enorme desafío de la participación ciudadana en la Convención Constitucional*, in *Boletín del Monitor Constitucional*, 12/2021.

hanno avuto un periodo di 10 giorni lavorativi per svolgere audizioni pubbliche e per ricevere proposte dalla società civile, dalle assemblee e dai consigli territoriali o tematici, dalle università, dalle fondazioni o da altre forme di organizzazione sociale, dalle comunità di nazioni e dai cileni all'estero³⁵.

3. La partecipazione popolare nella scrittura di nuove costituzioni: alcune esperienze

Nelle democrazie contemporanee, è sempre meno accettabile che i cittadini non siano coinvolti nei processi decisionali attraverso vari meccanismi di partecipazione, e questa tendenza è ugualmente visibile in relazione ai momenti di cambiamento costituzionale che, a differenza del passato, hanno gradualmente cessato di essere appannaggio degli esperti e/o dell'*élite* politica, per lasciare il passo a processi di redazione costituzionale con maggiore deliberazione e inclusività. In questo contesto, la partecipazione fornisce maggiore trasparenza, efficacia e legittimità non solo al risultato, ma anche alla procedura che porta all'adozione del nuovo testo³⁶. Il ventunesimo secolo, infatti, sembra aver aperto una nuova "stagione costituente", non solo in America Latina. In contesti assai diversi e per effetto di differenti motivazioni, stiamo assistendo a numerosi processi di revisione costituzionale e di elaborazione di nuove Costituzioni, accumulati dalla valorizzazione della dimensione partecipativa, la quale appare particolarmente favorita dall'evoluzione tecnologica³⁷.

L'esperienza internazionale dimostra che la partecipazione dei cittadini, durante i processi costituenti, non si limita ai plebisciti o all'elezione dei membri delle assemblee, ma sono stati adottati vari canali di partecipazione diretta al fine di completare e rafforzare il lavoro di tali organismi. Questi includono forum nazionali, consultazioni pubbliche, sondaggi online e incontri territoriali e possono essere informativi, deliberativi o vincolanti. Nel primo caso l'assemblea riceve semplicemente opinioni, informazioni o proposte dai cittadini; nel secondo è tenuta a discutere alcune questioni o proposte di articolato, senza essere però obbligata a considerarle; nell'ultima ipotesi, invece, è obbligata a legiferare seguendo le indicazioni fornitele³⁸.

Si tratteranno brevemente alcune esperienze costituenti che, seppur profondamente diverse non solo per posizione geografica, ma anche e soprattutto per il contesto sociale e le motivazioni che hanno portato alla richiesta di una nuova norma fondamentale, sono state caratterizzate dalla centralità sia della natura deliberativa del procedimento che del ricorso a strumenti partecipativi³⁹. In virtù di tale centralità Allegretti ha definito le Costituzioni emerse da tali processi "partecipate"⁴⁰, riferendosi ai casi di Islanda, Bolivia ed Ecuador. È possibile far rientrare in tale classificazione, dato il grado di partecipazione dei loro processi costituenti attraverso meccanismi consultivi e/o deliberativi, anche le esperienze di Tunisia e Colombia e sicuramente l'attuale processo costituente cileno, oggetto di questo lavoro.

Ad essere paradigmatico, per lo studio che si intende portare avanti, è il caso dell'Islanda dove i cittadini sono stati consultati in permanenza sull'avanzamento della redazione del testo attraverso l'uso di piattaforme elettroniche – un sito web e i social network Facebook e Twitter. Queste sono state utilizzate, non solo per pubblicare gli articoli costituzionali in discussione, ma anche per ricevere i commenti della popolazione, la maggior parte dei quali sono stati inclusi nel testo finale adottato. Passando ad una breve analisi del caso tunisino, questo è stato caratterizzato, oltre che da numerose riunioni tra le commissioni della costituente e diversi rappresentanti della società civile, esperti ed ex

³⁵ R. Iannaccone, *I primi passi della Convención Constitucional cilena, tra risultati inaspettati e decisioni rilevanti*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2021, pp. 13-14.

³⁶ V. Soto, M. Ferrero, *Participación ciudadana, fortalecimiento democrático y mecanismos de incidencia en los procesos constituyentes*, in *Serie Informes*, 22/2021, p. 18.

³⁷ T. Abbiate, *La e-participation e i processi di elaborazione e revisione costituzionale*, in *IANUS*, 11/2014, p. 10.

³⁸ F. Flores, *Participación Ciudadana en Asambleas Constituyentes*, in *Contexto*, 1/02/2021, 10.

³⁹ N. Pettinari, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti. Verso un nuovo sviluppo della qualità democratica?*, in *federalismi.it*, 15/2019, p. 19.

⁴⁰ U. Allegretti, *Recenti costituzioni partecipate: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2013.

leader politici⁴¹, dal fatto che, così come in Islanda, la scintilla di innesco della partecipazione popolare è stata prodotta dalle organizzazioni della società civile stessa e, in particolare, dai c.d. “corpi intermedi” e “cyber attivisti”. Grazie soprattutto a questi ultimi emerse, quale elemento innovativo e di contributo sostanziale, il ricorso sistematico alle nuove tecnologie dell’informazione. Le discussioni in seno alle commissioni, e in seguito in Assemblea plenaria, così come le sessioni per l’adozione della Costituzione, sono state, infatti, seguite non solo in diretta televisiva, ma anche e soprattutto sulla rete, tramite la pagina Facebook e Twitter di Al Bawsala⁴². Sia il processo costituente islandese che quello tunisino sono stati caratterizzati da strumenti di partecipazione formale o dall’alto (*top-down*), ovvero previsti da atti normativi dello Stato o promossi dall’autorità pubblica, che di partecipazione informale o dal basso (*bottom-up*), vale a dire promossi da entità non istituzionali, come le organizzazioni internazionali e le organizzazioni non governative⁴³.

Per quanto riguarda, invece, le esperienze latinoamericane, dinanzi menzionate, queste sono state caratterizzate da numerosi strumenti partecipativi, ma non dall’utilizzo di piattaforme elettroniche, il che rende il Cile la prima esperienza costituente nella subregione a prevedere un loro uso massivo. In Ecuador sono stati tenuti vari forum e tavole rotonde a livello territoriale per ottenere commenti e suggerimenti dai cittadini, che hanno potuto inviare relazioni con le loro osservazioni ed essere ascoltati dall’assemblea. Un lavoro territoriale simile è stato realizzato in Bolivia, dove sono state raccolte circa tremila proposte, mentre in Colombia si sono tenuti più di 1.500 gruppi di lavoro e sono state ricevute proposte anche da diverse organizzazioni della società civile⁴⁴.

Particolarmente interessanti appaiono, rispetto a tali esperienze, le previsioni dei regolamenti delle assemblee costituenti in materia di iniziativa popolare di norme costituzionali. In Colombia, oltre ai soggetti istituzionali abilitati a presentare proposte dall’articolo 27 del regolamento – ovvero i costituenti, il governo nazionale, la Corte Suprema di Giustizia, il Consiglio di Stato e il Congresso Nazionale –, il successivo articolo stabiliva che avrebbero potuto farlo anche i rappresentanti legali delle organizzazioni non governative con carattere nazionale, le università e i gruppi guerriglieri vincolati con il processo di pace. Nel caso della Bolivia, invece, il diritto di iniziativa è stato riconosciuto ai costituenti e ai cittadini in generale, sia individualmente che collettivamente (art. 77, *Reglamento General de la Asamblea Constituyente de Bolivia*). In fine, in Ecuador in base a quanto stabilito nel Regolamento di funzionamento dell’Assemblea Costituente, e in particolare dall’articolo 23 “De la capacidad para presentar propuestas”, potevano presentare le loro proposte i membri dell’Assemblea, i movimenti sociali, le organizzazioni migranti, sindacali, indigene, etniche, di classe, civiche e della società civile, le diverse istituzioni e organismi dello Stato e qualsiasi persona fisica o giuridica, individualmente o collettivamente.

4. Strumenti di partecipazione popolare durante i lavori della Convención Constitucional

Come anticipato, *L’Estallido social*, in quanto incontro sociale autorganizzato, ha rappresentato un cambiamento della cultura dei cileni e per questo, fin dall’inizio, il processo costituente è stato caratterizzato da un alto grado di partecipazione popolare deliberativa e, al fine di garantirla sono stati previsti strumenti specifici. Le radici del processo costituente hanno portato, infatti, a proporre numerosi meccanismi volti a fornire legittimità alle decisioni assunte dalla Convenzione. La partecipazione popolare ha assunto, infatti, un ruolo centrale ed è stata esplicitamente sancita in tre dei quattro regolamenti della Convenzione Costituzionale, vale a dire nel *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* (RPP), nel

⁴¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, Cile, 2015, pp. 50-51.

⁴² N. Pettinari, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti*, cit., p. 26.

⁴³ T. Abbiate, *La e-participation e i processi di elaborazione e revisione costituzionale.*, cit., p. 16.

⁴⁴ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo*, cit., pp. 50-51.

Reglamento de Participación y Consulta Indígena (RPI) e, più in generale, nel *Reglamento General de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional* (RG).

Quest'ultimo, all'articolo 3 prevede la "Participación popular incidente", definendola come il "derecho a participar en la creación y deliberación de la norma constitucional con el fin de generar un impacto real en su debate y aprobación. Lo anterior, sea de forma individual o colectiva, desde todos los sectores, territorios y comunidades del país, con pertinencia cultural y perspectiva de género en las distintas instancias del proceso constituyente (lettera i), e la "Participación incidente de Pueblos Indígenas y Consulta Indígena" che deve avvenire mediante meccanismi di consultazione e di partecipazione, conformemente agli standards stabiliti dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni e da altri strumenti internazionali (lettera j). In questa sede non sarà possibile approfondire entrambe le tipologie, pertanto non ci si soffermerà sulla partecipazione indigena⁴⁵, ma esclusivamente su quella popolare, né si potranno analizzare i numerosi meccanismi di partecipazione popolare previsti. Basti dire che il *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* (RPP), approvato dalla Convenzione Costituente il 7 ottobre, prevede che il lavoro delle sette Commissioni della Convenzione sia accompagnato da riunioni autoconvocate, giornate deliberative nazionali, riunioni comunitarie, forum deliberativi e plebisciti dirimenti, i cui risultati, una volta sistematizzati, dovranno avere un impatto sulle decisioni della Convenzione. Come già anticipato, verranno analizzati, invece, maggiormente nel dettaglio gli strumenti di "e-participation" previsti dal suddetto regolamento, ovvero i canali telematici che consentono alla cittadinanza e alle organizzazioni non governative di esprimersi sulle decisioni pubbliche che li riguardano⁴⁶, avendo le informazioni necessarie per poterlo fare in modo consapevole. Proprio per questo motivo verrà inizialmente illustrato quanto previsto dai regolamenti della Convenzione in materia di trasparenza.

4.1. Il principio di trasparenza

Il principio di trasparenza⁴⁷ è un elemento cardine di tutti i regolamenti della CC e del processo costituente stesso. In questa sede però, senza pretesa di esaustività, la sua analisi verrà condotta

⁴⁵ Appare opportuno, però, riportare che, in termini generali, il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena* stabilisce l'istituzione di un sistema di partecipazione e consultazione indigena in conformità con "le norme internazionali sui diritti umani dei popoli indigeni, che sono stabilite, tra le altre fonti del diritto internazionale, in quelle menzionate nel presente regolamento, che la Convenzione assume come sovrane" (art. 1). Queste consultazioni hanno un carattere vincolante, in quanto tutti gli accordi adottati nel processo saranno inclusi come norme costituzionali soggette a votazione, sia nelle rispettive Commissioni che nella plenaria. In questo modo, la partecipazione dei popoli indigeni si estende oltre i loro rappresentanti nell'organo costituente: V. H. Moreno Soza, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 8/10/2021. Tale processo, in base a quanto previsto dal Regolamento oggetto d'analisi, conterà di sette fasi: 1) la diffusione e l'informazione sul processo di partecipazione e consultazione; 2) la preparazione del documento di base del processo di partecipazione e consultazione; 3) la fase di dialogo e deliberazione; 4) la ricezione e sistematizzazione dei risultati del processo di partecipazione e consultazione; 5) la preparazione di un rapporto sugli accordi raggiunti; 6) la fase di proposte normative; 7) l'informazione sui risultati. La *Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad*, composta dai 17 costituenti rappresentanti dei seggi riservati e da altri 8 costituenti, e la *Secretaría de Participación y Consulta Indígena*, organo collegiale di carattere tecnico, esecutivo e plurinazionale, avranno il compito di supervisionare e organizzare il processo di consultazione. Un elemento degno di nota di questo Regolamento è il principio "pro-popoli" sancito, tra gli altri principi generali – come il principio di plurinazionalità e autodeterminazione dei popoli – dall'articolo 6. Nello specifico, la lettera g recita: "La salvaguardia de los derechos de los pueblos indígenas es el fundamento de la consulta y todo el proceso está guiado por la protección más amplia a estos. La Convención, la Comisión y la Secretaría de Participación y Consulta deberán interpretar y preferir, en relación con el proceso de participación y consulta, la norma más amplia o la interpretación más extensiva o protectora de los derechos de los pueblos indígenas. Inversamente, cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos, deberá estarse a la norma o a la interpretación menos restrictiva de los derechos de los pueblos". Si tratta, quindi, di una linea guida per il lavoro dell'intera Convenzione, che implica l'applicazione dei criteri più ampi possibili a beneficio dei popoli indigeni e l'interpretazione meno rigida in termini di restrizioni nei loro confronti: Osservatorio Latinoamericano sobre el Proceso Constituyente de Chile, *La decimocuarta semana de la Convención Constitucional: el fin de la etapa reglamentaria y el frustrado intento de una reclamación*, 11/10/2021.

⁴⁶ European Union, *E-participation Best Practice Manual*, 2012.

⁴⁷ Sul rapporto tra trasparenza e partecipazione v., tra gli altri: X. Codina García Andrade, *Estado democrático, participación ciudadana y control de la administración*, in J.E. Soriano García (dir.), M. Estepa Montero (coord.), *Por el derecho y la libertad*.

esclusivamente in relazione a due elementi: il rapporto che lo lega al già citato articolo 3 del Regolamento Generale e le modalità con le quali la Convenzione ha deciso di garantire il rispetto di questo principio. La garanzia di trasparenza, infatti, permette una partecipazione informata e consapevole così come previsto dal RG e, così come la "Participación incidente y vinculante" (art. 3), è prevista tra i principi del RPP che all'articolo 9 prevede l'"Acceso a la información, transparencia y trazabilidad", stabilendo che "La Convención Constitucional deberá respetar, cautelar y promover el conocimiento y la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos que se encuentren relacionados con los distintos mecanismos de participación. Se dispondrá de un sistema de trazabilidad, que permita dar cuenta de la sistematización y la utilización de los insumos y orientaciones obtenidos a partir de los mecanismos de participación popular en los distintos niveles de toma de decisiones de la Convención Constitucional".

Il RG, inoltre, stabilisce diversi obblighi di trasparenza attiva, includendo un'ampia gamma di informazioni sul funzionamento e l'avanzamento della Convenzione, e di trasparenza passiva, stabilendo che l'assemblea sarà dotata di tutte le piattaforme tecnologiche e le procedure necessarie per assicurare la disponibilità delle informazioni. Nello specifico, l'articolo 48 prevede la creazione di: una *Plataforma de Transparencia Activa*, avente lo scopo di rendere disponibile in modo facile da usare, accessibile e riutilizzabile una serie di informazioni sul funzionamento e sull'avanzamento della Convenzione; una *Plataforma de Acceso a la Información*, attraverso cui la popolazione abbia il diritto di accedere a tutte le informazioni provenienti dalla costituente; e una *Plataforma de reutilización y desarrollo* volta a permettere a diversi sviluppatori di accedere alle informazioni in modo che possano creare applicazioni per supportare le funzioni della CC, al fine di permettere il controllo popolare dei lavori della Convenzione Costituzionale, o per gli scopi determinati dagli utenti. Quest'articolo sottolinea, altresì, l'importanza di dotare l'assemblea costituente di social network propri, disponibili e aggiornati con tutte le informazioni relative alla Convenzione, tra le quali cronoprogrammi dei lavori dell'assemblea, documenti di discussione, avvisi pop-up, votazioni, dichiarazioni della Convenzione e dell'Ufficio di presidenza.

4.2. *La Plataforma Digital de Participación Popular*

Particolarmente interessante è il meccanismo stabilito dal *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* per l'iniziativa popolare di norme costituzionali. Questa possibilità, come si è già visto, era stata prevista in altre recenti esperienze latinoamericane, in particolare in Colombia, Bolivia ed Ecuador. La novità introdotta in Cile è stata la creazione di una apposita piattaforma digitale, la *Plataforma Digital de Participación Popular* (artt. 26-27). Attraverso un apposito sito web, accessibile anche dalla prima pagina di quello della Convenzione, tutti i cittadini, di forma individuale o organizzata, hanno potuto registrarsi nel Registro Pubblico di Partecipazione (art. 28) e presentare fino a sette iniziative e sostenerne altrettante. Queste proposte dovevano contenere un titolo, una breve descrizione e una proposta di articolato e, dopo essere state valutate dalla Segreteria Tecnica e dichiarate ammissibili, per entrare nel dibattito costituente avrebbero dovuto raggiungere 15.000 firme da almeno quattro diverse regioni del Paese. Le norme di iniziativa popolare, che avrebbero rispettato tali requisiti, dopo un processo di sistematizzazione, sarebbero entrate a far parte della discussione della CC e pertanto inviate alle

Libro homenaje al professor Juan Alfonso Santamaría Pastor, vol. 1., 2014; R. García Macho, *El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público*, in R. García Macho (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, 2010; M.J. Corchete Martín, *Nuevas experiencias de la democracia en la ciudad: de la gobernanza al buen gobierno*, in J.L. Cascajo Castro, A. Martín De La Vega (coord.), *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2016; F.J. Orduña Moreno (dir.), C. Sánchez Martín, R. Guillén Catalán (coord.), *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, 2018; e i numerosi contributi in L. Cotino Hueso, J.L. Sahuquillo Orozco, L. Corredoira Y Alfonso (coord.), *El paradigma del gobierno abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*", Madrid, 2015.

rispettive commissioni. Il Regolamento ha previsto, inoltre, che le norme di iniziativa popolare avrebbero seguito lo stesso processo di votazione delle leggi proposte dai membri della Convenzione.

La prima norma costituzionale popolare a raggiungere le firme necessarie per essere inclusa nel dibattito costituzionale è stata, il 29 dicembre 2021, quella elaborata dall'*Asamblea Permanente por la Legalización del Aborto en Chile "Será Ley"*. Questa iniziativa, pubblicata solo il 24 dicembre, in sette giorni ha raggiunto i requisiti necessari ovvero, oltre le 15 mila firme e che i firmatari provenissero da almeno quattro regioni. Risulta, infatti, che abbia avuto sostenitori in tutte le 16 regioni del Paese. È evidente, quindi, quanto la garanzia del diritto all'aborto sia una richiesta trasversale e tale evento conferma che il testo della Costituzione sarà caratterizzato da misure volte ad una maggiore inclusione e tutela dei collettivi che fino a questo momento sono stati marginalizzati⁴⁸. Al termine fissato per l'utilizzo di tale strumento, il 20 gennaio 2022, risultano pubblicate 2.496 proposte e, di queste, 77 hanno raggiunto il sostegno necessario per essere discusse in seno alla Convenzione.

5. Due ordini di problemi: "classici" e "tecnologici"

Da quanto esposto finora si rilevano due ordini di problemi legati alla partecipazione popolare nella scrittura della futura costituzione cilena, e in generale nei processi costituenti "partecipati", definibili come "classici" e "tecnologici".

Per quanto riguarda i primi, molto brevemente, è possibile identificarne principalmente tre. Innanzitutto, si tratta del linguaggio utilizzato sia nei lavori della Convenzione che nella redazione della nuova norma fondamentale. Il Regolamento Generale fa riferimento numerose volte alla necessità di utilizzare, durante i lavori della CC e nella produzione documentale, non solo le diverse lingue dei popoli indigeni, ma anche un linguaggio inclusivo, chiaro e semplice. Infatti, tra i principi rettori che enumera all'articolo 3 il linguaggio rientra in quello di "efficacia" quando viene stabilito che "el lenguaje utilizado debe considerar un entendimiento cercano entre la ciudadanía y el texto mismo", in quello di "inclusività" prevedendo che la Convenzione deve promuovere un disegno che abbia accessibilità universale, caratterizzato da un linguaggio semplice; e, infine, dispone esplicitamente il principio di un "lenguaje claro e inclusivo", definendo che i testi adottati dall'assemblea, e tra questi soprattutto la Costituzione, devono essere scritti in un linguaggio chiaro per facilitare la comprensione e l'accessibilità, considerando l'interculturalità e il linguaggio inclusivo e non discriminatorio e preferendo l'uso di un linguaggio neutro. Alla luce di ciò, del ruolo che avrà la *Comisión de Armonización* nella redazione del testo fine, al termine dei lavori della CC, e del principio cardine del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* di produrre norme fondamentali che siano direttamente interpretabili dalla popolazione, quello del linguaggio sembra, in parte, un problema secondario. Maggiormente preoccupante e ancora irrisolto appare il secondo "problema classico" vale a dire quello legato alla possibilità che le proposte popolari siano rifiutate dalla Convenzione e, quindi, l'identificazione di un meccanismo volto a segnalare e motivare il rifiuto. Infine, vi è l'annosa questione del "divario digitale" relazionata, tra innumerevoli fattori, con la diversa possibilità di connessione ad internet dei cittadini, in un paese caratterizzato da enormi differenze sociali, e con le caratteristiche dell'utente come, ad esempio, genere ed età. In effetti, questo elemento è profondamente legato al secondo ordine di problematiche che si intendono porre in rilievo, ovvero quelle legate all'utilizzo della tecnologia. La decisione di considerarlo parte della categoria appena trattata risiede in due motivazioni. Da un lato, questo problema è stato evidenziato da autorevole dottrina fin dai primi studi sull'applicazione della tecnologia alle questioni legate alla rappresentanza⁴⁹ – e in particolare, il voto elettronico – e ciò lo rende un tema classico degli

⁴⁸ R. Iannaccone, *I primi passi della Convención Constitucional cilena*, cit., p. 16 ss.

⁴⁹ Tra gli altri: M. Bolognini, *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma, 2001; D. Held, *Modelli di democrazia*, Bologna, 2003; D. Pittèri, *Democrazia elettronica*, Bari-Roma, 2007; A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. Chieffi (cur.), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006; Consiglio d'Europa, *E-voting handbook. Key steps in the implementation of e-enabled elections*, 2010; E. Lironi, *Potential and challenges of e-participation in the European Union*, 2016

studi sulla rappresentanza. D'altra parte, è strettamente legato alla questione dell'algoritmo della piattaforma per le iniziative popolari e delle reti sociali utilizzate dalla Convenzione. Gli algoritmi hanno una configurazione normativa e si muovono nello schema delle fonti del diritto perché si inseriscono nei processi decisionali pubblici o condizionano le norme che incidono sui diritti costituzionali. Sono strumenti destinati a uno scopo specifico e utilizzati per migliorare i processi e ottenere risultati di vario tipo⁵⁰. Per quanto concerne la *Plataforma Digital de Participación Popular*, tale scopo deve essere compatibile con i principi che caratterizzano il processo costituente, così come gli algoritmi progettati per raggiungerlo. Principi come la preminenza dei diritti umani, l'uguaglianza, la non discriminazione, un approccio di genere e una prospettiva femminista devono essere, quindi, necessariamente rispettati. Inoltre, attraverso l'algoritmo, in Cile è stato parzialmente limitato il divario digitale progettando una piattaforma supportata da telefoni cellulari, molto più comuni rispetto ai computer. Appare evidente, inoltre, la necessità, derivante dall'utilizzo di piattaforme digitali, in generale e soprattutto in processi pubblici, di garantire la sicurezza informatica e la tutela dei dati degli utenti, basti pensare a quanto accaduto con il caso "Cambridge Analytica".

Come anticipato, infatti, l'algoritmo non è solo legato alla Piattaforma per le iniziative popolari ma anche, e soprattutto, alla volontà della Convenzione di fare un uso massivo delle reti sociali al fine di garantire alti standard di trasparenza. Passando all'analisi delle reti sociali si apre il vaso di Pandora dei problemi tecnologici. Le ombre della segmentazione e della gestione dei dati per influenzare il processo costituente incombono su di esso e, quindi, sulla futura Costituzione. Allo stesso modo, i rischi legati al discorso di odio e alle notizie false non sono indifferenti. Essendo argomenti ampi, si riportano due questioni che si ritengono particolarmente significative. Il discorso d'odio è fortemente relazionato con la violenza politica contro le donne, definita dalla "Ley Modelo Interamericana sobre Violencia Política contra las Mujeres" come "Cualquier acción, conducta u omisión, realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o varias mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos". La politica è sempre stata ed è ancora un mondo prevalentemente maschile in cui le donne sono state gradualmente incorporate e, nonostante l'attenzione alla parità e alla prospettiva di genere, perfino il processo costituente cileno è stato caratterizzato, in generale, dal discorso d'odio e cospicuamente da quello verso le donne⁵¹.

Per quanto riguarda le "fake news", attualmente è sotto gli occhi di tutti che queste non provengono solo da profili falsi e anonimi, ma anche da politici e dalle istituzioni stesse. L'evento più eclatante in Cile è stato quello dell'ex presidente Sebastián Piñera che lo scorso 14 settembre, quando era ancora in carica, ha criticato la Convenzione attraverso il suo account Twitter per non aver riconosciuto il dovere e il diritto preferenziale dei genitori ad educare i propri figli e la libertà di educazione, temi particolarmente sensibili per il settore che gli è vicino, ovvero la destra cilena, che all'interno della costituente costituisce una minoranza di meno di un terzo. Tale evento oltre ad essere falso, era completamente distante dai temi trattati dalla Convenzione, dato che ancora non erano iniziati i lavori riguardo il contenuto e la struttura delle norme costituzionali⁵².

([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556949/IPOL_STU\(2016\)556949_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556949/IPOL_STU(2016)556949_EN.pdf)); G. Fioriglio, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, 2017; G. Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017; E. Palici Di Suni (cur.), *Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'età di Internet*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2014; T. E. Frosini, *Internet y democracia*, in *ReDCE*, 30/2018; A. D'Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de internet*, ivi.

⁵⁰ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in: A. C. N. Gomes, B. Albergaria, M. R. Canotilho (coord.), *Direito Constitucional: Diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, 2021; v. F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2023.

⁵¹ Nello specifico, riguardo il discorso d'odio contro le donne attraverso le reti sociali durante il processo costituente cileno, si rinvia alle relazioni realizzate nell'ambito del progetto "Mujeres y política en Twitter" promosso dalla *Escuela de Periodismo* dell'Università di Santiago in collaborazione con il progetto "Stop Hate" della Università di Salamanca e realizzato in coordinamento con ONU Mujeres.

⁵² Observatorio Latinoamericano sobre el Proceso Constituyente de Chile, *La undécima semana de la Convención Constitucional: el debate por los 2/3*, 21/09/2021.

6. A mo' di conclusione: la prospettiva di una Costituzione digitale

Il caso cileno dimostra che, in una società digitale, anche e forse soprattutto la redazione di una nuova Costituzione non può prescindere dall'uso massivo delle reti sociali, intese nel senso ampio del termine. Questo rappresenta, come si è cercato di illustrare in questo scritto, non solo un'opportunità di partecipazione popolare, ma anche numerosi rischi.

La Convenzione Costituente dovrà, dunque, non solo confrontarsi con questi e salvaguardare il suo lavoro e la redazione della nuova norma fondamentale, ma avrà, anche, la possibilità di realizzare una "costituzione dell'algorithm" nel senso non solo di una digitalizzazione della Costituzione, ma anche di una costituzionalizzazione della tecnologia – compresa l'intelligenza artificiale e, in particolare, il suo utilizzo nelle decisioni pubbliche – e controlli gli interessi economici delle grandi imprese tecnologiche⁵³.

In un contesto generale dove è diventato imprescindibile regolare nuovi diritti, come ad esempio quello di accesso ad internet, e le inedite modalità di vulnerarli – in particolare, quelli dei collettivi più "deboli" penso non soltanto alla diffusione del discorso d'odio, ma anche a fenomeni come il cyberbullismo e la violazione dell'intimità, il processo costituente cileno sembra essere un interessante laboratorio. È ipotizzabile che, dalla futura costituzione, sarà possibile "importare" misure e strumenti che arricchiscano le attuali costituzioni "analogiche" caratterizzate dal problema di non regolare la realtà che si è imposta, contraddistinta da un nuovo tipo di società che vive in un mondo digitale⁵⁴.

7. Un infelice epilogo⁵⁵

Se da una parte, non appare avventato sostenere che la proposta di nuova Costituzione cilena conteneva un'attenta disciplina della tecnologia⁵⁶, anche come conseguenza delle caratteristiche del processo costituente analizzate in questo contributo; dall'altra, è proprio a queste caratteristiche che si può in parte ricondurre la mancata ratifica popolare del testo proposto, sia per l'aspettativa realizzata, dato il consistente coinvolgimento popolare, che per la mancanza di strumenti efficienti di rendicontazione di tale partecipazione.

I due plebisciti che hanno aperto e chiuso il processo costituente cileno, ma non il momento costituente, sono stati radicalmente diversi. L'unico elemento in comune sono state le opzioni presenti sulla scheda elettorale, "apruebo" o "rechazo", ma mentre nel 2020 la prima ha ottenuto un ampio appoggio, circa l'80%, nel 2022 i voti a favore dell'"apruebo" sono stati solo il 38,14%. Una sostanziale differenza, che potrebbe aver in parte influito sul risultato finale, è stata l'obbligatorietà del voto, costituzionalmente prevista per il solo plebiscito d'uscita. Il numero dei votanti, infatti, è stato notevolmente superiore, 13.021.063 rispetto ai 7.562.173 di ottobre 2020. È possibile ipotizzare, dato questo consistente aumento, che, oltre ad una parte della popolazione in disaccordo sia con la Costituzione del 1980 che con il testo proposto, l'obbligatorietà abbia spinto al voto anche fasce di popolazione che non avevano votato al precedente plebiscito che sono confluite nelle fila del

⁵³ F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, cit.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Questo paragrafo è successivo alla scrittura del contributo ed è stato aggiunto in vista della pubblicazione al fine di fornire alcuni cenni sull'esito del processo costituente cileno.

⁵⁶ Il testo sanciva, ad esempio, il diritto di tutti i cittadini ad avere accesso alla connettività digitale (art. 85), a partecipare in uno spazio digitale libero dalla violenza (art. 88) e all'educazione digitale e sanciva, altresì, il fondamentale diritto alla disconnessione digitale nel contesto delle relazioni lavorative (art. 46.1). Erano riconosciuti espressamente il diritto alla privacy (art. 70); all'autodeterminazione informativa e alla protezione dei dati personali (art. 86); alla sicurezza dell'informazione (art. 87) e prevista la creazione dell'Agenzia nazionale per la protezione dei dati personali (art. 375). Inoltre, venivano attribuiti allo Stato alcuni obblighi a ciò relazionati, tra cui: superare le lacune nell'accesso, nell'uso e nella partecipazione allo spazio digitale (art. 86.4); sviluppare azioni per la prevenzione, la promozione, la riparazione e la garanzia del diritto a una vita libera dalla violenza digitale, garantendo una protezione speciale alle donne, alle bambine, ai bambini, agli adolescenti e alle diversità e dissidenze sessuali e di genere (art. 89); creare politiche pubbliche e finanziare piani e programmi gratuiti volti all'educazione digitale (art. 90).

“rechazo”: probabilmente un numero maggiore di anziani dato che il primo referendum si era svolto in un contesto pienamente pandemico; una parte della popolazione disinteressata; coloro che non si sono scrupolosamente informati. Quest'ultimo elemento, in particolare, è legato alla massiccia campagna di disinformazione che ha accompagnato l'intero processo costituente e si è intensificata nei mesi dedicati alla campagna referendaria. Bisogna, inoltre, considerare le elevate aspettative riposte nella Convenzione, immaginata come un organo diametralmente distinto dagli altri, esente dai “vizi” della politica e che avrebbe posto fine ai dolori che affliggevano il popolo cileno. Come era prevedibile, tali aspettative sono state, almeno in parte, deluse e i cileni si sono trovati dinanzi ad un organo litigioso e spesso manchevole di quel galateo istituzionale tipico degli organi rappresentativi⁵⁷.

Il risultato del 4 settembre solleva molti interrogativi non solo sulle prospettive costituzionali e sociali del Cile, ma anche sul valore dei due plebisciti, oltre a evidenziare la problematicità di prevedere per un testo costituzionale la sua approvazione popolare⁵⁸ e il ruolo della tecnologia, dei *social network* e delle notizie false, dal quale nessuna democrazia sembra essere esente.

Abstract

Il contributo si propone di analizzare i meccanismi utilizzati nel processo costituente cileno, conclusosi nel settembre 2022, per consentire il coinvolgimento diretto della popolazione nel processo di elaborazione costituzionale, con particolare attenzione alla e-participation e quindi agli strumenti tecnologici utilizzati a tal fine nonché alle misure, norme e procedure, volte a garantire, con diversi gradi di intensità, la trasparenza e la circolazione delle informazioni.

Parole chiave: processo costituente cileno, costituzionalismo partecipativo, e-participation

*

The paper aims to analyse the mechanisms used in the Chilean constitution-making process, which ended in September 2022, to enable the direct involvement of the population in the constitutional drafting process, with a focus on e-participation and thus on the technological tools used for this purpose, as well as the measures, norms and procedures, aimed at guaranteeing, with varying degrees of intensity, transparency and the circulation of information.

Key words: Chilean constitutional processes, participative constitutionalism, e-participation

⁵⁷ R. Iannaccone, “Cronache di una morte annunciata”? L'eredità del processo costituente cileno, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2022, pp. 5 ss. v. Per un'analisi del referendum di ratifica v.: F. Atria, *El proceso constituyente y su futuro después del plebiscito*, in *La Casa Común*, 2022; S. Bagni, “Era un gioco, non era un fuoco”. Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022, in *Dpce online*, 4/2022; L. Galdámez Zelad, *El rechazo a la propuesta constitucional en Chile*, in *Diritti Comparati – Blog*, 29/09/2022; R. Gargarella, *El “plebiscito de salida” como error constituyente*, in *IACL-AIDC Blog*, 6/09/2022; T. Groppi, *Il Cile da un plebiscito all'altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022 visto dall'Italia*, in *federalismi.it*, 23/2022; C. Heiss, *¿Por qué se rechazó la propuesta de nueva Constitución en Chile?*, in *Blog Revista Derecho del Estado*, 2/11/2022; F. Zúñiga, *El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales*, in *Cuadernos Constitucionales*, 3/2022; J. Piscopo, P. Siavelis, *Chile's Constitutional Chaos*, in *Journal of Democracy*, 1/2023; G. Larraín, G.L. Negretto, S. Voigt, *How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile*, in *Public Choice*, 3-4/2023.

⁵⁸ Si rinvia sul tema a R. Gargarella, *Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile*, Buenos Aires, 2020; G.L. Negretto, *Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada*, in *Revista de ciencia política*, 1/2015, p. 211.

III

**IL CONTROLLO DEL POTERE NEL
COSTITUZIONALISMO DIGITALE**

L'effettività dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati in internet: il dilemma della moderazione dei contenuti pubblicati su social network nella prospettiva di una comparazione tra Germania e Brasile^()*

Gilmar FERREIRA MENDES^{*}, Victor OLIVEIRA FERNANDES^{**}

Sommario: 1 Introduzione 2. Libertà di espressione e moderazione dei contenuti pubblicati sui social network: una nuova frontiera del dibattito sulla costituzionalizzazione del diritto privato 3. Recenti evoluzioni della dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in Brasile e i dilemmi relativi alla responsabilità dei *provider* 4. Recenti tendenze nella giurisprudenza tedesca: l'estensione della teoria dell'efficacia orizzontale diretta nei casi di espulsione dai social network e di blocco di contenuti 5. Conclusioni

1. Introduzione

L'affermazione storica della dimensione oggettiva dei diritti fondamentali ha imposto alla giurisdizione costituzionale di riconoscere tali diritti nel quadro di un ordine di valori e principi con capacità di irradiazione in tutti i settori dell'ordinamento¹. In particolare, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, questa tendenza ha condotto a riconoscere l'efficacia di un simile ordine di valori anche al di là delle relazioni verticali tra lo Stato e i cittadini².

La questione dell'efficacia dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati ha caratterizzato il dibattito dottrinale tedesco negli anni Cinquanta e all'inizio degli anni Sessanta. Anche negli Stati Uniti, la riflessione sulla *State Action* determinò un interesse verso l'applicazione dei diritti fondamentali alle relazioni private³. Dopo anni di dibattito dottrinale sull'efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali in tale ambito⁴, il riconoscimento della dimensione orizzontale dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale si è progressivamente concretizzato attraverso la valorizzazione del ruolo del legislatore nella prospettiva dei doveri di protezione⁵. In questa ottica, i tribunali costituzionali devono valutare l'osservanza, da parte del legislatore, non solo del divieto di interventi eccessivi (*Übermassverbot*) ma anche del divieto di indebite omissioni (*Untermassverbot*) nella conformazione dei diritti fondamentali nella dimensione privata⁶.

(*) Traduzione dallo spagnolo di Angelo Schillaci.

* Giudice presso il Supremo Tribunal Federal (STF).

** Capo del Gabinetto dei Magistrati del STF e Specialista in Regolamentazione dei Servizi Pubblici di Telecomunicazione presso l'Agenzia Nazionale delle Telecomunicazioni (ANATEL).

¹ E.-W. Böckenförde, *Fundamental Rights as Constitutional Principles*, Oxford, 2017, vol. 1, p. 238.

² H. Huber, *Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen*, Bern, 1971.

³ L.H. Ribe, *Refocusing the "State Action" inquiry: separating state acts from state actors*, Cambridge-Massachusetts-London, 1985, p. 246 ss.

⁴ K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1988, p. 24 ss.

⁵ Per comprendere come la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco abbia collegato la dimensione oggettiva dei diritti fondamentali ai doveri di protezione, v. E.-W. Böckenförde, *Fundamental Rights*, cit., pp. 186-208.

⁶ C.-W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, in *JuS*, 1(2), 1989, pp. 161-163.

La possibilità di applicare tale declinazione della teoria dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali – associata al dovere di protezione – alla tutela dei diritti in Internet è stata messa in discussione. Le preoccupazioni sono legate, principalmente, al grande potere economico di soggetti come Google, Facebook e Twitter. In particolare, la capacità di questi attori di raccogliere, immagazzinare e trattare dati personali, unitamente all'intensificarsi dei flussi di comunicazione in Internet aumenta le possibilità di violazione di diritti come la libertà di espressione e la riservatezza. Inoltre, anche l'eguaglianza è messa alla prova dall'utilizzo di algoritmi e strumenti di analisi di dati da parte di imprese e governi al fine di automatizzare i procedimenti di adozione di decisioni strategiche per la vita sociale, come l'assegnazione di opportunità di accesso al lavoro o ad altri beni sociali⁷.

Tanto nella tradizione nordamericana⁸ quanto in quella tedesca⁹, voci importanti hanno sostenuto la necessità di adeguare la dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali alle specifiche esigenze poste dal dibattito sulla moderazione dei contenuti pubblicati sui *social network*. Le proposte vanno da un adattamento più timido – a partire da un diverso inquadramento dell'efficacia indiretta¹⁰ – fino a proposte più radicali che contemplan l'abbandono di una prospettiva asseritamente individualista a favore di una concezione istituzionale collettiva¹¹.

Nel quadro di una comparazione tra Brasile e Germania, l'obiettivo di questo studio è quello di discutere i principali ostacoli che la dottrina dell'efficacia orizzontale incontra nel contesto del dibattito sulla moderazione dei contenuti pubblicati sui *social network*. Pertanto, nella prima parte dell'articolo si passeranno in rassegna le ragioni della crisi dei tradizionali canoni della teoria dell'efficacia *indiretta*, per come sviluppati dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco relativa alla tutela della libertà di espressione nel cyberspazio. Tali ragioni hanno condotto peraltro parte della dottrina contemporanea, tanto in Brasile quanto in Germania, a proporre un inquadramento quasi pubblicistico della mediazione dei conflitti tra diritti fondamentali nelle relazioni tra utenti e piattaforme.

Nella seconda parte, si analizzeranno le linee di tendenza della legislazione brasiliana in materia. Si esaminerà, in particolare, come l'efficacia diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni private sia stata utilizzata dalla dottrina come chiave interpretativa del regime della responsabilità civile degli intermediari, come disciplinato dall'articolo 19 del *Marco Civil da Internet*.

Infine, nella terza parte, verranno prese in esame le più recenti decisioni dei tribunali regionali tedeschi, del *Bundesverfassungsgericht* e del *Bundesgerichtshof*, dalle quali è possibile desumere una almeno iniziale revisione della metodologia dell'efficacia indiretta verso un regime pubblicistico della responsabilità delle piattaforme nel blocco e nell'eliminazione di contenuti. Nella conclusione, si svolgeranno alcune considerazioni di sintesi alla luce delle convergenze e delle divergenze rilevate nel corso della trattazione.

2. Libertà di espressione e moderazione dei contenuti pubblicati sui social network: una nuova frontiera del dibattito sulla costituzionalizzazione del diritto privato

Il rinnovato interesse per la teoria dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali si deve principalmente, in questo momento storico, al ruolo centrale svolto dagli attori privati in Internet – e in particolare dalle piattaforme di *social network* – nel controllo e nella moderazione dei contenuti

⁷ G. Sartori, *Human Rights and Information Technologies*. in R. Brownsword, E. Scotford, and K. Yeung (eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017, p. 423.

⁸ Al riguardo v. P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, 759/2005, e K. Langvardt, *Regulating Online Content Moderation*, in *Georgetown Law Review*, 106/2018.

⁹ V. gli autori citati *infra*, § 3.

¹⁰ L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken*, in *StudZR*, 2021 (<https://doi.org/10.11588/srzwo.2021.1.82224>), pp. 70-73.

¹¹ G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution*, in *Italian Law Journal*, 3(2)/2017, p. 485 ss.

pubblicati *online*¹². La nozione di dovere di protezione, intesa come strumento di configurazione e controllo del ruolo del legislatore risulta tuttavia poco adeguata a gestire i conflitti tra diritti fondamentali nel *cyberspazio*: in tale contesto, caratterizzato da tratti di massiccia autonomia nella comunicazione, sono infatti gli attori privati a definire regole e condizioni per l'esercizio delle libertà pubbliche¹³.

In questo senso, intermediari come *social network*, motori di ricerca e piattaforme di contenuti hanno finito per acquisire veri e propri poteri di configurazione e attivazione delle garanzie individuali legate alla riservatezza, alla libertà di manifestazione del pensiero, all'intimità, alla censura, all'autodeterminazione e all'accesso alle informazioni: tutto questo sposta il campo di *applicazione* dei diritti fondamentali dalla sfera pubblica a quella privata.

Anziché operare come meri agenti passivi nell'intermediazione di contenuti prodotti da terzi, infatti, imprese come Facebook, Google o Amazon sono altresì in grado di interferire nel flusso di informazioni attraverso filtri, blocchi ovvero attraverso la riproduzione massiva di contenuti prodotti dagli utenti. Simile interferenza si caratterizza peraltro per il penetrante ricorso ad algoritmi e altri strumenti di gestione di *big data*, i quali permettono alla piattaforma di manipolare e controllare in forme poco trasparenti il modo in cui i contenuti privati si diffondono¹⁴.

Tutte queste condotte mostrano come i suddetti attori assumano un atteggiamento "non neutrale" nel trattamento della comunicazione attraverso le reti da essi controllate¹⁵. Le decisioni – private – da loro adottate si riflettono direttamente sull'esercizio di libertà pubbliche. Da ciò discendono due rilevanti implicazioni per la giustizia costituzionale e in particolare per quel che riguarda la protezione della libertà di manifestazione del pensiero.

In primo luogo, si consideri che gli attori privati della rete assumono la funzione di mediatori in situazioni di conflitto tra diritti fondamentali, spesso prima ancora che arrivi ad occuparsene la pubblica autorità¹⁶. Nei fatti, queste piattaforme svolgono anche una importante funzione normativa, dettando le condizioni di uso dei servizi da esse offerti. Pur rientrando a pieno titolo in una fattispecie contrattuale, non di rado questi documenti assumono un tono analogo a quelli costituzionali, proiettando nello spazio di una relazione tra privati diritti come il libero accesso e la condivisione di informazioni e il diritto alla riservatezza dei dati¹⁷.

Oltre a fissare le regole del gioco nel trattamento dei dati e dei contenuti provenienti dall'utenza, questi attori assumono altresì la funzione di risolvere i conflitti che possano sorgere tra gli utenti, ovvero tra questi e la piattaforma. Nel momento in cui assicurano l'osservanza delle norme e condizioni di uso versate nel contratto, le imprese esercitano una vera e propria funzione decisoria e di giudizio, in relazione a diritti. In questo senso, le piattaforme funzionano come tribunali, se solo si considera che hanno la facoltà di sancire il blocco o il mantenimento *online* dei contenuti o addirittura

¹² Al riguardo v.: V. Karavas, *Digitale Grundrechte: Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet*, Baden-Baden Baden, 2007, p. 50; P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, 759/2005; E. Celeste, *Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 35(2)/2021, p. 162 ss.

¹³ In questo senso, cfr. G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights*, cit., argomentando che: "constitutional rights such as free speech are no longer directed against the state but against private actors within the private space of the Internet".

¹⁴ J.M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *UC Davis Law Review*, 2018, p. 1149 ss.

¹⁵ M. Bassini, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 25(2)/2019, p. 187, e A. Morelli, O. Pollicino, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2/2020, p. 26.

¹⁶ C. Padovani, M. Santaniello, *Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system*, in *International Communication Gazette*, 80(4)/2018, p. 295 ss. ("private operators have been acquiring law-making and law enforcement powers, defining the boundaries of some fundamental rights").

¹⁷ E. Celeste, *Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment?*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(2)/2018, p. 122 ss. (analizzando la cd. Carta dei diritti e delle responsabilità di Facebook l'autore mette in evidenza come la piattaforma tenda ad adottare il linguaggio tipico dei diritti fondamentali).

l'espulsione di partecipanti alla rete, senza che si renda necessario l'intervento di un organo amministrativo o giudiziario¹⁸.

Simile espansione del potere delle grandi compagnie di gestione di piattaforme telematiche ha progressivamente condotto legislatori e giudici a porsi il problema di definire un regime di responsabilità civile degli intermediari, per i contenuti pubblicati in rete. Negli ultimi anni, varie sono state le soluzioni legislative proposte a livello statale, per contrastare comportamenti illeciti realizzati in ambiente virtuale – si pensi alla diffusione di discorsi d'odio, diffamatori o anche notizie false (*fake news*) – dal momento che il ritiro di contenuti illeciti dalla piattaforma dipende da chi ha la titolarità del controllo del flusso di informazioni¹⁹.

La questione investe in pieno, tuttavia, il tema dei limiti alla regolazione della libertà di espressione in relazione all'effettività del controllo dell'utente sui contenuti trasmessi in rete²⁰. Da un lato, nel caso in cui gli ordinamenti nazionali pongano in capo alle piattaforme l'obbligo di rimuovere qualunque contenuto che gli utenti stessi segnalino come inappropriato, aumenta la possibilità di contenere il fenomeno della diffusione di contenuti offensivi o illegali in rete. Questa soluzione è stata frequentemente adottata, per esempio, per contrastare le violazioni del diritto d'autore²¹: così, le leggi che sono intervenute al riguardo hanno stabilito l'immediata responsabilità del *provider*, addirittura imponendo l'attivazione di filtri al momento del caricamento dei contenuti in questione²².

D'altro canto, l'introduzione di un regime rigido di responsabilità dei *provider* di servizi in Internet, indipendente da un espresso ordine da parte del giudice, comporta il rischio che segnalazioni abusive o infondate finiscano per compromettere libertà di espressione e pluralismo in rete. In questo senso, autori come Balkin²³ hanno sostenuto che un regime di responsabilità immediata per gli intermediari digitali potrebbe provocare il fenomeno della cd. "censura collaterale", che si produce quando il timore della sanzione conduca l'intermediario ad irrigidire gli strumenti di controllo sui contenuti degli utenti²⁴. L'adozione di sistema di responsabilità immediata e diretta degli intermediari, senza alcuna possibilità di revisione in sede giudiziaria, si è consolidata come tendenza in regimi autoritari come Cina, Venezuela, Iran, Russia e Ruanda.

In questo contesto, caratterizzato dall'impossibilità di prefigurare legislativamente la risoluzione dei conflitti, varie voci si sono levate in sede dottrinale, in Germania²⁵ e in Brasile²⁶, per sottolineare la necessità di ripensare la teoria dell'efficacia orizzontale al fine di assicurare un controllo più efficace da parte dei tribunali. Il timore principale, al riguardo, è che le piattaforme – potendo rimuovere

¹⁸ L. DeNardis, *The Global War For Internet Governance*. New Haven and London, 2014, pp. 157-167. ("private intermediaries have increasingly become the arbiters of online expressive liberty"); e H. Bloch-Wehba, *Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State*, in *SMU Law Review*, 72(1)/2019, p. 27. ("platforms are engaged in both rulemaking and adjudication").

¹⁹ T. Gillespie, *Custodians of The Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*, New Haven, 2018, pp. 107-111.

²⁰ J.M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in *Pepperdine Law Review*, 36/2008, pp. 107-108.

²¹ Negli Stati Uniti, ad esempio, dopo le più recenti riforme legislative, l'attuale formulazione dell'articolo 230 del En Estados Unidos, por ejemplo, tras las reformas legislativas, la redacción actual del artículo 230 del Communication Decency Act (CDA) garantisce in forma esplicita una immunità quasi assoluta ai provider per la diffusione di contenuti di terzi, con l'unica eccezione delle situazioni di violazione del diritto d'autore. Tuttavia, la Corte suprema si è trovata ad affrontare casi nei quali l'immunità prevista dalla legislazione e i suoi limiti sono messi alla prova. Per approfondimenti, v.: O. Pollicino, *Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: The case of freedom of speech*, in *European Law Journal*, 25(2)/2019, pp. 163-164; M. K. Land, *A human rights perspective on US constitutional protection of the internet*, in O. Pollicino and G. Romeo (eds.), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*. New York, 2016, pp. 51-52.

²² M. Bassini, *Fundamental rights*, cit., p. 196.

²³ J. M. Balkin, *Free Speech*, cit., pp. 30-31.

²⁴ T.D. Oliva, *Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression*, in *Human Rights Law Review*, 20(December)/2020, pp. 608-609 ("these circumstances led internet platforms to act proactively in order to avoid liability and obstacles to the free flow of information, in an attempt to protect their business models").

²⁵ Sul tema, v. gli autori citati nella Parte III di questo articolo.

²⁶ I. W. Sarlet, I. A. Hartmann, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais*, in *Revista Direito Público*, 16/2019, p. 85 ss.

contenuti e profili nei *social network* – finiscano per restringere indebitamente le possibilità di esercizio della libertà di espressione²⁷.

Prima di passare in rassegna queste proposte emerse in dottrina, è allora importante esaminare più dettagliatamente la struttura dei contratti stipulati tra utenti e gestori delle piattaforme. Il regime giuridico di simili relazioni può essere facilmente inquadrato entro i canoni tipici dell'autonomia contrattuale²⁸. Il rapporto giuridico tra il *provider* e l'utente richiama dunque quello tra impresa e consumatore, e non certo quello tra sovrano e cittadino²⁹. In questa ottica, non è infrequente ad esempio che studiosi di diritto civile affermino che la posizione del *provider* può essere assimilata a quella del proprietario, dotato della capacità di dettare le regole di permanenza nella "casa virtuale" ("*virtuelles Hausrecht*") messa a disposizione³⁰. Nei rispettivi ambiti commerciali, queste parti sarebbero dunque libere di dettare limiti alla partecipazione, allo scambio di contenuti, alle condizioni di interazione tra gli utenti³¹.

Tuttavia, l'assunzione di reciproche obbligazioni in relazione alla possibilità di limitare i contenuti presenta profili di maggiore complessità. In generale, infatti, il catalogo di simili obbligazioni non è contenuto soltanto nelle condizioni di uso o servizio ma anche, in via complementare, in documenti autonomi talora denominati "Dichiarazioni di diritti", "Linee guida" o "Standard della comunità", "Norme della piattaforma"³². Seppur privi di forza vincolante, tali documenti configurano norme accessorie ai contratti stipulati e funzionano come "norme comunitarie"³³, la cui interpretazione è di solito decisiva per escludere contenuti o utenti dalla piattaforma³⁴.

Pur essendo, come notato, mere clausole accessorie a contratti privati, le clausole aperte contenute in questi documenti hanno spesso teso a mimare un linguaggio tipicamente costituzionale³⁵. Gli standard di comunità di Facebook, ad esempio, affermano l'impegno di assicurare il diritto degli utenti ad essere informati, a mantenere il controllo della propria *privacy* e a disporre di strumenti per condividere e accedere alle informazioni in modo egualitario³⁶. L'adozione di un linguaggio di questo genere configurò in origine un chiaro tentativo da parte delle piattaforme di introdurre norme di coazione volontaria negli spazi virtuali³⁷.

²⁷ E. Celeste, *Digital punishment*, cit., pp. 163-164.

²⁸ Si tratta della prospettiva dominante nei tribunali regionali tedeschi almeno fino al 2018. In questo senso, cfr. D. Holznel, *Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?: Eine Untersuchung zur zivilrechtlichen Einordnung des Vertrags über die Nutzung von UGC-Plattformen sowie der AGB-rechtlichen*, in *Internet und E-Commerce*, 1(1)/2018, pp. 370-372.

²⁹ N. Suzor, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media + Society (SM+S)*, 4(3)/2018, pp. 3-4, e J. Grimmelmann, *Virtual World Feudalism*, in *Yale Law Journal Pocket Part*, 118/2009, p. 126 ss..

³⁰ G. Piras, *Virtuelles Hausrecht? Kritik am Versuch der Beschränkung der Internetfreiheit*. Berlin, 2016, pp. 50-53; P.N. Adelberg, *Rechtspflichten und-grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke: Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten*, Wiesbaden, 2019, pp. 172-173.

³¹ D. Holznel, *Overblocking durch User Generated Content*, cit., p. 372-373.

³² D. Wielsch, *Os ordenamentos das redes: Termos e condições de uso - Código - Padrões da comunicação*, in R. Campos, G. Abboud, N. Nery Jr. (org.), *Fake News e Regulação*, 2a. ed., Sao Paulo 2020, pp. 94-95; P.N. Adelberg, *Rechtspflichten und-grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke*, cit., pp. 135-136.

³³ D. Wielsch, *Os ordenamentos das redes*, cit., p. 95.

³⁴ N. Suzor, *Digital Constitutionalism*, cit., p. 3.

³⁵ E. Celeste, *Terms of Service and Bills of Rights*, cit., pp. 122-138, (per l'osservazione che i termini e le condizioni d'uso di Facebook "adopt the traditional jargon of constitutional texts and articulate their contents in terms of rights, principles and duties").

³⁶ La Dichiarazione dei diritti e responsabilità di Facebook, ad esempio, fa riferimento a una serie di principi che si avvicinano al catalogo costituzionale dei diritti racchiuso nella Costituzione federale brasiliana del 1988. In questo senso, il documento segnala che le condotte di Facebook devono essere guidate dall'obiettivo di garantire all'utenza il diritto a ottenere informazioni, controllare la propria riservatezza, disporre di strumenti pratici per condividere e accedere alle informazioni, così come a essere trattata secondo uguaglianza.

³⁷ Con riferimento alla tendenza di alcuni attori privati, come la ICANN, a fare riferimento, nei processi decisionali, a principi propri delle carte costituzionali, cfr. G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights*, cit.

In ogni caso, la letteratura contemporanea ha sottolineato che le regole interne risultano insufficienti a tutelare la libertà di espressione degli utenti: tale valutazione si basa su vari argomenti socio-giuridici e costituzionali che rappresentano altrettante sfide alla dottrina dell'efficacia orizzontale.

In primo luogo, è sempre più chiaro che la partecipazione a reti sociali *online* diviene progressivamente uno strumento di esercizio di libertà individuali. Ciò pone, in prima battuta, l'interrogativo se i *social network* siano integralmente riconducibili a spazi privati ovvero se essi presentino tratti assimilabili a quelli dello spazio pubblico³⁸.

In secondo luogo, e in modo cruciale, la preoccupazione relativa alla restrizione delle libertà individuali sui *social network* si collega ora anche alla più ampia riflessione sulla *governance* delle piattaforme³⁹. Si riconosce, cioè, che il potere di chi controlla le reti non attiene soltanto all'esecuzione di clausole contrattuali private ma risente anche, e intensamente, dell'influenza di interessi economici non trasparenti che possono condizionare gli atti di moderazione e vigilanza sull'utenza⁴⁰.

In questo senso, costituzionalisti tedeschi del calibro di Teubner⁴¹ ritengono che, mentre nella sua formulazione tradizionale la teoria dell'efficacia orizzontale si muove nella prospettiva – individualista – dell'equilibrio tra diritti individuali di attori privati, nello spazio digitale è necessario considerare questi diritti nella loro dimensione collettivo-istituzionale. Analogamente, Vagias Karavas⁴² sostiene che le posizioni di Claus-Wilhelm sul divieto di eccesso e di insufficienza⁴³ non considerano il ruolo dell'individuo nelle dinamiche di formazione del diritto privato, tipico di queste relazioni.

La tendenza a mettere in discussione la comprensione tradizionale dei doveri di protezione avvia una riflessione più profonda sulla necessità di una revisione della dottrina dell'efficacia orizzontale nel dibattito sulla responsabilità civile degli intermediari di contenuti.

3. Recenti evoluzioni della dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in Brasile e i dilemmi relativi alla responsabilità dei *provider*

La costruzione di una dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in Brasile è stata profondamente ispirata dall'esperienza tedesca⁴⁴. Tuttavia, mentre nella tradizione tedesca si è ritenuto che l'efficacia diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati potesse porre il rischio di una eccessiva limitazione dell'autonomia privata, l'orientamento maggioritario della dottrina brasiliana va nella direzione opposta⁴⁵.

³⁸ V. Karavas, G. Teubner, *Effetti orizzontali dei diritti fondamentali sulle parti private nella legge autonoma di Internet*, in *Scienza & Politica*, 18(35)/2006, p. 95 ss.

³⁹ In questo senso, cfr. F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in *Theoretical Inquiries in Law*, v. 17, n. 1, p. 487–513, 2016; O. Lynskey, *Regulating "Platform Power"*, LSE Legal Studies Working Paper 1/2017, p. 31 ss.; T. Gillespie, *Content moderation, AI, and the question of scale*, in *Big Data & Society*, 1(1)/2020, pp. 1-5.

⁴⁰ T. Gillespie, *Regulation of and by Platforms*, in J. Burgess, A. Marwick & T. Poell (eds.), *The Sage Handbook of Social Media*, London, 2018, p. 255.

⁴¹ G. Teubner, *Horizontal Effects of Constitutional Rights*, cit.

⁴² V. Karavas, *Digitale Grundrechte*, cit., p. 80.

⁴³ C.-W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip*, cit., p. 161-163.

⁴⁴ Sul tema, cfr. G.F. Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, 2009, pp. 114-128.

⁴⁵ Tra gli autori brasiliani favorevoli all'efficacia orizzontale diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati, cfr. D. Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, 2004; T. Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004; A. R. do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, Porto Alegre, 2004; R. Kaufmann, *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro* (Tese para a obtenção do título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor J.C. Moreira Alves); P.G.G. Branco, *Associações, expulsão de sócio e direitos fundamentais*, Porto Alegre-Brasília, 2003, pp. 170-174; I. W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 1998.

Sono almeno due le ragioni dogmatiche di simile inusuale circostanza⁴⁶. La prima si lega a una lettura eccessivamente ampia dell'articolo 5, par. 1, della Costituzione federale del 1988: su tale base, infatti, numerosi autori iniziarono a interpretare il mandato costituzionale sull'applicabilità immediata dei diritti fondamentali nei termini di una affermazione della loro efficacia diretta nelle relazioni tra privati⁴⁷. La seconda ragione, che merita maggiore approfondimento è la convinzione, maturata in dottrina, che l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Supremo Federale (STF) giustificherebbe una tale posizione e dunque una difesa del modello dell'efficacia diretta⁴⁸.

Ancora nel corso degli anni Novanta, la questione dell'applicazione dei diritti fondamentali in relazione a fattispecie contrattuali privatistiche si pose dinanzi al STF nella sentenza resa sul Recurso Extraordinario 160.222-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, relativa ad un caso di costrizione illegale (*constrangimento ilegal*) derivante dalla condotta di un imprenditore del settore della biancheria intima, che costringeva le proprie dipendenti ad accettare clausole contrattuali in base alle quali sarebbe stato possibile sottoporle in qualunque momento a perquisizioni intime, sotto minaccia di licenziamento. Sebbene il relatore avesse posto la questione dell'applicazione di diritti fondamentali nell'ambito del rapporto di lavoro, il collegio ritenne all'unanimità che la prescrizione del reclamo del lavoratore impedisse di pronunciarsi sulla legittimità del licenziamento⁴⁹.

In un altro caso, la seconda sezione del STF fu più incisiva nell'ammettere l'incidenza diretta dei diritti fondamentali anche nelle relazioni tra privati. Nel trattare il Recurso Extraordinario n. 158.215/RS, rel. Marco Aurélio, il STF si occupò della diretta applicabilità dei diritti fondamentali al caso di un membro di cooperativa espulso per mancato rispetto delle regole interne di condotta. In particolare, il STF ritenne, in accordo con il relatore, che la decisione dell'assemblea che aveva dato luogo all'espulsione avesse violato il diritto di difesa del ricorrente, nella misura in cui la Cooperativa avrebbe dovuto dare agli accusati la possibilità di difendersi, evitando così di espellerli con procedimento sommario⁵⁰.

⁴⁶ Al di là delle interpretazioni dogmatiche, si segnala che la massiccia accettazione, in Brasile, della dottrina dell'efficacia orizzontale diretta, è legata a circostanze particolari. Come mette in luce O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2019, p. 287: "a indiferença dos círculos civilísticos tradicionais em relação ao tema, o surgimento de uma nova Constituição, após duas décadas de regime militar, a troca de guarda geracional e a competência com que os defensores da eficácia direta formularam as bases do modelo são causas prováveis para essa hegemonia, alçada em pouco menos de vinte anos".

⁴⁷ Sul punto, cfr. I.W. Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito Privado - Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in *Revista Fórum de Direito Civil*, 1(1)/2012, p. 231 ss. (il quale sostiene che "a eficácia e a aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, a partir do princípio de sua máxima eficácia e efetividade, consagrado no art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna implicam a vinculação do poder público, nas suas mais variadas formas de expressão, incluindo-se, por óbvio, o legislador privado e os órgãos jurisdicionais competentes para aplicação dessas normas, no âmbito de seu poder-dever de solucionar os conflitos entre os particulares").

⁴⁸ Si tratta di posizione ampiamente sostenuta dagli autori citati nelle note precedenti.

⁴⁹ "Ricorso straordinario: legittimazione della parte offesa - anche se erroneamente iscritta come testimone - non precedentemente autorizzata, che tuttavia non le impedisce di proporre ricorso, entro quindici giorni successivi alla scadenza del termine del Pubblico Ministero (STF, Sums. 210 e 448). II. Costrizione illegittima: sottoposizione delle lavoratrici dell'industria dell'abbigliamento a perquisizioni corporali, sotto minaccia di licenziamento; condanna di primo grado sulla base della garanzia costituzionale della riservatezza e sentenza di assoluzione da parte della Corte di giustizia, poichè la violazione della privacy delle lavoratrici, sebbene accertata, è stata da loro ammessa aderendo al contratto di lavoro: questione che, nonostante la sua rilevanza costituzionale, non può essere risolta in questo processo, stante la prescrizione sopravvenuta, decorrente dalla sentenza di primo grado e mai interrotta da allora." (RE 160.222, Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, 11/4/1995, DJ 1º-9-1995 PP-27402 EMENT VOL-01798-07 PP-01443).

⁵⁰ "DIFESA - LEGALITÀ DEL PROCESSO - ARTICOLO LV DELL'ELENCO DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI - ESAME - LEGISLAZIONE COMUNE. L'intangibilità del principio costituzionale del giusto processo richiede l'esame della legislazione ordinaria. Da qui l'insussistenza della tesi secondo cui la violazione della Carta Costituzionale della Repubblica, sufficiente a giustificare il ricorso straordinario, debba essere diretta e frontale. Spetta alla Corte Suprema Federale esaminare, caso per caso, la materia, distinguendo tra i ricorsi dilatori da quelli in cui la violazione del testo costituzionale è fondata, anche se talvolta si rende necessario partire da quanto previsto nella legislazione comune. Un diverso approccio implicherebbe l'inutilità di due principi fondamentali di uno Stato Democratico di Diritto - la legalità e il giusto processo, con la garanzia di un'ampia difesa, che presuppongono sempre la considerazione di norme strettamente giuridiche. COOPERATIVA - ESCLUSIONE DI UN ASSOCIATO - NATURA PUNITIVA - GIUSTO PROCESSO. In caso di esclusione di un associato a causa di comportamento contrario allo statuto, è necessario rispettare il giusto processo, consentendo l'ampio esercizio della

Questi iniziali precedenti costituirono terreno fertile affinché il STF potesse infine affrontare la questione in modo più netto nella decisione resa sul Recurso Extraordinario 201.819, rel. Gilmar Mendes, la quale rappresenta – come riconosciuto da larga parte della dottrina – uno snodo fondamentale per la recezione della dottrina dell’efficacia orizzontale diretta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza brasiliana⁵¹.

Il caso deciso dal STF riguardava il ricordo presentato dall’Unione brasiliana dei compositori, società senza scopo di lucro cedente del denaro raccolto dall’ECAD, ufficio pubblico competente alla raccolta delle somme addebitate ad autori e compositori per la riproduzione pubblica delle loro opere. Uno dei membri dell’Unione era stato espulso dalla società e lamentava di non aver avuto diritto a una adeguata difesa, con rispetto del contraddittorio.

La sentenza riconobbe che l’autonomia privata garantita alle associazioni dalla Costituzione non è immune dall’incidenza dei principi costituzionali che assicurano il rispetto dei diritti fondamentali degli associati e che, nel caso concreto, l’eliminazione automatica del membro per ragioni disciplinari – pur restando ferma la possibilità per l’espulso di associarsi ad altri simili enti collettivi – aveva violato tali principi⁵².

A partire da tale decisione, l’adesione alla teoria dell’efficacia orizzontale diretta iniziò a diffondersi in dottrina⁵³. Tra le poche eccezioni, si annoverano le opere di Rodrigues Jr.⁵⁴, Duque⁵⁵ e, in misura minore, Silva⁵⁶ – che denunciano i rischi legati a una eccessiva fiducia nella costituzionalizzazione del diritto privato – assieme ad altre pubblicazioni monografiche e in riviste⁵⁷.

difesa. La semplice opposizione dell’associato nell’assemblea generale riguardo all’esclusione non è sufficiente per giustificare l’adozione di un processo sommario. L’osservanza dello statuto della cooperativa è obbligatoria”. (RE 158.215, Rel. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, 30/4/1996, DJ 7-6-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757).

⁵¹ O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 288.

⁵² “RIASSUNTO: SOCIETÀ CIVILE SENZA SCOPO DI LUCRO. UNIONE BRASILIANA DEI COMPOSITORI. ESCLUSIONE DI UN MEMBRO SENZA LA GARANZIA DELLA DIFESA E DEL CONTRADDITTORIO. EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLE RELAZIONI PRIVATE. RICORSO RESPINTO. EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLE RELAZIONI PRIVATE: Le violazioni dei diritti fondamentali non si verificano solo nel contesto delle relazioni tra il cittadino e lo Stato, ma anche nelle relazioni tra persone fisiche e giuridiche di diritto privato. Pertanto, i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione vincolano direttamente non solo le autorità pubbliche, ma sono volti a tutelare i singoli nei confronti dei poteri privati. II: I PRINCIPI COSTITUZIONALI COME LIMITI ALL'AUTONOMIA PRIVATA DELLE ASSOCIAZIONI: L’ordinamento giuridico costituzionale brasiliano non attribuisce a nessuna associazione civile la possibilità di agire in violazione dei principi sanciti dalle leggi e, in particolare, dai principi che trovano fondamento nella Costituzione della Repubblica, soprattutto per quanto riguarda la tutela delle libertà e delle garanzie fondamentali. Lo spazio di autonomia privata garantito dalla Costituzione alle associazioni non è immune dall’applicazione dei principi costituzionali che assicurano il rispetto dei diritti fondamentali dei loro membri. L’autonomia privata, soggetta a chiare limitazioni giuridiche, non può essere esercitata a scapito o senza rispetto dei diritti e delle garanzie dei terzi, soprattutto di quelli stabiliti dalla Costituzione, poiché l’esercizio dell’autonomia non conferisce ai singoli, nell’ambito della loro sfera di azione, il potere di violare o ignorare le restrizioni imposte e definite dalla Costituzione stessa, la cui effettività e forza normativa si applicano anche ai singoli nelle loro relazioni private, in materia di libertà fondamentali.”. (RE 201.819, Rel.: ELLEN GRACIE, Redator(a) do Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

⁵³ D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 297 (“a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados”).

⁵⁴ O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 323 (secondo cui “a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-civilísticas, sem a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil, é problemática por degradar a Constituição e por ignorar os espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário, de decisão dos particulares e os âmbitos de racionalidade intrínseca ao Direito Privado”).

⁵⁵ M. S. Duque, *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais – Constituição de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*, São Paulo, 2013, pp. 138-144.

⁵⁶ V.A. Da Silva, *Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares*, in *Revista de Direito GV*, 1(1)/2005, p. 173 ss.

⁵⁷ In una inchiesta realizzata da Otavio Luiz Rodrigues Jr. O. L. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 351) si legge: “Si citino come esempi di opere brasiliane i cui autori non adottano il modello dell’efficacia diretta nella loro formulazione predominante in Brasile o che espressamente adottano il modello dell’efficacia indiretta: (...) JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. RTDC: Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado...cit*, p.

Il recente dibattito sulla responsabilità dei *provider* si è dunque sviluppato in questo quadro di relativa pacificazione dottrinale sul tema. La questione è disciplinata dall'articolo 19 del *Marco civil da Internet* (MCI), ed era stata già affrontata dalla giurisprudenza precedente⁵⁸. Nella sua attuale formulazione, tale disposizione stabilisce che, in linea generale, il *provider* di applicazioni e servizi in Internet potrà essere considerato civilmente responsabile per i danni derivanti dai contenuti riconducibili a terzi solo se, a seguito di uno specifico ordine del giudice, non adotta misure adeguate a non rendere più disponibili i contenuti identificati come dannosi.

La legge stabilisce peraltro eccezioni per il caso in cui venga in rilievo il diritto d'autore (art. 19, §2) o quando la violazione del diritto riguardi la divulgazione non consentita di immagini intime (art. 21). Si può pertanto affermare che la disciplina brasiliana sia simile a quella nordamericana e a quella europea prevedendo – almeno in linea generale – l'immunità del *provider* per contenuti riconducibili a terzi.

La giurisprudenza del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) ha stabilizzato, in materia, un regime di "irresponsabilità moderata", potendo dedursi dalle sue decisioni, come segnalato da Moncau e Arguelhes⁵⁹, che gli intermediari (i) non sono direttamente responsabili dei contenuti illeciti riconducibili agli utenti; (ii) non possono essere obbligati a verificare *a priori* i contenuti pubblicati; (iii) sono tenuti a rimuovere dalla piattaforma qualunque contenuto illecito non appena vengano a conoscenza di esso; (iv) sono tenuti ad assicurare attraverso meccanismi almeno minimamente efficaci l'identificazione degli utenti.

Una risposta definitiva sul tema potrà darla soltanto la decisione che il STF dovrà pronunciare sul *Recurso Extraordinario* 1.037.396. La questione che il STF sarà chiamato ad affrontare riguarda, in particolare, la legittimità costituzionale della previsione di un ordine giudiziario espresso per la rimozione dei contenuti, in luogo di una responsabilità più ampia, nascente anche dal mancato seguito dato a una segnalazione da parte dell'utenza⁶⁰.

603; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios...loc. cit; FIUZA, César. *Direito Civil: Curso completo*...p. 145150; MAZUR, Mauricio. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012 p. 2564; MARTINS, Leonardo. *Liberdade e estado constitucional*...cit, p. 89119; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*...p. 95114; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais*...p. 117; (...) 'l'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali configura un vero totalitarismo costituzionale, che non rispetta i livelli essenziali dell'ordinamento giuridico, che prevedono per ciascun ambito del diritto la sua corretta applicazione' (DREHMER DE MIRANDA, Roberta. Algumas notas sobre a "constitucionalização" do Direito Privado...cit, p. 1415; SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito Privado*...cit, p. 96 98 (anche se propone un modello proprio, che non impedisce l'efficacia diretta in alcune circostanze); LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil constitucional...cit. (sebbene sia un lavoro più orientato alla critica metodologica del Diritto Civile-Costituzionale); TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*...p. 386 (il testo non specifica la dottrina seguita dall'autore); LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos...cit, p. 115-116; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Drittwirkung* e ADi dos bancos: a proteção fundamental do consumidor ao não superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, nº 110, p. 1741, mar./abr. 2017 (difendendo la 'primazia della conoscenza del Diritto Privato', anche se enfatizza il carattere interventista della CF/1988 nelle relazioni private); GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, v. 22, nº 87, p. 166174, jul./set. 1997. Punto I (con riferimento al problema del parallelismo tra i diritti fondamentali e i diritti della personalità). Questo elenco rivela anche la preponderanza dei costituzionalisti rispetto ai civilisti nella difesa di modelli contrari all'efficacia diretta dei diritti fondamentali. Questo dato è importante per comprendere l'avanzamento dell'efficacia diretta nel Diritto Civile brasiliano contemporaneo.".

⁵⁸ Per una analisi della giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del Marco Civil da Internet, cfr. C.Colombo, E. F. Neto, *Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 1(3)/2017, pp. 225-226.

⁵⁹ L. F. M. Moncau, D. W Arguelhes, *The Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism*, in G. Frosio (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* Oxford, Oxford, 2020.

⁶⁰ "RIASSUNTO: Diritto Costituzionale. Protezione dei diritti della personalità. Libertà di espressione e di manifestazione. Violazione degli articoli 5, paragrafi IV, IX, XIV; e 220, capoverso, paragrafi 1 e 2, della Costituzione Federale. Comportamento illecito da parte di terzi. Doveri di sorveglianza ed eliminazione del contenuto da parte del prestatore di servizi. Riserva giurisdizionale. Responsabilità civile dei fornitori di servizi Internet, siti web e gestori di applicazioni di social network. Costituzionalità o meno dell'articolo 19 del Marco Civil da Internet (Legge n. 12.965/14) e possibilità di subordinare la rimozione del profilo falso o la messa a disposizione del contenuto indicato come lesivo solo a seguito di

Nel caso di specie, un utente di *Facebook* aveva evocato in giudizio la piattaforma per avere quest'ultima permesso l'attivazione di un profilo utente falso che usava il nome dello stesso ricorrente. Nel giudizio di appello, la *Segunda Turma Recursal Cível de Piracicaba/SP* aveva non solo ordinato la rimozione del contenuto, ma aveva anche condannato *Facebook* al risarcimento del danno morale derivante dalla mancata tempestiva rimozione a seguito della segnalazione dell'utente la cui identità era stata indebitamente utilizzata.

Secondo parte della dottrina⁶¹, l'articolo 19 del MCI implica una opzione del legislatore per un modello di responsabilità legata a un giudizio, essenzialmente al fine di preservare la libertà di espressione in *Internet* e anche se ciò determina un minor controllo dell'utente sui contenuti. Tuttavia, questa opzione non implica necessariamente che il *provider* non possa rimuovere contenuti anche in assenza di un ordine del giudice.

A seguito della segnalazione di un utente, se la piattaforma ritiene vi sia stata una violazione delle condizioni di utilizzo del *social network*, può ad esempio procedere alla rimozione dei contenuti, anche in assenza di un ordine del giudice. Pertanto, l'articolo 19 del MCI non può essere interpretato nel senso che l'unica ipotesi di rimozione dei contenuti sia quella conseguente a un ordine del giudice ma che, semmai, in caso di ordine del giudice il contenuto *deve* essere rimosso.

Indipendentemente dall'interpretazione che il STF vorrà dare all'articolo 19 sotto questo profilo, deve essere riconosciuto che difficilmente il problema della responsabilità dei *provider* potrà essere risolto solo alla luce di una valutazione dell'adempimento – da parte del legislatore – di un dovere di protezione dei diritti fondamentali.

Così, proprio muovendo dalla consapevolezza che le piattaforme esercitano una funzione di mediazione e applicazione di diritti fondamentali che precede l'azione pubblica, autori come Sarlet e Hartmann hanno affermato la necessità di ripensare la dottrina dell'efficacia orizzontale per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali degli utenti al di là del semplice controllo di legittimità costituzionale dell'azione del legislatore⁶². In questo senso, gli autori ritengono che nel dibattito sull'articolo 19 del ICM debba riconoscersi che la asimmetria di potere tra l'utente e la piattaforma che rimuove il contenuto – sovente senza spiegazioni – rivela il carattere quasi della censura e obbliga a riconoscere che le piattaforme danno oggi luogo a rischi di “silenzamento sistematico” addirittura maggiori rispetto a quelli cui può dar luogo l'esercizio del pubblico potere⁶³. Ne consegue che, secondo gli stessi autori, è necessario dare peso maggiore alla libertà di espressione dell'utente e agli altri diritti della personalità, rispetto agli interessi economici della piattaforma, secondo un ragionevole accomodamento (la concordanza pratica, nel senso proposto da Konrad Hesse) tra i diversi diritti e interessi di rilievo costituzionale qui implicati⁶⁴.

A partire pertanto dai valori del costituzionalismo digitale⁶⁵, è possibile comprendere che il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 19 del MCI non potrà non considerare – quantomeno sul piano fattuale – l'impegno della piattaforma nel rispetto della libertà di manifestazione del pensiero, costituzionalmente garantita (art. 5, punto IV, Cost. 1988). Ciò potrà implicare, eventualmente, un'apertura della giurisdizione costituzionale alla concreta valutazione delle pratiche attraverso le quali le piattaforme incidono sulla configurazione e sull'effettività dei diritti fondamentali, anche se nella prospettiva di una dottrina dell'efficacia orizzontale *mediata*. L'esperienza sin qui accumulata dal

un'apposita ordinanza giudiziale. Riconosciuta la rilevanza costituzionale”. (RE 1.037.396 RG, Rel.: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, 1/3/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 3-4-2018 PUBLIC 4-4-2018).

⁶¹ Per tutti, cfr. C.A.P. de Souza, *Responsabilidade Civil dos Provedores de acesso e aplicações de internet: Evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)*, in G. S. Leite, R. Lemos (coord.). *Marco Civil da Internet*, São Paulo, 2014, p. 791 ss., p. 810.

⁶² I. W. Sarlet, I. A. Hartmann, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit.

⁶³ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 100-101.

⁶⁵ Sulla nozione di costituzionalismo digitale e le sue implicazioni in sede di controllo di legittimità costituzionale di leggi relative alla regolazione di *Internet* come il MCI, v. G.F. Mendes, V.O. Fernandes, *Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito*, 1(1) 2020, p. 1 ss.

potere giudiziario nel trattamento di queste e simili questioni potrà senza dubbio essere di ausilio nella valutazione dei costi e dei benefici del regime di responsabilità degli *Internet provider*⁶⁶.

4. Recenti tendenze nella giurisprudenza tedesca: l'estensione della teoria dell'efficacia orizzontale diretta nei casi di espulsione dai *social network* e di blocco di contenuti

Nell'ordinamento tedesco, la principale sfida affrontata dai Tribunali negli ultimi anni è stata quella di chiarire se l'applicazione dei diritti fondamentali debba incidere – direttamente o indirettamente – sull'interpretazione delle clausole contrattuali che regolano l'uso dei *social network*, e in che modo⁶⁷. Il dibattito si è intensificato dopo il 2018, anno di entrata in vigore del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, che ha introdotto un dettagliato regime di obblighi cui sono sottoposti i *provider* al fine di garantire un sistema efficace e trasparente di gestione delle segnalazioni degli utenti in relazione a contenuti potenzialmente dannosi. Nel quadro di un modello di "autoregolazione regolata", la *NetzDG* obbliga ad esempio i gestori delle piattaforme a eliminare entro un termine di ventiquattro ore i contenuti manifestamente illeciti (*offensichtlich rechtswidrigen Inhalt*) e a concludere il procedimento di esame delle segnalazioni degli utenti entro un termine massimo di sette giorni⁶⁸.

Questo provvedimento legislativo è stato oggetto, negli ultimi anni, di critiche aspre, principalmente in relazione alla ampiezza del concetto di "contenuto manifestamente illecito" da essa recato⁶⁹. Una formula caratterizzata da un grado così significativo di apertura ha comportato, nell'opinione di molti, incertezza nel modo di agire dei *provider*, con la conseguenza di un ricorso sempre più ampio al blocco dei contenuti da parte delle piattaforme⁷⁰. Di fronte a una crescente quantità di ricorsi all'autorità giudiziaria avverso decisioni di blocco di contenuti o di profili, si è progressivamente consolidata la prospettiva dottrinale che riconosce il carattere pubblico degli spazi virtuali.

Da un lato, come si è ricordato, si registra un chiaro sforzo rivolto a superare la dimensione apparentemente individual-formalista dei doveri di protezione; dall'altro, i tentativi di assicurare una ampia incidenza dei diritti negli spazi virtuali si scontrano con i limiti dogmatici della dottrina dell'efficacia orizzontale, come consolidatasi durante decenni.

Nel solco della tradizione dell'efficacia indiretta, il Tribunale costituzionale federale ha stabilito da tempo la posizione secondo cui l'ordine di valori espresso dai diritti fondamentali deve essere considerato in modo effettivo solo nell'interpretazione del diritto privato applicabile alla fattispecie⁷¹. Secondo questa concezione tradizionale, pertanto, i diritti fondamentali non sono destinati a risolvere direttamente i conflitti tra le parti contraenti; al contrario, la loro applicazione deve seguire i canoni e

⁶⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

⁶⁷ Per una ricostruzione di questo dibattito, v.: O. Pollicino, G. De Gregorio, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H.-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, G. De Gregorio (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2021, pp. 20-22; E. Celeste, *Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 35(2), 2021, pp. 178-179.

⁶⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), par. 3 Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BjNR335210017.html>).

⁶⁹ W. Schulz, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, "HIIG Discussion Paper Series" 1(1), 2018, pp. 8-9.

⁷⁰ In una importante ricerca coordinata da Marc Liesching, si è dimostrata la crescita esponenziale di episodi di blocco di contenuti in Germania da parte di Facebook e Youtube dopo l'entrata in vigore della NetzDG. Cfr. M. Liesching, et al., *Das NetzDG in der praktischen Anwendung: Eine Teilevaluation des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes*, Berlin, 2021. Per una posizione contraria, che difende l'utilità pratica della disciplina recata dalla NetzDG, cfr. M. Eifert, et al., *Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung*, Berlin, 2020. (secondo cui "Die Untersuchung zeigt auf Grundlage umfassender Auswirkungen von Fragebögen, Literatur und Rechtsprechung, dass das Gesetz einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung von Hassrede leistet, aber auch fortentwickelt sollte").

⁷¹ BVerfGE 7, 198 (205 ss.); 7, 230 (233 ss.); 42, 143 (148); 73, 261 (269).

gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento⁷². Pertanto, è anzitutto il legislatore a dover dare attuazione e rendere effettivi i diritti fondamentali nell'ambito delle relazioni tra privati: ad esso spetta dunque garantire le posizioni coinvolte, ponendo specifici limiti all'esercizio dei diritti⁷³.

Di fronte a una tradizione così solida, è lecito domandarsi se sia possibile invocare i diritti fondamentali garantiti dalla Legge fondamentale affinché – in assenza di una legge speciale che *ex professo* se ne occupi – i tribunali possano limitare il potere di moderazione, espulsione e blocco di cui sono titolari i gestori delle piattaforme. Le alternative proposte nel dibattito contemporaneo attengono, in questa prospettiva, al superamento di una declinazione individualista della dottrina dell'efficacia orizzontale e, al tempo stesso, si sforzano di non demolire l'edificio dogmatico della dottrina dell'efficacia mediata, come elaborato nella giurisprudenza del *BVerfG*⁷⁴.

Al fine di evitare uno scivolamento verso l'efficacia immediata, si sostiene che i rischi di violazione dei diritti fondamentali derivanti dall'applicazione dei termini e delle condizioni d'uso delle piattaforme possono essere oggetto di un controllo giudiziario mediato dalle clausole generali del diritto privato⁷⁵. In concreto, l'esercizio del potere di moderazione dei contenuti sui *social network* potrebbe essere inquadrato – almeno in determinate circostanze – quale svantaggio irragionevole ai fini dell'applicazione dell'articolo 307 del codice civile tedesco (BGB)⁷⁶. Questa sarebbe, senza dubbio, una soluzione coerente con la tradizione costituzionale. A differenza di quel che accade nel contesto della relazione diretta tra Stato e cittadino, ove la pretesa individuale limita il pubblico potere, l'efficacia orizzontale dei diritti attiene invece alla relazione tra individui e, pertanto, il riconoscimento del diritto di uno comporta la limitazione del diritto di un altro.

In questa prospettiva, la teoria dell'efficacia orizzontale rinvia in larga misura al problema della collisione tra diritti fondamentali⁷⁷: filtrando il conflitto tra utenti e piattaforme nel prisma delle clausole generali del BGB, il giudice potrebbe ad esempio ponderare la libertà di opinione e l'autonomia contrattuale del gestore della piattaforma. Così, nel caso di post contenenti discorsi d'odio, per esempio, se la piattaforma imponesse agli utenti limiti più stringenti rispetto a quelli aventi fonte nella legislazione penale, si potrebbe procedere al bilanciamento in concreto con la libertà di espressione garantita dal *Grundgesetz*.

La più recente giurisprudenza sembra tuttavia essersi allontanata da queste costruzioni dottrinali. Contrariamente a quel che ci sarebbe potuti attendere da un recupero della giurisprudenza del *BVerfG*, si riscontra molto spesso – nelle più recenti decisioni delle Corti regionali e degli stessi Tribunali superiori – la tendenza a imporre obblighi penetranti ai gestori delle piattaforme⁷⁸ e, dunque, a un allontanamento dalla cornice metodologica della dottrina dell'efficacia orizzontale indiretta⁷⁹. Un rapido esame della giurisprudenza tedesca più recente – sebbene esuli parzialmente dall'oggetto di questo lavoro – può essere utile.

⁷² Cfr. al riguardo B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 2021, p. 51.

⁷³ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1999, p. 159.

⁷⁴ Per una analisi delle decisioni "storiche" di questo Tribunale, cfr. G. F. Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, 2009, p. 125-131.

⁷⁵ In questo senso, cfr.: B.K. Ladeur, *Legal Questions of Excluding Participants from Internet Discussion Groups: On the Guaranteeing of Freedom of Communication through 'Network-Adapted' Private Law*, in *German Law Journal*, 1(1), 2019, p. 968; L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken Abstract*, in *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*, 41(1), 2021, p. 61 ss.; nonché A. Heldt, *Can "Coordinated Social Harm" be a justification for limiting freedom of expression?*, in *VerfBlog*, 2021/9/28 ("a gradual approach in measuring the need to apply fundamental rights indirectly between social media platforms and their users forms an alternative to the categorical approaches discussed so far").

⁷⁶ P. N. Adelberg, *Rechtspflichten und-grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke: Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten*, Wiesbaden, 2019, pp. 162-163.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 162 ("die Grundrechte bei Betreibern und Nutzern Geltung beanspruchen und miteinander in einen schonenden Ausgleich zu bringen sind").

⁷⁸ In questa prospettiva, v. T. Lutz, *Der Beitrag des Zivilrechts zum Grundrechtsschutz auf*, in *VerfBlog*, 2021/7/30.

⁷⁹ Lo riconosce L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater?*, cit., p. 75 ("die Gerichte in der sich abzeichnenden Entscheidungspraxis Online-Plattformbetreiber in Verpflichtungen ein, die den methodischen Rahmen der mittelbaren Drittwirkung längst überschritten haben").

Può essere richiamata, in primo luogo, una sentenza del Tribunale superiore di giustizia di Monaco (*OLG München*) del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità della clausola 5.2 contenuta nella "Dichiarazione dei diritti e responsabilità" di Facebook, ritenendo che tale clausola pregiudicasse in modo sproporzionato gli interessi degli utenti, che concedevano alla piattaforma il diritto unilaterale e quasi illimitato di eliminare i contenuti da loro pubblicati⁸⁰. In questo caso, Facebook aveva eliminato un commento pubblicato dalla esponente politica bavarese Heike Themel (AfD) in risposta a un contenuto pubblicato da un altro utente che le rivolgeva insulti commentando un articolo della testata *Spiegel-online* relativo al controllo delle frontiere in Austria. In risposta a questo commento, Themel riportò una citazione di Wilhelm Busch, scrivendo che "purtroppo, non posso competere con i suoi argomenti. Lei è disarmato e questo non sarebbe corretto da parte mia"⁸¹. Curiosamente, il commento di Themel fu eliminato da Facebook in quanto la clausola richiamata conferiva alla piattaforma il diritto a rimuovere qualunque contenuto ritenuto in conflitto con la dichiarazione stessa o con le "politiche" della piattaforma⁸².

Il Tribunale superiore di Monaco ritenne che la formulazione generica della clausola violasse la buona fede e pregiudicasse gli utenti in modo ingiustificato, ai sensi dell'articolo 307, comma 1, del BGB⁸³. Sulla base di simile interpretazione, il Tribunale concluse che deve essere garantito che una opinione lecita non possa essere rimossa dalla piattaforma, come conseguenza dell'effetto indiretto dei diritti fondamentali rispetto a terzi e, in particolare, del diritto fondamentale dell'utente alla libertà di espressione (art. 5.1 della Legge fondamentale)⁸⁴.

Un altro snodo interessante nella giurisprudenza tedesca è rappresentato dalla decisione cautelare resa dal *BVerfG* nel cd. caso "III Weg" nel maggio 2019⁸⁵. In questo caso, Facebook aveva eliminato un articolo pubblicato dal partito di estrema destra III.Weg e avente contenuto razzista, dal titolo "Winterhilfestand in Zwickau-Neuplanitz". L'articolo insinuava che le comunità nere e composte da migranti – descritte come socialmente e finanziariamente vulnerabili – del distretto di Neuplanitz fossero dedite ad attività violente e delittuose.

In particolare, Facebook aveva classificato la pubblicazione quale "incitazione all'odio" secondo gli *standard* della piattaforma. Dopo l'oscuramento del contenuto pubblicato, anche il profilo della forza politica fu oscurato. Il Tribunale superiore di Frankenthal aveva respinto la richiesta del partito di vedere riattivato il proprio *account* ritenendo che le dichiarazioni contenute nel post potessero assumere rilevanza penale, dal momento che la descrizione dei gruppi vulnerabili contenuta nel post costituisce un attacco alla dignità e mira a fomentare il disprezzo nei confronti di quelle comunità.

In un ricorso cautelare diretto al *BVerfG* il partito politico sostenne che la riattivazione del profilo era urgente, considerata la prossimità delle elezioni per il Parlamento europeo, previste per il mese di maggio del 2019. Il *BVerfG* accolse il ricorso, ordinando a Facebook la riattivazione della pagina.

Pur trattandosi di una decisione cautelare, le motivazioni del provvedimento hanno destato interesse in dottrina. Il Tribunale, infatti, richiamò la propria giurisprudenza, secondo cui i diritti fondamentali possono essere invocati nelle controversie tra privati, alla luce del loro effetto indiretto

⁸⁰ Tribunale Regionale Superiore di Monaco, decisione del 24.08.2018, 18 W 1294/18 (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-20659>).

⁸¹ Così il testo originale della decisione: "Ich kann mich argumentativ leider nicht mehr mit Ihnen messen, Sie sind unbewaffnet und das wäre nicht besonders fair von mir".

⁸² Cfr. i parr. 22-23 della decisione (questa la formulazione originaria della clausola contrattuale: "5. Schutz der Rechte anderer Personen Wir respektieren die Rechte anderer und erwarten von dir, dass du dies ebenfalls tust." 1. Du wirst keine Inhalte auf F.k posten oder Handlungen auf F. durchführen, welche die Rechte einer anderen Person verletzen oder auf sonstige Art gegen das Gesetz verstoßen. 2. Wir können sämtliche Inhalte und Informationen, die du auf F. postest, entfernen, wenn wir der Ansicht sind, dass diese gegen die Erklärung oder unsere Richtlinien verstoßen").

⁸³ Cfr. il par. 24 della decisione: "Die Klausel Nr. 5.2 ist allerdings unwirksam, weil sie die Nutzer als Vertragspartner der Verwenderin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB)".

⁸⁴ Così la decisione: "Im Hinblick auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere des Grundrechts des Nutzers auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), muss deshalb gewährleistet sein, dass eine zulässige Meinungsäußerung nicht von der Plattform entfernt werden darf".

⁸⁵ *BVerfG*, Zw. Senat, 22 maggio 2019, BvQ 42/19, Rn. 1-25 (http://www.bverfg.de/e/qk20190522_1bvq004219.html).

rispetto ai terzi⁸⁶. Così, si ammise che, almeno a determinate condizioni, l'articolo 3 della Legge fondamentale possa imporre requisiti di eguaglianza nelle relazioni tra privati⁸⁷. Per questo, senza anticipare l'esito della decisione finale, il BVerfG ritenne che – almeno ai fini di una decisione cautelare – gli svantaggi derivanti all'utente dal blocco della pagina fossero di gran lunga maggiori rispetto agli svantaggi derivanti, per Facebook, dall'attesa di una decisione definitiva⁸⁸.

Nell'effettuare simile valutazione, il Tribunale considerò che la natura delle relazioni tra utenti e piattaforme non è ancora del tutto chiarita nell'ordinamento tedesco e che, tuttavia, esisteva nei fatti una notevole dipendenza del partito politico in questione dalla piattaforma. Inoltre, la natura delittuosa del contenuto pubblicato non era ancora stata accertata e che, in questa valutazione, si sarebbero dovuti considerare i diritti fondamentali dell'utente, al fine di evitare il blocco.

Nel commentare tale decisione, alcuni costituzionalisti tedeschi⁸⁹ hanno richiamato l'attenzione sul fatto che il Tribunale aveva fatto riferimento a due precedenti molto rilevanti in materia di efficacia orizzontale e, in particolare, alle decisioni *Fraport*⁹⁰ e *Stadionverbotsentscheidung*. Il riferimento a questi due precedenti è stato interpretato alla stregua di un tentativo di ricondurre i *social network* alla nozione di spazio pubblico. Se dunque, alla luce del caso *Fraport*, si ritiene che Facebook sia uno spazio pubblico destinato allo scambio di comunicazioni e idee nell'ambito del processo politico democratico, il carattere privato delle piattaforme e l'interpretazione delle condizioni di utilizzo assumeranno rilievo minore nel dibattito⁹¹.

Devono essere richiamate, inoltre, due decisioni paradigmatiche del terzo Senat civile del Bundesgerichtshof del luglio 2021. Analogamente alle decisioni assunte nel 2018 dal Tribunale superiore di Monaco, il BGH si è pronunciato in questi casi per la nullità di alcune clausole contenute nelle condizioni d'uso di Facebook pubblicate il 19 aprile 2018, che individuavano l'ipotesi di eliminazione di contenuti degli utenti in casi di violazione degli *standard* di comunità.

In particolare, due utenti avevano subito la rimozione dei contenuti pubblicati e il blocco dei profili per aver espresso, secondo la piattaforma, un discorso d'odio. Nel primo caso⁹², il post dell'utente aveva

⁸⁶ Così la decisione: "Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können die Grundrechte in solchen Streitigkeiten im Wege der mittelbaren Drittwirkung Wirksamkeit entfalten".

⁸⁷ Così la decisione: "Dabei können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls in spezifischen Konstellationen auch gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten ergeben".

⁸⁸ Così la decisione: "Die Folgen, die einträten, wenn der Antragstellerin eine Nutzung ihres Internetangebots auf Facebook versagt bliebe, sich später aber herausstellte, dass die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens zur Wiedereröffnung des Zugangs hätte verpflichtet werden müssen, wiegen erheblich schwerer als die Folgen, die entstünden, wenn die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens einstweilig zur Wiederherstellung des Zugangs verpflichtet würde, sich später aber herausstellte, dass die Sperrung beziehungsweise Zugangsverweigerung zu Recht erfolgt war".

⁸⁹ C. Smets, *Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private*, in *NVwZ* 2019, pp. 34-37; T. Lutz, *Der Beitrag des Zivilrechts zum Grundrechtsschutz auf*, cit.

⁹⁰ Nel caso *Fraport*, del 2011, il BVerfG aveva esaminato un ricorso riguardante il diritto a manifestare nelle aree prossime agli sportelli delle compagnie aeree e alle aree di imbarco passeggeri dell'aeroporto di Francoforte. Il fatto che l'aeroporto fosse gestito da una società privata ha sollevato la questione se fosse possibile invocare l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali. Riconoscendo il carattere pubblico dell'area aeroportuale, il BVerfG ha concluso che la libertà di riunione non può essere esclusa. In questo caso, però, all'epoca dei fatti, "l'aeroporto era gestito in regime di partenariato pubblico-privato dalla società per azioni *Fraport*, con il 52% del capitale a nome dell'autorità pubblica, al momento dell'instaurazione del ricorso costituzionale." (così O. L. Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo*, cit., p. 315). Secondo lo stesso A., peraltro, "nel ricorso costituzionale, si è cercato di sostenere la tesi dell'efficacia diretta dei diritti fondamentali. La Corte Costituzionale ha stabilito che all'aeroporto viene attribuita la natura di ente pubblico, anche se la sua organizzazione giuridica assumesse forme private (equivalenti a un'azienda pubblica o a una società mista) a causa del tipo di servizio erogato. Tuttavia, non ha riconosciuto che ci fosse un legame diretto tra i privati e i diritti fondamentali".

⁹¹ E. Tuchtfield, *Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG- Entscheidung zum, III. Weg*, in *VerfBlog*, 2019/5/26, (secondo cui: "die Entscheidung des BVerfG – insbesondere falls sie in einem Hauptsacheverfahren aufrechterhalten wird – wird von den Rechten als Sieg gefeiert werden. Doch das Gegenteil ist der Fall: Es ist ein Gewinn der Demokratie, in der die Privatisierung des öffentlichen Raums in der digitalen Sphäre nicht ausschlaggebend für die Gewährleistung der Grundrechte sein darf").

⁹² Bundesgerichtshof – BGH, III Senat, 29 luglio 2021, III ZR 179/20 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=121741&pos=0&anz=1>).

contenuto razzista e rivolto contro gli stranieri immigrati in Germania⁹³. Nel secondo caso⁹⁴, commentando il video relativo a uno straniero con precedenti per immigrazione irregolare, che rifiutava il controllo della polizia, l'utente aveva usato pure parole molto dure contro gli stranieri immigrati, affermando che non si sarebbero mai integrati in Germania, rimanendo sempre un peso a carico dei contribuenti⁹⁵.

In entrambi i casi, il *BGH* ritenne che la facoltà, riconosciuta a Facebook sulla base delle condizioni di uso, di rimuovere i contenuti degli utenti fosse inefficace per effetto dell'articolo 307, comma 1 del *BGB*⁹⁶. Con specifico riferimento alla teoria dell'efficacia orizzontale, il Tribunale sostenne che i diritti fondamentali in conflitto meritano rispetto nel quadro di una ponderazione di interessi che tenga in equilibrio la libertà di espressione degli utenti e la libertà economica della piattaforma⁹⁷.

Curiosamente, peraltro, il *BGH* non limitò del tutto il potere di Facebook di imporre agli utenti il proprio regime di moderazione dei contenuti, affermando in particolare che la piattaforma può riservarsi il diritto di esigere dagli utenti il rispetto di alcune norme di comunicazione che possono andare al di là del diritto penale e, dunque, di rimuovere contenuti e bloccare i profili di utenti che tali standard di comunità abbiano violato⁹⁸.

Allo stesso tempo, tuttavia, il *BGH* ritenne necessario raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali in conflitto, in armonia con gli interessi delle parti⁹⁹. Così, ebbe a sottolineare che su Facebook grava l'obbligo di informare previamente l'utente dell'eliminazione del contenuto e del blocco del profilo, rendendo noti i motivi della decisione e, soprattutto, dando all'utente la possibilità di presentare una difesa che la piattaforma dovrà poi esaminare nel dettaglio, giungendo a una nuova decisione in merito¹⁰⁰.

Da ultimo, merita segnalare che - nel settembre 2021 - il *BVerfG* rigettò un nuovo ricorso presentato dal partito di estrema destra *Weg.III*, così confermando una decisione dello *Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken* che aveva permesso a Facebook di eliminare la pagina del partito dalla piattaforma¹⁰¹. Il *BVerfG* ritenne insussistenti i presupposti per la concessione del provvedimento cautelare, sebbene il partito avesse lamentato una interferenza tra il blocco della pagina e le elezioni per il Bundestag previste per il 2021.

Non è possibile, al momento, predire gli sviluppi che potranno prodursi nell'ordinamento tedesco a seguito delle richiamate pronunce del *BGH*. In ogni caso, valutando criticamente i più recenti orientamenti della giurisprudenza, vari autori hanno accusato i Tribunali di voler sostituire la dottrina

⁹³ Così la decisione: "Deutsche Menschen werden kriminalisiert, weil sie eben eine andere Ansicht von ihrem Heimatland haben als das Regime. Migranten können hier morden und vergewaltigen und keinen interessiert's! Da würde ich mir mal ein Durch-greifen des Verfassungsschutzes wünschen".

⁹⁴ Bundesgerichtshof – BGH, Dr. Senat, 29 luglio 2021, III ZR 192/20 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=47ce4f13cd0917d90e2df8d776db544a&nr=121561&pos=0&anz=1>).

⁹⁵ Così la decisione: "Was suchen diese Leute hier in unserem Rechtsstaat kein Respekt...keine Achtung unserer Gesetze ...keine Ach-tung gegenüber Frauen.....DIE WERDEN SICH HIER NIE INTEGRIEREN UND WERDEN AUF EWIG DEM STEUER-ZAHLER AUF DER TASCHE LIEGEN.....DIESE GOLD-STÜCKE KÖNNEN NUR EINES MORDEN... KLAUEN ... RANDALIEREN...UND GANZ WICHTIG....NIE ARBEITEN".

⁹⁶ III ZR 192/20, par. 41: "Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung kann sie sich insoweit nicht auf den Entfernungs- und Sperrungsvorbehalt in Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen i.V.m. Teil III Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards berufen, weil dieser gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist (nachfolgend unter aa). Ebenso wenig war sie deshalb zur Löschung des Beitrags berechtigt, weil er einen strafbaren Inhalt enthielt (nachfolgend unter bb)".

⁹⁷ *Ibid.*, par. 66: "Eine Klausel ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Insoweit bedarf es einer umfassenden Würdigung und Abwägung der wechselseitigen Interessen, bei der die mit der Abweichung vom dispositiven Recht verbundenen Nachteile für den Vertragspartner, die von einigem Gewicht sein müssen, sowie Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrages zu berücksichtigen sind".

⁹⁸ III ZR 192/20, par. 90.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *BVerfG*, I Senat, 20 settembre 2020, BvQ 100/21 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/09/qk20210920_1bvq010021.html;jsessionid=646765D2935F62D96FFF2C0FCCE3E62E.1_cid354).

dell'efficacia indiretta dei diritti fondamentali nei confronti dei terzi con una connessione diretta e quasi illimitata tra il catalogo dei diritti contenuto nella Legge fondamentale e il regime privatistico delle piattaforme di *social network*¹⁰².

In ogni caso, può osservarsi che l'applicazione diretta dell'efficacia orizzontale a questa tipologia di rapporti giuridici mette in tensione lo stesso principio di separazione dei poteri, nella misura in cui aumenta il ruolo di supplenza del potere giudiziario in assenza di previsioni maggiormente dettagliate nella *NetzDG*.

5. Conclusioni

La comparazione tra la legislazione brasiliana e quella tedesca ha mostrato che, in entrambi gli ordinamenti, la rigidità dei tradizionali canoni ricostruttivi della dottrina dell'efficacia orizzontale è sottoposta a forti tensioni in relazione al crescente protagonismo delle piattaforme di *social network* come attori di moderazione, controllo e gestione di contenuti.

In Brasile esiste un problema ulteriore: gli eccessi dovuti a una ampia applicazione dei canoni dell'efficacia diretta ha finito per debilitare la funzione regolatoria del diritto privato, la dottrina e la stessa dignità della legislazione. Ciò si deve in forma minore anche all'azione del TSF le cui decisioni vengono spesso interpretate in modo estensivo e, in forma maggiore alla dottrina che, altrettanto spesso, ha rinunciato al suo ruolo di sistematizzazione critica.

In questo senso, il punto di vista giusprivatistico non riesce ad assumere un ruolo attivo nel dibattito relativo alla relazione tra regolazione di *Internet* e autonomia privata, che troppo spesso assume tratti prevalentemente sociologici e poco giuridici. D'altro canto, specialmente in Brasile, vanno considerate le preoccupazioni legate alla tenuta della legittimità democratica in relazione alle proposte di ampliamenti degli spazi virtuali.

Curiosamente, pur partendo da presupposti radicalmente diversi in merito all'efficacia diretta dei diritti fondamentali nelle relazioni private, tanto il BVerfG quanto il STF si sono trovati a fronteggiare l'esigenza di un profondo ripensamento della materia. In assenza di soluzioni legislative "perfette", la tendenza è quella di affidare alla giurisdizione costituzionale – ancora una volta – il controllo sui limiti democratici della disciplina della libertà di espressione negli spazi digitali, le cui ripercussioni sull'organizzazione della vita sociale sono ancora poco noti.

Abstract

Il contributo, comparando il sistema giuridico tedesco con quello brasiliano, offre alcuni spunti di riflessione con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali nell'ecosistema digitale.

Parole chiave: diritti fondamentali; social network; Germania; Brasile.

*

The paper, comparing the German legal system with the Brazilian one, offers some food for thought regarding the protection of fundamental rights in the digital ecosystem.

Keywords: fundamental rights; social networks; Germany; Brazil.

¹⁰² L. Schiek, *Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater?*, cit., e M. Friehe, *Soziale Netzwerke in der Grundrechts-Klemme?*, in *VerfBlog*, 2021/5/07 ("Wer Facebook oder Twitter generell zur Weiterverbreitung von Beiträgen verpflichten will, verwechselt die Meinungsfreiheit mit einem Meinungsverbreitungsanspruch und ebnet die Unterscheidung zwischen grundrechtsgebundenem Staat und grundrechtsberechtigter Gesellschaft ein. Damit gerät auch die Staatsfreiheit der öffentlichen Meinungsbildung unter die Räder, weil der Staat künftig die Verbreitung von Meinungen erzwingen würde").

Il difficile controllo della malinformation e della disinformation nei sistemi democratici contemporanei

Paola BILANCIA*

Sommario: 1. Introduzione 2. Classificazioni. Il fenomeno della post-verità e il rapporto esistente tra le fake news e le diverse tipologie di information disorder indicate nel report commissionato dal Consiglio d'Europa. L'hate speech quale forma di mal-information 3. L'autoregolamentazione proposta nel Codice di buona condotta sulla disinformazione e la tenuta del modello in rapporto all'informazione durante la pandemia da Covid-19 4. Il rapporto tra il web e la democrazia. La perdita di fiducia nell'informazione proveniente dal web 5. Una prospettiva binaria per la sostenibilità della democrazia digitale: il costituzionalismo digitale europeo e la responsabilità individuale tra regolamentazione e autoregolamentazione 6. Conclusioni

I. Introduzione

Pensare al tema dell'informazione nella prospettiva del diritto costituzionale – e quindi in rapporto alla salvaguardia dei valori della democrazia – impone una riflessione preliminare sul termine “verità”.

E' allo stesso modo insita concettualmente, ancor prima che etimologicamente, un'alea (si potrebbe dire, quasi, un “dubbio”) di non corrispondenza alla realtà del messaggio veicolato come verità. In altre parole, come è stato autorevolmente affermato da Sergio Fois¹, la verità nasce in una certa misura *già distorta*; distorta proprio da colui che veicola il messaggio di verità: egli *sceglie* cosa “non dimenticare” o cosa “svelare”. Conseguentemente, si potrebbe affermare che il concetto di “verità”, per sua stessa natura, implica da un lato quello di “non verità” (“falsità”) e dall'altro quello della relatività del messaggio svelato.

2. Classificazioni. Il fenomeno della post-verità e il rapporto esistente tra le fake news e le diverse tipologie di information disorder indicate nel report commissionato dal Consiglio d'Europa. L'hate speech quale forma di mal-information

Della fragilità del concetto stesso di verità e della labilità del confine esistente tra “verità” e “verosimiglianza” si trova riscontro nel termine, recentemente coniato, di “post-verità” (in inglese, “*post-truth*”²). Tale concetto, che in effetti racchiude un vero e proprio fenomeno tipico della società dell'informatizzazione, si è affermato al centro dell'interesse degli studiosi delle discipline umanistiche in particolare successivamente alla pubblicazione nel 2017 del report del Consiglio d'Europa dal titolo “Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making”, che

* Professore ordinario di Diritto pubblico, Università di Milano Statale.

¹ Si vedano: S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; Id., *La libertà di “informazione”*, in A. Vignudelli (cur.), *Scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*, Rimini, 1991.

² Secondo gli *Oxford Dictionaries* che nel 2016 hanno indicato post-verità “parola dell'anno”, in quanto lemma il cui uso è destinato inevitabilmente a crescere, la definizione di *post-truth* è la seguente: “relating to circumstances in which people respond more to feelings and beliefs than to facts”.

sul portale web del Consiglio d'Europa è segnalato di interesse con particolare riferimento all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rubricato "Libertà di espressione"³.

E del resto, l'uso del termine "post-verità", originatosi nel linguaggio giornalistico anglosassone e statunitense⁴, è esploso negli ultimi anni nell'uso comune della lingua italiana a seguito della cosiddetta "Brexit" avviata con il referendum consultivo del 2016 e, più recentemente, delle elezioni presidenziali americane dello stesso anno, vinte da Donald Trump. Il concetto di post-verità fa riferimento, in massima sintesi, al superamento dell'importanza della verità nelle nostre società a favore di notizie, non necessariamente vere (in tutto o in parte), ma nondimeno dotate di un forte carica di emotività, e come tali capaci di influenzare direttamente (e profondamente) l'opinione pubblica e, conseguentemente, il finanche il circuito della democrazia rappresentativa.

Anche l'Accademia della Crusca non ha mancato di studiare il neologismo "post-verità", contribuendo così a chiarire ulteriormente i connotati del fenomeno, che a ben vedere affonda le sue radici negli anni Novanta del secolo scorso⁵. In una consulenza linguistica del novembre 2016 – dal titolo "Viviamo nell'epoca della post-verità?" – l'Accademia ha chiarito che "la rete⁶ ha senza dubbio delineato i connotati fondamentali di questa dimensione 'oltre la verità'. 'Oltre' è il significato che qui sembra assumere il prefisso post- (invece del consueto 'dopo'): si tratta cioè di un 'dopo la verità' che non ha niente a che fare con la cronologia, ma che sottolinea il superamento della verità fino al punto di determinarne la perdita di importanza"⁷. Il concetto di post-verità, in altri termini, non attiene tanto alla dimensione *cronologica* ma sembra alludere, piuttosto, al superamento della verità addirittura sul piano *ontologico*, e alla sua graduale relativizzazione nelle nostre società e nei loro sistemi valoriali.

Appare stretto sin da ora quindi (ma sul tema si tornerà più avanti) il collegamento tra il concetto di post-verità e la cosiddetta "società dell'informazione"⁸, e più precisamente con i nuovi mezzi di comunicazione di massa. E in effetti, continua l'Accademia della Crusca, "analizzando le modalità in cui il superamento si concretizza di volta in volta, colpisce la vocazione profetica che la parola nasconde tra le sue lettere: la post-verità, infatti, spesso finisce per scivolare nella 'verità dei post' (come è successo spesso sulla rete proprio in relazione alle campagne politiche legate alla Brexit o alle elezioni americane)".

È peraltro importante precisare sin da ora che – come sottolineato dal sopraccitato report commissionato nel 2017 dal Consiglio d'Europa – il fenomeno della post-verità non può essere ridotto alla questione, pur strettamente connessa, delle cosiddette "fake news"⁹, categoria che si riferisce a una soltanto delle tante possibili manifestazioni della post-verità, e come tale non idonea a descriverne le

³ L'altro principio di riferimento in materia è l'art. 14 CEDU relativo alla condanna di qualsiasi forma di discriminazione.

⁴ Secondo l'indagine dei già richiamati *Oxford Dictionaries*, il termine *post-truth* fu usato per la prima volta nel 1992 sulla rivista statunitense "The Nation", in un articolo scritto dal drammaturgo serbo-americano Steve Tesich in riferimento alla guerra del Golfo Persico.

⁵ Si pensi, con riferimento al contesto politico statunitense, al fenomeno che oggi definiremmo *di mal-information* o *fake news* di cui fu vittima il presidente Abramo Lincoln. Nel 1864 mentre Lincoln si preparava alla campagna elettorale per essere rieletto, un senatore democratico lo accusò di voler creare una super razza americana utilizzando come spunto un phamplet anonimo sul tema, che poi si rivelò essere stato elaborato dai democratici stessi.

⁶ Nei manuali di sociologia del giornalismo e in quelli in uso per i giornalisti spesso si cita il Web come la sesta W da accostare alla regola delle *Five Ws* del giornalismo anglosassone per la ricerca, il *reporting* e la progettazione di un testo avente ad oggetto una notizia.

⁷ La citazione è tratta dalla consulenza linguistica già citata (<https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/viviamo-nellepo-ca-della-postverit%C3%A0/1192>).

⁸ Si vedano sul tema almeno: M. Castells, *The rise of the network society, the information age: Economy, society and culture*, Oxford, 1996; A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018.

⁹ Per un'analisi costituzionalistica del fenomeno delle *fake news* si vedano, per tutti: G. Marchetti, *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in *MediaLaws*, 1/ 2020; O. Pollicino, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws*, 2017; P. Passaglia, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare, in federalismi.it*, 11/2020

molteplici sfaccettature, per le quali sembra più corretto fare riferimento alla categoria dei “*disordini informativi*”¹⁰.

L'*information disorder* o *caos informativo* è definito dagli autori che si sono occupati del tema principalmente come una strategia rientrante nell'ambito del “marketing politico e istituzionale”. Tale definizione, in effetti, sembra ben evidenziare il carattere strettamente politico del fenomeno. Si pensi per comprendere l'importanza del tema, ancora una volta, alla campagna politica del 2016 per le elezioni presidenziali americane, che è stata condotta sia da Donald Trump, esponente dei repubblicani, che da Hilary Clinton, candidata del fronte democratico, con una particolare enfasi sulla reciproca accusa di concorrere all'*information disorder*, e quindi, in altri termini all'inquinamento della comunicazione e del dibattito elettorale a fini di manipolazione dell'elettorato.

In questo quadro di riferimento, il report del Consiglio d'Europa si è fatto promotore di un maggior rigore terminologico che possa mettere ordine (se non altro definitorio) nell'*information disorder*, e ha pertanto elaborato le tre diverse categorie della *dis-information*, della *mis-information* e della *mal-information*, tramite le quali il caos informativo può essere descritto e riconosciuto, distinguendolo dalla mera categoria delle *fake-news* o anche del concetto generico di “disinformazione”.

Secondo questa categorizzazione, la *dis-information* consiste nella distorsione dell'informazione volontaria, o con dolo¹¹, e si traduce quindi nella costruzione di notizie false sulla base della volontà di introdurre nel circuito informativo contenuti in grado di generare percezioni lontane dalla realtà. Ciò può avvenire per i motivi più svariati, che vanno dallo scherzo al fine, ben più preoccupante, di orientare specifici comportamenti collettivi¹². Con riferimento a quest'ultimo caso, il fondatore di Facebook, Mark Zuckerberg (intervenendo a proposito di *dis-information* e *social*) ha impiegato il termine “*disinformatzya*” per indicare un'informazione disegnata apposta per seminare il dubbio e aumentare la sfiducia nelle istituzioni. La *disinformatzya* trova quindi il suo spazio sulle piattaforme web, che rappresentano sempre più il campo privilegiato per i politici e per i loro staff interessati ad orientare gli elettori. Peraltro, va sottolineato che il fenomeno delle *fake news* appare problematico a prescindere dal “movente” che spinge a generare disinformazione: la diffusione di notizie false, vuoi immotivata o finanche giocosa, vuoi predeterminata a ottenere risultati precisi, risulta estremamente pericolosa in una società democratica che si fonda su di un circuito dell'informazione “sano” e trasparente, potendo arrivare addirittura a falsare l'esito di un'elezione (basti pensare al caso Cambridge analitica, alle ingerenze esterne nelle elezioni presidenziali americane del 2016 o, di nuovo, nel referendum sulla Brexit dello stesso anno).

La *mis-information* (distorsione involontaria o senza dolo) si distingue dalla *dis-information* per la carenza di volontarietà nella condotta dei suoi attori nella diffusione di notizie false, che possono divenire “virali” o comunque trovare diffusione non già in forza di un preciso disegno di manipolazione dell'opinione pubblica, ma per via dell'assenza di strumenti di controllo o verifica. È questo il caso, sempre più frequente, delle notizie circolate sui *social* e “riprese”, senza un adeguato *fact-*

¹⁰ Nel report è affermato che: “the term ‘fake news’ [...] is woefully inadequate to effectively capture the complexity of the phenomenon of information pollution, not to mention that it is increasingly becoming politicised”. Per una analisi più diffusa di tale affermazione si vedano le pagine 15 ss. del report.

¹¹ Il *Global Risks Report 2013* del *World Economic Forum* ha posto la disinformazione online nella forma volontaria e involontaria – quest'ultima, aderendo alla classificazione del report del 2017 è da intendersi come *mis-information* – tra i rischi globali, tecnologici e geopolitici dei successivi dieci anni. L'ultimo *Global Risks Report* del 2021, oltre ad indicare tra i rischi per i prossimi dieci anni le malattie infettive, la crisi occupazionale, gli eventi climatici estremi, le minacce informatiche, ha previsto anche la disuguaglianza digitale (*digital gap*) al settimo posto tra i rischi considerati più probabili. Il report da ultimo citato risulta di interesse anche per l'analisi dell'impatto che la pandemia da Covid-19 ha avuto sulla digitalizzazione nell'ambito dell'interazione umana, con una effettiva accelerazione della quarta rivoluzione digitale. I report menzionati sono consultabili al seguente link <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2021>. Sulla disinformazione e sulla sua rilevanza nel diritto costituzionale si veda G. Marchetti, *Political Disinformation on the Net and the Risk to Democracy*, in *International Relations and Diplomacy*, 8(5)/2020.

¹² Si pensi a quanto contestato agli hacker russi accusati di aver danneggiato Hilary Clinton durante la campagna elettorale americana del 2016 favorendo Donald Trump o ancora alla vicenda delle presunte armi di distruzione di massa detenute da Saddam Hussein durante l'amministrazione Bush; notizie entrambe rivelatesi dolosamente false.

checking, dai canali di informazione “tradizionali”. La distinzione così introdotta tra *dis-information* e *mis-information* serve anche a rendere più consapevole ed efficace la lotta contro le *fake-news*, dal momento che essa evidenzia come il termine, se usato in senso proprio, debba essere correttamente riferito alle sole notizie “interamente” false (senza con ciò togliere che anche la diffusione involontaria di notizie false può avere effetti distorsivi sul circuito democratico).

Infine, la *mal-information* si verifica quando vengono diffuse notizie vere ma che avrebbero dovuto rimanere private, ovvero quando si diffondono messaggi che per le loro caratteristiche non avrebbero dovuto essere diffusi (si pensi, ad esempio, alla diffamazione o all’inguria) con lo scopo precipuo di gettare discredito su di un individuo, un gruppo, o un’istituzione. Nella categoria della *mal-information* rientra altresì il fenomeno dell’*hate speech*: si tratta di una espressione coniata dalla giurisprudenza americana¹³ con la quale si fa riferimento all’uso in rete di un linguaggio denigratorio, anticonvenzionale, pieno d’odio e violento con l’intento di offendere i propri avversari politici o di creare discriminazioni nei confronti di determinati gruppi sociali. In tale ambito la rete può giocare un duplice ruolo: quello di amplificare l’odio e quello di consolidarlo attraverso la produzione di conseguenze sugli individui. L’*hate speech* mette pertanto in evidenza quella che è stata definita alla stregua di una “condizione binaria”¹⁴ insita nella rete.

La necessità di istituire e disciplinare forme di controllo per contrastare i cosiddetti “*hater*”, politici e non, era percepita già nel 1997, e recepita nelle raccomandazioni rivolte agli Stati dal Consiglio d’Europa¹⁵.

La nozione di *hate speech* elaborata in tali raccomandazioni è stata successivamente recepita anche nell’ordinamento dell’Unione europea, e in particolare nella decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. Successivamente, un significativo cambio di passo si è riscontrato nella dichiarazione comune rilasciata dal Consiglio straordinario dei ministri della giustizia e degli interni del 24 marzo 2016 sugli attentati terroristici di Bruxelles, in cui si è sottolineato che “la Commissione intensificherà i lavori presso le aziende informatiche, specie in sede di Forum dell’UE su Internet, per contrastare la propaganda terroristica e sviluppare, entro giugno 2016, un codice di condotta contro l’incitamento all’odio online”.

3. L’autoregolamentazione proposta nel Codice di buona condotta sulla disinformazione e la tenuta del modello in rapporto all’informazione durante la pandemia da Covid-19

Il principale passo, a livello europeo, per il contrasto del fenomeno della disinformazione “a tutto tondo”, è stato l’adozione del Codice di buona condotta sulla disinformazione (*Code of practice on disinformation*), avvenuta nel 2018 in vista della campagna per le elezioni europee previste per la primavera del 2019. Si tratta di un testo unico nel suo genere, sottoscritto dai principali social network e motori di ricerca (Facebook, Twitter, Mozilla, Google, YouTube, a cui successivamente si sono aggiunti Microsoft e TikTok) i quali si sono impegnati a disincentivare la diffusione della disinformazione sulle rispettive piattaforme, tramite il blocco dei guadagni da “clic” e l’eliminazione degli account

¹³ La sentenza *R.A.V. v City of Saint Paul* 505 U.S. 377 (1992) indica i cinque elementi che, nell’ordinamento statunitense, concorrono a definire l’esistenza di un *hate speech* (il mezzo, il contenuto, il destinatario del messaggio, lo scopo e il contesto, gli effetti del discorso). Nell’ordinamento italiano il principio di riferimento è l’art. 21 Cost. che prevede che “tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”. Soffermandoci sulla giurisprudenza italiana in materia, il principale punto di riferimento è l’art. 595 c.p. Nonostante nel testo dell’articolo non sia citata espressamente la diffamazione perpetrata per via telematica, a seguito della ricostruzione giurisprudenziale è possibile affermare come questa sia a tutti gli effetti riconducibile alla fattispecie della diffamazione aggravata. Per un approfondimento si veda F. Politi, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e Materiali*, 2021, Torino, 191-204, in partic. pp. 201-204.

¹⁴ Così F. Giorgino, *Alto volume. Politica, comunicazione e marketing*, Roma, 2018.

¹⁵ Raccomandazione no. 3 (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa del 30 ottobre 1997.

non riconducibili ad utenti fisici atti a diffondere disinformazione¹⁶. Con particolare riferimento al fenomeno dell'*hate speech*, le società sopraccitate si sono impegnate a implementare il meccanismo dell'allarme rapido (la cosiddetta procedura di "notice and action"), e cioè a verificare entro 24 ore tutte le segnalazioni di "comunicazioni d'odio" arrivate ai propri uffici, con l'intento di rimuoverle o di disabilitare l'accesso alle stesse. Tale intervento regolatorio che si affida sì al potere dell'autoregolamentazione (*policy aziendale*), e che però ha come sua base di riferimento i principi derivanti dalla normativa europea così come declinati dalla Commissione nel 2018¹⁷, ha comunque messo in luce come a monte del fenomeno della disinformazione sembri trovarsi la convinzione, ormai diffusa nelle nostre società, che il web sia una sorta di zona franca, una "far web" in cui non esistono regole (o in cui comunque le regole possono essere di fatto infrante o ignorate)¹⁸.

Va tuttavia osservato che la recente pandemia da Covid-19 ha evidenziato numerose carenze nella disciplina contenuta nel Codice, in particolare nella misura in cui essa fa affidamento, in via ampiamente prevalente, all'autoregolamentazione. Le teorie del complotto in merito all'efficacia dei vaccini e alla loro composizione e, prima ancora, all'origine della diffusione del virus hanno mostrato come la circolazione di notizie false debba essere combattuta con mezzi proporzionati rispetto alla velocità che ne caratterizza la diffusione, che è tale (e talmente dirompente) da mettere in crisi finanche i sistemi sanitari pubblici, l'economia e la coesione sociale. Non sembra, in effetti, che i mezzi allora esistenti abbiano garantito un efficace contrasto della disinformazione in questo campo, che anzi ha toccato nuove vette in tutto il "mondo Occidentale", creando profonde fratture e divisioni in una società già duramente provata dall'emergenza.

A tal proposito nel documento della Commissione, elaborato nel maggio 2021, dal titolo "Orientamenti della Commissione europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione"¹⁹, si è parlato di una vera e propria "infodemia"²⁰, intendendosi con tale termine la rapida diffusione di notizie di disinformazione sulla crisi sanitaria e sui relativi effetti. Le lacune del sistema predisposto nel Codice, che sono state riscontrate proprio in questo recente documento, hanno portato la Commissione a prendere consapevolezza della necessità di intervenire in modo più incisivo ai fini di rafforzare la regolamentazione esistente, per "garantire che l'ecosistema online sia uno spazio sicuro", prendendo atto del fatto che "nonostante i notevoli sforzi compiuti finora, permane l'urgente necessità di intensificare l'impegno per combattere la disinformazione".

4. Il rapporto tra il web e la democrazia. La perdita di fiducia nell'informazione proveniente dal web

Occorre chiedersi, a questo punto, quali siano le ricadute costituzionali del quadro sinora tratteggiato. Tra gli studiosi di sociologia della comunicazione²¹, così come tra i costituzionalisti²², si è

¹⁶ Nelle relazioni di autovalutazione delle piattaforme che hanno aderito al Codice, che hanno preceduto quella della Commissione, compare la distinzione tra false news (notizia di disinformazione) e false amplifiers (account falso) operata da Facebook. La Dichiarazione della Commissione europea dell'ottobre 2019 che accompagna le relazioni di autovalutazione è consultabile in rete (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_19_6166).

¹⁷ Con la comunicazione COM/2018/236 "Tackling online disinformation: a European Approach".

¹⁸ L'espressione è di M. Grandi, *Far Web. Odio, bufale, bullismo. Il lato oscuro dei social*, Milano, 2017.

¹⁹ Cfr. la comunicazione COM(2021)262.

²⁰ Si parla di infodemia anche nel rapporto Ital Communications-Censis "Disinformazione e fake news durante la pandemia: il ruolo delle agenzie di comunicazione", dal quale è emerso che solo il 13,9% degli italiani giudica "equilibrata" la comunicazione sul Covid-19. Di contro, per il 49,7% dei nostri connazionali l'informazione attorno alla pandemia è stata "confusa", per il 39,5% "ansigena", per il 34,7% "eccessiva". Appare evidente che la comunicazione relativa all'emergenza sanitaria, fortemente carica di emotività, ha generato visioni distorte della realtà.

²¹ Si vedano, *ex multis*: E. De Blasio, *Democrazia digitale*, Roma, 2014; M. Morcellini (cur.), *Neogiornalismo - Tra crisi e rete, come cambia il sistema dell'informazione*, Milano, 2011.

²² Si vedano, per tutti: A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, cit.; M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti: il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino,

discusso se i media (e in particolare le “nuove tecnologie”) in generale, e la disinformazione in particolare, siano stati la *causa* o lo *strumento* del potenziamento delle distorsioni connesse al tema della qualità della democrazia (intesa non solo come *dibattito* democratico ma anche come *funzionamento* del sistema istituzionale nel suo complesso). Quali che siano gli argomenti a favore dell’una o dell’altra ricostruzione, non si può non constatare – aderendo, in punto, anche alle attente analisi che ci provengono dalle scienze politiche – che ci troviamo oggi a vivere in una “bubble democracy” in cui gli elettori “non torneranno a dividersi in disciplinati eserciti ideologicamente compatti, ma piuttosto tenderanno a frammentarsi in una miriade di bolle, isolate le une dalle altre e tra loro sempre più polarizzate”²³.

È indubbio, da questo punto di vista, il cambio di scenario a cui abbiamo assistito nell’era dell’informaticizzazione. Nel secolo scorso, infatti, il problema era quello della *quantità* dell’informazione: dopo un’era di forti compressioni delle libertà personali e di controllo statale pervasivo sul circuito informativo, alla capillare diffusione dei mass media (stampa, radio, televisione) è stato assegnato il compito di garante principale della qualità della democrazia e dei processi di transizione verso il consolidamento dello Stato costituzionale di diritto affermatosi dopo la Seconda Guerra Mondiale²⁴. L’informazione assumeva, in altri termini, i connotati di uno strumento per una vera e propria “alfabetizzazione democratica” dei consociati, e diveniva importante garantire la sua pluralità e accessibilità. Nell’attuale frangente storico, invece, l’informazione plurale e libera (se non altro negli ordinamenti del cosiddetto “mondo Occidentale”, e grazie anche alla rete e alle nuove tecnologie) è un dato acquisito ed è potenzialmente nella disponibilità di tutti i consociati, e la questione principale diviene da un lato quella dell’accesso ai mezzi necessari per fruirli, e dall’altro quella della costruzione di una relazione corretta e stabile (o, almeno, non patologica) tra la qualità dell’informazione (il cui veicolo di diffusione è sempre più il web)²⁵ e la qualità della democrazia.

Proprio la rete è oggi divenuta il mezzo principale attraverso cui una gran parte (se non la maggior parte) della popolazione si informa nella società contemporanea. Basti pensare, per rendersi conto della diffusione e della velocità di crescita esponenziale del fenomeno, che, secondo le più recenti rilevazioni demoscopiche, Facebook è oggi il secondo strumento più utilizzato per informarsi dagli italiani (utilizzato dal 31,4% dei rispondenti nel 2019, contro il 25,9% del 2018), mentre i motori di ricerca su internet sono il terzo (utilizzato dal 20,7% dei rispondenti nel 2019, contro il 14% del 2018)²⁶.

La pervasività del fenomeno è tale che esso ha, peraltro, ormai da tempo travalicato i confini dell’Occidente. Si pensi, solo per fare un esempio, al caso delle “Primavere arabe” della decade scorsa: in Egitto, Tunisia e Libia, durante il manifestarsi dei rovesciamenti dei regimi al potere, il maggior numero di informazioni e immagini è stato veicolato attraverso la rete. Se è vero infatti che la televisione e i cellulari sono stati, in quei frangenti, i vettori primari per la diffusione delle notizie, è altrettanto

2014; P. Costanzo, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto pubbl.*, Torino, Agg., 2000; S. Rodotà, *Una costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010; G. Azzariti, *Internet e costituzione*, in *Politica del diritto*, 2011; O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell’era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018; M. Olivetti, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in *Journal of institutional studies*, 2020.

²³ Così: D. Palano, *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia, 2020; D. Palano, *Verso una bubble-democracy*, in *Formiche*, 2/2017.

²⁴ Si vedano, per tutti: A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; P. Barile, S. Grassi, *Informazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, App. IV, Torino, 1983; P. Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto pubbl.*, VIII, Torino, 1993; C. Chiola, *L’informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; A. Pace, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Padova, 1983.

²⁵ Dal Rapporto AGCOM sul consumo d’informazione del 2018 si evince che sebbene la televisione si attesti quale principale fonte di informazione (tv 48%, Internet 26%, quotidiani 17%, radio 8,41%) informarsi tramite il web sta diventando sempre più possibile grazie alle numerose piattaforme come Facebook. Nel 2011 erano il 27% gli italiani che si informavano tramite Facebook, il dato è sceso di 9 punti nel 2018 e il Censis giustifica tale calo per i fenomeni delle *fake news* e dell’*hate speech*. L’ultimo rapporto dell’Osservatorio permanente Censis-Ital Communications del 28 dicembre 2021 ha evidenziato che Facebook si è attestata quale fonte principale di informazione per il 30% della popolazione (14 milioni e mezzo di italiani utilizzano Facebook per avere notizie). Sono inoltre 4 milioni e mezzo gli italiani che si informano solo attraverso i social network. Ad utilizzare Facebook quale principale fonte informativa è il 30,1% dei 14-80enni di cui il 41,2% dei laureati.

²⁶ I dati sono quelli del XVI rapporto CENSIS sulla comunicazione.

vero che, osservando attentamente i servizi riportati, all'epoca, dai vari telegiornali, questi strumenti hanno utilizzato e trasmesso materiale proveniente in massima parte dai *social* (complice anche la difficoltà, per i giornalisti, di operare in condizioni di sicurezza sui territori interessati).

In questa prospettiva, prende sempre più corpo (comprensibilmente) il tema dell'accesso a internet come diritto fondamentale²⁷. Vero è che alcuni autori hanno in passato negato l'autonomia ontologica del diritto in questione, ma vero è altresì che l'accesso alla rete è ormai divenuto condizione imprescindibile non solo per la fruizione dei diritti economici e sociali²⁸ ma anche, e sempre più, per un corretto esercizio (un esercizio "informato") dei diritti politici nel sistema della democrazia rappresentativa.

E così, *democrazia digitale*²⁹ e *democrazia dialogica*³⁰ sono diventate le definizioni più in uso con cui si intende sottolineare, nell'ambito delle scienze sociali, l'importanza dell'utilizzo delle nuove tecnologie negli Stati costituzionali di diritto contemporanei; in particolare, si intende mettere in rilievo il ruolo di internet come forma comunicativa anche in rapporto alla necessità del condizionamento dei processi decisionali a opera della politica³¹. Sebbene anche la televisione non sia esente da distorsioni informative, l'allarme più significativo, come bene indicato da attenta dottrina, proviene dal web³².

È soprattutto in rete, infatti, che avviene una vera e propria "polarizzazione di bolla", che esaspera ulteriormente la disgregazione sociale che già caratterizza la "bubble democracy". Come è noto, infatti, sui *social* l'individuo tende a chiudersi in comunità omogenee (le cosiddette "bolle"), in cui viene sottoposto a contenuti ispirati a una medesima e omogenea "visione" della realtà (che sia politica, economica, sociale, religiosa, ecc.): ciò perché gli algoritmi che gestiscono i contenuti online sono programmati per massimizzare il tempo che l'utente passerà sul sito, e dunque tendono a suggerirgli contenuti analoghi a quelli già in precedenza visionati. In questo modo, tuttavia, l'utente finisce per non essere mai esposto al "dissenso" (a idee che offrono una "visione" divergente o alternativa rispetto alla propria), come avveniva invece con i "vecchi" mezzi di informazione (si pensi, ad esempio, al telegiornale, alla tribuna politica, o alla stampa quotidiana). La conseguenza, è un preoccupante appiattimento del pluralismo prescritto dalla Costituzione repubblicana, che da sistema dinamico di confronto tra le diverse voci che animano la società diviene una sorta di "dialogo tra sordi", portando all'inevitabile frammentazione e polverizzazione del comune sentire e alla disgregazione della coesione sociale. E ciò conduce, di nuovo, al tema della post-verità: la frammentazione appena menzionata impedisce, infatti, che i diversi gruppi sociali possano contare su di una comune base di riferimento nel confrontarsi l'uno con l'altro, con la conseguenza che diviene impossibile, in assenza di una cornice empirica condivisa e accettata dalle parti, il dialogo e la sintesi costruttiva (basti pensare, al dibattito sul risultato delle elezioni presidenziali americane del 2020, in cui una significativa parte degli elettori coinvolti rifiuta il risultato della consultazione sulla base di una vera e propria *verità alternativa* rispetto a quella storica, accertata e oggettiva). In altri termini, nella società delle "bolle"

²⁷ Si veda J. Rifkin, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, (2000), trad. it., *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2001, già sosteneva come l'accesso alla rete sarebbe divenuto in economia un bene di entità superiore alla proprietà. La sua visione è stata premonitrice della rivoluzione economico-finanziaria emersa già dalla crisi finanziaria 2008-2009 e si avvalora maggiormente nella pandemia del 2020 laddove l'accesso alla rete diviene sempre più necessario anche per l'accesso alle prestazioni sociali.

²⁸ Sia consentito in punto il rinvio a P. Bilancia, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. De Minico, M. Villone (cur.), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Consulta Online*, 2020.

²⁹ Si veda E. De Blasio, *Democrazia digitale*, Roma, 2014.

³⁰ Si veda M. Sorice, *I media e la democrazia*, Roma, 2014. Vi è anche chi (I. Diamanti, *Democrazia ibrida*, Roma-Bari, 2014) parla di *democrazia ibrida* con ciò volendo significare che assistiamo a una dinamica di contaminazione fra la democrazia rappresentativa che è in crisi, e la democrazia diretta, a volte troppo enfatizzata.

³¹ Si veda sul tema A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. Chieffi (cur.), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006.

³² Si vedano: G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 1/2018; O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli "Internet service provider"*, in *Consulta online*, 2014.

non si nega più la “visione” del mondo dell’altro, la sua *lettura* dei fatti storici, ma si negano i fatti storici stessi che stanno alla base di tale visione.

In parallelo, la disinformazione e l’esposizione a tali bolle estremamente polarizzate va a erodere progressivamente la fiducia dei consociati nelle fonti d’informazione “classiche” o “tradizionali” (che dovrebbero invece essere, per storia e ruolo nei nostri ordinamenti, quelle maggiormente autorevoli). Recenti indagini demoscopiche hanno evidenziato come il 42% degli italiani dubiti della credibilità delle notizie riportate dai media “tradizionali” (televisione, radio, stampa quotidiana), con la percentuale che sale al 75% tra il fruitori dei *social network*³³.

Le dinamiche appena menzionate sono altresì fonte di un considerevole disagio per i consociati. L’ultimo rapporto dell’Osservatorio permanente Censis-Ital Communications del 28 dicembre 2021 ha evidenziato come il 55,1% della popolazione sia convinto che “il digitale fomenti l’odio, il rancore, la conflittualità”, con quote che arrivano al 58,9% tra le donne e al 58,4% tra gli under 34. Il 22,6% dei rispondenti ha paura di cadere vittima degli *hater*. Il 42% degli italiani dichiara di non saper sempre individuare con certezza, in rete, le notizie false³⁴. Dunque, la disinformazione non è solo una minaccia per le democrazie europee, ma anche una preoccupazione per i cittadini.

5. Una prospettiva binaria per la sostenibilità della democrazia digitale: il costituzionalismo digitale europeo e la responsabilità individuale tra regolamentazione e autoregolamentazione

Le criticità che si è cercato di ricostruire hanno portato a un acceso dibattito – che si è acceso in particolare nell’ultimo lustro – sulla necessità (e sull’opportunità) di una regolamentazione dell’informazione in rete. Le istanze che si fanno promotrici di un intervento normativo in materia muovono dal già menzionato presupposto per cui la rete è diventata, oggi, uno degli spazi principali (se non lo spazio principale) in cui si svolge il dibattito pubblico, e su cui i consociati formano la propria opinione. Per mettere a fuoco i termini della questione, occorre quindi chiedersi innanzitutto se la rete possa essere considerata uno spazio “pubblico” nel senso in cui il concetto viene normalmente inteso nel diritto costituzionale.

In punto in dottrina, così come nel dibattito politico-sociale, si fa spesso riferimento al concetto di una “agorà” virtuale, richiamandosi al concetto di democrazia proprio della Grecia classica³⁵. In realtà, a ben vedere, la configurazione del *web* (o, quantomeno, delle piattaforme *social*) è molto diversa da quella di una piazza fisica: le “agorà” virtuali sono infatti, a ben vedere, “luoghi” creati da compagnie private (come ad esempio Facebook, Twitter, Instagram, Google, YouTube) che le gestiscono. I proprietari e gestori di queste piattaforme dispongono pertanto, in via tendenziale, del potere (tipicamente privatistico) di escludere gli utenti dalla “agorà virtuale” (basti pensare, ad esempio, al caso del ban dai *social* dell’allora Presidente degli Stati Uniti Donald Trump a seguito della sua condotta e delle sue dichiarazioni in occasione dell’attacco al Parlamento americano del gennaio 2021). Se a volte le esclusioni sono motivate dalle compagnie, altre volte (a onor del vero nella stragrande maggioranza dei casi) esse sono prive di motivazione o motivate in modo del tutto generico, se non addirittura automatizzato (e cioè per il tramite di un algoritmo, e non di un essere umano)³⁶. E non valgono a far cadere tale regola generale singole (e, a oggi, isolate, e comunque irrilevanti sotto il profilo quantitativo) eccezioni in cui l’autorità giudiziaria, sollecitata dall’utente, ha posto un argine alla sostanziale

³³ Dati dell’indagine condotta nel 2021 da Demopolis, “Gli italiani, l’informazione, la fiducia nei media, le fake news in era Covid”.

³⁴ Secondo il già menzionato studio di Demopolis.

³⁵ In punto sia consentito il rinvio a P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *federalismi.it*, n. speciale 1/2017.

³⁶ Si veda G. Cavaglion, *Il diritto al lavoro nella prospettiva dell’automazione e dell’informatizzazione*, in *federalismi.it*, n. speciale 5/2019.

discrezionalità dei gestori delle piattaforme (si pensi al caso della tutela cautelare accordata dal Giudice italiano all'associazione Casapound avverso il "ban" da parte di Facebook, su cui si tornerà³⁷).

Forse allora ci si potrebbe domandare se la configurazione di questi mezzi di comunicazione – se non altro nella fase storica attuale – non sia più simile, in una prospettiva costituzionalistica, a quello dello "spazio aperto al pubblico", in cui il proprietario conserva un potere (pur per certi versi vincolato, e sottoposto a possibilità di verifica, da parte dell'autorità giudiziaria, con riferimento al suo esercizio) di limitare l'accesso o addirittura di escludere soggetti terzi dal parteciparvi.

E tuttavia, una tale configurazione appare necessariamente insoddisfacente al costituzionalista, posto che non sembra opportuno né legittimo che la rete, luogo ove oggettivamente si svolge il confronto politico (e non solo) e si forma l'opinione pubblica in merito a questioni che sono letteralmente "vitali" per gli Stati democratici (e si pensi al dibattito elettorale o sulle proposte di legge), siano sottratti alla regolamentazione del potere costituito (a cui invece sono sottoposti, non a caso, i sistemi radiotelevisivi e la stampa). Se la rete è davvero uno spazio "pubblico" cruciale per l'informazione dei consociati, occorre allora accettare che tale spazio sia regolamentato, nella misura in cui esso è capace di influenzare le scelte nelle nostre società democratiche e pluraliste.

L'arbitrarietà e discrezionalità dei gestori delle piattaforme, in questa prospettiva, diviene particolarmente problematica poiché oggi più che mai appare necessario operare un delicato bilanciamento che coinvolge diritti e interessi costituzionalmente rilevanti³⁸ (libertà di manifestazione del pensiero³⁹, libertà e correttezza dell'informazione, diritti politici, principio democratico, principio pluralista⁴⁰). Un bilanciamento siffatto dovrebbe essere riservato, in via teorica, al legislatore, e non abdicato in favore di soggetti privati. Ciò a maggior ragione se si considera le implicazioni delle decisioni che i gestori delle piattaforme assumono per alcuni attori (si pensi ad esempio ai partiti), per cui i nuovi mezzi di comunicazione sono divenuti un elemento imprescindibile della propria attività (l'esclusione di un soggetto politico dalle piattaforme equivale all'impossibilità di informare sul proprio pensiero una parte sempre crescente dei consociati).

Tuttavia, i legislatori nazionali sono rimasti sino a oggi, con qualche significativa eccezione sostanzialmente inerti sul punto e pertanto, in un quadro di sostanziale vuoto normativo, le piattaforme virtuali hanno cercato di regolarsi autonomamente, dimostrando così di percepire, almeno in una certa misura, da un lato l'importanza del proprio ruolo, e dall'altro l'improrogabilità di un intervento in materia, che l'autoregolamentazione probabilmente tenta, in qualche modo, di prevenire (o di ammorbidire nei contenuti). Interessante da questo punto di vista (solo per fare un esempio tra i molti possibili) il tentativo di Facebook di autoregolarsi con riferimento alle questioni che coinvolgano il diritto alla libertà di espressione, istituendo un "*Oversight Board*" composto da professori di materie giuridiche, giornalisti, ex Presidenti del Consiglio. L'organo rappresenta una sorta di "Corte di ultima istanza" del sistema sanzionatorio di Facebook, e ha iniziato da poco la sua attività, e sarà quindi interessante osservare come si evolverà nelle sue attività e quanto peso avrà effettivamente all'interno della *governance* aziendale. Per ora, nel caso dell'estromissione di Donald Trump dalla piattaforma in seguito ai fatti del gennaio 2021, il *Board* ha ritenuto di confermare la decisione di Facebook, ma ha raccomandato di riesaminare periodicamente l'opportunità di mantenere una esclusione a tempo indefinito. Si pensi, per un altro esempio, alla decisione di molte piattaforme (come Facebook, YouTube, o Google) di fare accompagnare le notizie ritenute di "dubbia provenienza", relative alla pandemia da Covid-19 (e ai vaccini), da una nota che, alternativamente, invita gli utenti a informarsi presso i canali

³⁷ Cfr. Trib. di Roma, Sez. specializzata Impresa, ordinanza del 12.12.2019.

³⁸ Si veda M. Orofino, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in Aa. Vv., *Da Internet ai social network: il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, 2013.

³⁹ Si veda A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2009.

⁴⁰ Id., *La tutela del pluralismo informativo nell'ecosistema digitale*, in *Delustitia*, 11/2019.

ufficiali (fornendo gli opportuni riferimenti), o addirittura segnala l'inattendibilità del contenuto che si sta visionando⁴¹.

Il fine ultimo delle iniziative di autoregolamentazione esaminate è, in definitiva, quello di individuare un ragionevole bilanciamento che possa preservare la libertà di espressione da fenomeni repressivi "dall'alto" (la regolamentazione imposta agli attori del web) che potrebbero minare tale connotato precipuo della democrazia, senza però rinunciare al ruolo centrale che l'informazione – se orientata secondo un criterio costituzionale nella trama dei principi fondamentali – svolge (e ha sempre storicamente svolto) nelle democrazie rappresentative delle nostre società. In questo quadro di riferimento, non deve quindi stupire che il modello di autoregolamentazione proposto nel già menzionato Codice di condotta promosso dalla Commissione europea si fondi proprio sugli schemi della responsabilità individuale.

E tuttavia, gli apparati di controllo istituiti autonomamente dai gestori delle piattaforme (che pure stanno migliorando progressivamente, negli ultimi anni, anche per via del risalto che la questione ha acquisito nel dibattito pubblico) sembrano dover essere ritenuti, a oggi, insufficienti rispetto alla massa ormai critica che il fenomeno della disinformazione ha ormai raggiunto. Le decisioni assunte dalle grandi IT corporation, specie in tema di informazione, oltre a non essere adeguatamente motivate (potendo quindi essere accusate, dai sostenitori della disinformazione, di arbitrarietà o di censura), spesso appaiono tardive rispetto ai fatti. Inoltre, nonostante le piattaforme abbiano potenziato, negli ultimi anni, lo staff che si occupa delle questioni relative alla disinformazione (limitando quindi i casi, che comunque restano maggioritari, in cui la decisione in punto è assunta da un algoritmo), avvalendosi finanche della collaborazione esterna di affermate testate giornalistiche per la verifica caso per caso delle *fake news* (il cosiddetto "fact checking"), il loro organico rimane comunque composto prevalentemente da informatici (o professionalità analoghe), che mancano delle necessarie competenze giuridiche che sarebbero invece necessarie per prendere decisioni che impattano sensibilmente sui diritti fondamentali della persona e sul funzionamento del sistema democratico.

A ciò va aggiunta, inoltre, la questione, tutt'altro che secondaria, della responsabilità. Sulle piattaforme virtuali (e sulla rete in generale) diviene infatti estremamente difficile individuare i responsabili della disinformazione e della diffusione delle notizie false (che possono essere a volte, come si è visto, addirittura esponenti di potenze straniere). Tale caratteristica dei nuovi mezzi di comunicazione può essere sfruttata, peraltro, da un sistema partitico irresponsabile: per i *leader* politici, diviene facile (e comodo) lo scarico delle responsabilità allorquando condividono e sfruttano a fini elettorali notizie che poi si rivelano essere *fake news* (ad esempio attribuendo, come spesso è accaduto negli anni recenti, la pubblicazione sui propri profili *social* di notizie infondate o lesive degli altrui diritti alla figura "intangibile" del "social media manager").

Per porre rimedio a tale situazione ci si è interrogati sulla possibilità di configurare una responsabilità del gestore della piattaforma per non avere impedito, con mezzi idonei, la diffusione della notizia falsa, con una sorta di applicazione analogica della disciplina che vale, ad esempio, per il direttore di un giornale o di un programma televisivo, valorizzando quindi la configurazione dei *social* come luogo ove si svolge, nella società contemporanea, una parte consistente del dibattito pubblico e come canale principale di informazione nelle nostre società. Trattasi tuttavia di esercizi dottrinali e giurisprudenziali che non hanno avuto esito rilevante, in assenza di una adeguata copertura costituzionale e legislativa.

Le lacune e le aporie del sistema attuale rendono allora, a maggior ragione, importante (per non dire imprescindibile) l'introduzione per via normativa di regole di base certe e costituzionalmente orientate, sia per quanto riguarda l'utilizzo dello "spazio pubblico" virtuale che per quanto riguarda la correttezza delle informazioni che in tale spazio vengono diffuse. Vi è da chiedersi, tuttavia, quale attore istituzionale sia provvisto del potere necessario per imporre regole siffatte ai gestori delle "agorà virtuali": le grandi corporation del settore IT dispongono oggi, infatti, nell'era della globalizza-

⁴¹ In modo non dissimile, peraltro, il Ministero della Salute italiano ha provveduto a creare una vera e propria "banca dati" delle *fake news* sulla pandemia, ai fini di orientare e tranquillizzare i consociati attraverso informazioni autorevoli e sicure.

zione, di un potere che travalica i confini nazionali e che – si è condivisibilmente osservato – può arrivare a rivaleggiare persino con quello degli Stati sovrani⁴².

L'intervento delle autorità giudiziarie dei singoli ordinamenti nazionali, pur costituendo un rimedio certamente esperibile e una "valvola di sfogo" per casi patologici, non appare sufficiente in una prospettiva di lungo periodo, e soprattutto non opera perseguendo finalità generali di indirizzo politico (come fa invece il legislatore). Inoltre, l'autorità giudiziaria decide caso per caso, e può conseguentemente giungere a soluzioni diverse che non garantiscono un'adeguata omogeneità nel bilanciamento tra i beni costituzionalmente rilevanti coinvolti. Si pensi ad esempio alla decisione del Tribunale di Roma che, nel già menzionato "caso Casapound", ha ritenuto illegittima l'esclusione del movimento da Facebook facendo leva non solo su motivi contrattuali, ma anche su motivi pubblicistici, prendendo atto del fatto che Facebook è oggi una piattaforma su cui si svolge una porzione considerevole del dibattito democratico del Paese. Per converso, nel caso, per molti versi simile, che vedeva coinvolta la formazione "Forza Nuova", il medesimo Tribunale ha raggiunto conclusioni sostanzialmente opposte⁴³.

Non appaiono sufficienti neppure iniziative isolate (come ad esempio quelle intraprese dal legislatore francese), atteso che il fenomeno della rete ha, per sua stessa natura, una dimensione transnazionale che sfugge al legislatore del singolo Stato, e che non consente una regolamentazione efficace entro i confini nazionali.

Occorre allora un'azione coordinata che ricalchi la portata del fenomeno che si vuole normare, vuoi che essa avvenga a livello europeo (e dunque per mano dell'Unione europea, se del caso anche attraverso lo strumento della cooperazione rafforzata) vuoi al livello internazionale (ad esempio nell'ambito dell'OCSE).

Il modello che si potrebbe ricalcare, e che sembra poter essere implementato con successo, potrebbe essere quello della cosiddetta "digital tax", la tassa che si vorrebbe imporre a giganti come Amazon, Google o Facebook (che generano gran parte dei loro profitti grazie al mercato europeo, ma che non hanno lì la loro sede fiscale) e che potrebbe portare a ulteriori entrate per 1,3 miliardi di euro, proposta sia dall'Unione europea che dall'OCSE), che ha visto recentemente anche un inaspettato sostegno da parte del Presidente degli Stati Uniti Joe Biden⁴⁴. Anche laddove non si dovesse raggiungere un accordo a livello internazionale, la Commissione europea ha chiaramente indicato di volersi muovere autonomamente entro il 2022.

Di fronte ad un percorso ad ostacoli e a un accordo raggiunto in sede OCSE nel luglio 2021, il Commissario europeo Paolo Gentiloni, riferiva che "nell'ottobre di quest'anno, 137 paesi hanno sostenuto uno storico accordo multilaterale per trasformare la tassazione globale aziendale, affrontando le ingiustizie di lunga data preservando la competitività. Solo due mesi dopo, stiamo prendendo il primo passo per porre fine alla corsa fiscale fino al fondo che danneggia l'Unione europea e le sue economie. La direttiva che stiamo mettendo in avanti garantirà che la nuova aliquota fiscale minima minima del 15% per le società di grandi dimensioni venga applicata in modo pienamente compatibile con il diritto dell'UE. Seguiremo una seconda direttiva la prossima estate per attuare l'altro pilastro dell'accordo, sulla riallocazione dei diritti di tassazione, una volta firmata la relativa convenzione multilaterale. La Commissione europea ha lavorato duramente per facilitare questo affare e sono orgoglioso che oggi siamo all'avanguardia del suo rollout globale". Le norme proposte si applicheranno a qualsiasi gruppo

⁴² Si veda F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, in *federalismi.it*, n. speciale 5/2019.

⁴³ Cfr. Trib. di Roma, sentenza del 23.02.2020.

⁴⁴ Peraltro, in attesa della web tax europea, l'Italia si è dotata di una sua imposta sui servizi online. Trattasi di un'imposta introdotta con la legge n. 145/2018 (così come modificata dall'art. 1 comma 68 della legge n. 160/2019), con aliquota del 3% sui ricavi derivanti da determinati servizi digitali realizzati da soggetti esercenti attività d'impresa. Si tratta, in particolare della tassa sui servizi dell'economia digitale, che si ispira alla proposta di Direttiva COM (2018) 148 final, presentata il 21 marzo 2018 nell'ambito di un pacchetto di misure per la tassazione equa dell'economia digitale predisposto dalla Commissione UE in attesa di soluzioni definitive di carattere internazionale. Anche in questo caso, come nel caso francese, l'intervento del singolo legislatore nazionale non è andato esente da critiche. Su tale imposta e sulle sue criticità si vedano, per tutti: E. della Valle, *Imposta sui servizi digitali: si parte?*, in *il fisco*, 18/2021; G. Fransoni, *Note sul presupposto dell'imposta sui servizi digitali*, in *Rassegna tributaria*, 1/2021.

di grandi dimensioni, sia domestiche che internazionali, con una società madre o una controllata situata in uno Stato membro dell'UE. Se il tasso minimo effettivo non è impostato dal paese in cui si basa una società a bassa tassazione, vi sono disposizioni per lo Stato membro della Capogruppo per applicare una tassa "Top-up". La proposta garantisce anche una tassazione efficace in situazioni in cui la Capogruppo si trova al di fuori dell'UE in un paese a basso reddito che non applica regole equivalenti. Di fatto, per altro, L'accordo internazionale per la definizione di una tassa minima globale sulle multinazionali e far sì che l'imposizione sulle grandi aziende avvenga nei Paesi dove realizzano i loro profitti stoppa il lavoro europeo sulla digital tax che è stato incluso in questo ambito più "spazioso" in cui G20 e OCSE arriveranno ad un accordo.

Se le iniziative che si sono sommariamente descritte in materia di tassazione delle grandi corporation dovessero andare in porto, esse varrebbero a dimostrare, in effetti, la possibilità di normare e governare con successo i fenomeni della rete in una prospettiva sovranazionale e transnazionale, e potrebbero quindi offrire uno schema virtuoso da riprodurre per intervenire sulle questioni, diverse ma strettamente connesse, dell'informazione (e della disinformazione) in rete.

Una prima iniziativa in questo senso potrebbe essere forse rinvenuta nell'*European Democracy Action Plan* del dicembre 2020 che, con l'obiettivo di proteggere la democrazia europea (e dunque anche le democrazie nazionali) dai pericoli della disinformazione e dei "discorsi d'odio", nell'intento precipuo di estendere il raggio d'azione della criminalizzazione dei fenomeni d'odio a livello euro-unitario, prevede una proposta di modifica dell'articolo 83 comma 1 del TFUE⁴⁵. Come noto, quest'ultima norma consente, con riferimento a un numero ben definito di ambiti di criminalità gravi e dotati del carattere della transnazionalità, a Parlamento e Consiglio di deliberare, mediante l'adozione di una direttiva, norme condivise dagli Stati membri relative alla definizione dei reati e delle sanzioni. Tra i reati dell'Unione, in questo modo, potrebbero trovare ingresso anche i crimini d'odio e l'incitamento all'odio, anche in rete. Si tratterebbe di un rilevantissimo tassello che andrebbe ad aggiungersi a quel progetto di costituzionalismo digitale europeo⁴⁶ perseguito tramite l'armonizzazione delle legislazioni statali in materia.

Nella medesima direzione sembrano andare, inoltre, le proposte di regolamento che compongono il cosiddetto "Digital Service Act package" del 2020, che mirano ambiziosamente a normare in modo organico e capillare i servizi digitali, le piattaforme online e tutte le materie connesse, per creare uno spazio virtuale sicuro, trasparente, e rispettoso dei diritti fondamentali della persona. Il pacchetto di proposte fa leva sui diritti "consumeristici" nel mercato comune per porre un reticolo di obblighi precisi e di tutele per l'individuo nel mondo della rete e nell'accesso ai servizi offerti dalle grandi corporation IT che non sembrano avere precedenti. Il futuro della proposta appare oggi incerto (è giunta, proprio in questi giorni l'approvazione del Parlamento, ma le posizioni dei Governi degli Stati membri non appaiono del tutto allineate), ma se il progetto dovesse essere portato a compimento, potrebbe realmente rappresentare una svolta epocale nel rapporto tra democrazia e nuove tecnologie.

6. Conclusioni

Volendosi ricollegare, in ultimo, alle premesse di questo ragionamento, ciò che si auspica non è l'introduzione di una sorta di "polizia della verità", o di qualsivoglia forma di censura volte a promuovere, sulla rete e sulle piattaforme digitali, una sorta di "verità ufficiale", il che sarebbe evidentemente insostenibile, in un ordinamento costituzionale che fa della libertà di espressione uno dei propri capisaldi. Ciò che sembra imporsi è, invece, l'introduzione di forme di responsabilità che promuovano un utilizzo virtuoso dei nuovi strumenti di comunicazione (sia da parte dei loro gestori

⁴⁵ Cfr. la comunicazione COM/2020/790.

⁴⁶ Per il concetto di costituzionalismo digitale europeo si veda I. Spadaro, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020. Per la proposta di modifica dell'art. 83, par. 1 TFUE si vedano anche G. De Gregorio, O. Pollicino, *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Service Act*, in *Agendadigitale.eu*, dicembre 2020.

che da parte dei loro utenti), partendo dal presupposto per cui tali strumenti, se correttamente impiegati, rappresentano certamente una risorsa, e non un pericolo, per le nostre democrazie.

In una prospettiva di ampio respiro, il richiamo alla responsabilità individuale degli attori (agenzie di comunicazione, politici, utenti, etc.) che si muovono sul web⁴⁷ (e dunque il meccanismo fondato, in ultimo, sull'autoregolamentazione) può quindi certamente rappresentare un valore aggiunto, andando ad affiancarsi (e a completare) un necessario intervento normativo che ponga almeno i principi fondamentali della materia, ai fini di rendere più "salubre" l'ambiente digitale e informativo.

E del resto, del fatto che la verità nasca in parte "distorta" dagli occhi di chi la riferisce avevano già preso atto, come si è visto, gli antichi. Pertanto, nell'epoca della digitalizzazione del vivere umano e della sfide informative che essa pone, urge di tale circostanza una rinnovata consapevolezza. L'obiettivo del potere costituito non deve essere, in un quadro siffatto, quello di "imporre" la verità nella rete (secondo un'opera attiva di selezione delle informazioni), bensì quello di creare le condizioni per cui il dibattito in rete si possa svolgere nel rispetto delle regole fondamentali della democrazia, e dunque in modo plurale, libero e trasparente. In presenza di tali condizioni, non vi è ragione di dubitare della capacità dei consociati di orientarsi correttamente nell'"oceano" della disinformazione.

Abstract

Il contributo propone un'indagine circa il concetto di 'verità', al fine di intendere quale sia il significato dello stesso all'interno dei sistemi democratici contemporanei, passando attraverso i concetti di 'malinformation' e 'disinformation'.

Parole chiave: malinformation, disinformation, democrazia

*

The paper aims to investigate the concept of 'truth', in order to understand its meaning within contemporary democratic systems, going through the concepts of 'misinformation' and 'disinformation'.

Key words: misinformation, disinformation, democracy

⁴⁷ Per arginare la proliferazione delle fake news servono misure di responsabilizzazione. Difatti, da quanto emerge dall'ultimo rapporto dell'Osservatorio permanente Censis-Ital Communications sopra richiamato il 52,2% degli italiani pone l'accento sull'obbligo da parte delle piattaforme di rimuovere le false notizie, mentre il 41,5% ritiene che i social media debbano attivare dei sistemi di controllo (*fact checking*) delle notizie pubblicate. Prioritario, poi, avviare campagne di sensibilizzazione e prevenzione sull'uso consapevole dei social.

Fake news, libero mercato delle idee e autorità pubblica della verità nella prospettiva del costituzionalismo digitale

Fausto VECCHIO*

Sommario: **1.** Premessa. Le fake news e la nuova centralità delle riflessioni su diritto e verità **2.** Il dibattito americano su costituzione e cyberspazio e i suoi riflessi sugli sviluppi ordinamentali: dal “diritto dei cavalli” di Easterbrook alle limitazioni di responsabilità dei provider informatici **3.** Le peculiarità della società della comunicazione e la proposta di istituzione di un'autorità garante **4.** Le critiche alla proposta un'autorità garante e la difesa del “libero mercato delle idee” **5.** Conclusioni. Il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze e l'ipotesi di un meccanismo emergenziale di natura pubblicistica

1. Premessa. Le fake news e la nuova centralità delle riflessioni su diritto e verità

Il rapporto tra diritto e verità ha costituito uno dei temi più dibattuti tra gli studiosi di diritto in ogni epoca e, con ogni probabilità, rappresenta il terreno più fertile per misurare la distanza che separa le società contemporanee dalle società classiche¹. Infatti, pochi dubbi possono esserci sul fatto che, mentre gli antichi hanno tradizionalmente preteso di poggiare gli assetti organizzativi fondamentali e i sistemi di regole su un ordine ontologicamente connaturato alla vita di società², la modernità giuridica nasce dall'acquisita consapevolezza delle difficoltà legate alla concreta identificazione di una realtà ontologica preesistente al diritto e dal correlato tentativo di affrancare gli edifici giuridici dall'esistenza di una verità assoluta.

In questo senso, già con Hobbes, si rompe definitivamente la tradizione medievale. Nello specifico, nel momento in cui la rottura dell'unità religiosa dell'Europa porta a contestare i poteri della Chiesa cattolica (cioè la verifica della conformità delle regole alla volontà divina e la certificazione della loro rispondenza alla verità rivelata) e nel momento in cui le rivendicazioni dei protestanti trasformano la religione da fondamento dell'ordine sociale a motivo di scontro sanguinoso, il filosofo inglese afferma il principio secondo cui *Auctoritas, non veritas facit legem*. Così, con l'intento di spegnere i conflitti prodotti dai tentativi di affermare un ordine religioso sugli altri, si afferma l'idea, all'epoca rivoluzionaria, di un diritto svincolato dalla volontà divina, fondato sull'esclusivo volere del sovrano e perfettamente valido a prescindere dalla sua corrispondenza con la realtà.

Ovviamente, per quanto sofisticata e ispirata da una genuina volontà di pacificazione, una simile operazione è a sua volta foriera di ulteriori e non meno gravi problemi. Non è certamente questa la sede per confrontarsi con tutte le questioni lasciate aperte dall'aver concepito un diritto svincolato dalla identificazione di un ordine preesistente e nella dichiarata disponibilità di attori umani. Qui basterà ricordare l'instabilità dell'assetto determinato dalla scelta hobbesiana e segnalare come, nel corso dei secoli successivi, l'intenzione di ovviarvi abbia portato a diversi tentativi di riaffermazione dello speculare principio secondo cui *Veritas, non auctoritas facit legem*. Sono facilmente interpretabili

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università Kore, Enna.

¹ Per una disamina recente della questione in prospettiva storica, C. Magnani, *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2018, p. 1 ss.

² Sul punto è centrale la riflessione di Werner Jaeger riproposta in tempi recenti da M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto, Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019.

in questa direzione le diverse ricostruzioni che nel corso dell'età moderna hanno provato ad ancorare le costruzioni giuridiche ad appigli meno contingenti ed imprevedibili della volontà umana. Infatti, ciò che accomuna sia i tentativi più o meno dichiarati di restaurazione dell'ordine naturale delle società classiche e dell'ordine perduto della *Res Publica Christianorum*, sia il giusrazionalismo seicentesco ed illuminista, il contrattualismo o lo storicismo è la necessità di riconnettere il diritto ad una qualche verità che ne garantisca un funzionamento non arbitrario: sia l'idea di un nuovo fondamento divino, sia l'idea di un fondamento storico, sia l'idea di un fondamento convenzionale, sia l'idea di un fondamento razionalistico, pur producendo conseguenze evidentemente differenti su una molteplicità di piani, condividono l'aspirazione a sottrarre il diritto dall'immediata (e potenzialmente arbitraria) disponibilità degli uomini.

Nonostante i diversi tentativi, però, almeno sotto questo profilo, l'idea hobbesiana di un diritto sganciato dalla verità è stata dominante nel corso dell'Ottocento e ha continuato a trovare autorevoli sostenitori nel corso del Novecento. In particolare, in un momento storico in cui l'attualità stava mostrando quanto fossero tragicamente reali i rischi connessi all'affermazione dei leviatani, si deve a Kelsen la messa a punto di una soluzione teorica compiuta che, superata la fase di crisi, ha offerto risposta al problema dell'arbitrio giuridico lasciato sostanzialmente insoluto da Hobbes. In primo luogo, il pensatore austriaco elabora la sofisticata idea di una *Grundnorm* che, secondo lo schema dell'imperativo ipotetico kantiano, vige fintantoché è effettiva. In secondo luogo, riprendendo l'immagine piramidale della *Stuffenbau*, egli immagina un ordinamento costruito a gradini che ha per vertice la *Grundnorm* e in cui questa disposizione fondamentale è chiamata a svolgere, in via esclusiva, la funzione di parametro per il controllo di validità delle altre norme dell'ordinamento. In terzo luogo, in linea con le teorie settecentesche e ottocentesche della rappresentanza, egli affida ai parlamenti il compito di rappresentare le fratture delle società civili nazionali e di 'tradurre' le volontà della cittadinanza in norme conformi alla disposizione fondamentale. È appena il caso di sottolineare che in questa articolata ed elegante costruzione, diversamente da quanto accade nella teoria hobbesiana, l'assenza di un ordine ontologico non si traduce né in un assetto dove il potere si muove al di là delle regole che pone, né in un sistema pericolosamente incline a travolgere i canoni della democrazia liberale: esaurita la fase costituente in cui la *Grundnorm* viene posta dalle forze che di fatto si impongono, almeno fin quando questa rimane effettiva, essa esce dalla disponibilità dei soggetti che la hanno imposta e, in quanto parametro esclusivo di valutazione della giuridicità, diventa un vincolo effettivo per il potere costituito ed esclude altre forme di interferenza del mondo reale su quello normativo.

È necessario riconoscere che l'intervento di stabilizzazione kelseniano ha influenzato la cultura costituzionale del secondo dopoguerra ed è per questa via riuscito a garantire la convivenza tra una elevata qualità della vita democratica e il diritto senza verità tipico della modernità. Tuttavia, occorre anche rilevare che, nel corso degli ultimi anni, l'equilibrio che si è descritto non sembra più funzionare in maniera ottimale. Come è stato giustamente osservato, i sospetti di alterazione delle elezioni elettorali americane del 2016 e del referendum inglese sulla Brexit hanno portato alla ribalta le potenzialità eversive di un utilizzo distorto delle nuove tecnologie informatiche e dei nuovi strumenti di comunicazione. Sulla base di quanto fin qui sostenuto, è facile intuire come si tratti di una minaccia che rischia di mettere in crisi delicati equilibri di quell'ordine costituzionale su cui poggiano le cosiddette "democrazie stabilizzate": in un contesto in cui non si riconoscono verità sui cui poggiare il controllo delle norme ed in cui l'unica garanzia di razionalità nella produzione delle norme è data dai procedimenti rappresentativi che portano i rappresentanti a tradurre in disposizioni le volontà dei rappresentati, la possibilità di un inquinamento massivo e penetrante della sfera pubblica può portare ad una definitiva rottura dei meccanismi della rappresentanza e, per questa via, può reintrodurre quell'arbitrio nella produzione delle regole che la costruzione kelseniana ha cercato e, per lo meno in qualche misura, è riuscita ad impedire. Volendo semplificare, in un contesto che non presume verità, l'"inquinamento" della sfera pubblica rischia di portare alla produzione di norme non meno pericolose di quelle volute da un leviatano capriccioso³.

³ Sull'idea di sfera pubblica si veda A. Pizzorno, *Il potere dei giudici: stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998.

Di questi pericoli si è resa conto la scienza costituzionale più avveduta che nel corso degli ultimi anni ha ripreso le riflessioni sul rapporto tra diritto e verità⁴ e, soprattutto dopo che sulla scena politica si sono affermate compagini populiste e dopo che nel contesto pandemico sono emerse diverse contraddizioni, sta dedicando parecchia attenzione alle ripercussioni che le cosiddette “fake news” producono sul funzionamento democratico dei sistemi costituzionali⁵. Con l'intento di offrire qualche spunto di riflessione su una questione che pare essere centrale per il costituzionalismo del futuro, il presente contributo, dopo aver ripercorso le soluzioni dottrinali proposte, si confronterà con il tema per cercare di individuare qualche strumento di intervento utile a preservare i delicati equilibri costituzionali delle democrazie costituzionali.

2. Il dibattito americano su costituzione e cyberspazio e i suoi riflessi sugli sviluppi ordinamentali: dal “diritto dei cavalli” di Easterbrook alle limitazioni di responsabilità dei provider informatici

Se si escludono le pionieristiche riflessioni condotte da Vittorio Frosini nel corso degli anni Sessanta⁶, il dibattito sulle questioni costituzionali sollevate dalle nuove tecnologie emerge negli Stati Uniti negli stessi anni in cui lo sviluppo del Web inaugura la diffusione globale della rete Internet. Si tratta di un confronto dottrinario di grande vivacità e destinato ad incidere profondamente sugli sviluppi successivi degli ordinamenti giuridici.

Cercando di delineare le posizioni più rilevanti si può sostenere che, un primo orientamento fortemente conservatore, presto abbandonato, ha ritenuto giuridicamente irrilevanti le innovazioni che a partire dai primi anni novanta dello scorso secolo hanno trasformato il mondo dell'informatica e delle comunicazioni e ha preteso di regolare il nuovo mondo virtuale con le regole pensate per il mondo reale. Emblematica in questo senso la posizione del giudice Easterbrook che, in un famoso scritto, ha richiamato una formula precedentemente coniata da Casper e ha provocatoriamente parlato di “diritto dei cavalli”⁷. Secondo il magistrato americano, l'elaborazione dottrinale e normativa di un diritto delle nuove tecnologie retto da principi autonomi sarebbero inutili quanto un “diritto dei cavalli” che, in nome delle peculiarità degli equini, pretendesse di sottrarre alle regole generali le questioni giuridiche generate dagli errori nelle cure commessi dai veterinari, dal mancato pagamento delle scommesse fatte negli ippodromi o dai danneggiamenti prodotti con i calci dei cavalli.

Una seconda e più moderata posizione è stata quella tenuta da Tribe. Dopo aver riconosciuto che le novità informatiche hanno indubbiamente il potenziale per svuotare di significato le previsioni costituzionali, l'illustre studioso statunitense ha immediatamente intuito la problematicità della situazione e si è preoccupato di desumere dal testo della Costituzione americana una serie di principi fondamentali che, a prescindere dal grado di sviluppo tecnologico raggiunto dalla società, non possono in alcun modo essere messi in discussione⁸. Detto altrimenti, se lo sviluppo tecnologico può certamente arrivare a cambiare il senso delle disposizioni costituzionali che impongono il confronto tra accusato e accusatore e in alcune circostanze può consentire che questo avvenga senza la contestuale presenza fisica dei due soggetti (ad esempio in teleconferenza), esso non può incidere sino a svuotare completamente di senso la libertà di espressione, il diritto di proprietà o la tutela della privacy. Lo stesso autore ha pure auspicato l'introduzione di un apposito emendamento costituzionale che, al di là dei legittimi adeguamenti interpretativi, possa fornire chiarimenti normativi. Così, pur

⁴ Tra i più importanti autori che in tempi relativamente recenti si sono confrontati con la questione si veda, P. Häberle, *Diritto e verità*, (trad.) Torino, 2000, e N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011. Di alto profilo pure la critica rivolta al libro di Irti da M. La Torre, *La verità del diritto senza verità*, in *Sociologia del diritto*, 1/2013, p. 189 ss.

⁵ Si veda ad esempio, F. Balaguer, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos*, 3/2019 p. 1 ss.

⁶ Ad esempio, si veda V. Frosini, *Cibernetica diritto e società*, Milano, 1968.

⁷ È questa la formula coniata da F. H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *U. Chi. Legal F.*, 7/1996, p. 207 ss.

⁸ È quanto in ultima analisi sostenuto da L. Tribe, *The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier*, American Humanist Association, 1991.

preoccupandosi di individuare alcuni limiti alle conseguenze che le nuove tecnologie possono produrre sull'ordine giuridico, questo orientamento ha riconosciuto sia l'utilità dell'adozione di nuove regole, sia la necessità che l'attività interpretativa tenga nella dovuta considerazione il nuovo contesto tecnologico.

Una filosofia molto vicina a quella appena riferita è alla base anche di un terzo orientamento. Tuttavia, mentre Tribe pensa ad un diritto che salvi l'essenza del costituzionalismo americano dall'erompere delle nuove tecnologie, Lessig si spinge addirittura a sostenere il principio secondo cui, nel mondo contemporaneo, il codice informatico avrebbe acquisito quella stessa funzione di limite del diritto che per diversi secoli è stata attribuita all'idea di natura⁹. Secondo questa linea di ragionamento, esattamente come nel diciottesimo secolo avrebbe avuto poco senso una norma che avesse imposto la trasformazione di un uomo in donna, oggi non avrebbe senso un intervento legislativo che pretendesse di disciplinare il mondo senza tenere nella dovuta considerazione la realtà fattuale del codice informatico esistente. Detto altrimenti, non è più il diritto (neanche il diritto costituzionale) che regola e limita le nuove tecnologie, ma al contrario, sono le nuove tecnologie che di fatto acquisiscono un valore costituzionale e in questo modo conformano e configurano gli sviluppi degli ordinamenti.

L'autorevolezza degli studiosi coinvolti nel dibattito ha prodotto evidenti influenze sugli sviluppi ordinamentali e sulla pratica giuridica successiva. Così superata abbastanza rapidamente una prima fase di inazione dovuta all'errata convinzione che un diritto delle nuove tecnologie potesse rivelarsi un "diritto dei cavalli" e che le regole consolidate potessero governare il nuovo spazio virtuale, legislatori, costituenti e interpreti delle democrazie occidentali hanno iniziato una opera di 'travaso' delle ricostruzioni dottrinali nella prassi normativa e giurisprudenziale. In questo senso, è facile riscontrare come, a partire dalla seconda metà degli anni novanta, si sia dato seguito agli auspici di Tribe e si sia provveduto a scrivere norme orientate al riconoscimento di nuovi diritti e al potenziamento e all'espansione di alcuni diritti già esistenti: se per un verso, un po' in tutti gli ordinamenti liberali nazionali e sovranazionali si è cercato di espandere il margine di operatività della tutela dei dati personali o della protezione della proprietà intellettuale, per un altro, nuove pretese come il diritto alla tutela dei dati personali hanno ottenuto espresso riconoscimento giuridico. Operazione analoga è avvenuta anche a livello giurisprudenziale con l'emblematico esempio del diritto all'oblio o del diritto all'accesso ad internet. Non meno incisiva è stata l'influenza di Lessig: al di là dell'amplissima diffusione di cui continuano a godere gli strumenti contrattualistici del *creative commons* e del *copyleft* da lui immaginati¹⁰, la consapevolezza delle difficoltà pratiche legate all'imposizione di limiti stringenti all'attività di soggetti che si possono muovere con agilità tra le frontiere e che frequentemente hanno a disposizione mezzi superiori a quelli di diverse organizzazioni statali, ha condotto diversi legislatori del mondo occidentale ad introdurre provvedimenti (come il *Digital Millennium Copyright Act* statunitense del 1996 o la Direttiva europea sul commercio elettronico del 2001) normativi di limitazione della responsabilità delle grandi piattaforme informatiche¹¹.

3. Le peculiarità della società della comunicazione e la proposta di istituzione di un'autorità garante

Quanto appena riferito dovrebbe essere sufficiente per mettere in evidenza le caratteristiche peculiari dell'approccio che, una volta ammesse le specificità delle dinamiche e dei problemi prodotti dalle nuove tecnologie, è stato adottato per cercare di governare la "galassia internet" e le nuove

⁹ È questa la tesi alla base di L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999. La stessa idea anche in Id., *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113/1999, p. 501 ss.

¹⁰ Sul punto, L. Lessig, *The Creative Commons*, in *Montana Law Review*, 65/2004, p. 1 ss.

¹¹ Per alcune considerazioni sulla controversa questione dei profili di responsabilità delle grandi piattaforme informatiche nella direttiva Europea sul commercio elettronico sia consentito il rinvio a F. Vecchio, *Libertà di espressione e diritto all'onore in internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 1/2014, p. 43 ss.

“società dell’informazione”¹². Infatti, in linea con un consolidato orizzonte metodologico che individua l’essenza del costituzionalismo nella volontà di limitare il potere, la preoccupazione principale è stata quella di individuare nuovi diritti fondamentali (o di ‘potenziare’ quelli già esistenti) capaci di garantire anche nel nuovo mondo informatizzato spazi di azione individuale sufficientemente robusti.

I limiti di questo approccio esclusivamente centrato sui diritti e poco preoccupato dagli equilibri di sistema però sono abbastanza evidenti. In particolare, per molto tempo esso non si è preoccupato di contrastare le conseguenze negative che, al di là delle violazioni alle libertà individuali, le trasformazioni tecnologiche possono produrre e in effetti producono sui gruppi organizzati o sulla collettività nel suo complesso. Con la paradossale conseguenza che, in quanto membri di comunità negativamente colpite, vengano danneggiati quegli stessi individui che si intendeva proteggere con il riconoscimento di nuovi diritti. Addirittura, in alcuni casi non è neanche l’avanzamento tecnologico in sé che produce un danno immediato agli individui, ma l’occasione può essere fornita dallo stesso riconoscimento di un nuovo e contrastante diritto in capo ad altri soggetti.

Abbastanza indicativa delle contraddizioni a cui si fa riferimento è la vicenda relativa alle sempre più preoccupanti distorsioni che, a causa della diffusione dei *social network* e delle applicazioni di messaggistica istantanea, subisce il principio democratico. Infatti, sulla base del condivisibile assunto secondo cui la moderna concezione di democrazia affonda le sue radici nella volontà di garantire pienamente la libertà di coscienza e la libertà di manifestazione del pensiero, si potrebbe essere indotti a pensare (e in alcuni casi si è effettivamente sostenuto) che, in virtù delle nuove possibilità di fatto che offrono e in virtù delle norme espressamente pensate per proteggere e potenziare la libertà di espressione, le nuove società dell’informazione abbiano prodotto una sorta di primavera della democrazia¹³.

A ben vedere, però, alla luce dell’esperienza concreta un simile assunto si è rivelato troppo ottimista. Ancora una volta è stato il dibattito americano a segnalare il problema. Più precisamente, sulla scorta delle fondamentali riflessioni di Sunstein sul punto, la dottrina più avveduta ha iniziato a segnalare come la diffusione di fenomeni prima sconosciuti quali le bolle informative e le cosiddette camere d’eco producano pericolose polarizzazioni dei sistemi politici e siano potenzialmente idonee a creare nuovi fondamentalismi e a potenziare quelli già conosciuti¹⁴. In questo nuovo mondo, in assenza di regole che si preoccupino di salvaguardare i complessivi equilibri di sistema, il potenziamento della libertà di espressione può arrivare a mettere in pericolo la stessa tenuta dei sistemi democratici.

È certamente questo il caso delle cosiddette *fake news*, cioè, secondo la definizione dell’enciclopedia online Treccani, di quelle “informazioni in parte o del tutto non corrispondenti al vero, divulgate intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzate da un’apparente plausibilità”¹⁵. Come già evidenziato in premessa, si tratta di una minaccia che è senz’altro potenzialmente idonea a colpire al cuore ordinamenti costituzionali che non presumono verità e che, lungi dal rimanere meramente ipotetica, ha già dato prova concreta della sua capacità di alterare le competizioni elettorali e di facilitare l’accesso alle istituzioni di forze politiche di ispirazione demagogica e antisistemica.

È con la consapevolezza della gravità e dell’attualità di questi pericoli che, in tempi più recenti, anche la dottrina e le istituzioni nazionali e sovranazionali del Vecchio continente hanno iniziato a confrontarsi con il tema e a progettare interventi di riequilibrio. Con particolare riferimento allo specifico contesto italiano è stato Pitruzzella che, oltre a ribadire l’impossibilità di ricorrere alle regole generali e oltre a segnalare i ristretti margini per un possibile intervento del legislatore penale, ha denunciato i limiti di un sistema che sostanzialmente delega alle grandi piattaforme private il compito

¹² Parla di “galassia internet” per sottolineare i rivoluzionari cambiamenti, M. Castells, *Galassia internet*, Milano, 2007.

¹³ Cfr., T. E. Frosini, *Liberté, égalité, Internet*, Napoli, 2015.

¹⁴ Sul punto, C. Sunstein, *Republic.com. La democrazia nell’epoca dei social media*, Bologna, 2017.

¹⁵ Così, nel dizionario Treccani online (<https://www.treccani.it/enciclopedia/fake-news/>).

di arginare la disinformazione online e di salvaguardare per questa via la sfera pubblica¹⁶. Sempre con l'intenzione di prevenire la diffusione delle *fake news*, lo stesso autore ha poi proposto l'istituzione di una autorità garante che, secondo il modello delle autorità amministrative indipendenti, dovrebbe essere legittimata a regolamentare l'azione di contrasto alla disinformazione, a controllare l'operato delle piattaforme informatiche e su istanza di parte a imporre la cancellazione delle notizie false e tendenziose.

4. Le critiche alla proposta di un'autorità garante e la difesa del "libero mercato delle idee"

Anche se la proposta di Pitruzzella è stata accolta favorevolmente da Pollicino¹⁷ e da Pinelli¹⁸, essa non ha mancato di suscitare interventi critici. Zanon è stato tra i primi autori a segnalare le criticità della proposta¹⁹. La sua critica ha ispirato altri studiosi a manifestare il loro dissenso²⁰.

Più precisamente, in linea con le posizioni conservatrici del giudice Easterbrook, il punto di partenza di queste riflessioni è rappresentato dalla negazione di novità che debbano indurre a rivedere il quadro delle regole generali: anche se "non è raro, nella storia, il fenomeno per cui, di fronte a radicali trasformazioni tecnologiche, le scienze sociali ritengano ogni volta di trovarsi di fronte ad un vero e decisivo tornante, in grado di incidere in modo rivoluzionario non solo sulle condizioni materiali della vita umana, ma anche sulla stessa natura degli individui", occorre riconoscere che, come mostrano le discipline nazionali sull'utilizzo dei media tradizionali a fini di propaganda elettorale, "non è nuova affatto l'idea di dover proteggere il cittadino (e in particolare il cittadino elettore, quello che deve formare liberamente la propria volontà politica, per esercitare il diritto di voto in modo consapevole) dal bombardamento di informazioni proveniente dai media". Detto in altre parole: mentre occorre riconoscere che con i nuovi mezzi di comunicazione è cambiata la quantità di notizie false, è lecito dubitare che le bolle informative rappresentino una vera novità e che l'avvento della rete abbia "cambiato la 'qualità' del fenomeno" della disinformazione.

Sulla base di una premessa tanto chiara diventa praticamente inevitabile concludere che diventa inutile ogni qualsiasi deviazione interpretativa dai consolidati principi costituzionali e ogni progetto di riforma costituzionale e penale della materia che vada oltre la previsione di specifici obblighi di trasparenza sul finanziamento e sulla proprietà delle piattaforme. Anzi, nonostante si riconosca la genuinità degli intenti che animano le proposte in questione, interventi di questo genere potrebbero finire con il compromettere la tutela di diritti fondamentali come la libertà di espressione o la libertà di iniziativa economica e in questo modo potrebbero ingenerare più problemi di quanti non ne riescano a risolvere effettivamente. Nello specifico, sotto il profilo costituzionale, l'istituzione di un'Autorità amministrativa indipendente dotata dell'ambizioso compito di certificare l'attendibilità delle informazioni che circolano in rete, per la sua capacità di evocare l'idea illiberale di un ritorno alla "Suprema sacra congregazione del Sant'Uffizio" per la sua supposta pretesa di proteggere i dogmi istitutivi della civiltà, è stata provocatoriamente ridefinita con il dispregiativo appellativo di "Autorità Pubblica della verità". Sotto il profilo penalistico, i tentativi di estendere la punibilità fino a ricomprendere la semplice azione di divulgazione di notizie non attendibili, vengono più o meno implicitamente qualificati come espressione di quella problematica e illiberale tendenza al populismo penale che danni caratterizza gli ordinamenti occidentali.

Al contrario si ritiene che, a fronte di un fenomeno sostanzialmente immutato come la disinformazione, debbano restare fermi i principi e le strategie di azione consolidati nella tradizione del costitu-

¹⁶ È questa la tesi di G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1/2018, p. 19 ss.

¹⁷ In questo senso, O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1/2018, p. 48 ss.

¹⁸ In questo senso, C. Pinelli, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Media Laws*, 1/2017, p. 41 ss.

¹⁹ Si veda N. Zanon, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *Media Laws*, 1/2018, p. 12 ss.

²⁰ Tra le prime critiche alla proposta si veda E. Lehner, *Fake news e democrazia*, in *Media Laws*, 1/2019, p. 93 ss.

zionalismo liberale. In particolare, sulla falsariga dell'Areopagica di John Stuart Mill²¹ e della celebre *Dissenting opinion* del giudice Holmes nel caso *Abrams vs United States*, si ritiene che la salvaguardia del vivere civile imponga di tutelare ad ogni costo quello spazio di continuo confronto ideologico che si è soliti definire come "libero mercato delle idee" e che è caratterizzato da un continuo e salutare ricambio delle credenze²². La migliore strategia per mettere al riparo la sfera pubblica dagli effetti nefasti delle *fake news* allora non è restringere il flusso informativo come si pretenderebbe di fare attraverso l'istituzione di appositi soggetti istituzionali e attraverso la creazione di regole limitative di diversa natura, ma quella opposta secondo cui la libertà di espressione è lo strumento per un progressivo avvicinamento delle società alla verità.

5. Conclusioni. Il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze e l'ipotesi di un meccanismo emergenziale di natura pubblicistica

Il dibattito appena riferito pare dunque contraddistinto da una contrapposizione insanabile tra chi ritiene indispensabile un intervento pubblico a tutela dell'interesse collettivo alla salvaguardia di spazi democratici e chi, seguendo una diversa prospettiva di matrice individualistica, teme che un simile intervento possa compromettere spazi essenziali per il pluralismo e per l'esercizio dei diritti fondamentali.

In effetti, pur essendo contrapposte, le due posizioni riportate individuano pericoli reali. Per quanto non imminente, è certamente vero che, almeno in astratto, il ritorno a modelli in cui si pretende di certificare la verità, nel lungo periodo, può spianare la strada a nuove e insopportabili censure. Ed è altrettanto vero che, nel nuovo contesto della comunicazione, anche una acritica applicazione del modello alternativo del "libero mercato delle idee" può rivelarsi, come nei fatti si sta rivelando, inadeguata.

Per quanto sconcertanti possano essere simili considerazioni, esse però non devono indurre a conclusioni affrettate. Infatti, la contrapposizione appena evidenziata non è affatto nuova e ripercorre linee di frattura ideologica che il costituzionalismo europeo conosce già da secoli e che, dal secondo dopoguerra, è riuscito a comporre e a contenere attraverso il sapiente uso di accordi politici e di tecniche adeguate alla trasposizione giuridica dei compromessi individuati: la tensione tra dimensione individuale e dimensione collettiva dell'esistenza e quella tra poteri pubblici e diritti fondamentali non rappresentano certo questioni inedite per il costituzionalismo liberal-democratico contemporaneo. Detto altrimenti, è la stessa storia del costituzionalismo che mostra come sul piano tecnico sia possibile superare contraddizioni che sul piano ideologico sembrano essere insanabili: dal regime costituzionale della proprietà e della libertà di iniziativa economica alle diverse concezioni dell'eguaglianza, i testi costituzionali attualmente in vigore nei regimi liberal democratici europei sono solo alcuni esempi di come le democrazie possano sopravvivere a tensioni analoghe a quelle che emergono in questo ambito.

Alla luce di quanto si è detto, occorre quindi evitare di trasformare in una battaglia ideologica una questione centrale per il futuro del costituzionalismo. Diventa invece essenziale un ragionamento sulla capacità delle specifiche proposte di ponderare adeguatamente i contrapposti interessi in gioco. In questo senso, occorre riconoscere che, per quanto abbia il merito di provare a reagire ad una criticità cruciale dell'attualità costituzionale, la proposta in questione non pare riuscire nel difficile compito di individuare un bilanciamento equilibrato: per un verso, appare davvero troppo ampia e indefinibile l'attribuzione in via ordinaria di un generico potere di svolgere il *fact checking* e di correlata censura delle notizie false; per un altro, si fa fatica a immaginare un sistema di impugnazioni davanti al giudice ordinario che, senza paralizzare la giurisdizione, possa dare tutela giudiziaria effettiva contro l'enorme numero di provvedimenti censori che una simile autorità sarebbe chiamata ad adottare. Tuttavia, senza sottostimare i pericoli connessi alla realizzazione di un controllo di natura pubblicistica che

²¹ J. S. Milton, *Areopagica. Discorso per la libertà di stampa*, (trad.) Roma-Bari, 2002.

²² Ci si riferisce all'opinione dissenziente del giudice Holmes nel caso *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

provi ad arginare il fenomeno delle *fake news*, è altrettanto evidente che ciò non comporta una automatica sottoscrizione di critiche che, pur essendo autorevoli, paiono ispirate più dall'adesione al credo liberale che dall'esistenza di reali problemi costituzionali: come la previsione di autorità Antitrust non altera in via di principio il corretto funzionamento del mercato, è difficile ritenere che l'originale proposta di un'autorità indipendente rappresenti in se e per se una minaccia al "libero mercato delle idee".

Si tratta di una precisazione non secondaria perché non impone l'apologetica difesa dell'esistente come unica prospettiva praticabile e perché, nonostante il rigetto della proposta di un'autorità indipendente operante in via ordinaria, lascia aperta la possibilità di un controllo pubblicistico che sappia conformarsi ai canoni della proporzionalità e della ragionevolezza. Ad esempio, nel tentativo di limitare eccessive ingerenze alla libertà di espressione ed eccessive concentrazioni del weberiano potere ideologico, si potrebbe immaginare un meccanismo di natura emergenziale che, in situazioni tipizzate (pandemie, guerre, catastrofi naturali ed ipotesi simili), possa essere attivato dal Parlamento con specifiche maggioranze e attribuisca ad un Collegio di probiviri un mandato specifico e temporalmente definito, per la rimozione dalla rete di certi contenuti "inquinanti" il dibattito pubblico. Ovviamente, ferma la necessità di non travalicare i principi cardine del costituzionalismo, è possibile pure che altre soluzioni siano ipotizzabili.

Qualunque sia la forma dell'intervento, diventa però imprescindibile che esso sia quanto più tempestivo possibile. L'attualità costituzionale ci sta mostrando gli ingenti danni che campagne mirate di *fake news* possono fare in termini di destabilizzazione politica e addirittura in termini di vite umane. Soltanto se si recupera rapidamente il ruolo costituzionale connaturato alla sfera pubblica si può sperare che il pluralistico diritto senza verità che abbiamo conosciuto negli ultimi decenni rimanga sostenibile e non degeneri in un paradigma nichilista capace di svuotare la democrazia dal di dentro.

Abstract

Dopo che sulla scena politica si sono affermate compagini populiste e dopo che nel contesto pandemico sono emerse diverse contraddizioni, la scienza giuridica sta dedicando parecchia attenzione alle ripercussioni che le cosiddette "fake news" producono sul funzionamento democratico dei sistemi costituzionali. Con l'intento di offrire qualche spunto di riflessione su una questione che pare essere centrale per il costituzionalismo del futuro, il presente contributo, dopo aver ripercorso le soluzioni dottrinali proposte, si confronterà con il tema per cercare di individuare qualche strumento di intervento utile a preservare i delicati equilibri costituzionali delle democrazie costituzionali.

Parole chiave: fake news, democrazia, libero mercato delle idee

*

After populist factions have emerged on the political scene and after various contradictions have emerged in the pandemic context, legal science is devoting quite a lot of attention to the repercussions that so-called "fake news" produces on the democratic functioning of constitutional systems. With the intention of offering some food for thought on an issue that seems to be central to the constitutionalism of the future, the present contribution, after tracing the doctrinal solutions proposed, will confront the issue in an attempt to identify some useful means of intervention to preserve the delicate constitutional balances of constitutional democracies.

Key words: fake news, democracy, free market of ideas

Referendum e social network nel caso Brexit^(*)

Greta MASSA GALLERANO*

Sommario: 1. Premessa 2. Il referendum nel sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico 3. Il referendum sulla Brexit e la 'tensione' tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa 4. Populismo, *social network* e democrazia pluralista

1. Premessa

Nel presente lavoro si vuole analizzare l'impiego dell'istituto referendario per assumere decisioni dal precipitato costituzionale all'interno di sistemi di democrazia pluralista. In particolare, l'attenzione è posta sul legame instauratosi nell'ultimo decennio tra tale strumento e l'utilizzo sempre maggiore dei social network.

Negli ultimi anni, difatti, si è assistito all'utilizzo del referendum per risolvere questioni concernenti principi costituzionali sui quali, all'interno delle democrazie pluraliste, esiste un ampio consenso derivante tanto dal momento della approvazione delle Carte costituzionali, quanto da una cultura democratica storicamente radicata¹.

Come osservato in dottrina: "il costituzionalismo delle costituzioni normative si basa sull'idea di democrazia pluralista, sulla permanente apertura del sistema, sulla reversibilità delle scelte di governo e sulla inequivocabile differenziazione tra il livello di governo, nel quale vige il principio maggioritario, ed il livello costituzionale attraverso il quale si controlla politicamente e giuridicamente la maggioranza di governo e si garantiscono i diritti delle minoranze e la democrazia pluralista"².

L'architettura costituzionale, come è noto, limita la democrazia diretta attraverso le istituzioni rappresentative. Queste ultime agiscono come 'filtro' attraverso il processo deliberativo all'interno del quale il voto è il risultato finale di una ponderata discussione sulle posizioni in campo. In direzione opposta, e con riferimento ai rischi di un utilizzo distorto di questo strumento di democrazia diretta, come indicato da Max Weber, "ciò che appunto il referendum ignora è il compromesso, sul quale si fonda inevitabilmente la maggioranza di tutte le leggi in ogni stato di massa con forti contrasti regionali, sociali, confessionali e di altra specie"³.

Un caso recente ed emblematico di quanto indicato può essere rinvenuto nel referendum per la fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea, cosiddetta Brexit. Una decisione assunta tramite referendum che mina le basi della democrazia pluralista e che avrà effetti duraturi di esorbitante portata. In particolare, il referendum sulla Brexit pone un problema relativo al coordinamento dei meccanismi di democrazia diretta all'interno di sistemi che si basano sull'idea di democrazia pluralista.

^(*) Questa pubblicazione fa parte del Progetto I+D+i PID2019-106118GB-I00 finanziato da MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

* Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università della Calabria e Università di Granada.

¹ Basti ricordare il referendum sull'indipendenza della Catalogna del 2017 o, ancora, il referendum greco del 2015 sulla approvazione del piano proposto dai creditori internazionali per risolvere la crisi economica del Paese.

² F. Balaguer Callejón, *Alcune lezioni dalla Brexit per il diritto costituzionale europeo. Referendum e social network versus democrazia pluralista*, in G. D'Ignazio, G. Moschella (cur.), *Costituzione, diritti, Europea. Giornate in onore di Silvio Gambino*, Napoli, 2019.

³ M. Weber, *Economia e società*, vol. II, Milano, 1968, p. 751 ss.

Allo sviluppo di tale scenario ha certamente contribuito il dilagare di una immagine negativa dell'Unione europea, in seguito alla lunga crisi economica e finanziaria, nonché l'avanzata di partiti di stampo nazionalista che fomentano il fenomeno del populismo, considerando la democrazia come mera regola della maggioranza, e che hanno fatto del referendum il proprio mantra (referendum sempre e comunque!)⁴.

A ciò deve necessariamente essere aggiunta l'azione della stampa antieuropeista e dei social network e la propaganda prodotta da questi ultimi tanto sul referendum relativo alla Brexit quanto su alcuni processi elettorali europei ed extra europei. A questo ultimo aspetto sarà dedicata la parte finale della presente analisi.

2. Il referendum nel sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico

Prima di sviluppare l'analisi relativa al referendum sulla Brexit (e al suo legame con i social network) corre l'obbligo di definire lo strumento del referendum all'interno del sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico.

Tale strumento di democrazia diretta, come vedremo, si colloca in una posizione definita spesso particolare, non essendo presente in questo ordinamento un unico documento chiamato Costituzione (formale, scritta e rigida) ma un insieme di leggi che negli anni hanno codificato alcuni *underlying principles*, ed essendo la natura delle fonti costituzionali solo parzialmente scritta⁵.

Il costituzionalismo britannico, difatti, è stato definito da autorevole dottrina come *Political Constitution*⁶ ovvero come fenomeno empirico ed evolutivo modellato dal susseguirsi degli eventi storici e che, pertanto, si pone come qualcosa di disgiunto dalla sfera politica non potendo sottrarre a quest'ultima ambiti di competenza.

Di conseguenza, anche se "sarebbe erroneo pensare a una totale assenza di disciplina per quanto riguarda il referendum nel Regno Unito"⁷, non esiste una normativa 'costituzionale' che stabilisca le regole per indire un referendum e questo, come vedremo, ha fatto sì che le decisioni sull'indizione dei referendum siano state fin'ora altamente discrezionali. Basti pensare alla tematica che sono state sottoposte nel corso degli anni a referendum, alla formulazione del quesito, ai limiti individuabili al referendum stesso, ai criteri per la partecipazione o all'enorme potere nelle mani del Governo in tale ambito. Quest'ultimo, difatti, "propone il referendum, ed è improbabile che decida di indire un referendum se non ritiene di poterlo vincere"⁸, nonostante le dovute eccezioni come quella relativa al Governo di David Cameron in riferimento alla Brexit e nonostante la necessità di una legge *ad hoc* del Parlamento di Westminster per convocare la consultazione popolare.

Dunque, come si decide cosa è di fondamentale importanza (da richiedere un referendum) in un ordinamento che non ha una Costituzione scritta, rimane una delle questioni maggiormente problematiche con riguardo allo strumento referendario nel Regno Unito.

⁴ Sul rapporto tra referendum e populismo, cfr. G. Martinico, *Il Diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁵ G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto Pubblico*, Fascicolo 2, maggio - agosto 2017, p. 435. A tal riguardo, l'autore rimanda a V. Bogdanor, *The People and the Party System: The Referendum and Electoral Reform in British Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, pp. 75 ss. Sulle fonti nei sistemi di *common law*, cfr. A. Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 130, n. 2 (Febbraio 2007), pp. 33-44.

⁶ J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, n.1/1979. R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007.

⁷ G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche sul referendum*, cit., p. 450. A tal riguardo l'autore richiama l'importante contributo fornito dal rapporto della House of Lords, Constitution Committee - Twelfth Report *Referendums in the United Kingdom*, 17 March 2010 (<https://publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/9902.htm>).

⁸ G.G. Carboni, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, in A. Torre, J. O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 401.

Tanto premesso, lo strumento del referendum nell'ordinamento britannico fu analizzato già da Dicey tra la fine del 1800 e gli inizi del 1900⁹. L'autore, in estrema sintesi, riconduceva il referendum (di natura consultiva e inteso come non sostitutivo del potere legislativo) all'interno del Costituzionalismo britannico come strumento atto a "controbilanciare l'emersione del potere incontrastato di una singola Camera parlamentare"¹⁰.

Proprio in quel momento storico, infatti, il referendum veniva considerato come uno strumento capace di porre un limite alla maggioranza parlamentare e alla sua volontà politica e, dunque, utile per conservare gli equilibri istituzionali¹¹. Nondimeno, Dicey ne individuava i limiti e i possibili rischi derivanti da un suo utilizzo 'estensivo'.

A tal ultimo riguardo, come osservato in dottrina: "Dicey's main argument for the introduction of the referendum was based on a profound frustration with the practical implementation of the principle of representative government, which he thought, and hoped, could be remedied by the introduction of elements of direct democracy. But Dicey did not restrict his argument to a defence of the referendum, he also pointed to the potential dangers of an extensive use of the device, as well as making a case for the superiority of Parliamentary government. The referendum for Dicey, was not, therefore, an alternative to indirect democracy, but an addendum to representative government"¹².

Il punto di svolta nell'utilizzo di questo strumento di democrazia diretta nel Regno Unito si ha a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, e per lo più per questioni riguardanti la cosiddetta devoluzione. A partire da questo momento il referendum assume infatti una valenza differente rispetto a quanto sopraindicato, e si assiste ad un incremento del suo utilizzo per "regolare scelte di rango costituzionale"¹³ (nonostante la già ricordata complessità della definizione della 'materia costituzionale' in questo ordinamento) con una permanenza, tuttavia, del "carattere integrativo e di continuità rispetto alla democrazia rappresentativa"¹⁴.

Da questo momento, il referendum consultivo ha perseguito "l'obiettivo teorico di migliorare la partecipazione democratica, a fronte della crisi, comune a tutte le democrazie moderne, della democrazia rappresentativa"¹⁵ e il suo utilizzo è aumentato in maniera esponenziale soprattutto in momenti di "rilevanti cambiamenti di natura costituzionale cui l'ordinamento è andato incontro"¹⁶.

Un prima distinzione che può infatti essere operata è quella tra i referendum legislativi e i referendum costituzionali. Come osservato in dottrina: "a differenza dei referendum legislativi, che incidono sul modo di esercizio della funzione legislativa e agiscono entro la cornice della rappresentanza, i referendum costituzionali riguardano l'attribuzione e distribuzione del potere sovrano (*ultimate lawful authority*) all'interno di un sistema di governo e incidono sulla relazione tra governati e governanti. I referendum costituzionali possono innovare il rapporto tra potere costituente e forma costituzionale, sostituendo il popolo nel ruolo rappresentativo tradizionalmente svolto dalla costituzione democratica"¹⁷.

Uno degli esempi più evidenti di quanto appena indicato è, certamente, il referendum tenutosi il 5 giugno del 1975 e relativo alla permanenza del Regno Unito nelle CEE che vide il consenso alla

⁹ A. V. Dicey, *Ought the Referendum To Be Introduced into England?* in *Contemporary Review*, 1890, p. 489 ss.; Id. *A Symposium on the Referendum*, in *National Review*, 1894, p. 65 ss.; Id. *The Referendum and Its Critics*, in *Quarterly Review*, 1910, p. 538 ss.

¹⁰ A. Torre, *Albert Venn Dicey: un costituzionalista al tramonto dell'età vittoriana*, in *Giornale di storia costituzionale*, 13/2007, p. 7.

¹¹ L. De Grazia, *Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica*, in *Nuove Autonomie*, 3/2019, pp. 457-458. A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. Torre, J. O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

¹² M. Qvortrup, A. V. Dicey: *The referendum as the people's veto*, in *History of Political Thought*, 20(3)/1999, p. 531.

¹³ L. De Grazia, *Oltre la democrazia rappresentativa?*, cit., p. 458

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ S. Parolari, *Democrazia diretta nel Regno Unito: il referendum è lo strumento adeguato per uscire dall'impasse della Brexit?*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 13 febbraio 2019, p. 2.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ G.G. Carboni, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea*, in *DPCE online* 2016 - 2, nota a piè di pagina n. 14, p. 37.

permanenza del 67,23% dei britannici o, ancora, i referendum cosiddetti devoluti del 1998 sui quattro Atti devolutivi¹⁸ (frutto del manifesto elettorale del *New Labor 'Britain Deserves Better'*) che decretarono un solido legame in questo paese tra democrazia diretta e devolution¹⁹.

Continuando nella ricostruzione dell'utilizzo di questo strumento di democrazia diretta nel Regno Unito, si ricorda che "il pieno riconoscimento del referendum nell'ordinamento si è avuto alla fine degli anni '90, con l'approvazione del *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* (PPERA 2000). La legge regola la procedura di consultazione, la definizione dei quesiti, il finanziamento della campagna referendaria. Di particolare rilievo è la previsione che affida alla *Electoral Commission* il compito di verificare l'intelligibilità del quesito (S. 104)"²⁰. Spetta poi al Parlamento la facoltà di indire (o meno) il referendum.

Alla luce di quanto sopra indicato, è possibile definire tale strumento come una pratica abbastanza recente e non appartenente alla tradizione del diritto costituzionale britannico, che è stata introdotta a livello nazionale con l'entrata del Regno Unito nella CEE e con i primi tentativi di uscirne attraverso il citato referendum del 1975²¹. In particolare, il diritto costituzionale inglese pone l'istituto referendario come strumento 'sussidiario' e 'complementare' della democrazia anche se, come avremo modo di vedere, nel corso degli anni il referendum è stato certamente l'istituto più potente (utilizzato contro il legislatore progressista) che questo Paese abbia mai conosciuto dai tempi dei poteri assoluti della Camera dei Lords²².

Oltre all'utilizzo del referendum nei periodi di cambiamenti di natura costituzionale, una ulteriore classificazione fornita in dottrina distingue i referendum in 'preventivi' e 'successivi'²³. Vale a dire tra referendum che hanno bisogno di una legge successiva affinché vengano poste in essere le modifiche approvate, come per i referendum del 1998 sulla *Devolution* o per il referendum sulla Brexit del 2016 (dove il Parlamento ha votato per la notifica di attivazione della procedura di cui all'art. 50 TUE)²⁴, e i referendum 'post-legislativi' per i quali "le legge che hanno indetto le consultazioni per questi referendum hanno anche disciplinato le disposizioni che sarebbero entrate in vigore nel caso di esito positivo"²⁵, come avvenuto per i referendum del 2011 sul voto alternativo.

Tuttavia, concordando con parte della dottrina, ci sembra di poter affermare la difficoltà di individuare una regola generale nell'ordinamento britannico per la disciplina di questo istituto, difficoltà che ha reso il suo utilizzo alquanto irrazionale. La conseguenza di ciò "è che si può quantomeno dubitare dell'effettiva idoneità del referendum così congegnato a garantire quel carattere democratico in grado di legittimare le riforme di natura costituzionale, *in primis* partendo dalla considerazione che non tutti gli interventi legislativi di questo tipo vi sono sottoposti"²⁶.

Inoltre, risulta necessario chiarire una questione che riguarda gli effetti del referendum, e sulla quale si innesta uno dei grandi problemi che ha dato vita allo scontro costituzionale degli ultimi anni sulla Brexit. Il referendum nel diritto costituzionale britannico, difatti, ha solo efficacia consultiva (*advisory instruments*). L'efficacia vincolante può essere prevista esclusivamente da una norma espressa dalla legge che istituisce la procedura referendaria e la legge istitutiva del referendum del

¹⁸ Lo *Scotland Act*, il *Government of Wales Act*, il *Northern Ireland Act* e il *Greater London Authority Act*.

¹⁹ Con riferimento alla procedura che fu seguita per l'indizione del referendum del 1975, si ricorda che l'8 maggio del 1975 fu approvata una legge *ad hoc* nota come *Referendum Act* che "costituì la base giuridica per i successivi referendum subnazionali del 1979". Cfr. J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, Padova, 2020, p. 28.

²⁰ G.G. Carboni, *A proposito della Brexit*, cit., p. 35.

²¹ J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo*, cit., p. 21, riporta l'espressione "pianta esotica" utilizzata dal deputato conservatore Francis Pym per sottolineare l'estraneità dello strumento referendario rispetto all'ordinamento costituzionale britannico.

²² *Ibid.*

²³ L. De Grazia, *Oltre la democrazia rappresentativa?*, cit., p. 459.

²⁴ L'art. 50 del Trattato sull'Unione europea prevede la procedura per il recesso volontario e unilaterale di uno Stato membro dall'Unione europea.

²⁵ *Ibid.*, p. 461.

²⁶ S. Parolari, *Democrazia diretta nel Regno Unito*, cit., p. 3.

2016 (*European Union Referendum Act* del 2015) non prevedeva una efficacia giuridicamente vincolante ma, come avremo modo di evidenziare, ne rappresentava certamente una politica.

Il referendum può dunque risultare uno strumento altamente rischioso negli ordinamenti con Costituzione non scritta, a differenza di ciò che accade nel costituzionalismo continentale post-totalitario dove questo strumento viene regolamentato in Costituzione, come nell'art. 75 della Costituzione italiana o nell'art. 44 della Costituzione greca²⁷. A tal riguardo, nel *Referendums in the United Kingdom. Report with Evidence* della House of Lords del 2010, sono state espresse diverse preoccupazioni per un uso eccessivo di tale strumento nonché la necessità di individuare delle aree (*constitutional matters*) che devono necessariamente implicare un voto popolare.

3. Il referendum sulla Brexit e la 'tensione' tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa

Come abbiamo avuto modo di indicare, l'utilizzo dello strumento referendario nel Regno Unito coincide con l'entrata del paese nella CEE e con i primi tentativi di uscirne attraverso il referendum del 1975. Tale strumento, difatti, ha in un certo modo accompagnato il rapporto tra il Regno Unito e l'UE e dopo quello del 1975 furono molte le pressioni per l'indizione di altri referendum in occasione della approvazione dei diversi Trattati europei.

Fu poi nel 2011, con l'*European Union Act*, che si decise di sottoporre a referendum ogni modifica dei trattati europei. Inoltre, come sostenuto in dottrina, lo stesso referendum sulla Brexit, "si poneva in linea con una prassi di uso del referendum instauratasi nel Regno Unito negli ultimi anni, secondo la quale le leggi di maggior rilievo, quelle che si potrebbero definire "costituzionali", sono state sottoposte a referendum popolare"²⁸.

Un rapporto sin dall'inizio sicuramente problematico, quello tra il Regno Unito e l'UE. Basti ricordare che negli anni Settanta dello scorso secolo, Lord Denning paragonò (notoriamente) l'impatto del diritto dell'Unione europea sul costituzionalismo britannico ad una 'marea in arrivo' (*incoming tide*) che risale, appunto, il sistema giuridico del Regno Unito e che ha un profondo impatto sulla sovranità di Westminster. La Brexit, come sostenuto da parte della dottrina, è stata il tentativo di respingere questa marea (*pull back*) per ritornare alla configurazione originaria della sovranità.

A tal riguardo, ci sembra interessante ricordare lo slogan della campagna referendaria pro-Brexit: "*Take back the control*" o, detto in altri termini, riprendiamo la sovranità del Parlamento²⁹. Anche se paradossalmente, e in quella che è stata definita una "eterogenesi dei fini"³⁰, dopo la vittoria del *Leave*, al fine di attivare la procedura ex art. 50 TUE, si è provato in tutti i modi a mettere da parte proprio il Parlamento. Un Parlamento, oltretutto, dove la maggior parte dei deputati si era detta a favore del *Remain*. Ciò ha certamente riaperto il dibattito su uno dei temi classici del diritto costituzionale britannico, ovvero il rapporto tra referendum e sovranità parlamentare ossia tra la sovranità del Parlamento e la sovranità popolare.

Ma come siamo arrivati al referendum sull'uscita del Regno Unito dalla UE che ha visto prevalere i *Leave* con (solo) il 52% dei voti? Rispondere a questa domanda e ripercorrere in maniera essenziale i passaggi fondamentali di questo lungo viaggio risulta un'impresa ardua visto che, come già indicato, il rapporto tra il Regno Unito e la UE è storicamente stato un rapporto certamente burrascoso.

Indicatori di questa *storminess*, prima ancora della Brexit, sono certamente il referendum del 1975 ma anche le diverse clausole di esenzione (*opting out*) concesse al Regno Unito al fine di non aderire, o

²⁷ Sul referendum nel diritto comparato cfr. L. Cuocolo, *Referendum e altri strumenti di democrazia diretta*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, p. 1 ss. Cfr., inoltre, M. Luciani, *Il referendum: questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, 37/2008.

²⁸ E. Palici di Suni, *Fake news e referendum*, in *federalismi.it*, 11/2020, p. 144. Cfr., inoltre, C. Martinelli, *I presupposti del referendum e i cleavages costituzionali aperti dalla Brexit*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2016, pp. 811-812.

²⁹ Sul fallimento della campagna referendaria del *Remain*, cfr. J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo*, cit., p. 79 ss.

³⁰ J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo*, cit., p. 11.

aderire successivamente, a talune disposizioni previste dagli Accordi raggiunti in sede europea soprattutto in ambito economico e monetario.

La coalizione formatasi nel 2010 tra i Conservatori e i Liberal - democratici può essere considerata uno dei passaggi fondamentali. È in questo momento, infatti, che si decide di porre un freno all'integrazione europea e di sottoporre a referendum le decisioni che riguardano la materia europea (come già sopra indicato). A ciò deve certamente aggiungersi il successo dello UKIP (*UK Independence Party*) di Nigel Farage alle elezioni locali del 2013 nelle città minerarie del Nord-Est e nei sobborghi del Sud³¹. Nel 2013, a venti anni dalla sua formazione, lo UKIP contava 32.500 iscritti e si preparava per la clamorosa vittoria alle elezioni europee del 2014, dopo l'incessante campagna elettorale di Farage lungo tutto il paese³².

È poi con la vittoria delle elezioni del 2015 da parte dei Conservatori che il referendum sulla permanenza o meno del Regno Unito nella UE appare ormai come una realtà molto vicina.

Quello del 2016 è stato il secondo referendum indetto nel Regno Unito per decidere se rimanere o lasciare l'UE (*memberships referendum*). Lo stesso è stato previsto dall'*European Union Referendum Act* del 2015, fatto approvare (come strumento per rafforzare la politica governativa) dal Governo del Primo Ministro David Cameron, così come previsto all'interno del programma elettorale sin dal 2010.

L'*EU Referendum Act* ha previsto l'indizione di un referendum consultivo per stabilire la permanenza o meno del Regno Unito nell'UE (*Remain or Leave*), nonché la disciplina della campagna elettorale, del diritto al voto e i compiti spettanti all'esecutivo³³. Nulla però si diceva sui passaggi che si sarebbero dovuti seguire in caso di uscita dalla UE e, quindi, su quelle che sarebbero state le conseguenze giuridico - costituzionali del referendum. Sull'analisi della campagna elettorale ci soffermeremo nella parte successiva di questo lavoro, quella dedicata all'azione della stampa antieuropeista e dei social network e alla propaganda prodotta da questi ultimi sul referendum del 2016.

Ciò che ora preme sottolineare è che l'*EU Referendum Act* non si è soffermato "sul valore ontologico del referendum e sulle conseguenze giuridico - costituzionali, oltre che procedurali, che si sarebbero inverte nel caso in cui il popolo britannico avesse manifestato la volontà di non aderire più all'UE, limitandosi a sottolineare la portata consultiva della consultazione popolare. Inoltre, nulla era specificato circa il ruolo che il Parlamento britannico avrebbe dovuto o potuto svolgere nell'evenienza - poi verificatasi - di successo del *leave*, che avrebbe rivelato la volontà del popolo britannico di non aderire più all'ordinamento europeo"³⁴.

I risultati del referendum del giugno 2016 sono noti: il *Leave* vince con il 52% dei voti, nonostante l'Accordo di febbraio raggiunto tra il Primo Ministro Cameron e il Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk sulla rinegoziazione dei Trattati a favore del Regno Unito (tramite la previsione di un *status* speciale per questo paese) e nonostante la campagna referendaria (in realtà abbastanza flebile) portata avanti a favore del *Remain*³⁵.

All'indomani del referendum, e preso atto della distribuzione del voto, con la Scozia e l'Irlanda del Nord a favore del *Remain* (62% in Scozia e 55,8% in Irlanda del Nord), come osservato in dottrina: "il

³¹ A partire dal 2010, lo Ukip guidato da Nigel Farage, arriva al centro della scena politica "in nome di un populismo antieuropeo che permette la crescita continua dei consensi [...] grazie anche all'ingenuità o alla debolezza delle altre forze politiche che hanno replicato regolarmente alle provocazioni di Farage, rendendolo un credibile interlocutore agli occhi dell'opinione pubblica". Cfr. R. Bertinetti, *Brexit, storia e protagonisti dell'euroscetticismo britannico*, in *Scritture migranti*, n.9-10 (2015-2016), p. 57.

³² J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo*, cit., p. 59.

³³ La questione relativa alla 'estensione' del diritto di voto è stata molto dibattuta. Dopo la vittoria dei *Leave*, infatti, si è discusso molto sulla opportunità di far rientrare nell'elettorato attivo anche i sedicenni e i diciassetenni così come i cittadini europei residenti nel Regno Unito.

³⁴ F. Sgrò, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *federalismi.it*, 5/2017, p. 4.

³⁵ Si ricorda che nel novembre del 2015 il Primo Ministro Cameron aveva inviato a Donald Tusk, Presidente del Consiglio Europeo, alcune richieste molto precise in tema di governo dell'economia, competitività delle imprese, sovranità nazionale, immigrazione (anche tra paesi membri dell'UE). Le richieste erano poi state accolte quasi integralmente (tramite il citato Accordo) in cambio della permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea.

Paese è palesemente diviso e pertanto [...] vi è per alcuni la convinzione che il 23 giugno del 2016 sia stata una 'doppia secessione' dove l'Inghilterra non solo è uscita dall'Unione europea, ma anche dall'Unione britannica"³⁶. La questione territoriale, infatti, è certamente una delle conseguenze più rilevanti della Brexit, e "considerate le istanze indipendentiste e la volontà espressa dai cittadini scozzesi e nordirlandesi di rimanere in Europa, il Regno Unito rischia di vedere implodere l'Unione delle nazioni che lo compongono"³⁷.

Quello che è accaduto successivamente al voto sulla Brexit è storia recente e riguarda lo scontro tra il Governo e il Parlamento sulle modalità di attivazione della procedura *ex art. 50 TUE* (ovvero sul potere di notifica), nonché l'intervento della High Court e della Supreme Court of United Kingdom per risolvere questo scontro istituzionale.³⁸

Difatti, "a causa della sovrapposizione indebita tra rilievo politico e valore giuridico del risultato referendario, si è concretizzato un conflitto tra Parlamento e Governo circa il ruolo da rivestire nel processo decisionale inerente al recesso dall'UE, ma si è anche prospettato il rischio (sia pure teorico ed eventuale) di una discrasia tra la volontà popolare manifestatasi attraverso il referendum e la sovranità parlamentare che nell'ordinamento britannico è un dogma assoluto e che garantisce alle Camere l'assoluta libertà di assumere le proprie determinazioni senza alcun condizionamento esterno"³⁹.

In conclusione, il voto sulla Brexit ha assunto una valenza politica tale da sovrastare la natura consultiva e non obbligatoria della consultazione referendaria. In altri termini, il referendum è risultato politicamente vincolante ed ha vincolato alla formalizzazione del suo esito.

Di conseguenza, ci domandiamo se il referendum sia o meno uno strumento adeguato per risolvere questioni concernenti principi costituzionali sui quali, all'interno delle democrazie pluraliste, esiste un ampio consenso derivante tanto dal momento della approvazione delle Carte costituzionali (dove queste esistono) quanto da una cultura democratica storicamente radicata come è quella del Regno Unito dove la "*Political Constitution*" (il processo politico) vive (e sopravvive) grazie agli aspetti di cultura istituzionale che da sempre hanno caratterizzato questo ordinamento.

Secondo quanto finora ricordato, non vi è dubbio che il referendum nel Regno Unito abbia operato attraverso i partiti politici e nel caso specifico della Brexit, è possibile individuare una chiara "tensione tra la democrazia diretta e rappresentativa ed è possibile osservare come, in una democrazia costituzionale, si riconosca alla manifestazione diretta della sovranità popolare uno spazio soggetto a precisi limiti"⁴⁰. Difatti, volendo procedere con gli strumenti della comparazione giuridica per argomentare quanto appena affermato, l'azione preventiva della democrazia pluralista si esprime, per esempio, nel procedimento aggravato di riforma costituzionale spagnola e italiana, dove è previsto un ampio consenso parlamentare prima della (eventuale) ratifica finale.

Come osservato in dottrina: "questa azione preventiva della democrazia pluralista contribuisce a ridurre la tensione che costantemente si produce durante un processo referendario, con il quale in genere si decide attraverso una opzione semplice e dicotomica, un 'sì' o un 'no', senza sfumature nella proposta. Il carattere necessariamente semplificato del procedimento è difficile da inserire nella complessità della democrazia pluralista e può ostacolare l'integrazione basata sulla promozione del con-

³⁶ J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo*, cit., p. 84.

³⁷ G. G. Carboni, *A proposito della Brexit*, cit., pp. 33-34.

³⁸ Si ricorda che l'assenza di chiarezza sugli aspetti giuridico-costituzionali da parte dell'*EU Referendum Act* ha prodotto lo scontro tra il Governo che, tramite la cosiddetta *Royal Prerogative Power* esercitata dal Primo Ministro Theresa May, ha affermato la possibilità di una diretta attivazione della procedura *ex art. 50 TUE* senza il coinvolgimento del Parlamento, e la Corte suprema britannica che ha invece affermato il principio della sovranità parlamentare e il carattere consultivo (e complementare) del referendum. Di conseguenza, la Corte suprema ha confermato la necessità di una legge del Parlamento per conferire valore giuridico all'esito del referendum e avviare così la modifica del sistema costituzionale. Come è noto, il Parlamento si è poi espresso sulla questione convergendo con il Governo e procedendo alla notifica *ex art. 50 TUE* che ha attivato l'iter per l'uscita del Regno Unito dalla UE. Iter che si è concluso con l'accordo di recesso ratificato dall'UE e dal Regno Unito il 29 gennaio 2020 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2020.

³⁹ F. Sgrò, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare*, cit., p. 5.

⁴⁰ L. De Grazia, *Oltre la democrazia rappresentativa?*, cit., p. 462.

senso, che è un elemento fondamentale all'interno di questo modello di democrazia [...] Dal canto suo, la decisione referendaria di "indipendenza" di un territorio, come è accaduto con la fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea, si produce su un 'vuoto democratico': si tratta di una decisione di portata evidentemente costituzionale che non è stata oggetto di un consenso preventivo ma che, al contrario, esprime una divisione sociale fondamentale all'interno della quale il risultato del referendum determina i diritti e la forma di vita delle generazioni future senza che operi, in alcun modo, e preventivamente, la democrazia pluralista con le sue tecniche ed i suoi meccanismi di articolazione del consenso tra le diverse parti sociali"⁴¹.

4. Populismo, *social network* e democrazia pluralista

L'ultima parte di questa analisi è dedicata a quello che abbiamo definito 'retroscena', ossia il *background* di quanto fin'ora illustrato che si compone della scesa sociale, economica e politica (nazionale ed europea) che ha innegabilmente condizionato il voto dei cittadini e delle cittadine nel referendum sulla Brexit del 2016⁴².

Ci riferiamo tanto agli effetti della lunga crisi economica e finanziaria che ha colpito soprattutto la *working class*, così come alla ascesa in tutta Europa dei partiti di stampo populista, nonché al grande cambiamento avvenuto nel mondo della informazione oggi trainato per lo più dai *social network* e dalle *fake news* che, come vedremo, hanno contraddistinto la campagna elettorale relativa al referendum inglese del 2016 indebolendo enormemente il dibattito pubblico democratico⁴³.

La crisi economico e finanziaria, scoppiata nel 2007, ha portato alcuni Stati membri, su impulso dell'UE ad adottare drastiche misure economiche dirette ad un contenimento della spesa pubblica e, di conseguenza, ad un ripensamento del *welfare state*. Tali misure hanno previsto un generale taglio al settore dell'acquisto pubblico di beni e servizi – la cosiddetta *spending review* – nonché una forte diminuzione delle risorse necessarie per la garanzia dei diritti sociali⁴⁴.

Le politiche di austerità hanno provocato, soprattutto all'interno degli Stati membri maggiormente colpiti dalla crisi, "la perdita di sostentamento di ampi settori della popolazione, la riduzione dei diritti dei lavoratori, la precarietà nell'occupazione, l'indebolimento della concertazione sociale e altre conseguenze negative per i diritti di cittadinanza"⁴⁵.

Volendo citare solo alcuni degli effetti che tali politiche hanno prodotto negli anni più difficili della crisi economica, all'interno del livello territoriale di garanzia e di tutela dei diritti ovvero il livello più vicino ai cittadini, potremmo richiamare l'interruzione di quel processo di riduzione delle disparità regionali presenti all'interno dell'UE (disparità tra gli Stati membri) che, fino all'avvento della crisi, risultava in diminuzione⁴⁶.

Come può leggersi nella Sesta Relazione sulla coesione economica, sociale e territoriale del 2014, a cura della Commissione Europea, l'interruzione di tale 'convergenza' viene confermata da alcuni indicatori economici quali i tassi di disoccupazione e la crescita del Pil procapite⁴⁷.

⁴¹ F. Balaguer Callejón, *L'Unione europea di fronte alla Brexit e ad altri processi disgregativi nel contesto globale*, in *federalismi.it*, 13/2020, pp. 9-10.

⁴² Per una visione d'insieme sul futuro dell'Unione Europea, cfr. J. Habermas, *¿Hacia dónde va Europa?*, in "El País", 18 novembre 2018.

⁴³ Sul rapporto tra referendum e *fake news*, cfr. E. Palici di Suni, *Fake news*, cit.

⁴⁴ Per una ricostruzione delle tappe della recente crisi economica e finanziaria europea, A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

⁴⁵ F. Balaguer Callejón, *La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo*, in *federalismi.it*, numero speciale n.4/2018, p. 71. Sulla ideologia delle crisi economica e sugli effetti di quest'ultima sulle Costituzioni nazionali europee, Id., *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Revista española de derecho constitucional*, 98/2013, p. 91 ss.

⁴⁶ G. Massa Gallerano, *L'impatto della crisi economica sulla distribuzione territoriale del potere. Alcune tendenze comuni nei Paesi membri dell'Unione europea*, in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén Lóñez, J.F. Sánchez Barrilao (eds.), *The impact of the economic crisis on the EU Institutions and member States*, Navarra, 2015.

⁴⁷ Per una più compiuta esamina v. G. Massa Gallerano, *Spesa pubblica, Pil e crisi economica. Un'analisi comparata*, in F.

Tra il 2008 e il 2011, infatti, “due regioni su tre hanno subito una diminuzione del Pil pro capite, fino al 3% annuo e oltre in Grecia e in alcune regioni della Romania, del Regno Unito e dell’Irlanda”. Negli ultimi anni, inoltre, “le disparità regionali si sono ampliate poiché la crisi economica ha colpito le regioni in maniera differenziata. Alcune regioni sono state pesantemente colpite, altre poco o affatto. Ciò è particolarmente evidente a livello dei tassi di disoccupazione. Nel 2008, cinque regioni avevano un tasso di disoccupazione superiore al 20%. Nel 2013, questo numero è salito a 27”⁴⁸.

Il Regno Unito ha subito gli effetti di questa profonda crisi economica che, come in altri Paesi, ha condotto all’acuirsi del disagio sociale di ampie fasce della popolazione, soprattutto nelle zone in cui, in quegli anni, otteneva un ampio successo elettorale il Partito per l’indipendenza del Regno Unito - UKIP guidato da Nigel Farage. La causa della condizione della classe operaia, naturalmente, veniva indicata dallo UKIP nell’aumento dell’immigrazione e nelle politiche di austerità imposte dalla UE contro le quali bisognava “riprendere il controllo”.

Ancora, la paura della globalizzazione, l’ostilità verso gli stranieri e la nostalgia di una passata grandezza “sono state le armi di distrazione di massa impiegate per convincere milioni di persone durante la campagna referendaria del 2016 che l’Europa era una sorta di male assoluto dal quale liberarsi il prima possibile”⁴⁹.

Quanto appena descritto risulta strettamente correlato al problema della disinformazione nonché delle *fake news* utilizzate (anche) dal Partito di Farage. A sostegno di quanto appena affermato basti ricordare la promessa fatta agli elettori di destinare, in caso di vittoria del *Leave*, 350 milioni di sterline all’istruzione pubblica e al sistema sanitario nazionale, sottraendole così alle ‘casse comunitarie’.

Su questo punto chiave della propaganda referendaria lo stesso Farage farà poi un passo indietro ammettendo in diretta televisiva che non si sarebbe dovuta fare una simile promessa. Quest’ultimo è un esempio chiaro di informazione falsa sostenuta dalla politica nella campagna per il *Leave* e poi rilanciata tanto dalla stampa antieuropeista quanto dai *social network*⁵⁰.

Per quanto concerne la stampa nazionale, inoltre, bisogna sottolineare come la copertura mediatica della Brexit abbia provocato una profonda frattura nella stampa anglosassone, spaccata in due fra testate favorevoli al *Leave* e testate favorevoli al *Remain*.

Come ricordato da ilSole24 ore in un articolo del 2018, “un report pubblicato a ridosso del referendum, realizzato in tandem dal *Reuters institute for the study of journalism* e la società di analisi *Prime Research*, ha provato a fare ordine sulle scelte di campo sposate prima del voto. Su un campione di quasi 2.400 articoli dedicati al solo referendum, il 41% offriva contenuti a favore della Brexit, contro un 27% favorevole alla permanenza nei confini Ue. Fra 10 delle testate più lette nel paese, sei risultavano schierate per la rottura (tra cui i tabloid a grande tiratura come Daily Express, Sun e Daily Mail), tre per il *Remain* (Daily Mirror, Guardian e Financial Times) e uno, il Times, sospeso a metà: in teoria imparziale, di fatto sbilanciato sul *Leave*. La divergenza di vedute si è manifestata, secondo l’indagine, anche nei tasti da battere e nelle sfumature emotive impresse al momento storico. I tabloid in campagna per la Brexit hanno insistito su concetti più generici come sovranità e anti-immigrazione,

Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barillao, *La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la Globalización*, Pamplona, 2015. Id., *Political elections in Greece. First reform measures of the new Government at a crossroad between international debt and humanitarian crisis*, in *Civitas Europa*, 34/ 2015.

⁴⁸ Commissione europea, “Investimenti per l’occupazione e la crescita. Promuovere lo sviluppo e la buona governance nelle città e regioni dell’UE. Sesta Relazione sulla coesione economica, sociale e territoriale”, Bruxelles, 2014, p. 41 (<https://data.europa.eu/doi/10.2776/98003>).

⁴⁹ R. Bertinetti, *Brexit, storia e protagonisti dell’euroscetticismo*, cit., p. 60.

⁵⁰ A tal riguardo si ricorda che la Commissione europea ha dedicato una sezione del suo sito alla smentita delle *fake news*. La sezione, dal titolo “Ue: fake news, miti e realtà”, è reperibile all’indirizzo: https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/ue-fake-news-miti-e-realta_it. Sul rapporto tra social network e democrazia cfr. A. Deb, S. Donohue, T. Glaisyer, *Is Social Media a Threat to Democracy?*, 1 ottobre 2017 (<https://gijn.org/2017/10/31/is-social-media-a-threat-to-democracy/>),

oltre a sfumare il racconto nell'idillio di una 'liberazione' di Londra dai paletti europei. I quotidiani a favore della permanenza si sono concentrati sui fattori economici e scelto toni più pessimistici"⁵¹.

In questo scenario un altro tassello del mosaico è costituito dallo scandalo relativo alla società di consulenza Cambridge Analytica sulla gestione dei dati per influenzare le campagne elettorali. In breve, Cambridge Analytica era una società specializzata nel raccogliere dai *social network* dati degli utenti (tramite i *like*, i luoghi, i commenti ecc). Nell'elaborare tali dati, tramite degli algoritmi, creava dei profili degli utenti (cosiddetti 'profili psicometrici') da usare in campagne di marketing e, secondo il risultato delle indagini condotte fino ad ora, per influenzare le campagne elettorali come quella americana (a favore di Donald Trump) nonché quella sul referendum per la Brexit⁵². Secondo il quotidiano *The Guardian* l'azienda collaborò alla raccolta di dati e informazioni sugli utenti, utilizzati poi per condizionarli e fare propaganda a favore dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea⁵³.

Certamente l'azione dei *social network* sul referendum relativo alla Brexit, nonché sui processi elettorali che si sono tenuti in diversi paesi europei ed extra-europei (*in primis* le elezioni presidenziali negli Stati Uniti del 2016), ha contribuito a fomentare in modo straordinario i processi disgregativi che stiamo vivendo oggi⁵⁴.

Nell'ambito della nostra indagine, in particolare, uno strumento di partecipazione democratica come quello referendario – atto a garantire una ampia partecipazione dei governati e ad esercitare una forma di controllo sulla maggioranza di Governo, così come sostenuto da Dicey – può funzionare "solo in un sistema nel quale sia assicurata la più ampia libertà di informazione e, con essa, il diritto ad una corretta informazione. *Fake news*, informazioni false, incomplete o prima ancora la disinformazione mettono invece in pericolo la stessa democrazia"⁵⁵.

In conclusione, si concorda con quella parte della dottrina che ha evidenziato "l'attitudine essenzialmente passiva con la quale l'Unione europea e gli Stati membri hanno affrontato il disfacimento delle condizioni sulle quali, fino a tempi recenti, si era basato il dibattito pubblico democratico, a causa dell'interferenza di potenze straniere e gruppi di pressione che operano anonimamente attraverso i social network, difendendo interessi occulti. Gli esempi della Brexit e delle elezioni presidenziali nordamericane evidenziano che le democrazie statali risultano inermi di fronte a tali poteri occulti, così come lo sono di fronte agli speculatori finanziari che hanno condizionato le politiche europee e statali a partire dalla crisi economica degli ultimi anni"⁵⁶.

Tutto ciò può condurre ad una profonda alterazione dei meccanismi di funzionamento delle democrazie pluraliste che si fondano sul consenso costituzionale, dove le Costituzioni "fungono da 'strumenti di gestione del rischio'"⁵⁷. Il referendum, in particolare, appare come uno strumento polivalente "da calare con cautela all'interno di contesti di democrazia rappresentativa, essendo sempre presente il

⁵¹ A. Magnani, *Fake News e militanza anti-UE, così la Brexit ha mandato in tilt la stampa britannica*, *IlSole24Ore*, 19 novembre 2018,

⁵² V. M. Donofrio, *L'ombra di un "Cambridge Analytica bis" sulle presidenziali USA 2020: la moderna essenza di democrazia nella morsa di vecchi fantasmi e futuri inquietanti scenari*, in *federalismi.it*, n.29/2020.

⁵³ C. Cadwalladr, *The great British Brexit Robbery: how our democracy was hijacked*, *"The Guardian"*, 7 May 2017. In un articolo di E. Menietti *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, *"IlPost.it"*, 19 marzo 2018, l'autore sostiene che alcune valutazioni dell'inchiesta del quotidiano inglese appaiono un po' esagerate; aggiungendo, però, che tale inchiesta ha "il pregio di portare nuovi elementi nel grande dibattito sulle notizie false, sulla propaganda e sulla facilità di diffusione di questi contenuti tramite un uso distorto dei social network. Per un approfondimento sul rapporto tra comunicazione politica e social network, cfr. F. Pira, *La Net Comunicazione politica. Partiti, movimenti e cittadini-elettori nell'era dei social network*, Milano, 2012.

⁵⁴ F. Balaguer Cellejón, *L'Unione europea di fronte alla Brexit*, cit., p. 11.

⁵⁵ E. Palici di Suni, *Fake news e referendum*, cit., p. 143.

⁵⁶ F. Balaguer Cellejón, *L'Unione europea di fronte alla Brexit*, cit., p.2. Sul rapporto tra social network e democrazia cfr., inoltre, A. Deb, S. Donohue, T. Glaisyer, *Is Social Media a Threat to Democracy?*, 1 ottobre 2017, (<https://www.omidyar.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>).

⁵⁷ G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche*, cit., p. 462 dove l'autore riprende le parole ("strumenti di gestione del rischio") di A. Vermule, *The Constitution of Risk*, Cambridge, 2013.

pericolo del 'rigetto o dell'alterazione dell'equilibrio del sistema costituzionale di riferimento"⁵⁸, proprio come avvenuto nel Regno Unito all'indomani della vittoria dei *Leave*.

Il futuro appare quindi incerto anche in considerazione della rapidità dell'evolversi di queste tecnologie nonché della loro crescente pervasività negli orientamenti del corpo elettorale⁵⁹. Queste tecniche, difatti, come osservato in dottrina: "rappresentano una sfida mortale alle odierne liberal-democrazie, rischiando di decretare l'atrofizzazione di un elemento essenziale alla vitalità delle dinamiche democratiche: il dibattito pubblico"⁶⁰.

Il timore, dunque, è quello del costante incremento di un utilizzo di tipo 'patologico' e 'populista' degli strumenti di democrazia diretta, in uno scenario dove l'opinione pubblica risulta influenzata in maniera decisiva dall'azione dei social network. Su questi ultimi risulta certamente necessario continuare a riflettere e lavorare (sul livello statale e su quello europeo) al fine di arrivare ad una loro maggiore regolamentazione per la salvaguardia dei processi democratici e la garanzia dei diritti.

Abstract

Il contributo intende analizzare l'impiego dell'istituto referendario per assumere decisioni dal precipitato costituzionale all'interno di sistemi di democrazia pluralista. Il caso di studio è quello della Brexit. Dopo una disamina dell'istituto referendario nell'ordinamento britannico, l'attenzione è posta sul legame instauratosi nell'ultimo decennio tra tale strumento e l'utilizzo sempre maggiore dei social network.

Parole chiave: referendum, Brexit, social network

*

The paper aims to analyse the use of the institute of referendum to make constitutional decisions in systems of pluralist democracy. Brexit is the case study. After an examination of the referendum regime in the British legal system, attention is placed on the link established in the last decade between this institute and the increasing use of social networks.

Key words: referendum, Brexit, social network

⁵⁸ G. Martinico, *op. cit.*

⁵⁹ A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 13.

Rivoluzione digitale e mercati finanziari: gli algoritmi nell'ecosistema FinTech^(*)

Tommaso Nicola POLI*

Sommario: 1. Introduzione 2. Digitalizzazione, attività e servizi finanziari 3. Digitalizzazione e player globali 4. Digitalizzazione e mercati 5. Digitalizzazione e cripto-attività 6. Digitalizzazione e regolazione 6.1. Un approccio "neutrale" 6.2. Un approccio integrato 6.3. Un approccio intersettoriale 6.4. Un approccio collaborativo 7. Digitalizzazione e consumatore 8. Osservazioni conclusive

1. Introduzione

L'attuale processo di digitalizzazione coinvolge qualsiasi campo dell'esistenza umana e contribuisce a realizzare una dirompente riorganizzazione dei rapporti sociali ed economici¹.

Con riferimento all'economia, la digitalizzazione facilita l'accesso universale a molti beni e servizi, la riduzione di costi delle attività e la maggiore velocità delle transazioni; al contempo, solleva la questione della opportunità di una sua regolamentazione. Invero, la diffusione di un mercato digitale senza regole potrebbe portare indiscutibilmente al predominio delle grandi imprese digitali che sfrutterebbero un vantaggio competitivo ineguagliabile rispetto alle imprese tradizionali e determinerebbero un eccessivo squilibrio negoziale a scapito dei consumatori. Ciò sarebbe la manifestazione più evidente dell'erronea convinzione che le dinamiche di funzionamento del mercato possano realizzare spontaneamente un'efficiente ed equilibrata allocazione e distribuzione delle risorse produttive².

La trasformazione *in itinere* dei mercati finanziari ne costituisce un paradigma³: l'applicazione delle innovazioni tecnologiche (*big data, internet of things, artificial intelligence, machine learning e distributed ledger technology*) nel settore finanziario (c.d. *FinTech*)⁴ non soltanto modifica le attività e i

(*) Le opinioni espresse nel presente documento sono esclusivamente riconducibili alla responsabilità dell'autore e non impegnano in alcun modo l'istituzione di appartenenza.

* Esperto, Ufficio Studi Giuridici, Consob.

¹ G.F. Italiano, *Le sfide interdisciplinari dell'intelligenza artificiale*, in *Anal. giur. econ.*, 1/2019, p. 9 ss.

² Su questa considerazione cfr. G. Rossi, *Un'autorità sovranazionale per i mercati finanziari?*, in *Riv. soc.*, 1/2001, p. 185 ss., il quale aveva sottolineato che la globalizzazione dell'economia non potesse essere abbandonata a se stessa e aveva auspicato un "globalismo giuridico" che, considerata l'incapacità degli Stati di regolare le attività che valicano i confini nazionali, fosse in grado di contrastare le attività criminali mediante la creazione di un nuovo contratto sociale e l'istituzione di un'autorità sovranazionale dei mercati finanziari.

³ Cfr. sulle implicazioni della rivoluzione digitale nel settore finanziario G. Alpa, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contr. impr.*, 2/2019, p. 377 ss.; V. Falce, G. Finocchiaro, *La digital revolution nel settore finanziario*, in *Anal. giur. econ.*, 1/2019, p. 313 ss. L'importanza dell'analisi del settore finanziario nel contesto della digitalizzazione dell'economia è rilevata da R.P. Buckley, D.W. Arner, D.A. Zetsche, E. Selga, *The Dark Side of Digital Financial Transformation: The new Risks of FinTech and the Rise of RegTech*, in *EBI (European Banking Institute), Working Paper Series*, 54/2019, p. 1 ss., i quali sostengono che la finanza "is not only the most globalized segment of the world's economy but also among the most digitized and datafied".

⁴ Financial Stability Board (FSB) – Committee on the Global Financial System (CGFS), *FinTech credit. Market structure, business models and financial stability implications*, 22 May 2017, p. 2, reperibile *online*, definisce l'espressione "FinTech": "could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on financial markets, financial institutions and the provision of financial services". Sull'importanza della definizione di *FinTech* cfr. Basel Committee on

servizi ma consente l'accesso di nuovi *player*, *start-up* tecnologiche e società globali (*Google, Apple, Facebook, Amazon* – cc.dd. *Big Four* o GAFA), e di nuovi investitori (come i cc.dd. *Millenials*). Questo scenario, già alimentato dall'emergenza sanitaria del COVID-19⁵, se favorisce e facilita la circolazione del risparmio verso gli investimenti finanziari, cambia la fisionomia del mercato tradizionale e esige l'adozione di un corpo di regole che garantisca un equilibrato sviluppo delle relazioni economiche. D'altronde, le istituzioni europee hanno evidenziato i rischi dell'innovazione tecnologica in un mercato finanziario deregolamentato: esso potrebbe dischiudere conflitti tra operatori economici, nonché incidere, in generale, sulla stabilità del sistema finanziario, sull'integrità del mercato, sulla concorrenza leale, sulla sicurezza e, in particolare, sulla tutela dell'investitore⁶.

2. Digitalizzazione, attività e servizi finanziari

Innanzitutto, la digitalizzazione della finanza ha contribuito a ridefinire la tipologia delle attività e dei servizi relativi⁷. L'offerta tradizionale di servizi e prodotti finanziari è stata affiancata da attività e servizi digitalizzati (*instant payment* e *social lending*), da attività e servizi innovativi (*high frequency trading, robo-advisor, equity crowdfunding* e *credit scoring*), da nuove modalità di *business* (*Distributed Ledger Technology* – DLT) e, infine, da prodotti digitali (*crypto-asset*).

Elemento determinante dello sviluppo delle nuove modalità di investimento è la tecnologia dei cc.dd. *big data* che consente alle società di utilizzare le informazioni diffuse nel mercato dalle abitudini quotidiane degli investitori; in particolare, le informazioni (cc.dd. *big data*) e gli algoritmi di autoapprendimento (c.d. *machine learning*) sono utilizzati per elaborare e sviluppare le decisioni di investimento, che non sono più sostanzialmente rimesse alla relazione fiduciaria tra risparmiatore e intermediario abilitato ma sono affidate, in tutto o in parte, ad una decisione automatizzata⁸.

Le innovative attività finanziarie per un verso assicurano una indicazione di investimento personalizzata mediante la profilatura del consumatore e presentano maggiori margini di profitto rispetto a quelle tradizionali; per altro verso, sottintendono una serie di rischi sistemici di tenuta per il sistema finanziario complessivo. In particolare, la divaricazione della decisione di investimento dalla capacità di adattamento dell'uomo a quella computazionale dell'algoritmo alimenta il pericolo della produzione di rischi sistemici per la scarsa qualità delle informazioni, l'intrinseca opacità e il carattere fuorviante del funzionamento degli algoritmi. Gli algoritmi possono causare episodi di esclusione finanziaria o vera e propria discriminazione e, più in particolare, raccomandazioni inadeguate nel servizio di consulenza finanziaria automatizzata o analisi inaffidabili nella valutazione di merito creditizio⁹.

In linea generale, queste criticità possono avere ricadute sulla stabilità del sistema finanziario complessivo in mancanza di una regolazione adeguata. Siffatta automatizzazione può presentare un pericolo per l'equilibrio della stabilità finanziaria: la negoziazione algoritmica sottintende il rischio di

Banking Supervision, *Sound practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, February 2017, p. 9, reperibile *online*, la cui considerazione può influenzare l'approccio al fenomeno da parte dei regolatori.

⁵ Cfr. A. Miglionico, *FinTech ai tempi del Coronarivus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Suppl., 5/2020, p. 93 ss.

⁶ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario, 17 maggio 2017, p. 4; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, COM (2020) 591 del 24 settembre 2020.

⁷ Per una ricostruzione dei servizi finanziari innovativi a P. Lucantoni, *Strumenti digitali e finanza*, in F. Maimeri, M. Mancini (cur.), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, in *Quaderni giuridici della Consulenza legale – Banca d'Italia*, settembre 2019, 87/2019, p. 293 ss.

⁸ Sulle principali modalità di utilizzazione dei dati anche in ambito economico/finanziario si rinvia a R. Romano, *Intelligenza artificiale, decisioni e responsabilità in ambito finanziario: snodi problematici*, in G. Finocchiaro - V. Falce (cur.), *FinTech: diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2020, pp. 320-321.

⁹ Cfr. M.T. Paracampo, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/2019, p. 213 ss.; F. Mattassoglio, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2018, p. 226 ss.; M. Mengoni, *La nuova strategia della Commissione Europea in tema di finanza digitale: quid iuris per i (futuri) servizi finanziari offerti dalle società Tech*, in *Paper di Diritto Europeo*, 1/2021, p. 111 ss.

episodi di repentina e alta volatilità delle quotazioni dei titoli nei mercati (i cc.dd. *flash crash*)¹⁰; l'automazione nella consulenza finanziaria (c.d. *robo-advice*) può provocare una certa uniformità di comportamenti degli investitori, anziché offrire a ciascuno di loro una valutazione appropriata e adeguata al suo profilo, e può innescare un effetto recessivo nell'economia reale¹¹; la valutazione algoritmica del merito creditizio (c.d. *credit scoring*) può causare una possibile esclusione dall'accesso al credito di determinati gruppi sociali¹².

3. Digitalizzazione e player globali

Un altro elemento nella riconfigurazione dell'assetto dei mercati finanziari è il coinvolgimento di *new comer*, *start-up* tecnologiche e società globali. Questi ultimi non sono riconducibili agli operatori finanziari tradizionali (cc.dd. *incumbent*)¹³: essi svolgono la propria attività fuori dal campo di applicazione della normativa bancaria e finanziaria prudenziale e sono incentivati ad affacciarsi sul

¹⁰ A. Lupoi, *La negoziazione algoritmica ad alta frequenza e la struttura dei mercati: due casi negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1/2019, p. 1 ss. La difficoltà di una regolazione degli algoritmi nella negoziazione ad alta frequenza è stata esemplificativamente spiegata da P. Lucantoni, *L'high frequency trading nel prisma della vigilanza algoritmica del mercato*, in *Anal. giur. econ.*, 1/2019, pp. 310-311, la quale sottolinea che l'interazione tra i *trader* algoritmici "rischia di essere così tanto correlata che se anche uno di questi sfugga ai controlli ex ante e di conformità, tutti i controlli effettuati sugli altri partecipanti sino a quel momento risulterebbero essere stati vani", sicché un controllo «diviene automaticamente imprevedibile per l'impossibilità di prevedere il comportamento (non per forza ragionevole) anche degli altri partecipanti "robotici" che sarà possibile ritrovare nel mercato». Su un piano particolare, l'adozione delle tecniche di negoziazione algoritmica ad alta frequenza determina in via tendenziale la rottura del collegamento tra operazione finanziaria e persona fisica e pone problemi insoliti in termini di sussunzione di questi comportamenti nell'ambito delle fattispecie di abusi di mercato e di responsabilità della persona fisica che impiega tali strumenti. Cfr. F. Consulich, *Il nastro di Mobius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2/2018, p. 195 ss.

¹¹ R. Lener, *Intelligenza artificiale e interazione umana nel robo-advice*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl., 3/2021, pp. 105-106, individua due caratteristiche problematiche della consulenza automatizzata rispetto alla relazione umana: la prima attiene alla consapevolezza da parte del cliente di instaurare una relazione concernente ad un servizio di investimento; la seconda riguarda l'adeguatezza e la sufficienza delle informazioni raccolte per la proposizione dell'investimento. Cfr. altresì M.T. Paracampo, *Robo-advisor, consulenza finanziaria e profili regolamentari: quale soluzione per un fenomeno in fieri?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2016, Suppl. 1, p. 256 ss.; F. Sartori, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3/2018, p. 253 ss.

¹² Sui rischi attinenti all'applicazione di sistemi algoritmici di *credit scoring* si rinvia a F. Mattassoglio, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/2020, p. 207. Sul tema anche S. Lanni, *Pregiudizi algoritmici e vulnerabilità*, *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl., 3/2021, in part. pp. 59-60, la quale cita il caso di un cittadino afro-americano che ha ricevuto una limitazione della soglia del credito da parte della sua banca poiché dal tracciamento delle operazioni della sua carta di credito risultava che aveva acquistato beni in esercizi commerciali nei quali avevano già acquistato soggetti che non avevano rimborsato i loro debiti. È opportuno precisare che il pericolo di esclusione sociale derivante dall'applicazione di sistemi algoritmici di *credit scoring* è tanto più marcato quando viene utilizzato dalle piattaforme digitali. Esso è stato preso in considerazione dalla proposta di Regolamento UE in materia di intelligenza artificiale, avanzata dalla Commissione europea nell'aprile 2021; in particolare, detti sistemi di *credit scoring* sono classificati quali sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio" (All. III, punto 5, lett. b) in quanto insistono su servizi privati essenziali e possono perpetuare discriminazioni fondate su origini razziali o etniche, disabilità, età o orientamento sessuale. Sulla classificazione del *credit scoring* tra i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio si rinvia a G.L. Greco, *Credit scoring 5.0 tra Artificial Intelligence Act e Testo Unico Bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl., 3/2021, p. 74 ss., in part. pp. 93-95.

¹³ L. Ammannati, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Dir. pubbl.*, 2/2021, p. 381 ss.; E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Oss. fonti*, 2/2021, p. 887 ss. A. Canepa, *Big Tech e mercati finanziari: "sbarco pacifico" o "invasione"? Analisi di un "approdo" con offerta "à la carte"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3/2021, p. 465 ss., illustra il meccanismo di funzionamento di *Amazon lending*, il quale propone proposte di prestiti agli utenti Amazon (anche piccole imprese e studenti) sulla base delle informazioni (anche non finanziarie) che la società ha raccolto. Sennonché la piattaforma non definisce soltanto la platea dei destinatari del servizio ma stabilisce altresì un procedimento di restituzione delle somme dovute mediante una forma di gestione invasiva nei confronti dell'utente. Individua le caratteristiche qualificanti delle piattaforme digitali M.C. Malaguti, *FinTech e piattaforme digitali nel settore finanziario tra concorrenza e regolazione*, in G. Finocchiaro, V. Falce (cur.), *FinTech: diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2019, pp. 59-60, le quali possono essere sintetizzate principalmente nella capacità di creare nuovi mercati (anche multilaterali), nel vantaggio procurato dagli effetti di rete e, infine, nell'utilizzazione delle informazioni.

mercato per sfruttare il vantaggio competitivo della mole di informazioni raccolte nei confronti degli utenti dalle rispettive attività costitutive¹⁴.

Le società globali dell'informazione non soltanto delincono un'offerta anticoncorrenziale di attività e di servizi finanziari rispetto agli intermediari tradizionali ma contribuiscono altresì alla frantumazione della catena del valore di una determinata attività o di un servizio di investimento mediante la specializzazione delle imprese in uno specifico ramo¹⁵.

In primo luogo, le proposte finanziarie dei *new comer* sono costruite in maniera personalizzata nei confronti dei consumatori perché modellate sulla base del profilo ricostruito dai dati e dalle previsioni di comportamento elaborate dagli algoritmi in grado di offrire soluzioni più adeguate alle esigenze della clientela. Con l'utilizzazione dei *big data* e l'applicazione di meccanismi di *machine learning* queste imprese possono determinare un effetto di chiusura nei confronti dell'accesso di nuovi operatori nel mercato finanziario¹⁶. A rischio di esclusione dal settore di riferimento, gli intermediari tradizionali sono indotti a integrare le proprie offerte di attività e servizi finanziari mediante uno sviluppo tecnologico *in house* o mediante l'acquisizione diretta di imprese tecnologiche o, infine, mediante la stipulazione di *partnership* con imprese specializzate che consentano di ricevere il necessario *know-how* tecnologico¹⁷.

In secondo luogo, la frantumazione della catena del valore delle attività e dei servizi di investimento è evidente nelle dinamiche di funzionamento delle piattaforme digitali. Su queste ultime qualsiasi soggetto può operare prestando una parte del servizio economico. Il gestore delle piattaforme digitali facilita l'instaurazione e la gestione dei rapporti tra utenti (*peer-to-peer*) o propone e offre alcuni servizi ai medesimi utenti (*end-to-end*)¹⁸. In pratica, le piattaforme digitali non competono nel mercato ma fanno concorrenza "al mercato"¹⁹, ovvero costruiscono un mercato innovativo ed alternativo con regole proprie di organizzazione e di funzionamento e delimitano l'ambito degli utenti ai quali offrire beni o servizi²⁰.

Il complesso di questi mutamenti sviluppa una progressiva disintermediazione delle attività e dei servizi finanziari rispetto alla cornice regolamentare vigente e alimenta il processo di allontanamento

¹⁴ Il patrimonio di dati viene indicato quale presupposto dell'accesso delle società globali nel mercato dei servizi finanziari, dal quale discende la distinzione tra imprese *FinTech* e imprese *TechFin*, ovvero tra intermediari finanziari che non dispongono di dati per l'utilizzazione degli stessi nei mercati finanziari e imprese che operano in settori diversi e dispongono di una mole ingente di dati e informazioni da utilizzare per accedere ai mercati finanziari. Cfr. R.P. Buckley, D.W. Arner, D.A. Zetsche, J.N. Barberis, *From Fintech to Techfin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, in *EBC (European Banking Institute), Working Paper Series*, 6/2017, p. 1 ss., in part. p. 12.

¹⁵ Si tratta, secondo A. Argentati, *Le banche nel nuovo scenario competitivo. FinTech, il paradigma dell'Open banking e la minaccia delle big tech companies*, in *Mer. conc. reg.*, 3/2018, *passim*, in part. pp. 441-442, dei due elementi che stanno mettendo in discussione la stessa sopravvivenza del settore bancario.

¹⁶ G. Pitruzzella, *FinTech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-creditizio e assicurativo*, in G. Finocchiaro, V. Falce (cur.), *FinTech: diritti, concorrenza, regole*, cit., p. 1 ss.

¹⁷ M.T. Paracampo, *FinTech, evoluzioni tecnologiche e sfide per il settore bancario tra prospettive di cambiamento ed interventi regolamentari. Fenomenologia di un processo in fieri*, in M.T. Paracampo (cur.), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Vol. II, Torino, 2019, p. 27.

¹⁸ Cfr. A. Sciarrone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario alla prova del FinTech*, in M. Cera, G. Presti (cur.), *Il Testo Unico Finanziario*, Bologna, 2020, p. 60. Più in particolare sul *peer to peer lending* (o *social lending*), ovvero prestito alla pari, si rinvia a E. Bani, *Le piattaforme di peer to peer lending: la nuova frontiera dell'intermediazione creditizia*, in M.T. Paracampo (cur.), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 125 ss., e a G. Biferali, *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in *Dir. inform.*, 3/2018, p. 487 ss.

¹⁹ Cfr. sul punto E. Cremona, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali*, cit., pp. 900-902. A. Mastrorilli, *Algoritmo scellerato?*, in *Mer. conc. reg.*, 2/2019, p. 345, definisce invece il processo in corso quale fenomeno di concorrenza "per il mercato" e non nel mercato, volendo riferirsi alla possibilità che le piattaforme digitali vogliano conservare una posizione egemone nel mercato per il tramite di soluzioni tecnologiche innovative.

²⁰ L. Ammannati, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, cit., p. 388, sottolinea che le piattaforme digitali funzionano "as regulators in quanto disegnano le regole che governano milioni di utenti". Cfr. altresì E. Cremona, *op. cit.*, p. 882, osserva che le regole per accedere ai servizi delle piattaforme assomigliano più a norme che a condizioni di contratto.

degli operatori dalla tradizionale tassonomia soggettiva²¹. Più nello specifico, la costruzione di un nuovo vincolo fiduciario, per il tramite del patrimonio di informazioni detenute dalle società globali, in sostituzione della disciplina della riserva di attività del settore finanziario, pone la questione del superamento dell'attuale normativa di vigilanza prudenziale in favore di un disegno normativo completamente innovativo²².

4. Digitalizzazione e mercati

L'applicazione della tecnologia non consente più di misurare anche la dimensione dei mercati nei quali sono offerti i servizi e i prodotti finanziari. Uno dei caratteri marcatamente *disruptive* della digitalizzazione della finanza è la progressiva delocalizzazione dei mercati²³. Innanzitutto, l'adozione delle nuove infrastrutture tecnologiche non consente di individuare l'*ubi consistam* di un determinato mercato o, almeno, di una transazione finanziaria. In secondo luogo, l'accesso aperto delle attività e dei servizi finanziari mediante le opportunità offerte dalle tecnologie rende altresì impossibile delimitare il perimetro di riferimento di un mercato potenzialmente globale e continuamente operativo. In terzo luogo, la declinazione virtuale delle piattaforme digitali dei *new comer* elimina la componente di fisicità del mercato, inteso come luogo dello scambio della domanda e dell'offerta, in favore di una completa spersonalizzazione dei rapporti negoziali²⁴.

La delocalizzazione è poi amplificata dalle nuove modalità di *business*, veicolate dalle tecnologie *distributed ledger technology* (in acronimo, *DLT*) – delle quali la *blockchain* costituisce quella più diffusa – mediante le quali le transazioni finanziarie possono essere perfezionate anche su una rete totalmente disintermediata e distribuita (*blockchain permissionless*)²⁵. Più nello specifico, la validazione delle transazioni nelle tecnologie a registro distribuito non avviene per il tramite di un organo centrale

²¹ In relazione al servizio di *credit scoring* si rinvia alle problematiche di disintermediazione e di frammentazione della catena del valore nelle piattaforme digitali evidenziate da L. Ammannati, G.L. Greco, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data; il caso del credit scoring*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2/2021, p. 290 ss., in part. p. 306 ss.

²² M. Sepe, *Innovazione tecnologica, algoritmi e intelligenza artificiale nella prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl., 3/2021, pp. 191-192, esclude che l'accesso di questi *new comer* possa comportare l'abbandono della riserva di attività, prevista dalla disciplina in materia di intermediazione finanziaria, ma, tutt'al più, una sua marginalizzazione.

²³ Cfr. A. Miglionico, *Innovazione tecnologica e digitalizzazione dei rapporti finanziari*, in *Contr. impr.*, 4/2019, 1376 ss.

²⁴ Questo fenomeno di spersonalizzazione nelle contrattazioni a causa dell'evoluzione tecnologica è stato avvertito da tempo da N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/1998, p. 347 ss., secondo il quale vi è il passaggio dall'*homo loquens* all'*homo videns*: "(l)a scomparsa della parola conferisce al rapporto una rigorosa univocità, poiché le cose, nel loro materiale offrirsi, ed il gesto, che tra di esse sceglie e preferisce, posseggono significati stabili e incontrovertibili. C'è, nei luoghi degli scambi silenziosi, una sorta di *meccanica ritualità*, di spersonalizzante ripetitività, che annulla qualsiasi attrito psicologico e volontaristico". *Contra* G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 ss., il quale ritiene che anche nelle moderne modalità di contrattazione è ravvisabile l'accordo poiché né la trattativa né il dialogo né l'espressione linguistica sono richieste dalla disciplina codicistica; ciononostante, l'Autore definisce comunque i rapporti negoziali orientati "non ad una comunità ma a una anonima massa di utenti".

²⁵ Invero, nell'ambito delle tecnologie a registro distribuito e, in particolare, nell'ambito della *blockchain* è opportuno distinguere i modelli di *business* aperti (*blockchain permissionless*) e i modelli di *business* privati (*blockchain permissioned*). In queste ultime l'accesso degli utenti è ristretto e mediato da un'autorità centrale che ha il compito di validare transazioni mediante l'aggiunta dei blocchi alla catena. In generale sulla tecnologia dei registri elettronici distribuiti, inclusa la tecnologia *blockchain*, cfr. R. Garavaglia, *Finalità, funzionamento e tipologia di utilizzi delle Blockchain*, in F. Maimeri, M. Mancini (cur.), *Le nuove frontiere*, cit., p. 163 ss.; M. Bellezza, *Blockchain e smart contract in ambito finanziario e assicurativo*, in M.T. Paracampo (cur.), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 309 ss.; F. Cascinelli, C. Bernasconi, M. Monaco, *Distributed Ledger Technology e Smart Contract: finalmente è Legge. Prime riflessioni su una rivoluzione tecnologico-giuridica*, in *dirittobancario.it*, marzo 2019; L. Parola, P. Merati, G. Gavotti, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *i Contr.*, 6/2018, p. 681 ss.; F. Bruschi, *Le applicazioni delle nuove tecnologie: criptovalute, blockchain e smart contract*, in *Il dir. ind.*, 2/2020, p. 162 ss.

che ne supervisiona il corretto perfezionamento ma per mezzo di una catena dei blocchi distribuita e condivisa tra una pluralità di utenti, collegati tra loro all'interno di una rete *peer-to-peer*²⁶.

La potenzialità della tecnologia *DLT* consentirebbe di utilizzare questa modalità di *business* sia nella fase del *trading* sia nella fase del *post-trading* mediante l'esecuzione istantanea delle operazioni tra acquirente e venditore e una notevole riduzione di costi. In pratica, l'operatività di questa tecnologia renderebbe sostanzialmente inutile la disciplina inerente alla negoziazione degli strumenti finanziari, caratterizzata dalla presenza di depositari centrali (CDS), intermediari e controparti centrali (CCP)²⁷.

Ciò che è necessario evidenziare riguarda però la portata potenzialmente dirompente dell'utilizzazione di questa modalità di *business* nelle transazioni finanziarie. La natura essenzialmente a-territoriale della tecnologia *DLT* non permetterebbe la predisposizione di una regolamentazione puntuale dell'infrastruttura, ovvero avrebbe la particolarità di porsi fuori dal perimetro di regolamentazione delle autorità nazionali e sovranazionali in virtù del congenito carattere globale del sistema di funzionamento in grado di connettere utenti in tutto il mondo senza l'intermediazione di un soggetto vigilato.

5. Digitalizzazione e cripto-attività

La tecnologia *DLT* è stata altresì il veicolo della diffusione delle cc.dd. cripto-attività (o *crypto-asset*), ovvero delle rappresentazioni digitali di valore di beni, anche materiali, conservate o negoziate in un circuito totalmente disintermediato²⁸. Questi *asset* (o *token*) digitali sono difficilmente riconducibili alla categoria degli strumenti finanziari in quanto fino a poco tempo fa la normativa esistente è stata indifferente al fenomeno tecnologico²⁹; inoltre, qualora siano comunque qualificati in termini di prodotti finanziari, potrebbero ricevere un trattamento differenziato a seconda dell'applicazione della normativa domestica dello Stato membro UE di riferimento³⁰.

In particolare, volendo esemplificare, la tecnologia *DLT* è stata oggetto della propagazione delle cc.dd. cripto-valute³¹ che, ricondotte ora nell'ambito degli strumenti di pagamento ora nell'ambito dei prodotti finanziari, *sub specie* di "forma di investimento di natura finanziaria"³², hanno sollecitato

²⁶ M. Cavallo, M.L. Montagnani, *L'industria finanziaria tra Fintech e Techfin: prime riflessioni su blockchain e smart contract*, in G. Finocchiaro, V. Falce (cur.), *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Bologna, 2019, pp. 335-340.

²⁷ R. Lener, *Tecnologie e attività finanziarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3/2019, pp. 280-283.

²⁸ Cfr. R. De Caria, *Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2020, p. 855 ss.

²⁹ È recente l'approvazione da parte del Parlamento europeo, in data 20 aprile 2023, della proposta di Regolamento (UE) sui Mercati di Cripto-attività (*Regulation on Markets in Crypto-assets*, c.d. MiCA), che deve essere approvato in via definitiva entro la fine dell'anno dal Consiglio. Il Regolamento (UE) MiCA intende introdurre una disciplina generale delle cripto-attività (*asset-referenced token*, *eletronic money token* e *utility token*) con regole comuni di vigilanza, tutela dei consumatori e di contrasto a fenomeni di manipolazione del mercato e di riciclaggio del denaro. Sono esclusi da questa disciplina i cc.dd. *investment tokens* (o *security tokens*), i quali sono riconducibili nella categoria degli strumenti finanziari ai sensi della normativa UE (direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014. *Markets in Financial Instruments Directive* - c.d. MiFID). Questi ultimi sono disciplinati dal Regolamento (UE) 2022/858 del 30 maggio 2022 relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito e che modifica i Regolamenti (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014 e la direttiva 2014/65/UE, entrato in vigore il 22 giugno 2022 e in applicazione a partire dal 23 marzo 2023, ma limitatamente ad alcuni strumenti finanziari, ovvero i soli titoli, azioni e obbligazioni caratterizzati da minore liquidità, negoziati in un mercato di capitali riconducibile ad una sede di negoziazione autorizzata ai sensi della direttiva MIFID. Si aggiunge a questa normativa europea la normativa nazionale (d.l. 17 marzo 2023, n. 25) in materia di emissione e circolazione di determinati strumenti finanziari in forma digitale che intende assicurare l'efficiente applicazione del regime pilota.

³⁰ A. Sciarone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario*, cit., p. 57.

³¹ L'ideazione della tecnologia *blockchain* e della valuta virtuale più diffusa, il c.d. Bitcoin, è stata teorizzata in un manifesto da parte di S. Nakamoto, *Bitcoin: un sistema di moneta elettronica peer-to-peer* (www.bitcoin.org), al quale si rinvia per comprenderne sia il funzionamento sia le caratteristiche. È verosimile che Satoshi Nakamoto sia solo uno pseudonimo e la paternità della tecnologia debba attribuirsi ad una persona non nota o, meglio, ad un gruppo di sviluppatore.

³² Sulla definizione delle cripto-valute in termini di moneta o prodotti finanziari si rinvia a A.M. Gambino, C. Bompreszi, *Blockchain e criptovalute*, in G. Finocchiaro, V. Falce (cur.), *FinTech: diritti, concorrenza, regole*, cit., p. 267 ss., in part. pp. 270-275; P. Carriere, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"*; tra tradizione e innovazione, in *Riv. dir. banc.*, 1/2019, p. 117 ss., in part. p. 154 ss.; G.L. Greco, *Nozione e*

l'attenzione delle istituzioni di vigilanza per salvaguardare l'investitore e tutelare il sistema finanziario³³. Le cripto-valute, se qualificate come moneta, sollevano innanzitutto la questione della lesione della sovranità statale, poiché non sono emesse da una banca centrale o da una autorità pubblica né, salvo alcuni recenti riconoscimenti normativi, sono ammesse come mezzi di pagamento³⁴. In secondo luogo, sottintendono dei pericoli reali per l'elusione della disciplina in materia di riciclaggio dal momento che nel circuito *DLT* l'identificazione degli utenti avviene soltanto per il tramite di chiavi crittografiche che garantiscono l'anonimato. Il tutto con la conseguenza che il relativo tracciamento delle transazioni si rivela affatto ininfluenza. In terzo luogo, la mancanza di qualsiasi protezione derivante da una regolamentazione legale lascia gli utenti/investitori in balia di eventuali attacchi di pirateria informatica. Infine, l'alta volatilità dell'andamento delle quotazioni in un intervallo di tempo, anche molto breve, può compromettere l'investimento con la perdita integrale delle somme di denaro impiegate e, nondimeno, incidere sulla stabilità finanziaria complessiva in mancanza di poteri di correzione e protezione del valore della valuta attraverso manovre di politica monetaria da parte di un'autorità pubblica³⁵.

6. Digitalizzazione e regolazione

Tutte queste trasformazioni sollecitano l'attenzione delle istituzioni per i pericoli ad esse sottese. La questione dell'opportunità di un intervento normativo è affiancata da un altro problema non meno importante, ovvero quella dell'adeguata regolazione della tutela degli interessi pubblici e privati in gioco di fronte alla digitalizzazione dell'economia e della finanza in un mercato globale³⁶.

L'esigenza di una regolamentazione *ad hoc* dell'innovazione tecnologica è innanzitutto motivata dalla differente posizione di partenza di intermediari tradizionali e *new comer*, i quali approfitterebbero di un vantaggio competitivo a causa delle informazioni accumulate dalle attività costitutive nei confronti dei consumatori. In secondo luogo, essa è ulteriormente amplificata dalla natura transfrontaliera e intersettoriale del settore finanziario, nonché dalla difficoltà di adeguamento delle categorie giuridiche vigenti ai nuovi formanti della digitalizzazione. In terzo luogo, l'adozione di sistemi di intelligenza artificiale per l'assunzione delle decisioni di investimento evidenzia la necessità di un approccio che consenta al consumatore di conoscere le modalità di funzionamento degli algoritmi.

Queste implicazioni evidenziano l'inadeguatezza della vigente regolamentazione e delle modalità tradizionali di regolazione e di vigilanza e sollecitano l'adozione di una nuova regolamentazione alla

problemi di regolazione di criptovalute e monete complementari, in M.T. Paracampo (cur.), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 239 ss.

³³ Cfr. *Warning to consumers on virtual currencies* dell'European Banking Authority del 12 dicembre 2013; Comunicazione di Banca d'Italia e Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali" del 30 maggio 2015; *Statement* di ESMA del 13 novembre 2017 – *ESMA alerts investors to the high risks of Initial Coin Offerings (ICOs)*; Avviso di ESMA, ABE e EIOPA sui rischi per i consumatori delle valute virtuali del 2 febbraio 2018; Comunicato stampa delle ESAs (ESMA, ABE e EIOPA) del 17 marzo 2021 – *Crypto-assets: ESAs remind consumers about risks*; Comunicato stampa di Consob e Banca d'Italia contro i rischi insiti nelle cripto-attività del 28 aprile 2021; Comunicato stampa delle ESAs (ESMA, ABE e EIOPA) del 17 marzo 2022 – *EU financial regulators warn consumers on the risks of crypto-assets*.

³⁴ L'Uruguay ha deciso di sperimentare, sotto il proprio controllo, l'utilizzo di moneta virtuale (*e-peso*); El Salvador invece ha riconosciuto il valore di moneta legale al *Bitcoin*.

³⁵ Questi pericoli sottesi alle cripto-valute sono stati evidenziati anche dall'ex Presidente della BCE, Mario Draghi, in un'intervista rilasciata al quotidiano *Il Sole 24 ore*. Cfr. V. Lops, *5 motivi per cui il Bitcoin è un asset rischioso*, in *Il Sole 24 ore*, 14 febbraio 2018. Si rinvia altresì in dottrina a N. Mancini, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impr. soc.*, 1/2016, p. 111 ss., in part. pp. 131-136, e a M. Amato, L. Fantacci, *Per un pugno di Bitcoin. Rischi e opportunità delle monete virtuali*, Milano, 2018.

³⁶ In dottrina S. Amoroso, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche dell'era telematica*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2017, p. 25, ha manifestato perplessità sulla capacità effettiva di una regolazione dei poteri pubblici nei confronti di mercati delocalizzati e sconfinati. Tantomeno, l'"*incontrollabilità*" dei mercati può essere contrastata «dalla tendenza degli Stati ad una crescente osmosi funzionale con le organizzazioni, europee e globali, che essi stessi costituiscono e alle cui regole devono poi conformarsi».

cui base sviluppare un approccio differente³⁷. Quest'ultimo esige la declinazione di una serie di principi per la definizione di una regolamentazione efficiente ed efficace³⁸.

6.1. Un approccio "neutrale"

La regolamentazione della finanza digitale costituisce attualmente una delle sfide dell'Unione europea per la costruzione di un mercato unico dei capitali (c.d. *Capital Markets Union*), capace di sfruttare le potenzialità della tecnologia "in termini di innovazione e concorrenza, attenuando allo stesso tempo i rischi"³⁹. L'introduzione di una nuova disciplina finanziaria dovrà essere necessariamente rivolta a coniugare le esigenze di tutti gli operatori economici mediante la creazione di un ambiente sicuro nel quale i loro interessi siano oggetto di considerazione e di bilanciamento, affinché i consumatori possano risparmiare e investire con fiducia e a lungo termine e le imprese possano attirare capitali per migliorare l'offerta di beni e servizi nonché la competitività del settore produttivo⁴⁰.

Il raggiungimento di questo obiettivo è stato fissato dalle istituzioni UE mediante l'elaborazione del principio di neutralità tecnologica⁴¹, ovvero del principio "*same activity, same risk, same rules*", in forza del quale dovrebbero essere applicate "le stesse norme indipendentemente dal tipo di entità giuridica interessata o dalla sua ubicazione nell'Unione"⁴². Tale principio non soltanto dovrebbe assicurare la salvaguardia delle esigenze di stabilità finanziaria, ma, altresì, quelle di tutela della concorrenza e di protezione del consumatore mediante la costruzione di un *level playing field* tra intermediari tradizionali e nuovi *player*⁴³.

L'applicazione acritica di questo principio mortificherebbe notevolmente l'innovazione tecnologica, con il presumibile risultato che la normativa in vigore non dispiegherebbe alcun effetto utile per prevenire i pericoli e tutelare gli interessi che sono stati alla base della sua approvazione⁴⁴. Inoltre,

³⁷ E. Macchiavello, *FinTech. Problematiche e spunti per una regolazione ottimale*, in *Merc. conc. reg.*, 3/2019, p. 455 ss.; A. Sciarrone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario*, cit., pp. 39-43.

³⁸ A. Perrazzelli, *Le iniziative regolamentari per il Fintech: a che punto siamo?*, Intervento al Laboratorio di Finanza Digitale presso l'Università degli Studi dell'Insubria, 4 maggio 2021, 2-3, distingue gli approcci finora adottati dalle istituzioni: l'approccio c.d. "*wait and see*" in forza del quale non sarebbe opportuno introdurre nuove regole finché il servizio o il prodotto finanziario innovativo non sia oggetto di larga diffusione e non susciti preoccupazioni per il sistema finanziario; l'approccio basato sul principio "*same activity, same risk, same rules*" secondo il quale qualora un'attività innovativa abbia la stessa funzione economica e gli stessi rischi di un'attività regolamentata dovranno applicarsi le stesse regole di quest'ultima a prescindere dalla tecnologia utilizzata; l'approccio c.d. "*new functionality, new rules*" richiede l'adozione di regole nuove in presenza di servizi o prodotti innovativi che presentino nuovi rischi e/o nuove opportunità. Detti approcci non sono tra alternativi ma complementari o, tutt'al più, da adottare in successione a seconda dell'evoluzione e della rilevanza del fenomeno da disciplinare. Sull'opportunità di un approccio di regolamentazione per principi anziché basato su regole F. Vella, G. Giordano, *De-localizzazione e a-territorialità*, in M. Cian, L. Sandei (cur.), *Diritto del FinTech*, Padova, 2020, p. 53. Cfr. in generale sulle iniziative intraprese dalle istituzioni UE e internazionali M. Condemi, *Nuove tecnologie ed attività finanziarie: spunti per un rinnovato approccio regolamentare*, in *dirittobancario.it*, gennaio 2021, p. 1 ss., in part. pp. 1-24.

³⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'Unione dei mercati dei capitali per le persone e le imprese: nuovo piano di azione*, COM (2020) 590 del 24 settembre 2020.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, COM (2018) 109 dell'8 marzo 2018.

⁴¹ Sul principio di neutralità tecnologica nei mercati finanziari cfr. G. Falcone, *Tre idee intorno al c.d. "FinTech"*, in *Riv. dir. banc.*, 2/2018, pp. 353-354, il quale esprime perplessità sulla possibilità di un'estensione delle regole previste per gli intermediari tradizionali alle imprese *TechFin* e, in particolare, ha avvertito che in alcuni casi l'applicazione di siffatto principio si è rivelato una "contraddizione in termini" poiché le Linee Guida della BCE in materia di attività bancaria hanno previsto una pluralità di obblighi per le banche *fintech* rispetto agli operatori tradizionali.

⁴² Risoluzione del Parlamento europeo sulla tecnologia finanziaria, cit., 5.

⁴³ M. Mengoni, *La nuova strategia della Commissione Europea*, cit., pp. 128-129.

⁴⁴ Per un tentativo di valutazione degli effetti della tecnologia sulla disciplina di settore si rinvia G.P. La Sala, *Intermediazione, disintermediazione, nuova intermediazione: i problemi regolatori*, in M. Cian, L. Sandei (cur.), *Diritto del FinTech*, cit., p. 3 ss., il quale si chiede se l'impiego della tecnologia nelle attività e nei servizi finanziari vadano apprezzati quale nuova forma di espressione dell'intermediazione finanziaria o quale situazione tale da giustificare la disapplicazione della normativa vigente.

realizzerebbe una parità di condizioni tra intermediari tradizionali e nuovi entranti soltanto formale senza valorizzare le peculiarità e le implicazioni delle diverse tecnologie che sollevano inedite problematiche e necessitano di una specifica regolazione⁴⁵.

Quindi, la declinazione del principio di neutralità tecnologica non consente di lasciare l'intero settore finanziario sottoposto ad una normazione identica sia per gli intermediari tradizionali sia per i nuovi operatori finanziari. In particolare, la realizzazione della parità sostanziale di condizioni non potrà non essere il risultato di una normativa proporzionata rispetto "ai rischi e alla rilevanza dei rischi"⁴⁶ che le differenti attività, tradizionali e digitali, sottintendono e dischiudono rispettivamente per la clientela e per il sistema finanziario. Si tratta di un approccio funzionale e *risk-based*, che esige di coniugare principio di neutralità e principio di proporzionalità⁴⁷, in modo da considerare non soltanto le modalità di svolgimento delle attività ma altresì gli specifici e differenti rischi ad esse correlate⁴⁸.

D'altronde, i limiti del principio di neutralità tecnologica erano già noti alle istituzioni UE prima della strategia in materia di finanza digitale. Infatti l'applicazione dell'automazione nel settore finanziario presenta significative e intrinseche differenze rispetto all'attività di intermediazione attuata da una persona fisica. Ciò è evidente nella disciplina dell'intermediazione finanziaria che dedica specifica attenzione all'innovazione tecnologica⁴⁹, in particolare con una normazione in materia di negoziazione ad alta velocità⁵⁰, di consulenza finanziaria autonomizzata⁵¹ e di valutazione del merito creditizio⁵², poiché queste attività innovative disvelano nuovi pericoli in violazione degli

⁴⁵ Cfr. G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2020, p. 401 ss., in part. pp. 406-407, il quale afferma in generale che la presunta neutralità della tecnologia è in realtà "un equivoco" dal momento che la tecnologia è utilizzata per raggiungere un qualsiasi scopo. Ciò è dovuto alla circostanza che gli algoritmi non riflettono la realtà ma propongono una rappresentazione dei problemi da risolvere sulla base delle informazioni raccolte e sull'elaborazione dei medesimi, operazioni che possono finire per distorcere la stessa realtà presupposta e creare distorsioni nella misura in cui possono manifestarsi episodi di esclusione o di discriminazione.

⁴⁶ Risoluzione del Parlamento europeo sulla tecnologia finanziaria, cit., p. 5.

⁴⁷ Il principio di proporzionalità è peraltro richiamato sia nella Risoluzione del Parlamento europeo sulla tecnologia finanziaria, cit., p. 5, sia nella Comunicazione della Commissione relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, cit., p. 17.

⁴⁸ Per usare le parole di A. Sciarrone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario*, cit., p. 46: «(o)ccorre tener conto cioè tanto della diversità di strutture e modalità operative che connota l'attività dei nuovi *provider* rispetto all'attività finanziaria tradizionale, quanto dell'equivalenza funzionale tra la prima e la seconda rispetto al soddisfacimento delle medesime istanze riconducibili alla clientela».

⁴⁹ Cfr. F. Mattassoglio, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica*, cit., *passim*, in part. p. 250, secondo la quale l'adozione della tecnologia nella finanza "richiede, infatti, un ripensamento degli istituti tradizionali del diritto quali, *in primis*, le norme che si riferiscono alla vigilanza, alla responsabilità, al controllo sui processi, ai principi generali a tutela dei dati personali nonché alle regole finalizzate alla tutela della concorrenza, solo per citare alcuni dei profili di maggior rilievo".

⁵⁰ Secondo l'art. 1, *comma 6-septies*, TUF "per 'tecnica di negoziazione algoritmica ad alta frequenza' si intende qualsiasi tecnica di negoziazione algoritmica caratterizzata da: a) infrastrutture volte a ridurre al minimo le latenze di rete e di altro genere, compresa almeno una delle strutture per l'inserimento algoritmico dell'ordine: co-ubicazione, hosting di prossimità o accesso elettronico diretto a velocità elevata; b) determinazione da parte del sistema dell'inizializzazione, generazione, trasmissione o esecuzione dell'ordine senza intervento umano per il singolo ordine o negoziazione, e c) elevato traffico infragiornaliero di messaggi consistenti in ordini, quotazioni o cancellazioni". In particolare, la direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014 (*Markets in Financial Instruments Directive – c.d. MIFID*) ha predisposto una serie di regole alle imprese di investimento che se ne avvalgono: obblighi di *compliance* (art. 17) e di *testing platform* (art. 48).

⁵¹ Al servizio di consulenza automatizzata si ritengono applicabili le regole contenute negli artt. 21 e 24-*bis* TUF, relative agli obblighi di informazione del cliente e di condotta in capo all'intermediario. Senonché, l'*European Security Market Authority* (ESMA) ha elaborato alcune linee guida in caso di attività di consulenza e giudizio di adeguatezza condotto da un algoritmo, le quali appesantiscono la procedura rispetto a quella in capo all'intermediario. Cfr. ESMA, *Orientamenti su alcuni requisiti di adeguatezza della MIFID II*, 6 novembre 2018. Sulle linee guida dell'ESMA in materia di consulenza finanziaria automatizzata si rinvia alle osservazioni di M.T. Paracampo, *L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle linee guida dell'ESMA tra algo-governance e nuovi poteri di supervisione*, in *Riv. dir. banc.*, 3/2018, p. 535 ss.

⁵² Come la consulenza finanziaria automatizzata, l'utilizzazione di sistemi computazionali nella valutazione del merito creditizio non è oggetto di una normazione di *hard law*. Sono state adottate da parte della BCE alcune linee guida che stabiliscono alcune regole aggiuntive in fase di rilascio di autorizzazione da parte degli istituti di credito attinenti alla

interessi presidiati dalla legislazione di settore. In altri termini, con l'applicazione degli algoritmi nei mercati finanziari i rischi di stabilità del sistema e di protezione dell'investitore richiedono adeguate tutele, diverse da quelle predisposte nei confronti dell'azione degli operatori tradizionali, inefficaci e inefficienti per via delle strutture e delle modalità di esercizio delle attività innovative.

6.2. Un approccio integrato

Queste esperienze di regolazione dimostrano interventi delle istituzioni sia con norme di rango primario sia con norme di *soft law*. È acquisizione comune che l'esigenza di regolazione, sia essa più strettamente cogente sia essa più flessibile, è maturata a livello sovranazionale. Ciò dimostra la preferenza per un approccio europeo, reso più necessario da altre caratteristiche della digitalizzazione della finanza che meritano di essere considerate⁵³.

Innanzitutto, la diffusione dell'innovazione tecnologica ha contribuito ad incrementare le attività e i servizi finanziari offerti mediante piattaforme digitali e nuovi modelli di *business* che operano su scala transnazionale. Risultano messe in discussione molte delle categorie alla base delle modalità di normazione e di vigilanza del settore: l'ingresso di *new comer* incrina il principio della riserva di attività, i canali globali digitali impediscono o rendono quantomeno difficile la determinazione della legge dello Stato ove il servizio è prestato, nonché la qualificazione dell'attività nell'ambito del regime della libera prestazione di servizi o della libertà di stabilimento e, da ultimo, l'individuazione delle autorità di vigilanza competente⁵⁴.

In effetti, la natura *cross-border* del fenomeno digitale rivela l'inadeguatezza di una regolamentazione finora essenzialmente nazionale, il relativo rischio di *shopping law* e di *competition law* tra gli ordinamenti nazionali da parte degli operatori finanziari e, infine, l'inidoneità delle modalità di vigilanza adottate dalla normativa sui servizi di investimento, declinata secondo una serie di principi (*ex multis, home country control* e *host control*) non più funzionali nell'ecosistema *FinTech*⁵⁵.

In questo scenario la finanza digitale esige necessariamente l'opzione per una regolazione e una vigilanza sovranazionale uniforme, non più affidata alla discrezionalità delle differenti autorità nazionali. A livello sovranazionale, la definizione di una cornice unitaria dovrebbe essere affidata alla fonte regolamentare poiché, a differenza della direttiva, eliminerebbe la possibilità di divergenze nella normativa di dettaglio all'interno degli Stati membri UE e escluderebbe in radice episodi di ritardo nel recepimento della disciplina per la sua immediata applicazione. In maniera speculare, più importanti funzioni di vigilanza dovrebbero essere devolute dalle autorità nazionali in favore delle autorità sovranazionali e, in particolare, in capo alle ESAs (*European Supervisory Authorities* – EBA, ESMA ed EIOPA), con l'attribuzione del potere di rilasciare un'autorizzazione unica a livello europeo per le attività connotate dall'impiego della tecnologia⁵⁶.

6.3. Un approccio intersettoriale

Sotto un altro profilo, l'innovazione tecnologica delle attività e dei servizi finanziari produce la frantumazione della catena del valore e la specializzazione delle imprese finanziarie in un ramo specifico della medesima, nonché la frammentazione dell'esercizio di ciascuna attività tra più soggetti.

fattibilità del modello di *credit scoring*. Cfr. BCE, *Guide to assessments of Fintech institution licence applications*, marzo 2018. In tema si rinvia a A. Brozzetti, *La nuova tipologia di banca FinTech nelle "guide" della BCE in tema di rilascio dell'autorizzazione*, in M.T. Paracampo, *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 71 ss.

⁵³ In questo senso si è espresso anche F. Panetta, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria nel settore finanziario, creditizio e assicurativo*, Audizione del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia presso la Camera dei deputati, VI Commissione (Finanze), 29 novembre 2017, Roma, reperibile *on line* sul sito www.bancaditalia.it.

⁵⁴ Cfr. F. Vella, G. Giordano, *De-localizzazione e a-territorialità*, cit., p. 43.

⁵⁵ Sulle trasformazioni della legislazione in materia finanziaria sin dalla predisposizione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. TUF) ad oggi si rinvia a M. Cera, G. Presti, *Il Testo Unico Finanziario: ieri, oggi e domani*, in M. Cera, G. Presti (cur.), *Il Testo Unico Finanziario*, cit., p. 1 ss.

⁵⁶ A. Sciarone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario*, cit., p. 40.

Ciò determina inevitabilmente la convergenza di mercati storicamente eterogenei e suggerisce di abbandonare la tecnica di regolazione settoriale.

Più in particolare, la disciplina per riserva di attività dell'intermediazione finanziaria viene messa in crisi non soltanto dalle piattaforme digitali ma altresì dagli operatori tradizionali⁵⁷.

Innanzitutto, le piattaforme digitali affiancano le attività e i servizi finanziari alle attività tradizionali, delle quali sfruttano le informazioni accumulate per individuare la qualità dei beni offerti dalle imprese e le attitudini di comportamento negli investimenti mediante la profilatura dei consumatori⁵⁸. Dal canto loro, gli operatori tradizionali, per resistere alla concorrenza delle società *start-up* innovative e delle società globali dell'informazione, avviano percorsi di integrazione delle tecnologie nella prestazione di attività e servizi mediante strategie di sviluppo tecnologico o di collaborazione con società che siano dotate dell'*expertise* necessaria per rendere più competitiva le loro offerte⁵⁹.

A ciò si aggiunge la circostanza che l'integrazione di imprese finanziarie e di società tecnologiche non favorisce l'univoca delimitazione delle attività delle rispettive società regolate dalla disciplina di settore, con la relativa difficoltà di individuare in quale attività riservata inquadrare la disciplina concreta e quale statuto normativo applicare⁶⁰.

Le implicazioni dell'innovazione tecnologica alla finanza e, più in generale, all'economia costituiscono problematiche che hanno suscitato l'interesse delle istituzioni UE, le quali hanno sottolineato la difficoltà di "avere una panoramica dei rischi della catena del valore, soprattutto se le entità coinvolte sono soggette a quadri normativi e di vigilanza diversi"⁶¹.

Una soluzione, che tenga in considerazione le caratteristiche dell'evoluzione del fenomeno, potrebbe essere quella auspicata da una dottrina che sollecita la definizione di una regolamentazione secondo un criterio funzionalistico, ovvero una disciplina di carattere generale infra-settoriale che provveda a disciplinare i rapporti tra utenti e piattaforme indipendentemente dalla operatività delle imprese in uno specifico ambito settoriale, sia esso commerciale o sia esso finanziario⁶². In particolare, la definizione di un *level playing field* tra intermediari tradizionali e nuovi *player* non potrà avvenire per il tramite di un'operazione di fagocitazione di questi ultimi nel regime di autorizzazione, previsto dalla riserva di attività per gli operatori tradizionali. Più semplicemente, dovrebbe essere costruita per mezzo di una completa rimediazione del complesso normativo generale in funzione dell'attività effettivamente esercitata, delle dimensioni di essa e dei rischi assunti⁶³.

6.4. *Un approccio collaborativo*

Le esigenze del mercato in continua evoluzione inducono altresì le autorità di regolazione e di vigilanza a sviluppare strategie flessibili e innovative⁶⁴. La difficile comprensione del fenomeno di

⁵⁷ M. Rabitti, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MIFID II*, in *Riv. dir. banc.*, Suppl., 1/2020, 150 ss., critica l'approccio regolatorio per soggetti che rischia di produrre un pericolo di "overlapping" tra regole che rendono meno efficienti le tutele e non evitano nemmeno le lacune nell'ordinamento, delle quali beneficiano gli operatori di mercato. Auspica pertanto una regolazione "cross-settoriale", resa ancora più evidente e necessaria dalla rivoluzione tecnologica, guidata dalle società globali che entrano nei mercati e propongono prodotti che si inseriscono in spazi non regolati dalle discipline per *silos* verticali, non colmabili nemmeno mediante il criterio della prevalenza.

⁵⁸ L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *federalismi.it*, 7/2019, pp. 13-18, rileva che le piattaforme tecnologiche divengono veri e propri 'gatekeeper' nei confronti di mercati e consumatori: il bagaglio di informazioni accumulate e gli algoritmi utilizzati per processarle consentono, in particolare, di selezionare i consumatori a seconda delle pregresse attività on line e, in generale, di modificare in maniera strutturale i concetti economici tradizionali.

⁵⁹ M.T. Paracampo, *FinTech, evoluzioni tecnologiche e sfide per il settore bancario tra prospettive di cambiamento ed interventi regolamentari. Fenomenologia di un processo in fieri*, in M.T. Paracampo (cur.), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 27.

⁶⁰ A. Sciarone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario*, cit., p. 42.

⁶¹ Comunicazione della Commissione relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, cit., p. 17.

⁶² A. Sciarone Alibrandi, *Il Testo Unico Finanziario*, cit., p. 42.

⁶³ E. Macchiavello, *FinTech. Problematiche e spunti*, cit., pp. 458-463.

⁶⁴ Invero, la regolamentazione dei mercati finanziari ha sempre coniugato una contemporanea presenza di misure di *hard law* e di *soft law* a causa della maggiore elasticità di quest'ultima a fronte delle esigenze del settore. Sul punto M. Ramajoli, *Self*

digitalizzazione finanziaria incentiva l'adozione di nuove modalità di interazione tra intermediari (siano essi tradizionali o siano nuovi entranti) e autorità di vigilanza, che possano attivare processi virtuosi per metabolizzare gli sviluppi *in itinere* e i servizi o prodotti finanziari innovativi⁶⁵.

A questo proposito sono stati elaborati gli strumenti dei cc.dd. "facilitatori di innovazione"⁶⁶, ovvero gli *innovation hub* (poli tecnologici) e i *regulatory sandbox* (sabbie regolatorie). Gli *innovation hub* possono essere considerati semplicemente punti di contatto con le imprese finanziarie per fornire chiarimenti in ordine alla normativa applicabile a prodotti e servizi innovativi da parte di soggetti già inclusi nel perimetro regolamentare⁶⁷. I *regulatory sandbox* sono spazi di sperimentazione di servizi e prodotti innovativi secondo un programma concordato tra imprese finanziarie e autorità di vigilanza ma senza l'applicazione del regime giuridico previsto per le attività in oggetto, anche dal punto di vista sanzionatorio⁶⁸.

Inoltre, i *regulatory sandbox* possono costituire un'opportunità di istruttoria legislativa per facilitare lo scambio di informazioni e valutare il giusto bilanciamento delle esigenze di innovazione finanziaria e di protezione dell'investitore, prima che i servizi e i prodotti innovativi siano effettivamente operativi sul mercato. Questa modalità di intervento ha ricevuto un discreto riscontro delle autorità nazionali. Tuttavia, la declinazione meramente nazionale suscita dubbi sugli effettivi vantaggi, specialmente per il rischio di arbitraggio regolamentare, in considerazione della già evidenziata natura transfrontaliera delle prestazioni di servizi⁶⁹. Sarebbe più opportuno che questi canali di sperimentazione fossero guidati o, per lo meno, coordinati dall'Unione per consentire una maggiore diffusione e circolazione delle proposte di sperimentazione meritevoli di attenzione⁷⁰.

regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, 63-64. Si pronuncia negativamente sull'adozione di strumenti di *soft law* R. LENER, *Il paradigma dei settori regolati e la democrazia dell'algoritmo. Note introduttive*, in *Riv. dir. banc., Suppl.*, 1/2020, p. 195, il quale intravede il rischio che l'adempimento della normativa prudenziale prevista da questa regolamentazione si riveli soltanto formale e porti ad un eccesso di indulgenza.

⁶⁵ In generale sulle implicazioni delle applicazioni dell'intelligenza artificiale in ambito normativo si vedano le conclusioni a cui perviene G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale*, cit., p. 419, il quale sollecita l'adozione di modelli di regolazione flessibili, che siano in grado di offrire una sufficiente tutela agli interessi coinvolti ma tenendo in considerazione la diversità delle tecnologie e il mutare delle condizioni. Secondo l'A. la flessibilità dovrebbe vertere non soltanto sulla portata applicativa delle norme ma altresì sul coinvolgimento dei destinatari delle medesime nella formulazione e nell'implementazione.

⁶⁶ Nella dottrina straniera cfr. D.A. Zetsche, R.P. Buckley, J.N. Barberis, D.W. Arner, *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 23/2017, p. 31; nella dottrina italiana cfr. M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Riv. dir. banc.*, 2/2019, p. 219 ss.; N. Maccabiani, *An empirical approach to the rule of law: the case of regulatory sandbox*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, 741 ss.; E. Corapi, *Regulatory sandbox in FinTech?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2019, p. 785 ss.; S. Vezzoso, *Sabbie, innovazione e concorrenza: il caso FinTech*, in G. Finocchiaro, V. Falce (cur.), *FinTech: diritti, concorrenza*, cit., 83 ss.; A. Merlino, *Il Regulatory Sandbox e la teoria delle fonti*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna online*, 1/2022, p. 111 ss.

⁶⁷ Il rapporto ESAs *Join Committee, Report FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs*, JC 2018 74, 7 gennaio 2019, p. 5, reperibile *on line*, definisce gli *innovation hub* "a dedicated point of contact for firms to raise enquiries with competent authorities on FinTech-related issues and to seek non-binding guidance on the conformity of innovative financial products, financial services or business models with licensing or registration requirements and regulatory and supervisory expectations".

⁶⁸ Il rapporto ESAs *Join Committee, Report FinTech*, cit., p. 5, definisce i *regulatory sandbox* "a scheme to enable firms to test, pursuant to a specific testing plan agreed and monitored by a dedicated function of the competent authority, innovative financial products, financial services or business models. Sandboxes may also imply the use of legally provided discretions by the relevant supervisor (with use depending on the relevant applicable EU and national law) but sandboxes do not entail the disapplication of regulatory requirements that must be applied as a result of EU law".

⁶⁹ Nell'ordinamento italiano l'art. 36, dal comma 2-bis al comma 2-septies, della Legge 28 giugno 2019, n. 58, di conversione del c.d. Decreto Crescita (D.L. 30 aprile 2019, n. 34), ha autorizzato ufficialmente le principali istituzioni e autorità italiane in ambito finanziario e assicurativo (MEF, Banca d'Italia, CONSOB e IVASS) a istituire delle *regulatory sandbox* relative ai servizi e ai prodotti finanziari innovativi.

⁷⁰ Il rapporto ESAs *Join Committee, Report FinTech*, cit., ha sottolineato i limiti di sperimentazioni unicamente nazionali: in primo luogo, questi potrebbero costituire un freno a sviluppare le innovazioni in campo finanziario; in secondo luogo, potrebbero alimentare il rischio di una maggiore frammentazione della regolazione in un mercato essenzialmente sconfinato. Per un'analisi del *Report ESAs* a M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., pp. 225-228.

L'adozione di un approccio europeo coinvolgerebbe uniformemente un più alto numero di operatori che potrebbero approfittare del reciproco scambio di *expertise*. Una tale modalità, dotata della flessibilità necessaria per modificare efficacemente la direzione in caso di un cambiamento repentino dello scenario tecnologico, dovrebbe assumere una portata generale, ovvero dovrebbe essere utilizzata per tutte le sperimentazioni di servizi e prodotti finanziari innovativi che la tecnologia ha la capacità di implementare⁷¹.

7. Digitalizzazione e consumatore

Il punto di caduta di questa imprescindibile esigenza di regolazione dell'innovazione tecnologica è la salvaguardia dell'investitore e la stabilità del sistema finanziario complessivo. La declamata universalizzazione delle attività e dei servizi finanziari non fornisce al consumatore una interazione consapevole nei mercati in cui ha avuto accesso⁷².

In effetti, le attività e i servizi innovativi sollevano una questione di intellegibilità dei meccanismi alla base del loro funzionamento⁷³. Gli utenti dovrebbero essere consapevoli dell'interazione con sistemi sviluppati secondo modelli di apprendimento automatico e delle informazioni elaborate dagli algoritmi. Su questo scenario incide il trattamento dei dati da parte degli operatori, la cui intermediazione finanziaria basata sull'uso integrato dei dati sensibili dei fruitori è resa ancora più complessa dalla partecipazione al mercato finanziario di *player* globali che rendono ormai l'individuo "non più libero, ma profilato, prigioniero di meccanismi che non sa e che non può controllare"⁷⁴. Sono violate le libertà economiche ma, prima ancora, le libertà personali e, innanzitutto, la libertà di autodeterminazione in nome delle logiche del mercato e della produzione del profitto⁷⁵.

A frenare questa dinamica di circolazione dei dati non è sufficiente la disciplina sulla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, prevista nella normativa a tutela della *privacy* dal Regolamento (UE) 2016/679 (c.d. GDPR), inadatta rispetto all'attuale sfida tecnologica⁷⁶. Non sembra cogliere la necessità di un cambio di registro nemmeno il Regolamento (UE) in materia di mercati digitali che disarticola il consenso alla protezione dei dati personali in tanti specifici consensi senza coniugare il tutto con la previsione di obblighi di protezione a carico delle piattaforme digitali⁷⁷.

⁷¹ In questa direzione muove la proposta di regolamentazione di un regime pilota per la negoziazione degli strumenti finanziari nell'ambito di infrastrutture di mercato basate su registri tecnologici distribuiti, indirizzata esclusivamente ad alcuni titoli illiquidi negoziati in un mercato di capitali riconducibile ad una sede di negoziazione ai sensi della direttiva MIFID II. Sull'esigenza di allargare il perimetro delle sperimentazioni oltre il campo delle *DLT* cfr. M. Mengoni, *La nuova strategia della Commissione Europea*, cit., pp. 135-136.

⁷² G. Falcone, *Tre idee intorno al c.d. "FinTech"*, cit., p. 358.

⁷³ A questo proposito B. Russo, *Le implicazioni economico-sociali nei nuovi modelli di finanza alternativa: verso un mercato digitale (del credito) effettivamente inclusivo e efficacemente sostenibile?*, in *Riv. dir. banc.*, 4/2021, p. 665 ss., propone un modello di integrazione tra sostenibilità e innovazione, nel quale l'alfabetizzazione digitale costituisca una misura per superare il *digital divide*.

⁷⁴ S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 39.

⁷⁵ È una dinamica che ha portato a coniare l'espressione "capitalismo della sorveglianza", il cui proposito è quello di prevedere e modificare i comportamenti umani per il controllo del mercato. Si rinvia a S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism*, 2019, trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, p. 213 ss.

⁷⁶ In questo senso G. De Minico, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, p. 89 ss., in part. p. 92, la quale rileva l'inattualità delle forme di protezione del diritto alla *privacy* nell'attuale contesto: in primo luogo perché i *big data* sono informazioni raccolte in forma massiva che non hanno un titolare, legittimato a prestare il consenso; in secondo luogo, perché non è possibile conoscere anticipatamente il loro futuro impiego delle medesime informazioni. Per conservare un ruolo attivo l'individuo dovrebbe conoscere i processi decisionali automatizzati che lo riguardano e comprendere le informazioni alla base della logica utilizzata; inoltre, dovrebbe essere assicurato da un criterio nuovo di imputazione della responsabilità fondato sul rischio di impresa, indipendentemente dalla riferibilità psicologica alla condotta del responsabile.

⁷⁷ Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali). Si intende fare riferimento agli obblighi dei *gatekeeper*, previsti dall'art. 5 del Regolamento (UE) relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale

Più verosimilmente nella direzione da auspicare si muove la proposta di Regolamento (UE) sull'intelligenza artificiale che, muovendo da una concezione antropocentrica, delinea un quadro di tutele nei confronti dei sistemi di intelligenza artificiale invasivi delle libertà fondamentali, specialmente nella misura in cui possano provocare fenomeni di classificazione e esclusione sociale⁷⁸.

8. Osservazioni conclusive

In definitiva, una regolamentazione dell'innovazione tecnologica non può non avere per oggetto i cc.dd. *big data*, ovvero la pratica della condivisione delle informazioni da parte degli operatori economici, che costituisce il veicolo per la creazione del potentato economico delle piattaforme digitali globali. Soltanto mediante la predisposizione di una normativa quanto più condivisa da parte degli attori pubblici globali sarà possibile delimitare il potere degli agenti privati e difendere la democrazia e i diritti fondamentali di fronte alle sfide della digitalizzazione. A partire da soluzioni condivise poi sarà necessario anticipare le innovazioni della tecnologia e interiorizzare meccanismi di protezione dei diritti fondamentali nella progettazione delle macchine⁷⁹.

Riguardo alle sfide che l'innovazione tecnologica delinea per il mercato finanziario, la difesa della stabilità del mercato finanziario, la tutela della concorrenza e la protezione dell'investitore sollecitano le istituzioni pubbliche – nazionali, sovranazionali e internazionali – a definire un quadro di regole uniformi per scongiurare il rischio di situazioni di crisi che potrebbero riflettersi nell'economia reale con effetti imprevedibili. I rimedi normativi dovrebbero anticipare i cortocircuiti che la digitalizzazione potrebbe implicare nel sistema finanziario; in altri termini, i meccanismi di raccolta dei dati e di funzionamento degli algoritmi di apprendimento dovrebbero essere costituzionalmente orientati in modo tale da evitare o, quantomeno, correggere comportamenti arbitrari e dominanti.

Abstract

Il contributo intende esaminare le principali problematiche e implicazioni giuridiche della digitalizzazione nel settore finanziario (c.d. FinTech). Le applicazioni dell'innovazione tecnologica favoriscono una riduzione dei costi delle attività e dei servizi, una maggiore velocità delle transazioni e un incremento sostanziale dell'inclusione finanziaria. Esse sottintendono però nuovi rischi sia, in generale, per la stabilità del sistema finanziario, per l'integrità del mercato, per la concorrenza leale e per la sicurezza sia, in particolare, per la tutela dell'investitore. Queste problematiche, rese ancora più complesse dalla natura cross-border e cross-sectoral della finanza digitale, evidenziano l'inadeguatezza non soltanto della normativa attualmente vigente ma altresì delle modalità tradizionali di regolazione e di vigilanza. L'accesso di player globali nel mercato finanziario innesca altresì dinamiche anticoncorrenziali nei confronti degli intermediari autorizzati e non consente all'investitore un'interazione consapevole. Nella prospettiva della tutela della

(legge sui mercati digitali). In particolare, la disposizione citata stabilisce che il *gatekeeper* «si astiene dal combinare dati personali ricavati da tali servizi di piattaforma di base con dati personali provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal gatekeeper o con dati personali provenienti da terzi e dall'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del gatekeeper al fine di combinare dati personali, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679». Su questa regolamentazione si rinvia al commento di G. Contaldi, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2021, p. 292 ss.

⁷⁸ La proposta di Regolamento (UE) in materia di intelligenza artificiale ha sollecitato una serie di commenti in dottrina. Cfr. ex multis G. Contaldi, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5/2021, p. 1193 ss.; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione UE in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021, p. 415 ss.

⁷⁹ A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2019, p. 103.

stabilità finanziaria e della tutela dell'investitore lo studio analizza gli approcci di regolazione e di vigilanza adottati finora nei confronti di questo fenomeno.

Parole chiave: FinTech, FinTech Regulation, players globali, concorrenza, tutela del risparmio

*

The paper aims at analysing the main legal issues and implications related to the digitalization in the financial sector (the so-called FinTech). The applications of technological innovation foster a reduction in the costs of activities and services, a greater speed of transactions and a substantial increase in financial inclusion. However, they imply new risks, in general, for the stability of the financial system, the integrity of the market, the fair competition and security and, in particular, for the protection of the investor. These issues, that are made more complex by the cross-border and cross-sectoral nature of digital finance, highlight not only the inadequacy of the current legislation, but also of the traditional methods of regulation and supervision. The access of global players in the financial market also triggers anti-competitive dynamics towards authorized intermediaries and does not allow the investor to interact consciously. Taking into account the need to guarantee the financial stability and to protect investors, the essay focuses on the regulatory and supervisory approaches adopted so far in relation to this phenomenon.

Key words: FinTech, FinTech Regulation, global players, competition, savings protection

IV

**I DIRITTI FONDAMENTALI NEL
COSTITUZIONALISMO DIGITALE**

Diritti fondamentali e costituzione digitale^(*)

Vasco PEREIRA Da SILVA *

Sommario: 1. Digitalizzazione e diritto pubblico 2. La digitalizzazione del diritto costituzionale 2.1. La necessità di una teoria costituzionale culturalmente adeguata 2.2. L'attuale modello di Stato post-sociale e i diritti procedurali 2.3. I nuovi diritti fondamentali digitali 2.4. La situazione attuale in Portogallo 3. Informazioni e nuove tecnologie nel diritto amministrativo

1. Digitalizzazione e diritto pubblico

L'atteggiamento dei pubblicisti, così come dei giuristi in generale, nei confronti della nuova realtà digitale non si allontana molto da quello espresso dalla comunità dei non specialisti¹. In effetti, le reazioni oscillano tra i seguenti poli opposti.

a) L'euforia, che consiste nel considerare il digitale come una "soluzione miracolosa" a tutti i problemi dell'umanità. Questo ottimismo, in relazione agli effetti delle tecnologie dell'informazione sulle società umane, porta spesso alla creazione di nuove utopie. È il caso della cosiddetta "terza ondata" di Alvin Toffler², in cui le "cassette elettroniche", che diventeranno le nostre case, sono viste come un "microcosmo globale", una "capsula" in grado di risolvere tutti i problemi politici, economici e sociali delle società moderne. Allo stesso modo, anche alcuni studiosi di diritto costituzionale e amministrativo accettano acriticamente una totale apertura al "nuovo mondo" della digitalizzazione del diritto, sempre fiduciosi che i problemi giuridici che ne derivano saranno risolti in futuro solo grazie al progresso della scienza e della tecnologia.

b) Lo scetticismo nei confronti dell'informazione e delle nuove tecnologie, generalmente accompagnato da ignoranza tecnologica e rifiuto. Il digitale è solo una nuova realtà nel mondo dei fatti, che non ha conseguenze nell'universo del diritto, e i computer sono visti solo come "un'altra macchina", una sorta di "sophisticata macchina da scrivere", come spesso si sostiene. Questi specialisti di diritto costituzionale e amministrativo tendono a sostenere che non è necessaria una regolamentazione giuridica specifica della digitalizzazione e delle nuove tecnologie. Non sono necessari né principi internazionali, né regole globali relative a Internet; non è necessario inserire nella Costituzione i principi generali della società dell'informazione, né i nuovi diritti della cittadinanza digitale; non è necessario regolamentare in modo specifico il funzionamento della pubblica amministrazione, né istituire procedure digitali speciali; non è necessaria un'azione legale contro le decisioni amministrative prese dalle macchine, non è necessario elaborare norme per monitorare gli algoritmi, né controllare il loro uso davanti a un tribunale.

Bisogna evitare entrambi gli estremi – euforia e scetticismo – mentre sono necessarie prospettive "aperte" e pensiero critico per affrontare questi nuovi fenomeni. L'informazione e le nuove tecnologie

(*) Traduzione dal portoghese di Giacomo Palombino.

* Professore di Diritto pubblico, Università di Lisbona.

¹ M. Castels, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, v. I, Oxford, 1996; Id., *The Rise of the Network Society*, v. II, Oxford, 1997; Id., *The Power of Identity*, v. III *End of Millennium*, Oxford, 1998.

² A. Toffler, *The Third Wave*, New York, 1980; Id., *Future Shock*, New York, 1970; Id., *Powershift: Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of the 21st Century*, New York, 1991; A. & H. Toffler, *Creating a New Civilization: The Politics of the Third Wave*, Nashville, 1995.

non rappresentano una “ricetta miracolosa” per tutti i problemi dell’umanità, ma nemmeno il “male supremo”. Certamente, l’informazione e le nuove tecnologie introducono enormi cambiamenti nel comportamento degli individui, delle comunità e dei poteri politici, a causa sia dei loro vantaggi che dei loro svantaggi, ovvero delle sfide e dei rischi che suppongono, così come dei benefici e delle perdite che determinano. Tuttavia, tutte queste trasformazioni del mondo dei fatti non potevano e non dovevano essere lasciate fuori dall’ambito di regolamentazione della legge.

Sulla base dei seguenti punti, si vogliono allora analizzare alcune delle conseguenze che l’informazione e le nuove tecnologie determinano nel campo del diritto pubblico.

1. I cambiamenti tecnologici hanno conseguenze drastiche sulle azioni delle autorità pubbliche in relazione all’esercizio dei loro poteri legislativi, amministrativi o giudiziari. In tal senso, potrebbero qui menzionarsi realtà diverse, come il risultato del funzionamento delle macchine attraverso l’azione umana, la sostituzione dei documenti cartacei con quelli digitali, la necessità di scoprire nuove procedure e processi digitali nel processo decisionale. Tali sono le trasformazioni, sia in senso generale che per quanto riguarda il potere amministrativo in particolare, per cui si fa ricorso al termine “e-government” (“governo elettronico”) per riferirsi al nuovo livello delle condizioni tecniche generali e il loro impatto sull’azione” delle autorità pubbliche, “tenendo conto del fatto che Internet, come mezzo di informazione, comunicazione e transazione, sta plasmando la teoria e la realtà³. Così, in termini di “definizione funzionale”, l’e-government potrebbe essere considerato come la gestione di processi sociali, di carattere governativo (più in generale, di carattere statale), con l’aiuto delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione attraverso mezzi elettronici⁴.

2. In termini di attività e organizzazione dei servizi, è necessario considerare anche il problema della “produzione in massa” di decisioni legislative, amministrative e giudiziarie, dovuto all’intensificarsi e moltiplicarsi dei procedimenti e dei ricorsi. Lo stesso vale per la “produzione in massa” di una molteplicità di azioni da parte di parlamentari, organi amministrativi, giudici, magistrati e avvocati. Questo porta Balkin, da un lato, a chiedersi se il governo non debba adottare un modello operativo simile a quello di una fabbrica” e, dall’altro, a porsi anche il problema di come sia possibile “razionalizzare i compiti legali senza perdere la loro dimensione umana⁵.

3. I cambiamenti tecnologici consentono di avvalersi di una gigantesca disponibilità di informazioni, che rappresentano al tempo stesso uno strumento indispensabile per lo svolgimento degli agenti e dei servizi pubblici. Infatti, le nuove tecnologie semplificano i compiti degli avvocati, fornendo un modo facile e affidabile per trovare leggi, statuti, regolamenti, decisioni giudiziarie; permettendo così di effettuare facilmente ricerche di dati e di elaborare informazioni. In breve, si può affermare che stiamo assistendo a un cambiamento nel comportamento di tutti gli attori giuridici come conseguenza della digitalizzazione (ad esempio, giudici, agenti amministrativi, studi legali)⁶. Un’altra questione che potrebbe essere sollevata è se possa ancora esserci posto per la teoria e la filosofia del diritto in questo universo digitalizzato. O anche la questione di sapere se l’eccesso di informazione giuridica possa dare origine a “meno diritto”; o cosa si può fare per evitare che la banalizzazione dell’uso delle macchine trasformi i loro utenti in “macchine di carne e sangue”?

4. In ognuno dei diversi settori giuridici sorgono anche nuovi specifici problemi legati all’uso delle informazioni e delle nuove tecnologie. Solo per citarne alcuni tra i più rilevanti, dovremmo considerare: (a) nel campo del diritto costituzionale, le nuove esigenze culturali della teoria costituzionale, l’evoluzione del modello di Stato post-sociale nella post-pandemia; (b) nel campo dei diritti fondamentali e dei diritti digitali, il diritto all’autodeterminazione digitale, il diritto di accesso, modifica e cancellazione dei dati digitali, il diritto all’oblio; c) nel diritto amministrativo, le decisioni amministrative prodotte in serie, l’autorizzazione e i limiti dell’automazione dell’amministrazione, le

³ H. Maurer, C. Whaldoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, 2020, p. 502.

⁴ *Ibid.*, pp. 552-553. Tuttavia, a mio avviso, la *e-administration* è una forma di gestione comune a tutte le autorità pubbliche.

⁵ J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 1992, p. 1 ss.; V. Pereira Da Silva, *A Cultura a que Tenho Direito - Direitos Fundamentais e Cultura*, Coimbra, 2007, pp. 21-25.

⁶ J.M. Balkin, *op. ult. cit.*; V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, pp. 21-25.

procedure digitali, gli algoritmi e il loro controllo amministrativo e giudiziario, le forme di controllo giudiziario delle decisioni digitali.

Tutte queste sono nuove questioni che cercheremo di trattare nelle pagine seguenti.

2. La digitalizzazione del diritto costituzionale

Per quanto riguarda la digitalizzazione del diritto costituzionale, affronterò ora tre punti specifici: la necessità di elaborare una teoria costituzionale culturalmente adeguata; l'attuale modello di Stato post-sociale e i diritti procedurali; infine, i nuovi diritti fondamentali digitali.

2.1. La necessità di una teoria costituzionale culturalmente adeguata

I cambiamenti tecnologici richiedono un rinnovamento dell'approccio teorico al diritto costituzionale. È necessario promuovere sia la comprensione dei cambiamenti della realtà sociale, che un'interpretazione giuridica culturalmente appropriata delle norme costituzionali.

La società postmoderna in cui viviamo è caratterizzata da pratiche industriali e meccanismi di produzione di massa, applicati non solo agli oggetti materiali (automobili, computer), ma anche ai prodotti spirituali, tra cui il diritto, le arti e la musica, l'informazione e la conoscenza⁷. Così come in passato era impossibile comprendere il modernismo senza comprendere la rivoluzione industriale, oggi è impossibile comprendere il postmodernismo senza comprendere i cambiamenti tecnologici e culturali della società che lo hanno accompagnato⁸.

Ciò richiede una visione aperta e informata dei fenomeni giuridici e una loro comprensione in termini culturali. È necessario intendere il diritto come un fenomeno culturale, che plasma i valori della comunità e li rende effettivi in un dato momento e in un dato luogo, ma che è, allo stesso tempo, una realtà autonoma, incarnata in norme e principi giuridici, dotata di una propria logica e dinamica. Il diritto costituzionale deve quindi essere in grado di considerare contemporaneamente valori, fatti e norme, nell'interattività e nella reciprocità del loro complesso rapporto, coniugando dimensioni etiche, artistiche, tecniche e scientifiche, nel contesto di una comprensione dei fenomeni costituzionali che sia insieme culturale e giuridica⁹.

Gli approcci possibili a questa "nuova" prospettiva culturale del diritto costituzionale sono molteplici. Peter Häberle intende il diritto come cultura, considerando la teoria costituzionale come una scienza culturale (e non solo una scienza di natura economica o sociale). A suo avviso, è necessario conciliare diritto e cultura, comprendendo sia la cultura del diritto che il diritto della cultura, per consentire la costruzione di "una costituzione aperta per una società aperta"¹⁰.

La teoria dei "Critical Legal Studies", nota anche come "teoria postmoderna del diritto" (Postmodern Jurisprudence)¹¹, è diversa ma complementare a tutto ciò. Questa corrente dottrinale ricerca metodologie scientifiche di natura interdisciplinare per realizzare l'inquadramento culturale dei

⁷ J.M. Balkin, *op. ult. cit.*, e V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, pp. 21-25.

⁸ J.M. Balkin, *op. ult. cit.*, e V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, pp. 16-24.

⁹ V. Pereira Da Silva, *op. ult. cit.*, p. 25.

¹⁰ P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2 ed., Berlino, 1998; Id., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

¹¹ J. Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, 1985; Id., *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, 1990; Id., *The Edge of Meaning*, University of Chicago Press, Chicago, 2001; C. Douzinas, R. Warrington, S. Mcveigh, *Postmodern Jurisprudence - The Law of Text in the Texts of the Law*, London/New York, 1991; I. Ward, *Law and Literature, Law and Critique*, in *Springer Philosophy of Law Journal*, vol. IV(1)/1993, p. 43 ss; *Introduction to Critical Legal Theory*, Oregon, 2004; G. Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995; K. Luederssen, *Produktive Spiegelungen: Recht in Literatur*, Baden, 2002; S. Levinson, J.M. Balkin, *Law, Music and other Performing Arts*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 139/1991, p. 1597 ss.; J.M. Balkin, *Cultural Software: A Theory of Ideology*, Yale, 1998; J. M. Balkin, S. Levinson, *Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, in *Cardozo Law Review*, 20/1999, p. 1513 ss.

fenomeni giuridici. In questo tentativo di mescolare realtà culturali e scienza giuridica, sono state tentate varie combinazioni, come quella di intendere il diritto come un “genere letterario” (“law as literature”¹²), o come una “traduzione” (“law or justice as translation”)¹³, o come una “manifestazione musicale” (“law as music”), o ancora come un’“arte drammatica” (“law as performative art”)¹⁴. Per quanto mi riguarda (in precedenti scritti)¹⁵, a queste combinazioni ne ho aggiunte diverse altre, come quella di vedere il diritto come un’“arte culinaria” (un “approccio culinario al potere discrezionale”), o come “cinema” (insegnando il diritto ambientale a partire da una lista di film sull’ambiente)¹⁶, o anche come “psicoanalisi” (insegnando il diritto amministrativo o il contenzioso amministrativo attraverso una “psicoanalisi culturale”)¹⁷.

A questo elenco vanno aggiunte, oggi, molte altre discipline scientifiche, frutto delle nuove esigenze legate al campo dell’informazione e delle nuove tecnologie; ad esempio, intensificando il ricorso al metodo culturalista, pena l’impossibilità di comprendere le nuove tendenze del diritto attuale. Per questo motivo sarebbe necessario studiare, tra le tante discipline, anche le seguenti.

La “sociologia dei media”, che oggi costituisce un approccio scientifico essenziale per comprendere il diritto e la politica, a causa degli enormi cambiamenti apportati dai media al funzionamento delle istituzioni. Quando ci concentriamo sulle azioni del Parlamento, dell’Amministrazione, dei Tribunali, dei partiti politici, assistiamo a un cambiamento di “scenario”, prima dai giornali alle televisioni e, poi, dalle televisioni a internet (*you-tube, Facebook, my space, blog, app, twitter*, e tutti i tipi di social network). D’altra parte, ognuno di questi cambiamenti, nello spazio scenico, trasforma il modo in cui il discorso viene creato e diffuso attraverso il “marketing politico”, i “sound-byte” o i “law-byte”, le “fake news”¹⁸. Se pensiamo all’episodio dell’attacco al Campidoglio negli Stati Uniti, dopo le ultime elezioni presidenziali, vediamo una combinazione di discorsi confluenti, che prendono forma in scenari diversi, che vanno dai social network su Internet ai discorsi in diretta nei comizi politici (come quello del Presidente), mescolando “hate speech” e “fake news”, e facendo sempre appello all’irrazionalità del comportamento di massa.

Le “neuroscienze computazionali”, che studiano il funzionamento del cervello per applicarlo a strumenti digitali di valutazione delle decisioni pubbliche (politiche o giuridiche). Secondo David Eagleman, il cervello non è totalmente pre-programmato, ma “riconfigura incessantemente il proprio cablaggio”, in un processo che egli chiama “live wire”, applicabile anche agli strumenti digitali¹⁹. Così, l’obiettivo del “Center for Science and Law” (da lui creato presso l’Università di Stanford) è quello di “sfruttare la tecnologia per colmare il divario tra neuroscienze e diritto”, sfruttando “la scienza dei dati e la ricerca giuridica per far progredire la giustizia”. Inoltre, uno degli strumenti sviluppati da questo Centro è la “valutazione del rischio neuro-cognitivo” (NCR), che mira a “misurare i processi decisionali”, utilizzata “per identificare gli autori di reato che hanno maggiori probabilità di commettere un altro crimine” ed è di grande utilità per i tribunali nei procedimenti penali²⁰. Tale valutazione può avere molteplici applicazioni in tutti i procedimenti pubblici.

¹² J. Boyd White, *Heraclides’ B. E. on the R. and P. of the L.*, cit.

¹³ J. Boyd White, *Justice as T. An E. in C. and L. C.*, cit., p. 229.

¹⁴ J. M. Balkin, S. Levinson, *Interpreting L. and M.: P. N. on “The B. S.” e “The L. C. of J.*, cit.

¹⁵ V. Pereira Da Silva, “*My Fair Lady*”: *introductory lecture*, in C. F. Germelmann (ed.), *Innovative Teaching in European Legal Education - International Conference within the Framework of the 2019 ELPIS Network Meeting*, Baden, 2021, p. 41-53; V. Pereira Da Silva, *Culture of the Constitution and the Culture in the Constitution*, in J. Cremades, C. Hermida (coord.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlino, 2020.

¹⁶ S. Greenfield, G. Osborn, P. Robson, *Film and the Law*, London/Sidney, 2001. Si veda anche M. Á. Presno Linera, B. Rivaya, *Una Introducción Cinematográfica al Derecho*, València, 2006.

¹⁷ V. Pereira Da Silva, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996; Id., *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, Coimbra, 2009.

¹⁸ J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism*, cit., p. 13. Si veda anche V. Pereira Da Silva, *A Cultura a que tenho direito*, cit.

¹⁹ D. Eagleman, *Livewired - The Inside Story of Ever-changing Brain*, New York, 2020; Id., *O Cérebro em Ação - Nos Bastidores do Cérebro em Constante Mudança*, Alfragide, 2021, pp. 15-66.

²⁰ Si rinvia a: <https://scilaw.org/>.

Si pensi poi alla “logica delle probabilità” e della statistica²¹, sempre più necessaria per comprendere i fenomeni complessi, con causalità multiple e interconnesse, che caratterizzano la realtà giuridica odierna. È il caso, ad esempio, della responsabilità civile (soprattutto quando si tratta di situazioni di rischio, delle nuove discipline giuridiche), in particolare della responsabilità ambientale. Pertanto, trovare il corretto nesso di causalità nel diritto ambientale non deve significare cercare un fatto concreto remoto (e impossibile da trovare) all’interno di una complessa catena di cause, ma sostituirlo con un ragionamento di probabilità e statistica per determinare la causa prevedibile dei fatti.

2.2. *L’attuale modello di Stato post-sociale e i diritti procedurali*

L’informazione e le nuove tecnologie hanno conseguenze anche sulla comprensione e la pratica del diritto, della costituzione, dei diritti umani e della democrazia. Da qui la necessità di comprendere come la cultura e le tecnologie postmoderne abbiano influenzato il diritto come istituzione²².

L’evoluzione dello Stato è strettamente legata alle c.d. generazioni dei diritti fondamentali, che possono essere sinteticamente caratterizzate nei seguenti termini²³:

- lo Stato liberale (del XVIII e del XIX secolo), attraverso una filosofia non interventista dei poteri pubblici nella società civile, che riduce la presenza pubblica e garantisce i diritti di libertà e proprietà attraverso la sicurezza pubblica (la “prima generazione” di diritti fondamentali).

- lo Stato sociale (fine del XIX secolo e prima metà del XX secolo, fino agli anni ‘70), che si caratterizza per l’assunzione di nuovi compiti da parte dei poteri pubblici nei settori dell’economia, della società e della cultura, attuati principalmente attraverso la “amministrazione del benessere” (“*Leistungsverwaltung*”)²⁴ e dando vita al nuovo modello di diritti economici, sociali e culturali fondamentali (la “seconda generazione” di diritti fondamentali).

- lo Stato post-sociale in cui viviamo oggi (dagli anni ‘70 in poi), quale risposta costituzionale alla crisi dello Stato sociale, favorendo un modello di programmazione e regolamentazione delle politiche pubbliche e sulla cooperazione, insieme ai cittadini e alla società civile, nella gestione delle infrastrutture (*Infrastruktur Verwaltung*)²⁵. Oltre a far nascere nuovi diritti fondamentali, soprattutto nel campo dell’ambiente e delle nuove tecnologie, per proteggersi dalle nuove minacce alla dignità umana, nonché a sancire diritti fondamentali di natura processuale (creando uno *status activus processualis*)²⁶, dando vita a un’altra generazione di diritti fondamentali (la terza, secondo il mio albero genealogico).

Per quanto riguarda lo Stato post-sociale, una volta terminata la (prima) fase della sua attuazione, ha fatto seguito un (secondo) periodo in cui il modello statale ha dovuto affrontare la crisi finanziaria europea e globale, in particolare attraverso l’introduzione della “regola costituzionale europea” del pareggio di bilancio (dal 2008 al 2012). Oggi, dopo la pandemia del COVID-19 (2020), possiamo parlare di un altro (terzo) periodo dello Stato post-sociale, caratterizzato dalla marcata importanza della tutela dell’ambiente (in quanto la questione della lotta al cambiamento climatico è diventata cruciale), nonché dalla diffusa espansione della digitalizzazione nella vita sociale e pubblica²⁷, che richiedono una regolamentazione più rispettosa dei diritti umani.

²¹ M. Finkelstein, *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*, New York, 2009.

²² J. M. Balkin, *What is a postmodern constitutionalism*, cit., p. 13.

²³ V. Pereira Da Silva, *Festrede von Prof. Dr. Dr h.c. (Hannover) Vasco Pereira da Silva, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der LUH am 2. November 2018*, in H. Fenge, C.F. Germelmann, B. H. Oppermann, V. Pereira Da Silva (coord.), *International Legal Studies IV*, Wittenberg, 2019, p. 232 ss.

²⁴ O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30/1972, p. 277.

²⁵ H. Faber, *Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft*, in *Auf einem Dritten Weg - Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag*, Luchterhand, 1989, p. 291; Id., *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1992.

²⁶ Si veda P. Häberle, *Verfassungsprinzipien “im” Verwaltungsverfahrensgesetz*, in S. Gläser, *Verwaltungsverfahren - Festschrift für 50 Jährigen Bestehen der Richard Boorberg Verlag*, Stoccarda-Monaco-Hanover, 1977, p. 81.

²⁷ M. Castells, P. Himannen, *The Information Society and the Welfare State*, Oxford, 2002.

A queste due principali finalità o obiettivi (rinnovati) dei poteri pubblici, si aggiunge il compito pubblico in materia di tutela della salute che, a seguito della crisi generata dalla pandemia, ha acquisito una dimensione costituzionale essenziale tra i compiti dello Stato (si veda il diritto dell'UE e i Piani nazionali di ripresa e resilienza)²⁸.

Tornando alla questione dell'informazione e delle nuove tecnologie, è necessario prendere in considerazione sia la loro dimensione individuale che quella collettiva o sociale. Infatti, il mondo digitale spazia dall'uso individuale di Internet ai social network e alle aziende tecnologiche, e questa duplice dimensione comporta rischi e minacce crescenti per i diritti fondamentali, la democrazia e la Costituzione. Come sottolinea Francisco Balaguer Callejón: "ci sono molti ambiti in cui le reti sociali stanno generando disfunzioni dal punto di vista costituzionale e democratico. Dai diritti fondamentali ai processi elettorali, passando per la configurazione stessa dell'ordine costituzionale, in un contesto in cui le condizioni di spazio e tempo si sono trasformate a causa della globalizzazione e dello sviluppo tecnologico. Si stanno generando nuovi modelli culturali e nuovi paradigmi il cui impatto sul costituzionalismo è significativo"²⁹.

Siamo di fronte a un problema globale e multiforme, che richiede risposte giuridiche da tutte le fonti e a tutti i livelli: internazionale, nazionale, regionale e locale. Dal punto di vista delle "leggi fondamentali", si tratta di una questione da equiparare in termini di costituzionalismo globale, Costituzione europea e Costituzioni nazionali³⁰, e da considerare nella sua duplice dimensione: oggettiva (relativa ai principi costituzionali, agli obiettivi, ai compiti dei poteri pubblici) e soggettiva (relativa ai diritti fondamentali, alla tutela della dignità umana). Come abbiamo già detto, la novità consiste nell'emergere di questioni costituzionali oltre lo Stato³¹; nel superamento delle distinzioni formali tra diritti umani e diritti fondamentali; nel tentativo di costruire un costituzionalismo globale, o un costituzionalismo europeo, accanto al costituzionalismo dello Stato³².

2.3. I nuovi diritti fondamentali digitali

La storia dei diritti fondamentali dimostra come sia necessario adottare nozioni flessibili e mutevoli, in cui le successive "generazioni", che hanno accompagnato l'evoluzione dei diversi modelli di Stato, cercano di rispondere alle sfide e alle minacce che potrebbero colpire la dignità della persona umana nel corso del tempo, da parte sia del potere che della società nel suo complesso.

Per quanto riguarda la terza generazione di diritti fondamentali, nata con lo "Stato post-sociale", la tutela della dignità umana di fronte all'informazione e alle nuove tecnologie, così come la garanzia di un ambiente equilibrato, non solo costituiscono i valori costituzionali più "alla moda", ma stabiliscono anche obiettivi, principi e compiti in capo allo Stato; essi danno inoltre origine a nuovi diritti fondamentali – il diritto all'accesso e alla protezione dei dati e (più in generale) all'autodeterminazione digitale, il diritto all'ambiente, i diritti alla tutela della dignità umana nei settori della genetica e della biotecnologia, i diritti procedurali. Si tratta quindi di un insieme di diritti di terza generazione che, ferma restando la loro intrinseca dimensione materiale, hanno anche una rilevante dimensione procedurale, in quanto diritti di partecipazione o di condivisione (*Teilhaberechte*) nel nuovo *status activus processualis*.

Il passaggio "generazionale", a cui abbiamo fatto riferimento, ha prodotto cambiamenti quantitativi e qualitativi nella nozione di diritti fondamentali, provocandone sia l'espansione che la

²⁸ V. Pereira Da Silva, *As medidas extraordinárias da União Europeia face à crise económica real e às dificuldades dos Estados-Membros*, Discurso Introdutório conjunto da Conferência ELPIS (<http://www.elpisnetwork.eu/wp-content/uploads/2021/02/Prof-Vasco-Pereira-da-Silva-Joint-Conference-Introductory-Speech-final-version.pdf>).

²⁹ F. Balaguer Callejón, *Redes Sociales, Companias Tecnológicas y Democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019 (https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm).

³⁰ V. Pereira Da Silva, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2020.

³¹ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

³² V. Pereira Da Siva, *A Cultura a que T. D.*, cit.

trasformazione³³. Da un lato, quindi, si assiste alla “scoperta” di nuovi diritti fondamentali, sia in tutte quelle nuove situazioni in cui la dignità della persona umana si trova ad affrontare minacce gravi e diverse (fino ad allora sconosciute o insignificanti) che richiedono una tutela giuridica a livello costituzionale, sia come conseguenza della “scomposizione” o “ricomposizione” di diritti fondamentali “classici” che ne fanno nascere altri, o anche in virtù della mutazione in tutela soggettiva di norme che, fino ad allora, erano semplicemente destinate a una tutela (o garanzia) oggettiva.

D'altra parte, è cambiata la stessa nozione (originaria) di diritti fondamentali, poiché oggi (dopo tre generazioni – e chissà quante altre ne verranno) non si limitano più alle libertà tradizionali, ma hanno iniziato a includere anche i diritti a prestazione e i diritti di partecipazione (procedurali). Così, se i diritti fondamentali possono ancora essere intesi come “diritti di difesa” contro le aggressioni illegali, questa “difesa” non può più essere vista in un'accezione puramente negativa, derivante dalla mera astensione dall'azione dello Stato, ma implica anche l'esistenza di (un'ampia varietà di) prestazioni fornite dagli enti pubblici e la consacrazione di garanzie di partecipazione e procedurali, così come questa “difesa” è valida non solo nei confronti degli enti pubblici ma anche dei privati³⁴.

Per quanto riguarda i diritti dell'informazione e le nuove tecnologie, nel campo del costituzionalismo globale, esiste una “Carta dei diritti umani e dei principi per Internet”, creata dalla “Internet Rights & Principles Dynamic Coalition” del “Forum per la governance di Internet delle Nazioni Unite”. Si tratta quindi di un testo normativo, emesso da un'entità amministrativa globale, nella cornice delle Nazioni Unite, composta da una molteplicità di soggetti interessati, che vanno dai rappresentanti dei governi e degli enti amministrativi alle imprese e ai gruppi della società civile³⁵.

A mio avviso, questa Carta di Internet, al di là della sua natura e del suo valore formale, ha un contenuto materialmente costituzionale, che permette di parlare di diritti digitali fondamentali senza frontiere, come principi generali impliciti dell'ordine internazionale o globale, pronti per essere applicati nelle relazioni private e pubbliche, nonché attuati e controllati da organi amministrativi e giudici. Oppure, seguendo una linea argomentativa alternativa, si può anche sostenere che questi diritti all'informazione digitale, che nascono dai principi giuridici impliciti dell'ordine globale, corrispondono ai valori etici più profondi della comunità internazionale, e quindi fanno parte della cosiddetta “versione moderna” dello *jus cogens*. Oppure, in modo alternativo e dogmatico, si può anche dire che questi diritti digitali fondamentali sono il risultato (o sono in fase di elaborazione procedurale) di una “prassi consuetudinaria internazionale, di comportamenti ripetuti con una convinzione generale della loro applicabilità, che va oltre i testi giuridici (anche quando deriva da essi)”³⁶.

Quella di cui stiamo parlando non può intendersi come una Costituzione vera e propria che valga per l'intero ordinamento giuridico globale³⁷. Si tratta, tuttavia, della manifestazione di un fenomeno costituzionale senza confini, nella misura in cui gli individui sono considerati soggetti dell'ordine giuridico globale, in cui vi è una diretta applicabilità delle norme sui diritti umani ai rapporti giuridici interni, e in cui abbiamo anche una protezione giuridica soggettiva conferita da tribunali reali, costituiti in conformità con l'ordine internazionale, che difendono i cittadini anche contro le azioni e le omissioni dei loro stessi Stati. Si tratta piuttosto di fenomeni di “costituzionalismo multilivello”, diversi

³³ Ciò è avvenuto sia in quei Paesi in cui il potere costituente ha adottato fin dall'inizio un concetto ampio di diritti fondamentali, come in Portogallo, sia in altri in cui il “catalogo dei diritti” della costituzione materiale è stato progressivamente ampliato dall'azione della giurisprudenza e della dottrina, come in Germania (si veda a questo proposito P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, cit. Per quanto riguarda la Germania, come scrive Häberle, “desde 1949 la dogmática jurídica ha desarrollado e intensificado el alcance de las libertades fundamentales, generalizándolas y permitiendo que cada ciudadano, a través de ellas, las tome, en la medida de lo posible, “en serio” como verdaderas ‘libertades reales’”. Esto ha supuesto, en particular, el “descubrimiento de nuevas libertades públicas, como el derecho a manifestarse libremente en las calles o la elaboración de un listado concreto de prestaciones de la seguridad social, hasta llegar finalmente incluso al ámbito de la seguridad procesal y procesal”, P. Häberle, *Teoría de la Constitución*, cit.

³⁴ V. Pereira Da Silva, *A Cultura a que T. D.*, cit., pp. 32 e 33.

³⁵ https://drive.google.com/file/d/1dyhXILBLKJ0v_0sUHRNEaUzKzp2dFr_/view.

³⁶ V. Pereira Da Silva, *Green Constitution: The Right to the Environment*, in J. Cremades, C. Hermida (coord.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlino, 2022 (https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1).

³⁷ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, cit.

a seconda del livello regionale, nazionale, federale, europeo e globale in cui si verificano³⁸. O anche, se si preferisce, questioni di compatibilità di “costituzioni parziali” nel campo ristretto dei diritti umani/fondamentali a tutti i livelli del sistema giuridico³⁹.

A livello europeo, abbiamo la “Carta dei diritti fondamentali”, che sancisce il diritto alla protezione dei dati personali (articolo 8), che comprende anche il diritto di accesso e di rettifica dei dati, nonché la garanzia di controllo da parte di un’ autorità indipendente⁴⁰. La Carta europea dei diritti fondamentali fa parte della “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), anche se ciò non significa, in questo caso, che si possa (o si debba) parlare di “Stato europeo”, in quanto tale.

Oltre alla Carta, esistono altri testi formalmente legislativi di livello costituzionale, che stabiliscono diritti fondamentali sull’ informazione e sulle nuove tecnologie, come (tra gli altri):

- Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativa al (riesame) del quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica⁴¹;
- Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 sull’ accesso aperto a Internet⁴²;
- Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile sul Regolamento generale sulla protezione dei dati⁴³;
- Direttiva 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’ 11 dicembre 2018, sul Codice europeo delle comunicazioni elettroniche⁴⁴;
- Quadro finanziario pluriennale dell’ UE 2021-2027 e “Next Generation EU”, sul Patto europeo di resilienza e ripresa, in cui ambiente, digitale e salute sono identificati come obiettivi chiave dell’ UE⁴⁵.

2.4. La situazione attuale in Portogallo

Per quanto riguarda il Portogallo, l’ articolo 35 della Costituzione sancisce i diritti fondamentali nel campo dell’ informazione e delle nuove tecnologie. In effetti, la versione originale del 1976 si limitava a stabilire i diritti in relazione agli archivi manuali, ma nel frattempo è stata estesa per includere gli archivi digitali in seguito alle revisioni costituzionali del 1982, 1989 e 1997. Così, la Costituzione stabilisce il “diritto di accesso ai dati informatici” dei cittadini, che possono “chiederne la rettifica e l’ aggiornamento, nonché il diritto di conoscere lo scopo a cui sono destinati” (art. 35.1, CRP); “la legge definisce il concetto di dati personali” e il rispettivo regime giuridico, garantendone la protezione, “ossia attraverso un’ autorità indipendente” (ap. 2); è vietato l’ utilizzo di dati personali di qualsiasi tipo (convinzioni filosofiche o politiche, affiliazione a partiti o sindacati, religione, vita privata, origine etnica), salvo “consenso esplicito del titolare” e autorizzazione legale con “garanzie di non discriminazione” o per elaborazioni statistiche (comma 1). 3); “è vietato l’ accesso ai dati personali di terzi, salvo in casi eccezionali previsti dalla legge” (par. 4); è vietata “l’ assegnazione di un numero nazionale unico ai cittadini” (par. 5); la legge definisce il regime applicabile ai flussi transfrontalieri di dati e le forme appropriate di protezione dei dati personali e di altri dati la cui salvaguardia è giustificata da motivi di

³⁸ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action*, in *Humboldt-Universität zu Berlin*, 2(9)/2009, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>; Id., *Global constitutionalism and the internet: Taking people seriously*, in R. Hofmann e S. Kadelbach, *Law beyond the state. Pasts and futures*, Francoforte/New York, 2016, p. 151.

³⁹ P. Häberle, *El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis*, in *Direito Público*, 54/2013, p. 9; V. Pereira Da Silva, *Green Constitution: The Right to the Environment*, cit.

⁴⁰ Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano; 2. Tali dati devono essere trattati in modo lecito per finalità specifiche e sulla base del consenso dell’ interessato o di un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica; 3. Il rispetto di queste regole è soggetto al controllo di un’ autorità indipendente.

⁴¹ https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/dir_2009_136_it.pdf

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32015R2120>

⁴³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

⁴⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972>

⁴⁵ V. Pereira Da Silva, *As medidas extraordinárias da União Europeia face à crise económica real e às dificuldades dos Estados-Membros*, cit.

interesse nazionale (par. 6); questo regime giuridico è esteso alla protezione dei “dati personali contenuti in archivi manuali” (par. 7)⁴⁶.

Nel maggio 2021 (legge n. 27/2021 del 17 maggio) è stato creato un nuovo strumento giuridico, la “Carta dei diritti umani nell’era digitale”, formalmente una legge ordinaria, ma con un contenuto materialmente costituzionale. La legge è stata approvata all’unanimità dal Parlamento e immediatamente promulgata dal Presidente della Repubblica.

La creazione di una Carta dei diritti digitali è stata una buona idea (sebbene esistessero già le norme costituzionali citate), ma si caratterizza per problemi di progettazione e attuazione. Subito dopo il voto, nei media si è aperto un vivace dibattito sui pericoli per la libertà di espressione e l’intervento dello Stato nel digitale, insieme ad alcune critiche sui poteri di supervisione conferiti all’autorità amministrativa indipendente per i media (la cosiddetta “Alta Autorità per i Media”), che secondo molti non sarebbe veramente indipendente.

Il 29 luglio (2021), il Presidente della Repubblica ha deciso di sottoporre l’articolo 6 della Carta al vaglio della Corte Costituzionale, adducendo i seguenti motivi di incostituzionalità⁴⁷.

- Definizione giuridica del concetto di disinformazione. Secondo il Presidente, ci sarebbero problemi di “maggiore solidità e determinabilità” (*densificação e determinabilidade*) dei “concetti con ripercussioni su Diritti, Libertà e Garanzie”; rischi di collisione delle disposizioni di legge con il contenuto della libertà d’informazione e altri principi costituzionali; problemi di proporzionalità delle misure che limitano i diritti fondamentali.

- Poteri sanzionatori dell’autorità amministrativa indipendente. Secondo il Presidente, la legge ha utilizzato concetti vaghi e indeterminati per definire i poteri dell’autorità amministrativa indipendente.

- Strutture di indagine e “marchi di qualità”. La legge non indica quali siano le strutture incaricate di verificare la veridicità dei fatti riportati dai media per attribuire i “marchi di qualità”, né quali siano le loro competenze.

La Corte costituzionale non si è ancora pronunciata sull’incostituzionalità o meno dell’articolo 6 della Carta portoghese dei diritti digitali fondamentali, ma a mio avviso almeno alcuni dei rilievi del Presidente hanno una base costituzionale. In attesa di questa decisione, non è stato preparato alcun regolamento complementare dello strumento legislativo, stante che l’Assemblea parlamentare della Repubblica è stata sciolta e sono state indette elezioni anticipate (30 gennaio 2022), quindi lo strumento è rimasto, in pratica, sospeso.

3. Informazioni e nuove tecnologie nel diritto amministrativo

Una caratteristica dell’odierno Stato post-sociale è la moltiplicazione delle decisioni amministrative derivanti dall’uso delle macchine⁴⁸, la cui teorizzazione giuridica è stata inquadrata nel “discorso dell’automazione” (“Automationsdiskurs”)⁴⁹.

Dalla regolazione del traffico alla liquidazione delle imposte, dall’assegnazione di stipendi e pensioni all’uso di algoritmi che determinano i criteri decisionali, il fenomeno dell’“amministrazione tramite macchine”⁵⁰ cresce esponenzialmente ogni giorno.

Infatti, le nuove possibilità di realizzazione delle moderne tecnologie elettroniche dell’informazione e della comunicazione aprono nuove dimensioni, finora inimmaginabili, per l’attività della pubblica amministrazione”, in particolare per quanto riguarda “l’elaborazione elettronica dei dati e la

⁴⁶ V. Jorge Miranda, R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, v. I, Lisbona, 2017; G. Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2014, p. 374.

⁴⁷ Si rinvia al sito ufficiale della Presidenza della Repubblica portoghese (<https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/07/artigo-sexto-da-carta-portuguesa-dos-direitos-humanos-na-era-digital/#main-content>).

⁴⁸ V. Pereira Da Silva, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, p. 481 ss.

⁴⁹ A.-B. Kaiser, *Die Kommunikation der Verwaltung – Diskurse zuden Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland*, Berlino, 2009, § 5.

⁵⁰ W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Monaco, 1982, p. 254.

comunicazione basata su Internet⁵¹. Ciò ha significato il passaggio da una fase di mero “utilizzo dell’elettronica” (“*Elektronisierung*”), o di mero “trattamento automatizzato dei dati” da parte delle istituzioni pubbliche, a una nuova fase di “digitalizzazione dell’amministrazione” e di “tutti i settori della vita”, generando un vero e proprio “e-government”⁵².

Inizialmente, la prima domanda che si è posta è stata come rendere il linguaggio del diritto amministrativo compatibile con quello delle nuove tecnologie. La prima soluzione per risolvere questo problema di compatibilità è stata offerta dalla “teoria dei due livelli” (“*Zwei-Stufen Lehre*”) tedesca⁵³. Questo concetto si basa sull’idea che debba esistere una netta separazione tra il comportamento umano delle autorità pubbliche e l’azione meccanica o elettronica dei computer. Pertanto, la prima era un’attività legale, subordinata alla legge e soggetta al controllo dei giudici, mentre la seconda era una realtà tecnica, che non poteva essere soggetta a regole e principi legali.

Nel dibattito sollevato da questa “teoria schizofrenica”, le critiche principali sono state le seguenti.

L’emissione di decisioni da parte dei computer è programmata dagli esseri umani, perché le macchine, per quanto sofisticate, non operano da sole. La responsabilità delle decisioni del computer è quindi della persona o delle persone che lavorano con la macchina. Pertanto, non dovrebbe esserci alcuna differenza, dal punto di vista legale, tra l’azione amministrativa eseguita “attraverso la macchina” e quella eseguita “manualmente”.

Il diritto amministrativo si occupa di decisioni emesse da “autorità pubbliche”, cioè da persone che esercitano poteri pubblici. L’atto amministrativo è quindi una decisione istituzionale “fittizia”, attribuibile a un’autorità pubblica e non alla persona che ne è autore. Le decisioni pubbliche non sono decisioni personali, sono prese da persone (e macchine) nell’esercizio di poteri pubblici o, in altre parole, “indossando il cappello” della persona giuridica pubblica (per usare un’espressione cara alla dottrina americana). Dal punto di vista giuridico-pubblico, non fa differenza che le decisioni siano prese da un computer o da una persona, l’importante è sapere se sono legali o meno. In breve, possiamo dire che le norme giuridiche sono applicabili alle decisioni informatiche prese nell’esercizio di funzioni amministrative, derivanti da azioni di persone che esercitano poteri pubblici – o, se si preferisce, che agiscono “sotto il cappello” delle autorità pubbliche. Al contrario, la “teoria dei due livelli” era più interessata alla “volontà” degli agenti amministrativi che alle competenze e ai poteri delle autorità pubbliche⁵⁴.

Ciò non significa, tuttavia, che alcune delle preoccupazioni della “teoria dei due livelli” non fossero corrette, in particolare per quanto riguarda la difesa della necessità di una regolamentazione speciale delle decisioni amministrative prodotte per via elettronica. Certo, ci sono problemi giuridici specifici dell’“amministrazione assistita” che non possono essere ignorati, come quelli relativi alla procedura, alla forma, ai vincoli dell’azione amministrativa, alla tutela dei cittadini, ecc. L’amministrazione “a macchina” non può in alcun modo significare una “fuga dalla legge”, da cui la necessità di una regolamentazione specifica per questa nuova forma di azione, a cui si aggiunge l’eventuale applicabilità di norme di carattere generale, cioè (almeno) dei principi generali dell’attività amministrativa⁵⁵.

Nell’esaminare il problema della compatibilità tra “legge e macchina”, dobbiamo concludere che sono in gioco questioni giuridiche identiche e che quindi richiedono lo stesso trattamento. Così: il risultato dell’azione di un computer è un atto amministrativo; un programma informatico è una regola amministrativa. La conseguenza da trarre da questa conclusione è che l’amministrazione assistita da macchine deve essere soggetta sia a norme amministrative speciali che a norme amministrative generali (per tutto ciò che è applicabile e non in contraddizione con le prime). Questo vale per tutte le aree del diritto amministrativo: sostanziale, procedurale e processuale.

⁵¹ H. Maurer, C. Whaldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 502-503.

⁵² *Ibid.*

⁵³ K. Zeidler, *Über die Technisierung der Verwaltung - Eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Karlsruhe, 1959.

⁵⁴ P. Badura, *Das Verwaltungsverfahren*, in H. Erichsen, W. Martens, *Verwaltungsrecht*, Berlino-New York, 1992.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 468.

Per quanto riguarda la giustizia amministrativa, la novità è che tutte le attività elettroniche possono essere portate in tribunale, quindi esiste uno spazio di contenzioso giudiziario per le questioni digitali⁵⁶. Come per tutte le decisioni amministrative, chiunque dovrebbe essere in grado di rivolgersi a un tribunale per chiedere l'annullamento, la condanna o qualsiasi altra iniziativa contro l'azione o l'omissione digitale dell'amministrazione, compreso il tentativo di contestare un algoritmo illegale⁵⁷.

In Portogallo, la base giuridica per il controllo del comportamento amministrativo digitale è l'articolo 268, paragrafo 4, della Costituzione, che sancisce il diritto fondamentale di accesso ai tribunali amministrativi per la difesa dei diritti degli individui, stabilendo la possibilità di reazione giudiziaria contro qualsiasi atto amministrativo in senso materiale ("qualsiasi atto amministrativo che li danneggi, indipendentemente dalla sua forma", dice il CPR). La norma costituzionale determina "l'irrelevanza della forma dell'azione amministrativa per consentirne il controllo giurisdizionale", il che significa che il comportamento digitale dell'Amministrazione deve avere lo stesso trattamento riservato a tutte le altre forme di azione amministrativa.

La disposizione costituzionale è contenuta nell'articolo 52 del Codice di procedura amministrativa ("Irrilevanza della forma dell'atto"), che stabilisce che "la possibilità di impugnare gli atti amministrativi non dipende dalla loro forma" (comma 1). Ciò si applica a qualsiasi azione amministrativa (articolo 37 e seguenti del CPA), sia essa sotto forma di impugnazione di atti amministrativi (articolo 51 e seguenti del CPA), di ordine di esecuzione di un atto dovuto (articolo 66 e seguenti del CPA), di impugnazione di norme e di ordine di emanazione di norme (articolo 72 e seguenti del CPA), o quelle relative all'esecuzione di un atto dovuto (art. 66 e segg. CPA), o quelle relative alla validità e all'esecuzione dei contratti (art. 77-A e segg. CPA), nonché nei casi urgenti (ad es. ingiunzioni per la protezione di diritti, libertà e garanzie, art. 109 e segg. CPA) e nei provvedimenti provvisori (art. 112 e segg. CPA). Tuttavia, va riconosciuta l'assenza di una norma procedurale specifica che regoli, o anche solo menzioni, le azioni digitali, che a mio avviso dovrebbe essere corretta.

Per quanto riguarda la procedura amministrativa, in Portogallo è necessario regolamentare in modo specifico l'azione amministrativa, fatta salva l'esistenza di alcune norme generali immediatamente applicabili. Se analizziamo il Codice di procedura amministrativa (D. L. 442/91, del 15 novembre), nella sua versione originale la situazione era la seguente.

Da un lato, l'articolo 2.3 stabiliva (come stabilisce tuttora) che "i principi generali dell'attività amministrativa e le disposizioni del presente Codice che concretizzano i precetti costituzionali si applicano a ogni atto della pubblica amministrazione, anche se meramente tecnico", il che ovviamente include gli atti digitali. D'altra parte, tutte le norme del Codice erano state concepite per procedure non automatizzate e che non riguardavano specificamente l'e-government, il che non aveva senso.

Questa soluzione legislativa è stata oggetto di dibattito e parte della dottrina ha sostenuto che le norme generali non sono sufficienti (anche se molte di esse sono applicabili), ritenendosi una normativa speciale adattata alle realtà specifiche della sfera digitale⁵⁸. Questo per i seguenti motivi.

L'automazione dell'amministrazione può essere in conflitto con i diritti fondamentali. Secondo il sito, art. 18.2 del CPR, la possibilità di qualsiasi restrizione dei diritti fondamentali può essere effettuata solo per legge;

La legge dovrebbe determinare l'ambito e i limiti dell'automazione nella pubblica amministrazione, al fine di salvaguardare, tra l'altro, che la fornitura di considerazioni legali, che non derivano da

⁵⁶ J. Iliopoulos-Strangas, E. Levits, M. Potacs, J. Ziller (coord.), *Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform*, Berlino, 2021.

⁵⁷ I. Kucina, *Algorithms in Courts and Predictive Justice*, in J. Iliopoulos-Strangas, E. Levits, M. Potacs, J. Ziller (coord.), *Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform*, cit., p. 27.

⁵⁸ M.R. De Sousa, A. Salgado De Matos, *Direito Administrativo Geral*, vol. III, Lisbona, 2007, p. 67 ss.; V. Pereira Da Silva, *Em Busca do Ato A. P.*, cit., pp. 481-488; Id., *El Invierno de Nuestro Descontento*, in F. Balaguer Callejón, E. Arana Garcia (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, vol. I, Navarra, 2014, p. 189 ss.; Id., *O Inverno do Nosso Descontentamento* - *A Propósito de um Projeto Legislativo de Revisão do Código do Procedimento Administrativo em Portugal*, in *Direito Público*, 54/2013, p. 122 ss.; Id., *Primeiro Comentário acerca do Projeto de Revisão do Código de Procedimento Administrativo (a recordar um texto de Steinbeck)*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 101/2013, p. 83 e ss.

presupposti automatici, sia preferibilmente effettuata da esseri umani.

La legge speciale è necessaria per le procedure speciali, come in generale per tutte le questioni di forma e procedura richieste per l'azione amministrativa.

Nel frattempo, nel 2015, è stata introdotta una riforma del Codice di procedura amministrativa, che ora sancisce alcuni principi generali in materia digitale (sostanzialmente l'articolo 14 del Codice di procedura amministrativa). Secondo questo articolo ("Principi di e-Government"): "(1) Gli organi e i servizi della Pubblica Amministrazione devono utilizzare i mezzi elettronici nell'esercizio della loro attività, promuovere l'efficienza amministrativa, la trasparenza e la vicinanza alle parti interessate; (2) I mezzi elettronici utilizzati devono garantire la disponibilità, l'accesso, l'integrità, l'autenticità, la riservatezza, la conservazione e la sicurezza delle informazioni; (3) L'uso dei mezzi elettronici, nei limiti stabiliti dalla Costituzione e dalla legge, è soggetto alle garanzie previste dal presente Codice e ai principi generali dell'attività amministrativa"; 4) I servizi amministrativi mettono a disposizione i mezzi elettronici necessari per relazionarsi con la pubblica amministrazione e li divulgano in modo appropriato affinché le parti interessate possano utilizzarli nell'esercizio dei loro diritti e interessi giuridicamente protetti, vale a dire per formulare le loro richieste, ottenere e fornire informazioni, fare indagini, presentare denunce, effettuare pagamenti e impugnare atti amministrativi; 5) Gli interessati hanno diritto alla parità di accesso ai servizi dell'Amministrazione e, in nessun caso, l'uso di strumenti elettronici può comportare restrizioni o discriminazioni non previste per coloro che si relazionano con l'Amministrazione con strumenti non elettronici; 6) Le disposizioni del numero precedente si intendono senza pregiudizio per l'adozione di misure di differenziazione positiva per l'uso, da parte degli interessati, di strumenti elettronici nei loro rapporti con la Pubblica Amministrazione".

È stato un passo importante nella giusta direzione, ma non ancora sufficiente. Ecco alcuni dei problemi di questo regolamento.

Alcune di queste norme non sono né adeguate né efficaci: ad esempio, l'articolo 14, comma 1, che stabilisce che "gli organi e i servizi della pubblica amministrazione utilizzano gli strumenti elettronici nell'esercizio della loro attività", in quanto ritenuto privo di contenuto normativo.

Le norme del Codice di procedura amministrativa non disciplinano alcun tipo di procedura digitale. Sono sempre più necessarie regole specifiche e procedure digitali dettagliate.

Le norme in questione non stabiliscono l'ambito o i limiti di applicabilità dei media digitali, in particolare per la protezione dei diritti fondamentali (come già osservato).

Concludo con un auspicio: che ci sia una maggiore e migliore regolamentazione giuridica del mondo digitale, sia nel diritto costituzionale che in quello amministrativo, a tutti i livelli possibili, internazionale o globale, europeo, nazionale, regionale e locale.

Abstract

Il contributo offre una riflessione sulla tutela dei diritti fondamentali dinanzi alle dinamiche introdotte dal processo di digitalizzazione. In particolare, offre spunti di riflessioni in materia di configurazione di una costituzione digitale, adottando una prospettiva sia europea che nazionale.

Parole chiave: digitalizzazione, costituzione digitale, diritti fondamentali

*

This work offers a reflection on the protection of fundamental rights in the face of the dynamics introduced by the digitization process. In particular, it offers food for thought on the subject of configuring a digital constitution, adopting both a European and a national perspective.

Key words: digitization, digital constitution, fundamental rights

Diritto all'educazione, pluralismo e società aperta nell'era digitale^(*)

Gregorio CÁMARA VILLAR*

Sommario: **I.** Valore e funzione del diritto fondamentale all'istruzione in una società aperta 1.1. Il valore dell'istruzione nella società democratica ed il diritto a riceverla 1.2. L'istruzione davanti alla complessità delle società aperte dei nostri giorni 1.3. Il profondo ed ambivalente impatto della digitalizzazione nella società aperta ed il diritto all'istruzione **2.** Il paradigma del diritto all'istruzione nelle disposizioni internazionali sui diritti umani, nel diritto dell'Unione Europea e nei diritti degli Stati, come presupposto della libera formazione della personalità **3.** Nuovi sviluppi in materia di diritto all'educazione digitale **4.** Una prospettiva complementare: pluralismo sociale e territoriale e diritto all'istruzione

I. Valore e funzione del diritto fondamentale all'istruzione in una società aperta

1.1. Il valore dell'istruzione nella società democratica ed il diritto a riceverla

Nel mondo plurale e complesso della globalizzazione e della digitalizzazione che caratterizza i nostri giorni, l'istruzione acquista un'importanza decisiva. Il suo sviluppo e adattamento, in nuovi contesti sociali, si rivela un compito fondamentale per gli Stati e la comunità internazionale, rappresentando la base per comprendere il mondo nel quale viviamo e per vivere nello stesso, così come per trasformarlo, laddove la dignità dell'uomo e i diritti fondamentali che da essa nascono, promossi attraverso l'insegnamento e l'educazione, sono ciò che rende possibile l'esistenza di società democratiche avanzate e creano le condizioni per vivere in pace, libertà, uguaglianza, giustizia e solidarietà¹. Su questa aspirazione si fonda il "dover essere" che, in materia educativa, è espresso sia dalle norme internazionali, sia dalle Costituzioni degli Stati democratici, alle quali ci riferiremo più avanti.

L'istruzione è un bene pubblico fondamentale per le persone e le società, poiché il livello e la qualità della formazione incidono profondamente sulle possibilità di sviluppo di ogni persona, così come di quelle delle società e dell'ordine sociale, istituzionale, economico e scientifico-tecnologico di ogni Stato. Va da sé che da essa dipendono in gran parte, allo stesso tempo, l'efficacia della socializzazione, la nascita di una coesione sociale pienamente rispettosa del pluralismo inerente ad una società aperta e democratica e, con questo, la capacità di contribuire ad un'integrazione a tutti i livelli. A causa di questo valore e della rilevanza intrinseca dell'istruzione, il diritto a riceverla rappresenta un diritto umano specialmente qualificato essendo, in parallelo, un mezzo indispensabile per realizzare altri diritti umani in modo reale ed efficace.

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Danielle Camoni. La presente pubblicazione è parte del progetto I+D+i PID2019-106118GB-I00, finanziato da MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: "La configuración del espacio publico en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución".

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Granada.

¹ Il Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, adottata e proclamata dalla 183ª Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, afferma tale fondamento e orientamento come ideale comune, sottolineando la necessità che tanto gli individui quanto le istituzioni promuovano, mediante l'insegnamento e l'educazione, il rispetto dei diritti previsti nel suo articolato ed assicurino, "con misure progressive di carattere nazionale e internazionale", il loro riconoscimento ed applicazione effettiva.

Da questa prospettiva, l'istruzione si colloca nel punto nevralgico dal quale passano tutti i fili che formano il sistema dei diritti fondamentali, in quanto strumento decisivo per la loro assimilazione da parte dei cittadini e delle istituzioni, nonché per la loro efficacia. Come sostiene Peter Häberle, l'istruzione come formazione appare quale l'altra faccia di ogni libertà e diritto fondamentale, costituendo un compito ineludibile per lo Stato democratico, che deve garantire "la Costituzione del pluralismo"². In modo espressivo, può sostenersi che si tratta di una sorta di diritto di "emancipazione"³, in quanto legittima la persona in due sensi tra loro interconnessi. Da un lato, le permette di acquisire le competenze e conoscenze necessarie per raggiungere determinati livelli di perizia e qualificazione, con lo scopo di esercitare una professione o coltivare qualsiasi altra attività – con il godimento che altresì rappresenta, di per sé, l'ottenimento di un arricchimento personale. Dall'altro, in modo più denso, relazionale e trasversale, poiché le permette di conseguire uno sviluppo vitale e comprendere, esercitare, fruire e difendere gli altri diritti ed il compimento dei propri doveri civici. In collegamento con questa impostazione, l'istruzione contribuisce in modo particolarmente intenso a stimolare una cittadinanza attiva "repubblicana", vale a dire partecipativa, critica e responsabile. In questo stesso senso, occorre evidenziare il suo valore strumentale per l'efficacia e sviluppo dei valori propri dello Stato costituzionale di diritto, quali elementi integranti di una cittadinanza cosmopolita propria dei nostri tempi: "libertà e dignità, democrazia e responsabilità, tolleranza, solidarietà, attitudine di servizio, rispetto della vita, pacifismo, capacità critica, senso della giustizia, anche in relazione alle future generazioni e coscienza dell'ambiente (partecipazione civica)"⁴.

Per tali ragioni, la cultura dei diritti umani e fondamentali è vincolata in modo dinamico, nella sua totalità e, tra gli altri fattori, alla possibilità di esercizio del diritto all'educazione in condizioni di uguaglianza reale ed effettiva. Se l'istruzione rende possibile lo sviluppo delle potenzialità di tutti gli esseri umani, la sua titolarità ed esercizio da parte di ognuno, indipendentemente dalla sua condizione e circostanze sociali, essa deve garantire ad ogni persona, in modo sicuro, la possibilità di poter ricevere le prestazioni educative necessarie per essere nelle condizioni di sviluppare liberamente la propria formazione durante tutta la vita e poter interagire socialmente, in modo efficace, nel quadro di una società altamente complessa e plurale. A tal fine, è necessario che tutti abbiano la possibilità di accedere ai diversi livelli, gradi e tipi di insegnamento, in condizioni di parità, d'accordo con i requisiti stabiliti dalla legge e senza dover subire alcuna discriminazione; e che tutti abbiano, altresì, la possibilità di rimanere all'interno del sistema educativo sino al completamento del proprio percorso di studi. Si tratta di un percorso che deve mantenersi in continua tensione, con l'obiettivo di favorire in pieno un adattamento alle esigenze e alla dinamica dei cambiamenti economici, sociali, culturali, politici e tecnologici. Al fine di dare risposta a queste necessità, il sistema educativo, configurato come un servizio pubblico che presta un'attività essenziale alla comunità, deve essere costruito e mantenuto a partire dal consenso sociale e politico⁵, mettendo al di sopra di tutto il suo obiettivo principale, che non è altro che il libero sviluppo della personalità degli educandi⁶, quale manifestazione dell'uguale dignità di cui ogni persona è portatrice.

D'accordo con queste premesse, l'educazione deve essere inclusiva, vale a dire, che bambini, bambine e adolescenti, indipendentemente dalle loro condizioni e differenze, possano imparare insieme in condizioni di libertà e uguaglianza. Le necessità e difficoltà che emergono, quali che siano, devono essere considerate affinché le autorità competenti adottino le misure di adeguamento

² P. Häberle, *El Estado constitucional Europeo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 11/2009, p. 4.

³ Così è qualificato dallo European Network of Independents Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, "Article 14. Right to Education", June 2006, p. 141.

⁴ P. Häberle, *La ciudadanía a través de la educación como tarea europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4/2005, p. 629.

⁵ G. Cámara Villar, *Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España*, in *Revista de Educación*, 344/2007, pp. 61-82 (numero monografico dedicato a "Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?").

⁶ Quest'obiettivo combina due elementi essenziali della libertà e dell'etica democratica che rappresentano gli indici determinanti ultimi della politica sociale e, pertanto, educativa: la "santità della persona" e la "legittimità della miscredenza" (G.C. LEE, *Education and Democratic Ideals*, Harcourt, Brace and World, Inc., 1965, p. 11).

necessarie, in modo tale che esse non si traducano in fattori di ritardo scolastico, carenze educative, perdite di permanenza e continuità nel sistema educativo o di discriminazione, mettendo in campo tutti i mezzi necessari per sostenere e compensare la formazione in ognuna delle fasi di insegnamento. Il diritto all'istruzione è costituzionalmente concepito come un diritto sociale umano e, perciò, fondamentale, con un accentuato carattere prestazionale affinché tutti gli educandi siano nelle condizioni potenziali di perseguire e raggiungere il loro massimo sviluppo intellettuale, personale e vitale durante il corso della loro esistenza. In esso deve manifestarsi, in modo pieno, il principio e diritto all'uguaglianza in senso non solo formale bensì anche materiale, essendo obbligo dei pubblici poteri creare le condizioni per la sua realizzazione, rimuovere gli ostacoli che si presenteranno e adottare tutte le misure che siano necessarie per assicurare la realtà ed efficacia del suo esercizio.

1.2. L'istruzione davanti alla complessità delle società aperte dei nostri giorni

Questa prospettiva personale, soggettiva e prestazionale è direttamente collegata con un'altra di carattere sociale e politico, ugualmente meritevole di speciale attenzione. Le nostre società sono sempre più complesse, poiché racchiudono in uno stesso spazio una diversità inedita di identità etniche, culturali e linguistiche. Una diversità che è progressiva e in continua trasformazione, in un mondo sempre più interconnesso, globalizzato e interdipendente. Si tratta di una diversità che si combina con il pluralismo politico e territoriale, facendosi così ancor più complessa. Risulta evidente che i sistemi sociale e politico abbisognano, al fine di raggiungere un equilibrio ed una stabilità dinamica, un certo grado di unità e coesione e, essendo democratici, devono conseguirlo rispettando la diversità culturale nel suo senso più ampio, così come il pluralismo politico e territoriale. Se non si raggiungono dei minimi di unità ed integrazione rispetto a valori basilari condivisi, le società attuali possono soffrire frammentazioni e polarizzazioni di entità sempre più intensa, di fronte ad un'abbondanza accelerata di conflitti disgregativi, suscettibili di collocare le stesse nell'instabilità e dissoluzione. Torneremo più avanti sul punto, in un'epigrafe finale, con l'obiettivo di dare conto dell'incrocio di prospettive in materia di quel diritto all'istruzione enunciato nel titolo della presente analisi.

1.3. Il profondo ed ambivalente impatto della digitalizzazione nella società aperta ed il diritto all'istruzione

Non si dimentichi, da un'altra prospettiva rilevante, che si tratta di problemi e conflitti che, al giorno d'oggi, sono generati, alimentati e canalizzati nello spazio pubblico senza frontiere, per mezzo di un mondo digitale sempre più sviluppato e influente sulla soggettività delle persone e che quel mondo penetra sempre di più nei centri educativi. In non poche occasioni l'informazione e comunicazione si presenta con un carattere invasivo per mezzo di una pluralità di mezzi e reti a contenuto digitale, di elaborazione differente ai quali si accede in modo libero mediante le nuove tecnologie. Sono già numerosi gli studi che hanno messo in guardia circa i rischi specialmente intensi della disinformazione, manipolazione, frammentazione sociale e polarizzazione ideologica e politica che possono provocare i messaggi e contenuti in tali reti e mezzi comunicativi, molto difficili da affrontare⁷. Dall'altro lato, sta diventando esponenziale la creazione, scambio e accesso a

⁷ Mi rimetto, per tutti, a quattro studi che affrontano la materia in tutta la sua complessità. Nella sua dimensione più generale, si veda l'ampio, intenso e fondamentale libro di S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Buenos Aires, 2020. Rispetto alla relazione tra *social network*, compagnie tecnologiche, cittadinanza e democrazia, F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019, p. 107 ss. In relazione alla più specifica questione dei rischi sugli alunni della propaganda in senso ampio nell'era digitale e le strategie per affrontare le sue diverse manifestazioni sviluppando le competenze digitali e la capacità critica, risulta di grande importanza lo studio di R. Hobbs, *Mind over media propaganda educación for a digital age*, New York, 2021. Sul modo in cui si informano gli adolescenti in un mondo digitale praticamente illimitato e le difficoltà e rischi attraverso le quali devono passare per utilizzare l'enorme

contenuti digitali, molte volte interattivi e in linea, per mezzo di piattaforme e dispositivi informatici ideati specificamente per l'ambito educativo da fornitori molto diversi. La denominata "Società in Rete" che si è venuta creando e sviluppando globalmente a partire dagli anni Novanta si sta altresì espandendo in forma sempre più rapida nel contesto educativo a tutti i livelli del sistema di istruzione, generalizzandosi nei centri educativi l'utilizzo di tecnologie dell'informazione e comunicazione che già risultano essere letteralmente imprescindibili per la creazione di contesti informativi digitali efficaci, complementari rispetto a quelli in presenza, che abilitino gli studenti ad avere le competenze necessarie per potersi orientare nel complesso mondo globale dei nostri giorni.

Da qui anche l'obbligo, sul piano dello sviluppo dello Stato costituzionale di diritto, di ripensare e riorientare l'istruzione che si applica sia all'interno delle istituzioni che la forniscono (centri educativi pubblici e privati), sia all'esterno, in altre reti e istituzioni nell'ambito sociale, d'accordo con le sfide che presenta quest'era digitale proteica in continuo sviluppo, sempre in posizione avanzata rispetto alle risposte politiche e giuridiche. Il sistema educativo non è estraneo all'evoluzione della società e la formazione che esso fornisce non è isolata dagli ambienti vitali dei discenti al di fuori dei suoi centri, così come di quegli altri che contribuiscono a disegnare la conformazione intellettuale, pedagogica, ideologica e psicologica dei docenti. Per queste ragioni, si deve incorporare detta dinamica nel processo formativo degli studenti. Ciò significa che devono essere ascoltate le necessità di dotare tutte le persone in corso di formazione, nonché i professori, della possibilità di accedere ad un'istruzione digitale adeguata, di qualità e permanentemente aggiornata; un'educazione digitale che permetta di interpretare criticamente gli elementi informativi e comunicativi, che sia coerente con i principi e valori che sostengono la democrazia e che risulti efficace al fine di realizzare l'obiettivo fondamentale di una formazione libera e piena della personalità dei discenti.

Per questa ragione, risulta fondamentale garantire in modo permanente la presenza di abilità, in generale, ai fini dell'utilizzo delle TIC con misure di protezione e senza intrusioni, affrontando altresì le falle dell'uguaglianza e di genere che notoriamente sono sorte a causa di diversi fattori, in particolare quello economico, a causa del costo elevato delle strutture e degli strumenti informatici che, essendo necessari, possono rappresentare un problema difficile da superare per le istituzioni educative dotate di scarsi ricorsi e una diminuzione per le famiglie con redditi bassi.

Internet, le nuove tecnologie della comunicazione, informazione ed intelligenza artificiale stanno rivoluzionando il mondo e si proiettano verso il futuro in modo esponenziale e senza poter tornare indietro. Questo nuovo scenario ed il suo impatto sull'istruzione non può essere visto, come a volte accade, solo da una prospettiva negativa che ingrandisce i rischi e pone in rilievo i pericoli, poiché le trasformazioni che produce e le potenzialità che contiene rappresentano altresì il lato positivo delle nuove opportunità di vita e convivenza, di cambio e sviluppo in tutti gli ambiti, così come offrono numerose possibilità aperte per lo sfruttamento massivo di un'infinità di ricorsi educativi in un processo di apprendimento permanente, anche autonomo, indipendentemente dalle distanze territoriali, senza frontiere e con piena flessibilità temporale. Qualcosa di così prezioso non può essere trascurato alla leggera. L'era digitale globale ha mostrato ampiamente il potenziale positivo e la ricchezza che questa rivoluzione scientifica e tecnica comporta in ambiti e aspetti ampi, fino al punto di aver contribuito in modo decisivo non solo a rendere possibile un salto di qualità impressionante nella ricerca in tutti i campi, ma anche per salvare alcuni servizi essenziali in situazioni di crisi collettiva, in particolare sanità e istruzione, ma non solo. Pensiamo agli effetti devastanti che la terribile pandemia di COVID-19 avrebbe potuto avere sulle nostre società complesse – e quindi fragili – che ancora ci attanagliano, se non fosse stato per lo sviluppo tecnologico digitale accelerato⁸.

Non si può certo negare che l'impatto del mondo digitale sull'istruzione attraverso l'uso delle nuove tecnologie, sia nella sfera sociale in generale che all'interno delle istituzioni educative, presenti anche

ventaglio di informazioni di Internet, mi rimetto a R. Morduchowitz, *Ruidos en la web. Cómo se informan los adolescentes en la era digital*, Buenos Aires, 2018.

⁸ Si veda, in questo senso, L. Cotino Hueso, *La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus*, in *Revista De Educación y Derecho*, 2021.

problemi, rischi e sfide importanti che richiedono un'attenzione particolare. Tutti questi aspetti sono stati ampiamente esposti nel Rapporto del Relatore Speciale sul diritto all'istruzione, Kishore Singh, indirizzato al Consiglio per i diritti umani, nel corso della 32ª sessione⁹. È molto illustrativo fare un cenno sommario del suo contenuto, in quanto ci permette di riflettere in modo critico ed equilibrato sulla doppia faccia del digitale nel contesto educativo. Apprezzando la persistenza delle grandi disuguaglianze che esistono nel mondo, esso mette in guardia sul *digital divide*, soprattutto nei paesi in via di sviluppo e in altri paesi meno sviluppati; sottolinea l'alto costo dell'infrastruttura tecnologica digitale e la perdita di uguaglianza che ciò può comportare per le istituzioni educative prive di risorse finanziarie sufficienti. Al di là di ciò, mette in guardia sulle possibili divisioni all'interno della società e sulla privazione dell'istruzione che i gruppi più emarginati, come le ragazze, le donne e le persone con disabilità, soffrono e potrebbero continuare a soffrire, così come la crescita delle disuguaglianze di genere, in particolare nei paesi meno sviluppati. Ma, allo stesso tempo, mette in evidenza le possibilità offerte dallo sfruttamento del pieno potenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per l'istruzione e il raggiungimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile¹⁰.

Forse con un certo eccesso apocalittico¹¹ per alcuni aspetti – sebbene indubbiamente basati sulla realtà – il Relatore accenna ad altri rischi dell'educazione digitale: “cyberbullismo, attività criminali, anche terroristiche, sfruttamento e abusi sessuali; anche altri derivati da pubblicità, spam, sponsorizzazioni, divulgazione di informazioni personali e contenuti aggressivi, violenti, odiosi, faziosi, razzisti, pornografici, disgustosi e fuorvianti”, motivo per cui gli Stati devono adottare complesse misure di osservazione e protezione, compresi quelli contro il “bullismo” e l’adescamento a fini sessuali, la partecipazione a truffe illegali o finanziarie.

Osserva, d'altra parte, che non vi sono prove che l'apprendimento online produca risultati migliori per gli studenti e pertanto si chiede se tali programmi migliorino effettivamente l'accesso o l'equità nell'istruzione, rilevando al contempo l'alto rischio di frode dovuto al rilascio di titoli accademici senza valore insieme con l'aumento permanente della privatizzazione dell'istruzione. Ritiene importante riconoscere anche, in contrasto con l'educazione in presenza e il valore delle interazioni umane nel suo quadro, i limiti del valore pedagogico dell'istruzione a distanza basata sulla tecnologia, che non dovrebbe, quindi, sostituire “pratiche pedagogiche consacrate”. Tuttavia, sottolinea il valore che la tecnologia può avere in classe nell'esercizio della funzione educativa degli insegnanti. Raccoglie la preoccupazione manifestata dalla Commissione per i diritti dell'infanzia circa i rischi che essi corrono con l'accesso a Internet, sia a scuola che a casa e sottolinea che occorre tener conto degli effetti delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione sulla qualità dell'apprendimento, soprattutto in assenza di fonti diversificate, il che potrebbe rafforzare “un sistema educativo monolitico”. Osserva, d'altra parte, che la popolarità di Google “sta facilitando la pigrizia, la scarsa qualità accademica e il pensiero remissivo” e mina la capacità degli studenti di concentrarsi e contemplare, avvertendo del rischio che i valori umanisti corrono nell'educazione come effetto pernicioso dei dispositivi digitali.

Per tutti questi motivi, esso incoraggia la necessità di promuovere la “missione umanistica dell'educazione” e inquadrare al suo interno le indubbe potenzialità positive delle tecnologie digitali, sottolineando l'obiettivo primario dell'educazione: il pieno sviluppo della personalità umana che si basa su quattro pilastri: imparare a conoscere, imparare a fare, imparare a vivere insieme e imparare ad essere¹².

D'altra parte, nel quadro della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, il “Comitato dei Diritti del fanciullo” (ivi istituito, art. 43) sottolinea l'importanza crescente che i bambini comprendano l'ambiente

⁹ Consiglio per i Diritti Umani, 32ª sessione. Rapporto del Relatore Speciale sul diritto all'istruzione del 6 aprile 2016, elaborato d'accordo con la Risoluzione 26/17.

¹⁰ L'obiettivo 4 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile 2030 approvato nel 2015 è il seguente: “Garantire un'istruzione inclusiva, equa e di qualità e promuovere opportunità di apprendimento permanente per tutti”.

¹¹ Lo fa notare L. Cotino Hueso, *La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus*, cit., p. 8.

¹² Pilastri postulati dalla Commissione internazionale sull'educazione per il 21° secolo nel suo rapporto all'UNESCO, “L'educazione contiene un tesoro” (1996).

digitale, gli usi e il trattamento dei dati personali e la sorveglianza, nonché gli effetti negativi che anche la digitalizzazione ha nelle società. Ha evidenziato che il diritto all'istruzione nell'ambiente digitale può consentire e migliorare notevolmente un'istruzione inclusiva di alta qualità, nonché rafforzare l'impegno tra l'insegnante e lo studente e tra gli studenti stessi. Per questo motivo, incoraggia gli Stati a sostenere le istituzioni educative e culturali affinché utilizzino e facilitino l'accesso alle risorse di apprendimento digitale e, in generale, per migliorare le opportunità di apprendimento online dei bambini per tutta la vita. Li incoraggia inoltre a investire in modo equo nelle infrastrutture tecnologiche nelle scuole e in altri ambienti di apprendimento per la formazione degli insegnanti sull'uso delle tecnologie digitali educative e nelle salvaguardie relative all'ambiente digitale, nonché a sostenere la creazione e la diffusione di risorse di questo tipo, garantendo che non siano esacerbate le disuguaglianze esistenti, come quelle vissute dalle ragazze. Raccomanda di sostenere l'apprendimento a distanza o mobile in quei luoghi e situazioni che ne hanno bisogno e di garantire risorse sufficienti nelle case per l'educazione digitale, evitando le disuguaglianze. Li incoraggia a sviluppare politiche, norme e linee guida al riguardo, assicurando che l'uso di queste tecnologie sia etico, trasparente e appropriato per scopi educativi. Ricorda loro l'obbligo di garantire l'alfabetizzazione digitale nelle scuole nell'ambito dei piani di studio, a partire dal livello prescolare, indicando gli obiettivi che devono essere raggiunti per rendere possibile una gestione sicura, compresi quelli relativi ai contenuti, alla collaborazione, alla partecipazione, alla socializzazione e impegno civico. Allo stesso modo, avverte che i piani devono includere una comprensione critica, una guida per ottenere fonti affidabili e per essere in grado di rilevare la disinformazione o informazioni false o distorte, tra gli altri aspetti, promuovere la consapevolezza tra i bambini sui possibili rischi, conseguenze negative e strategie adattative per proteggersi dai danni e prendersi cura dei propri dati personali e degli altri, nonché per sviluppare capacità di resilienza sociale ed emotiva¹³.

Le complesse e difficili situazioni di fatto in cui si trovano spesso i migranti in relazione all'istruzione e al loro diritto fondamentale a riceverla meriterebbero anche alcune considerazioni specifiche. Di questo si è occupato il Rapporto del Relatore Speciale sul diritto all'istruzione, Koumbou Boly Barry, inviato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel luglio del 2021¹⁴. Tutte le dimensioni culturali del diritto allo studio sono qui presenti ed è indubbio che le misure di inclusione adottate debbano avere una portata generica e integrata, non limitandosi alle questioni linguistiche e culturali, ma a tutte le dimensioni formative e a tutte le risorse necessarie, comprese le nuove tecnologie applicate all'istruzione.

Insomma, facendo queste analisi, l'educazione deve essere svolta in condizioni tali che, rompendo il divario digitale, cerchino una formazione che permetta a ciascuno di potersi comportare liberamente, stimolando le proprie conoscenze critiche in modo tale da poter distinguere ciò che è informazione veritiera da ciò che è falsità, disinformazione, intossicazione, adescamento ideologico o mera propaganda, espressa o subliminale. Dobbiamo essere consapevoli che è un'operazione oggi estremamente difficile da soddisfare, tenendo conto, da un lato, della saturazione eccessiva di messaggi emotivamente carichi (spesso semplici e populistici, che distillano odio e rifiuto verso chi è considerato diverso) che circolano permanentemente sui *social network* e sono facilmente accessibili anche dagli studenti. Non possiamo perdere di vista il fatto che tutti i cittadini sono, in ogni momento, oltre che destinatari, potenziali mittenti di messaggi in quanto titolari delle libertà di espressione e di informazione; e, dall'altro, il fatto che tali reti, condizionate dagli interessi – economici e non – delle grandi e potenti società tecnologiche che le forniscono e le sfruttano, tendono a privilegiare e a dare priorità ai messaggi più radicali atti a catturare maggiormente intensamente l'attenzione e l'emozione dei partecipanti alla relazione comunicativa. Barrios Andrés sottolinea che "la principale caratteristica

¹³ Convention on the Rights of the Child. Committee on the Rights of the Children. General Comment n° 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment.

¹⁴ Nazioni Unite. Assemblea generale. Settantaseiesimo periodo di sessioni. Relazione sul diritto all'istruzione del Relatore speciale Koumbou Boly Barry, in conformità con le disposizioni delle risoluzioni 8/4 e 44/3 del Consiglio per i diritti umani. 16 luglio 2021.

dirompente di questo fenomeno digitale può essere condensata nella capacità di distribuire informazioni e conoscenze in modo ampio e a grande velocità. Inoltre, Internet coinvolge direttamente gli utenti non solo come destinatari passivi di informazioni, ma anche come creatori e partecipanti attivi nei *social network* e nelle altre piattaforme web 2.0. Questa partecipazione attiva e il suo potenziale per fondare comunità al suo interno sono caratteristiche uniche di Internet e un risultato diretto della sua architettura, che offre decentramento, anonimato e portata planetaria con costi e requisiti molto bassi¹⁵. Internet è onnipresente e in numerose occasioni il flusso comunicativo, accompagnato da elementi propagandistici di natura molto diversa, si svolge in un quadro non più dialogico ed argomentativo, rafforzando così la frammentazione e il radicamento delle convinzioni e, con esso, la polarizzazione sociale e destabilizzazione politica, sia nei singoli paesi che nella comunità globale mondiale.

L'insieme di queste considerazioni e prospettive alimentano la necessità di realizzare un diritto all'educazione digitale che non sia tanto derivato, bensì inserito nello stesso contenuto essenziale del diritto allo studio dei nostri giorni. In questa prospettiva, l'educazione propriamente digitale, in un quadro conforme ai principi democratici della convivenza e dei diritti fondamentali, costituisce attualmente un requisito imprescindibile per qualsiasi sistema educativo in ogni società democratica; diventa cioè un elemento formativo imprescindibile che implica un compito specifico fondamentale, seppur molto complesso, sia per il potere pubblico che per la società civile. Da ciò dipende la possibilità stessa di esercitare il diritto all'istruzione come formazione che rende possibile lo sviluppo della personalità dei discenti, in libertà e per la libertà. Questo compito deve essere svolto non solo, ma preferibilmente, attraverso il sistema educativo, indipendentemente dalla titolarità pubblica o privata di centri a qualsiasi livello. Basta rendersi conto che, infatti, "gran parte della vita quotidiana è migrata su Internet al punto che Internet è diventato un mezzo rappresentativo della nostra cultura. Noi utenti, allo stesso tempo, abbiamo trasformato le nostre identità"¹⁶.

I problemi, i rischi e i pericoli segnalati, nonché il potenziale educativo del "digitale", supportano la necessità di istituire una formazione digitale sufficiente nei centri educativi in modo che le persone non solo sfruttino il loro potenziale educativo ma possano anche essere in condizione di conoscere e affrontare efficacemente questi rischi e sfide, consentendo loro di gestire con successo, con conoscenza e capacità critica, il flusso sempre più complesso e massiccio di informazioni e comunicazioni con cui dovranno confrontarsi e occuparsi per tutta la vita. Come dice Zygmunt Bauman, "in passato, l'educazione assumeva molte forme e si è dimostrata in grado di adattarsi a circostanze mutevoli, di fissare nuovi obiettivi e di elaborare nuove strategie. Ma il cambiamento attuale non è come i cambiamenti del passato. In nessun altro punto di svolta nella storia umana gli educatori hanno affrontato una sfida strettamente paragonabile a quella presentata dallo spartiacque contemporaneo. Molto semplicemente, non ci siamo mai trovati in una situazione del genere prima d'ora. Dobbiamo ancora imparare l'arte di vivere in un mondo saturo di informazioni. E dobbiamo anche imparare l'arte ancora più difficile di preparare le prossime generazioni a vivere in un mondo simile"¹⁷.

2. Il paradigma del diritto all'istruzione nelle disposizioni internazionali sui diritti umani, nel diritto dell'Unione Europea e nei diritti degli Stati, come presupposto della libera formazione della personalità

A questo punto, l'aspetto alla fine determinante è che l'educazione – sia che sia svolta in presenza o in forma digitale, in modo parziale o nella sua interezza – aderisca al paradigma normativo sostanziale stabilito nelle dichiarazioni e nei trattati internazionali dei diritti umani e da essi deducibili in interazione con il Diritto degli Stati costituzionali e, ove opportuno, con il Diritto dell'Unione

¹⁵ M. Barrio Andrés, *Génesis y desarrollo de los derechos digitales*, in *Revista de las Cortes Generales*, 110/2021, p. 201.

¹⁶ *Ibid.*, p. 206.

¹⁷ Z. Bauman, *Los retos de la educación en la modernidad líquida*, (trad.) Barcelona, p. 44.

Europea in ambito sovranazionale europeo. Quanto affermato circa il valore e la funzione dell'educazione trova un chiaro fondamento nella concezione esistente delle finalità e degli obiettivi dell'educazione come diritto umano negli stati costituzionali e democratici di diritto, secondo una comprensione multilivello del funzionamento dei principi fondamentali diritti e libertà in una società pluralistica e aperta. Un'altra cosa è che di fronte alla rivoluzione digitale e con le difficoltà poste dall'effettuare revisioni dei trattati, riforme costituzionali e giuridiche, non siamo ancora sufficientemente dotati di normative più specifiche e di uno sviluppo adeguato per affrontare queste nuove realtà. È necessario, quindi, interpretare il diritto all'istruzione in funzione del cambiamento sociale e tecnologico già avvenuto, stabilire normative complementari e più misure di sviluppo e protocolli d'azione conformi non solo con l'obiettivo di evitare rischi e pericoli che possono provenire dal mondo digitale (che sarebbe un approccio restrittivo e parziale) ma anche con lo sviluppo di garanzie e risorse adeguate e sufficienti affinché l'educazione possa essere esercitata secondo il contenuto sostanziale del diritto, rispettando e stimolando la libertà e la coscienza dei discenti, in condizioni di pieno accesso e permanenza nel sistema educativo, nel rispetto del principio di uguaglianza e non discriminazione, senza divari digitali o di genere. Ciò che conta, cioè, è che il paradigma democratico del diritto umano all'educazione sia garantito con la stessa dimensione ed efficacia anche nell'ambiente digitale. A seguire, faremo un breve giro attraverso questo paradigma

Nell'ambito internazionale universale, oltre che da molte altre fonti di *soft law*, il diritto all'istruzione è contemplato e tutelato in molteplici strumenti, a cominciare dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948, preambolo e art. 26). Si tratta, in particolare, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966, artt. 18.1 e 4); il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966, art. 13); la Dichiarazione dei diritti del fanciullo (1959, Principi 7 e 5); la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia (1989, artt. 28 e 29); la Convenzione dell'UNESCO contro la discriminazione nella sfera dell'istruzione (1960, art. 5); la Convenzione ONU sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (1978, articoli 5 e 10); la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1965, art. 5.e), paragrafo v); la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (1984, art. 10); la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità (2006, art. 24); e la Convenzione relativa allo status dei rifugiati, 1951, articolo 22)¹⁸.

In tutti questi strumenti internazionali, va notato che, nella loro configurazione, l'educazione come diritto umano si basa sulla pari dignità di tutte le persone, che ne sono titolari, costituendone oggetto e fine il libero sviluppo della personalità umana nel rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e l'emancipazione di tutte le persone a partecipare in condizioni di uguaglianza a una società libera. Ciascuno strumento internazionale sottolinea logicamente la propria prospettiva secondo la funzionalità e la portata per cui è stato concepito, nonché la natura dell'istruzione obbligatoria e gratuita ai livelli di base, l'accesso all'istruzione superiore basata sul merito e sulla capacità, il dovere degli Stati di ricercare una progressione nella gratuità dei livelli superiori a quello di base e di provvedere ai benefici, alle borse di studio e ai relativi aiuti secondo la natura socioeconomica del diritto, nonché la garanzia del suo esercizio, in condizioni di uguaglianza, senza discriminazione di alcun tipo¹⁹.

Alcuni di questi strumenti pongono un accento specifico sull'obbligo degli Stati che ne fanno parte di promuovere la cooperazione internazionale al fine di facilitare l'accesso, tra l'altro, a "metodi didattici moderni" (art. 28 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia) o all'adozione di misure, tra altri adeguamenti ragionevoli, per l'uso di mezzi e forme di comunicazione aumentati o

¹⁸ Sugli elementi del diritto all'educazione a questo livello, G. Cámara Villar, *Derecho a la educación. Art. 26 DUDH; art. 18.4 PIDCP; art. 13 PIDESC*, in C. Monereo Atienza, J.L. Monereo Pérez (coord.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Granada, 2014.

¹⁹ Allo stesso modo, sono riconosciute le diverse manifestazioni della libertà complementare di educazione come principio (libertà di scegliere il tipo di centro educativo che si desidera per i bambini o gli alunni, la possibilità per i genitori o tutori di scegliere la formazione da loro desiderata e la libertà di creare e dirigere centri educativi; la libertà accademica è tutelata, come nel sistema CEDU, sotto il manto della libertà di espressione).

alternativi appropriati e di tecniche e materiali educativi a sostegno delle persone con disabilità, nonché per la promozione dell'accesso di queste persone ai nuovi sistemi e tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 24.3 in relazione al punto 4).

Nell'ambito del Consiglio d'Europa²⁰, il Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 prevede al suo art. 2 una potente formulazione negativa del diritto "all'istruzione"²¹, sottolineando la prospettiva della libertà, non socio-economica e prestazionale del diritto, sebbene tale valutazione debba essere presa in termini molto relativi, poiché il suo stesso riconoscimento include necessariamente, come ha sottolineato la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'obbligo degli Stati di garantirlo a tutte le persone soggette alla rispettiva giurisdizione in conformità con i centri di istruzione esistenti in un determinato momento. In tal senso, ha preliminarmente affermato che tale diritto garantisce, in primo luogo, il diritto di accesso alle istituzioni educative esistenti in un determinato momento, e, inoltre, affinché il diritto sia effettivo, è necessario, tra l'altro, che i suoi titolari possono beneficiare della formazione ricevuta, cioè del diritto ad ottenere, secondo la normativa vigente in ciascuno Stato, in un modo o nell'altro, il riconoscimento ufficiale degli studi compiuti²². La Corte ha inoltre precisato che la norma si riferisce principalmente all'istruzione primaria e secondaria e che, per essere efficace, l'istruzione erogata deve essere adeguata ed appropriata, senza che possa escludersi l'inclusione in essa dell'istruzione superiore e di quella universitaria²³. Dal canto suo, la Carta Sociale Europea (sottoscritta a Torino nel 1961 e rivista a Strasburgo il 5 maggio 1996), testo fondamentale del Consiglio d'Europa, non formula in termini generali, per la propria portata, un diritto all'istruzione, ma fa riferimento nel suo art. 10 al diritto alla formazione professionale, la cui efficacia è un impegno che gli Stati acquisiscono, dovendo garantire o favorire la formazione tecnica e professionale di tutte le persone, comprese quelle con disabilità, e predisporre mezzi che consentano l'accesso all'istruzione tecnica superiore e all'istruzione universitaria in base alle attitudini individuali. È sancito l'impegno alla non discriminazione (art. 20), tra gli altri, negli ambiti della formazione e del riciclaggio professionale. Anche l'art. 17, dedicato al diritto dei bambini e degli adolescenti alla protezione sociale, giuridica ed economica, fa riferimento alla garanzia dell'istruzione e della formazione di cui hanno bisogno, "in particolare prevedendo la creazione o il mantenimento di istituzioni o servizi adeguati e sufficienti per tale scopo", alla garanzia dell'istruzione primaria e secondaria gratuita ed a favorire la regolare frequenza scolastica. Infine, sotto la rubrica "diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale", gli Stati si impegnano ad adottare misure che promuovano, tra l'altro, un effettivo accesso alla formazione e all'istruzione per le persone in situazione di esclusione o povertà e le loro famiglie (art. 30).

Nell'ambito sovranazionale dell'Unione Europea, il diritto all'istruzione ha ovviamente seguito lo stesso corso degli altri diritti fondamentali nel processo di sviluppo dell'integrazione dai Trattati originari degli Anni Cinquanta del secolo scorso ad oggi. In questo processo, la Corte di Giustizia non ha individuato nella sua giurisprudenza un diritto fondamentale all'istruzione in senso proprio e specifico²⁴, pur affrontando vari aspetti legati all'istruzione, ma sempre vincolati ai principi e alle libertà del mercato unico: tra altri, discriminazione basata sulla nazionalità o violazione della libera circolazione dei lavoratori²⁵. Il diritto all'istruzione è stato sancito normativamente, dopo precedenti

²⁰ Su quest'ambito, insieme a quello dell'Unione europea, G. Cámara Villar, *El derecho a la educación en la Unión Europea*, in F. Balaguer Callejón, P. Cruz Villalón, P. Grossi, P. Häberle, S. Mangiameli, G. Milano, J. Miranda, D. Schefold (coord.), *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, p. 301 ss.

²¹ "Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno" (art. 2, comma 1, Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, Parigi, 20 marzo 1952).

²² Caso "relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico nell'insegnamento in Belgio", Sentenza del 23 luglio 1968.

²³ Rispettivamente *Oršuš and Others c. Croazia*, Sentenza del 17 luglio 2008 e *Leyla Şahin c. Turchia*, sentenza del 10 novembre 2005.

²⁴ J. Martín Y Pérez De Nanclares, *Derecho a la Educación. Comentario al art. 14*, in A. Mangas Martín (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, p. 310.

²⁵ Possono citarsi in questo senso, tra le altre, le seguenti sentenze: *Gravier*, ricorso 293/83, 13 febbraio 1985; *Blaziot*, ricorso 24/86, 2 febbraio 1988; *Forcorsocheri c. Belgio*, ricorso 152/1982, 13 luglio 1983; *Casagrande*, ricorso 9/1974, 3

tentativi di elaborare una Carta dei diritti non andati a buon fine, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, prima solennemente proclamata nel 2000, ma senza carattere giuridicamente vincolante, e successivamente con il riconoscimento della presente Carta, dal Trattato di Lisbona, dello stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione, come adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (art. 6.1 TUE), la cui entrata in vigore è avvenuta il 1° dicembre 2009.

Il diritto allo studio in ambito europeo si configura anche attraverso i quattro aspetti fondamentali che possono essere apprezzati, in termini generali, a livello internazionale e nelle norme costituzionali degli Stati membri: a) il riconoscimento stesso come diritto fondamentale e generale di ogni persona all'istruzione compreso, quale aspetto specifico di particolare rilievo ai fini dell'Unione, l'accesso alla formazione professionale e permanente; b) la "facoltà" di ricevere l'istruzione obbligatoria gratuita; c) il rispetto della libertà di creare centri educativi, nel rispetto dei principi democratici, in conformità con le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto; e d) il rispetto del diritto dei genitori, secondo le leggi nazionali, a garantire l'educazione e l'insegnamento dei figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche. Le fonti materiali per determinare il contenuto di questo diritto, come per gli altri, sono anche le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, l'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU e la giurisprudenza emanata al riguardo dalla Corte EDU, nonché le norme internazionali, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e la Carta sociale europea. Come ha evidenziato Cotino Hueso, la libera circolazione dei lavoratori e le qualifiche per l'accesso al mercato del lavoro stanno generando "una *vis atractiva* della formazione professionale e dell'istruzione universitaria nel diritto comunitario, fino a un'europeizzazione del diritto all'istruzione"²⁶. Tuttavia, per quanto riguarda l'azione stessa che può essere svolta direttamente in materia educativa dalle istituzioni europee, va tenuto presente che i poteri dell'Unione in questo settore sono quelli di coordinare, sostenere o completare l'azione degli Stati membri. con finalità europea, nell'istruzione e nella formazione professionale, a cui si aggiungono la gioventù e lo sport (artt. 9 e 6 TFUE e Titolo XII della Parte Terza (art. 165). Questa situazione si spiega, anche se non si giustifica, in forza dello "straordinario zelo" degli Stati membri nel mantenere i propri poteri in materia in modo che i rispettivi sistemi educativi siano sotto il loro esclusivo controllo²⁷, al servizio della propria identità più che della costruzione di un'identità europea, materia in cui, senza dubbio, sarebbe uno dei suoi principali motori.

Dal punto di vista interno nazionale degli Stati membri dell'Unione Europea, la disciplina del diritto allo studio nei diversi testi costituzionali è certamente molto disomogenea, sebbene in tutti vi siano disposizioni volte a renderne possibile il soddisfacimento come uno dei compiti ineludibili ed essenziali dei poteri pubblici, anche se in alcuni paesi si è cercato di sottolineare che la funzione educativa è il compito primario della famiglia²⁸. Il diritto allo studio è inequivocabilmente parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, a prescindere dal fatto che le norme contenute nelle rispettive disposizioni costituzionali possano differire significativamente tra loro. È noto che il concetto di "tradizioni costituzionali comuni" si riferisce a un patrimonio storico comune di concezioni e idee consolidate nel tempo, piuttosto che a coincidenze tra un insieme di testi. In questo senso, le Costituzioni degli Stati dell'Unione, senza eccezione, includono norme relative all'educazione in misura maggiore o minore e con maggiore o minore precisione nei testi di diritto che ad esse danno garanzia; tutti rivelano concezioni comuni circa l'istruzione delle persone e la sua centralità in ogni

luglio 1974; *Humbel*, ricorso 263/86, 27 settembre 1988; *Sylvie Lair*, ricorso 39/1986, 21 giugno 1988; *Baumbast*, ricorso C-413/99, 17 settembre 2002.

²⁶ L. Cotino Hueso, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, 2012, p. 28.

²⁷ P. Mellado Prado, *La educación en la Unión Europea: una panorámica general*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 12/2007, p. 14.

²⁸ Così, in Irlanda, l'art. 42.1 Cost. stabilisce che lo Stato riconosce che "l'educatore naturale e primario dei bambini è la famiglia", prevedendo nel suo comma 2 la possibilità, altresì, che i genitori decidano liberamente di svolgere tale formazione a casa o in scuole costituite per iniziativa privata o dello Stato.

ordinamento, secondo una linea coerente con la dimensione internazionale sopra ricordata²⁹. Sulla stessa linea, l'articolo 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha anche evidenziato, come è stato affermato, la quintessenza delle diverse dimensioni del diritto, genericamente inteso, che nelle loro linee principali sono incorporate, esplicitamente o implicitamente, nelle disposizioni costituzionali degli Stati. La maggior parte dei paesi dell'Unione riconosce e garantisce espressamente questo diritto, in varie forme, come diritto fondamentale, mentre altri semplicemente lo danno per scontato e testualmente pongono l'accento non tanto sulla dimensione del diritto soggettivo quanto su quella oggettiva della funzione che lo Stato deve svolgere sul sistema educativo per garantire l'istruzione a tutti, nonché su altri elementi centrali del diritto e del principio della libertà di istruzione (l'istruzione gratuita di base e la sua obbligatorietà, la libera scelta dai genitori del tipo di centro, ecc.)³⁰.

Come si vede, il paradigma normativo esistente a livello internazionale, sovranazionale ed europeo sul diritto all'istruzione non fa espresso e specifico riferimento all'educazione digitale, forse per ragioni legate all'epoca in cui tali norme sono state elaborate; ma la configurazione normativa del diritto e le sue garanzie la coprono, a mio avviso, integralmente, in quanto tratta aspetti modaliali per svolgere l'educazione in un regime di concorrenza e interazione con la formazione in presenza; ovvero, entrambe sono forme che creano e gestiscono ambienti, utilizzano media e strumenti che confluiscono tra loro e sviluppano contenuti attraverso i quali gli scopi e gli obiettivi dell'educazione devono essere soddisfatti con tutte le garanzie, motivo per cui devono essere orientati al libero sviluppo della personalità, nel quadro di valori e principi democratici e rispetto della dignità della persona e dei diritti e delle libertà fondamentali. Va notato che, a causa dell'emergere del digitale nel mondo e per il fatto che questa dimensione permea già la vita quotidiana delle persone, l'educazione propriamente digitale acquista un carattere decisivo e si integra con piena naturalezza, come una delle sue sfaccettature, nel contenuto essenziale del diritto fondamentale all'istruzione³¹.

3. Nuovi sviluppi in materia di diritto all'educazione digitale

L'emergere e lo sviluppo permanente del cyberspazio nell'era digitale caratterizza pienamente la realtà del Ventunesimo secolo e la diffusione degli ambienti virtuali, all'interno del suo quadro, è già essenzialmente e indissolubilmente legata alla formazione in modo esponenziale. Il campo educativo è particolarmente favorevole all'incorporazione di nuove modalità di formazione dipendenti dall'uso sempre più ampio e intenso di potenti strumenti digitali. Questo campo non può essere lasciato al libero gioco di fattori e interessi economici, non solo perché il mercato non può correggere i difetti e i rischi che esso pone, né perché l'autoregolamentazione non è affidabile; non può essere perché si

²⁹ Si vedano le Costituzioni di Austria (artt. 17 e 18, *Staatsgrundgesetz, vom 21 Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder*); Belgio (art. 24.3 della Costituzione del 17 febbraio 1994); Bulgaria (art. 53.1 della Costituzione del 12 luglio 1991); Cipro (art. 20.1 del 16 agosto 1960); Repubblica Ceca (art. 33.1 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali del 16 dicembre 1992); Spagna (art. 27 della Costituzione del 6 dicembre 1978); Estonia (art. 37 della Costituzione del 28 giugno 1992); Finlandia (art. 16 della Costituzione dell'11 giugno 1999); Francia (art. 13 del Preambolo della Costituzione del 1946, in riferimento al Preambolo della Costituzione del 4 ottobre 1958); Grecia (art. 16.4 della Costituzione del 9 giugno 1975); Ungheria (art. X della Costituzione del 25 aprile 2011); Italia (art. 34 Cost. 22 dicembre 1947); Lettonia (art. 112 della Costituzione del 15 febbraio 1922); Lussemburgo (art. 23 della Costituzione del Granducato del 17 ottobre 1868); Polonia (art. 70 della Costituzione del 2 aprile 1997); Portogallo (artt. 73 e 74 della Costituzione del 2 aprile 1976); Romania (art. 32.1 della Costituzione dell'8 dicembre 1991); Slovacchia (art. 42.1 della Costituzione del 1 settembre 1992); Slovenia (art. 57 della Costituzione del 20 giugno 2006), della Svezia (art. 2.2 della Costituzione del 1 gennaio 1975) e del Regno Unito (art. 2, *Human Rights Act* del 9 novembre 1998).

³⁰ Così, la Germania (art. 7 Legge fondamentale di Bonn del 23 maggio 1949); Danimarca (art. 76 della legge costituzionale del 5 giugno 1953); Irlanda (art. 42 della Costituzione del 1 luglio 1937); Lituania (artt. 40 e 41 della Costituzione del 25 ottobre 1992); Malta (artt. 10 e 11 della Costituzione del 21 settembre 1964) e Paesi Bassi (art. 23 Cost.).

³¹ Con riferimento alla Spagna si vedano, tra gli altri, D. Jove Villares, *El derecho a la educación digital en España. Regulación jurídica e importancia para la preservación del estado democrático de Derecho*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 25/2021, p. 94 ss.; M.M. Serrano Pérez, *La educación digital constitucional como contenido esencial del derecho fundamental a la educación*, in *Revista Derechos Humanos y Educación*, 4/2021.

tratta di una nuova dimensione centrale e particolarmente rilevante di un diritto fondamentale, cioè una dimensione *sine qua non*, per la possibilità stessa di educare secondo il paradigma aperto e democratico stabilito dalle norme internazionali e costituzionali sul diritto all'educazione a cui abbiamo accennato prima, per la quale prevale qui un fondamentale interesse pubblico che riguarda tutti³². In altre parole, il diritto all'istruzione include necessariamente nei suoi contenuti, come dimensione performativa, la formazione digitale, che costituisce un compito nuovo e un obbligo imprescindibile dei poteri pubblici per poter soddisfare adeguatamente le finalità del diritto all'istruzione nella dimensione umanistica prevista dal diritto dei diritti umani. Non è solo una garanzia in più di carattere istituzionale, bensì di una dimensione del diritto all'educazione in essa inserita, che la circonda e la permea ai nostri giorni, poiché è in ambienti in presenza e virtuali, senza soluzione di continuità, dove gli studenti, in modo "naturale", svilupperanno la loro personalità e la loro identità nelle diverse fasi attraverso le quali passa la loro esperienza di vita³³. Se questo è stato il caso degli studenti che negli ultimi anni sono stati "immigrati digitali" dalla fine del Ventesimo secolo, mentre la trasformazione digitale avveniva più lentamente, attualmente i minori che iniziano la scuola sono tutti, in generale e in un modo o nell'altro, da anni "nativi digitali" (salvo, purtroppo, coloro che sono vittime del digital divide, in qualsiasi misura e a qualsiasi livello, per motivi di esclusione economica, sociale o territoriale, o per altri fattori)³⁴. La formazione per affrontare le questioni umane e i problemi che tutte le persone incontreranno gradualmente nel loro sviluppo, così come la competenza e la creatività per la vita in tutte le sfere (professionale, sociale, economica, culturale, emotiva, affettiva...) dipenderanno dalla loro possibilità di accesso a tutte le informazioni, comunicazioni, partecipazione, interazione e formazione che si generano nei diversi ambienti virtuali che abitano il mondo online, oggi tanto reale quanto il mondo offline perché quest'ultimo si riversa nel primo, nonché la capacità di ciascuno di gestire le tecnologie digitali e interpretare criticamente i contenuti. Internet, per la sua ubiquità, ci circonda e condiziona la nostra vita quotidiana. Internet è "un ambiente onnipresente e onnisciente"³⁵. L'alfabetizzazione digitale, in corrispondenza, deve essere promossa con particolare impegno, poiché l'esclusione sociale ed economica che l'analfabetismo digitale comporta incide nella maniera più negativa e limitante sulla dignità della persona, sul suo libero sviluppo e sulla stessa possibilità di fruire di un "diritto a vivere" con dignità attraverso la quale possono esercitare e godere pienamente dei diritti fondamentali di cui ogni persona ha diritto e deve trovarsi inevitabilmente in condizioni di parità.

Inoltre, la fondamentale funzione socializzante del sistema educativo e della cultura in generale, se persistono alti livelli di analfabetismo digitale, risentirebbe in modo significativo senza le possibilità offerte dalle competenze digitali di base dei cittadini; ciò limiterebbe anche gravemente le stesse capacità di integrazione e coesione sociale di cui ha bisogno ogni società democratica e aperta.

In questo senso, applicando un approccio globale ai diritti umani, la risoluzione delle Nazioni Unite del 2018 sulla promozione, protezione e godimento dei diritti umani su Internet, sottolinea nel suo preambolo che "l'accesso alle informazioni su Internet offre grandi opportunità in molti ambiti della vita, in particolare un'istruzione accessibile e inclusiva a livello globale, costituendo così uno strumento importante per facilitare la promozione del diritto all'istruzione, sottolineando al contempo

³² Nonostante l'evidente esistenza nel campo dell'insegnamento e della formazione di offerta e domanda, non si può affermare che si tratti di una situazione di mercato, poiché "la forma generale che il sistema assume è quella del servizio pubblico, sebbene vi siano delle aree all'interno del sistema dove dominano le leggi del mercato", cit. I. Fernández De Castro, *Sistema de enseñanza y democracia*, Madrid, 1980, p. 80.

³³ Si veda uno sviluppo più ampio ed integrato nei suoi differenti aspetti in S. Pérez Álvarez, *El derecho del menor a ser educado conforme a su propia conciencia en la era digital*, Madrid, 2021, specialmente nel Capitolo III, p. 121 ss., con riferimenti specifici alla Spagna.

³⁴ Illustrativo di questa situazione in Europa è il fatto che, secondo Eurostat (2019), un quarto delle famiglie a basso reddito non ha accesso ai computer o alla banda larga, sebbene con evidenti differenze a seconda del reddito familiare e delle aree nei diversi paesi dell'Unione. Si percepisce l'esistenza di un divario relativo tra aree urbane e rurali (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals)

³⁵ M. Barrio Andrés, *Génesis y desarrollo de los derechos digitales*, cit., p. 209.

la necessità di affrontare l'alfabetizzazione digitale e affrontare le lacune digitali, poiché incidono sulla fruizione del diritto all'istruzione"³⁶.

Nell'Unione Europea, l'Agenda Digitale per l'Europa, nel quadro della strategia Europa 2020, si è posta l'obiettivo di muoversi verso una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva che richiedesse, tra l'altro, una trasformazione digitale a lungo termine per realizzare "una società ed un'economia digitali in modo sempre più crescente"³⁷. Pur trattandosi di un'Agenda molto orientata all'ambito dell'economia digitale e della formazione professionale, essa doveva necessariamente occuparsi di educazione con questa prospettiva centrata sulla persona, in corrispondenza del rispetto del diritto allo studio riconosciuto nella CDFUE. Pertanto, al punto 2.6.1 della presente Agenda, dedicata alla "alfabetizzazione e formazione digitale", essa ha stabilito la natura essenziale di "educare i cittadini europei all'uso delle TIC e dei media digitali e, in particolare, attrarre i giovani verso l'istruzione nelle TIC"; sulla stessa linea, ha confermato "il sostegno ad attività di sensibilizzazione nazionali ed europee al fine di promuovere l'istruzione, le carriere ed i posti di lavoro nelle TIC, tra i giovani, nonché promuovere l'alfabetizzazione digitale tra i cittadini, la formazione nelle TIC per i lavoratori e l'adozione delle migliori pratiche", sottolineando, tra gli altri aspetti, che gli Stati membri dovrebbero "integrare l'e-learning nelle politiche nazionali per la modernizzazione dell'istruzione e della formazione, compresi i curricula, e valutare i risultati dell'apprendimento e lo sviluppo professionale di insegnanti e formatori". Le "competenze digitali" costituiscono un concetto chiave nelle politiche dell'Unione Europea ed è nel suo quadro che l'educazione digitale dovrebbe essere compresa e integrata. Il Quadro Europeo delle Competenze Digitali per la Cittadinanza, noto anche come *DigComp*, nelle sue versioni 1.0 (2013), 2.0 (2016) e 2.1 (2017) è arrivato a definire fino a otto livelli di competenza e attitudini digitali per i cittadini ad accedere al flusso di informazioni complesso e permanente con la capacità di comprenderlo e analizzarlo criticamente³⁸.

Il primo Piano d'azione per l'educazione digitale dell'Unione Europea (2018-2020) si basava sulla necessità di promuovere e potenziare le competenze digitali e migliorare l'adozione di queste tecnologie nell'istruzione. I dati allora disponibili supportavano questa esigenza: meno della metà dei bambini iscritti a scuola frequentava scuole altamente attrezzate sul piano digitale; solo il 20-25% di loro ha svolto il proprio apprendimento con insegnanti che utilizzano queste tecnologie; il 18% delle scuole primarie e secondarie non disponeva di una connessione a banda larga; il 37% dei lavoratori dell'UE aveva poca o nessuna competenza digitale. Questo piano ha individuato tre priorità, per ciascuna delle quali ha pianificato una serie di misure con 11 azioni in totale per aiutare gli Stati membri ad affrontare le sfide della digitalizzazione nell'istruzione³⁹. L'UE ha rinnovato questo piano

³⁶ Nazioni Unite, Assemblea generale, Consiglio per i diritti umani, Risoluzione A/HRC/38/L.10 sulla promozione, protezione e godimento dei diritti umani su Internet, del 2 luglio 2018. Si fa menzione speciale, tra l'altro, alla necessità di promuovere l'alfabetizzazione digitale, con specifico riferimento all'istruzione e alla formazione di donne e ragazze nelle tecnologie digitali.

³⁷ Commissione Europea Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Un'Agenda Digitale per l'Europa", Bruxelles, 19.5.2010 (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:it:PDF>).

³⁸ DigCom 2.1. Quadro delle competenze digitali per la cittadinanza, con otto livelli di competenza ed esempi di utilizzo. AUPEX, 2018 (Pubblicato originariamente in inglese come "DigComp 2.1: The Digital Competence Framework for Citizens with otto livelli di competenza ed esempi di utilizzo" (<http://europa.eu/!Yg77Dh>) dal Centro comune di ricerca della Commissione europea, 2017. Autori: Stephanie Carretero, Riina Vuorikari e Yves Punie. V. anche P. Fernández de Castro, V. Sampedro, D. Aranda, S. Moyano, *Digital social education: a system review*, in UOC, settembre 2020.

³⁹ Commission Staff Working Document, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Digital Education Action Plan (EUR-Lex - 52018SC0012). Sintesi delle priorità e delle azioni: a) utilizzare meglio la tecnologia digitale per l'insegnamento e l'apprendimento (tra le altre azioni, affrontare il divario di connettività, sostegno per connessioni a banda larga ad alta velocità, preparazione digitale delle scuole, istituzione di un quadro per il rilascio di diplomi certificati digitalmente e la convalida delle competenze acquisite digitalmente); b) Sviluppare competenze e capacità digitali (tra le altre misure, la creazione di una piattaforma europea per l'istruzione superiore digitale rivolta ad offrire apprendimento online, corsi di formazione, campagna di sensibilizzazione sulla sicurezza online, igiene informatica e alfabetizzazione mediatica, promozione delle competenze digitali e aziendali); c) Migliorare i sistemi educativi attraverso l'analisi dei dati e i processi di previsione (tra le altre misure, avvio di uno studio di riferimento sull'integrazione dell'uso delle TIC nell'istruzione, lancio dell'intelligenza artificiale e

iniziale con il nuovo Piano d'azione per l'istruzione digitale (2021-2027) dopo la tremenda esperienza vissuta con la pandemia di COVID-19, che ha potenziato l'uso senza precedenti delle tecnologie digitali in tutti i settori e, in modo particolarmente intenso, nell'istruzione e formazione, evidenziando le sfide ancora poste dalle capacità digitali delle istituzioni educative, dalla formazione degli insegnanti e dai livelli generali delle competenze digitali di fronte alle esigenze dell'apprendimento online e ibrido. Questo piano persegue una visione strategica per lo sviluppo a lungo termine di un'istruzione digitale di qualità in Europa, che sia inclusiva e accessibile; una maggiore cooperazione nell'Unione in materia; un miglioramento della qualità e la quantità dell'insegnamento attraverso le tecnologie digitali e la fornitura di infrastrutture adeguate. A tal fine, contempla due aree prioritarie: a) promozione dello sviluppo di un ecosistema educativo digitale ad alte prestazioni e b) miglioramento delle competenze e capacità digitali per la trasformazione digitale⁴⁰. Questa linea di azione nell'Unione Europea ha portato alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il programma Europa Digitale per il periodo 2021-2027⁴¹ e, infine, al Regolamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021, che istituisce il Programma Europa digitale e abroga la Decisione (UE) 2015/2240⁴², che sottolinea la necessità per l'Unione Europea di avere mercati del lavoro e sistemi di istruzione e formazione adeguati all'era digitale; sistemi che ovviamente devono essere sviluppati nel pieno rispetto dei principi e dei valori dell'Unione e del sistema dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi e, in tal senso, vincolano pienamente gli organi e le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri nell'applicazione del diritto europeo.

In Spagna, la Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali, incorpora e adatta al nostro ordinamento le disposizioni delle nuove normative europee contenute nel Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'UE⁴³. In questa materia, l'inserimento della garanzia dei diritti digitali, a cui la Legge dedica il suo Titolo X e tra i quali c'è proprio il "diritto all'educazione digitale", costituisce una particolare novità e un'evoluzione di particolare rilievo. La sezione 1 dell'art. 83 sancisce tale diritto in campo educativo, nel quadro dei principi della dignità umana, della giustizia sociale e della sostenibilità ambientale, dei valori costituzionali e del sistema dei diritti fondamentali, in particolare nel rispetto e nella garanzia dell'intimità personale familiare e la protezione dei dati personali, dovendo il sistema educativo garantire "il pieno inserimento degli studenti nella società digitale e l'apprendimento del consumo responsabile e dell'uso critico e sicuro dei media digitali". In tal modo, essa si collega pienamente con il principio costituzionale stabilito dall'art. 27.2 CE per l'insieme del sistema educativo.

Nella prospettiva dell'approccio qui seguito del diritto all'educazione digitale, la legge sottolinea anche il carattere inclusivo che le azioni in questo ambito devono avere, in particolare in relazione agli studenti con bisogni educativi speciali. D'altra parte, nella misura in cui si tratta di un diritto funzionale, stabilisce nel suo secondo comma l'obbligo delle amministrazioni educative di includere nello sviluppo del curriculum la competenza digitale, nonché "gli elementi relativi alle situazioni di rischio derivati dal uso inadeguato delle TIC, con particolare attenzione alle situazioni di violenza su Internet". Il comma 2 fa riferimento a una risorsa umana fondamentale e determinante in materia, il corpo docente, che "riceverà le competenze digitali e la formazione necessaria" al riguardo, mentre il comma 3 è volto a garantire che i piani di studio degli studenti universitari offrano una "formazione all'uso e alla sicurezza dei media digitali e alla garanzia dei diritti fondamentali su Internet". Il comma

di analisi dell'apprendimento nell'istruzione, prospettive strategiche della trasformazione digitale per la futuro dei centri educativi).

⁴⁰ Commission Staff Working Document, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Digital Education Action Plan 2021-2027, "Resetting education and training for the digital age" (EUR-Lex - 52020SC0209)

⁴¹ Bruxelles, 6.6.2018 COM(2018) 434 final (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:321918fd-6af4-11e8-9483-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF).

⁴² Testo del Regolamento (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0694&from=EN>)

⁴³ Regolamento UE 2016/679, 27 aprile 2016.

4 si conclude con l'indirizzare un mandato alle Pubbliche Amministrazioni affinché incorporino le questioni relative alla garanzia dei diritti digitali (in particolare quello della protezione dei dati) ai programmi delle prove di ammissione agli organi superiori e a quelli che implicano l'accesso alle informazioni personali. Vale anche la pena menzionare altri due aspetti connessi e rilevanti presenti in questa legge nella materia in esame: in primo luogo, che l'art. 92 stabilisce l'obbligo dei centri educativi (nonché delle eventuali persone fisiche o giuridiche che svolgono attività a cui partecipano minori) di garantire "la tutela dell'interesse superiore del minore e dei suoi diritti fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, nella pubblicazione o diffusione dei suoi dati personali attraverso i servizi della società dell'informazione"; in secondo luogo, che l'Ottava disposizione finale modifica la Legge Organica 6/1981, del 21 dicembre, sulle Università, e aggiunge al comma 2 dell'art. 46.2 il riconoscimento del diritto degli studenti alla "formazione all'uso e alla sicurezza dei media digitali e alla garanzia dei diritti fondamentali su Internet". Congiuntamente agli obiettivi fissati dall'UE in materia, si tratta di stabilire un insieme di obblighi per le autorità pubbliche affinché il sistema educativo, come ha sottolineato Rallo Lombarte, "garantisca una gestione soddisfacente e sufficiente degli strumenti digitali nel sistema educativo e un uso presieduto da uno scrupoloso rispetto dei diritti e delle libertà proprie e del resto della cittadinanza"⁴⁴.

Merita speciale considerazione il fatto che la Carta dei diritti digitali della Spagna contempra proprio il "diritto all'educazione digitale" e stabilisca linee guida e ispirazione per il suo sviluppo. Questa Carta è stata redatta da un gruppo di esperti su iniziativa del Ministero dell'Economia e della Trasformazione Digitale nel 2020. Si tratta ovviamente di un documento non normativo, ma che ha un obiettivo non solo descrittivo, ma anche prospettico e prescrittivo (come nello stesso si evidenzia), in quanto non solo descrive e pesa i diritti nel contesto digitale, ma li visualizza, prende coscienza della loro realtà e impatto e anticipa anche scenari prevedibili, essendo così orientato a riaffermare principi, tecniche e politiche tipiche della "cultura dei diritti fondamentali" in ambito digitale, in modo tale da anticipare il trattamento giuridico fondamentale e l'effettiva realizzazione che tali diritti dovrebbero avere negli ambienti digitali. Tutto ciò ha un valore indiscutibile per possibili riforme normative e per la definizione ed applicazione di politiche pubbliche che garantiscano meglio i diritti nel mondo virtuale alla luce delle conoscenze già disponibili.

Per quanto riguarda in particolare il diritto all'educazione digitale, la Carta lo valuta con un occhio all'apprendimento dell'uso dei media digitali finalizzato a una trasformazione digitale della società incentrata sull'essere umano, con chiara ispirazione, per questo, verso il rispetto della dignità umana, la garanzia dei diritti fondamentali e dei valori costituzionali. Prescrive, gli altri aspetti, il rafforzamento della formazione degli insegnanti nelle competenze digitali con questo stesso orientamento; contempla l'offerta di alternative a coloro che non possono o non vogliono utilizzare le risorse digitali, in condizioni di uguaglianza; determina la promozione dei diritti dei cittadini in relazione all'intelligenza artificiale e stabilisce la necessità di valutare l'impatto dei progetti algoritmici sui diritti digitali nel caso di processi decisionali automatizzati o semiautomatici. Sono riconosciuti come diritti: il rispetto dei principi di buon governo e del diritto a una buona amministrazione nel contesto digitale e dei principi etici nella progettazione e nell'uso dell'intelligenza artificiale; alla trasparenza sull'uso degli strumenti di intelligenza artificiale e sul loro funzionamento e portata "in ogni specifica procedura e, in particolare, per quanto riguarda i dati utilizzati, il suo margine di errore, il suo ambito di applicazione e la sua natura decisionale o extra-decisionale", per la quale si rinvia alla normativa di legge affinché si verifichi che il codice sorgente non generi esiti discriminatori; ad ottenere una motivazione comprensibile "in linguaggio naturale" delle decisioni che vengono adottate nell'ambiente digitale; a che l'adozione di decisioni discrezionali sia riservata ai soggetti, salvo diversa previsione di decisioni automatizzate con le opportune garanzie. Si tratta di linee precise pienamente orientate al

⁴⁴ A. Rallo Lombarte, *Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales*, in A. Rallo Lombarte (coor.), *Tratado de protección de datos*, Valencia, 2019, p. 32. Un commento più esteso delle suddette disposizioni in D. Jove Villares, *El derecho a la educación digital en España. Regulación jurídica e importancia para la preservación del estado democrático de Derecho*, cit.

rispetto e alla promozione dei diritti fondamentali che tracciano il quadro concettuale e giuridico necessario per sviluppi normativi più ampi e specifici del diritto all'educazione digitale.

Infine, vale la pena sottolineare che questa prospettiva è avvalorata dai risultati del processo di consultazione svolto dalla Conferenza sul futuro dell'Europa. La relazione sul risultato finale (maggio 2022) include la proposta per una futura Carta dei diritti digitali e, tra gli altri aspetti del mondo digitale, contempla nella proposta 32 la "alfabetizzazione digitale" di tutti i cittadini europei, facilitando l'accesso all'istruzione digitale formale e non formale e la formazione ed istruzione nelle competenze, anche nei programmi scolastici, durante tutte le fasi della vita, con particolare attenzione all'inclusione dei gruppi vulnerabili, degli anziani e dei bambini, nonché ad affrontare le disuguaglianze, compreso il divario di genere. Allo stesso modo, propone di garantire l'accessibilità, un uso sano di Internet e la formazione nelle competenze digitali, l'accesso ai servizi essenziali non solo di persona ma anche attraverso mezzi digitali, una certificazione europea delle competenze digitali nelle scuole e lo sviluppo di misure di coordinamento per il miglioramento delle competenze dei lavoratori e la formazione di esperti digitali; e, in generale, promuovere la digitalizzazione dell'istruzione, compresa l'istruzione superiore⁴⁵.

4. Una prospettiva complementare: pluralismo sociale e territoriale e diritto all'istruzione

Quando si affronta il diritto all'istruzione nella società aperta, bisogna anche considerare, in forma intrecciata con le precedenti considerazioni, come questo si dispiega nel quadro del pluralismo sociale e territoriale. In precedenza, abbiamo fatto riferimento al fatto che le nostre società moderne sono sempre più complesse in quanto ospitano nello stesso spazio una diversità senza precedenti di identità etniche, culturali e linguistiche. Una diversità che è progressiva e in continuo cambiamento dinamico nel mondo globale. In questo senso, è sistematicamente essenziale che lo stato della società aperta e del sistema politico possa raggiungere determinati livelli di unità e integrazione. Ma, contrariamente a quanto ci mostra il passato, la coesione di base e strutturalmente fondamentale a cui ci riferiamo non può essere il risultato di "politiche a crogiolo", cioè di integrazione assimilazionista e uniformante attraverso l'imposizione, diretta o indiretta, della cultura dominante, a cui i sistemi educativi sono stati e in larga misura continuano ad essere così inclini. Ciò sarebbe radicalmente contrario allo Stato democratico costituzionale e alla concezione stessa di società aperta che lo sostiene e lo incoraggia.

Per raggiungere il punto critico dell'unità fondamentale e della coesione di base, sono oggi necessari presupposti di valore ed elementi di riconoscimento ed accomodamento della molteplicità di identità di gruppo legittime che devono coesistere nello stesso territorio e nel quadro di un mondo globalizzato estremamente complesso, privo di certezze, saturato da enormi masse di informazioni liquide e *fake news* e intellettualmente "babelizzato"⁴⁶. In questo tipo di mondo a cui siamo arrivati per fattori molto diversi, abbiamo in sospeso il grande compito permanente di imparare a distillare criticamente e dialogicamente ciò che è condiviso ed essenziale per l'umanità. Ciò equivale a dire che tale coesione deve essere non solo fondata, ma anche sostenuta da un solido nucleo di valori, comune o maggiormente accettato a partire dal riconoscimento della dignità della persona e sul rispetto dei diritti fondamentali; quindi, organizzativamente costruito sulla concezione che la diversità è, di per sé e nel suo rispetto, fonte di ricchezza in tutti gli ordini. Come sottolinea la Relatrice speciale delle Nazioni Unite sul diritto all'istruzione, Kombou Boly Barry, "un diritto universale che non si basi sull'apprezzamento della diversità culturale non può essere veramente universale; al contrario, apre la strada a politiche di dominio o di assimilazione, all'interno e tra i paesi. Ciò non significa che il riconoscimento della dimensione culturale del diritto all'educazione ci invita solo a valorizzare la pluralità delle identità culturali, poiché si tratta anche di coltivare ciò che sta alla base delle nostre identità comuni: la nostra comune

⁴⁵ Conference on the Future of Europe. Report on the Final Outcome, May 2022 (<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20220509RES29121/20220509RES29121.pdf>).

⁴⁶ Nei termini di M. Maffesoli, *Posmodernidad e identidades múltiples*, in *Sociológica*, 15/2000, p. 247 ss.

umanità⁴⁷. Ma dare corso a questa organizzazione richiede, oltre alle abbondanti risorse, meccanismi e assetti molto complessi che richiedono anche un significativo decentramento garantito sia alle unità politiche e territoriali che alle entità e unità educative, perché, se così non fosse, sarebbe difficile che l'azione formativa integrativa possa coprire le differenziazioni e gli adattamenti necessari o passare attraverso tutta la capillarità sociale necessaria per essere efficace. Il decentramento, se intelligente, permette di promuovere e accrescere la responsabilità e la capacità di innovazione⁴⁸.

A causa della sua natura strutturante e trasformante nell'ordine delle idee e delle capacità, l'educazione è, in breve, un tassello essenziale e cruciale per raggiungere l'unità complessa e l'integrazione positiva di cui una società aperta ha bisogno. L'organizzazione del sistema educativo deve consentire un efficace svolgimento dei processi di socializzazione attraverso l'educazione inclusiva della sua popolazione basata sulla base di un nucleo di valori condivisi che apra spazi sufficienti per il riconoscimento e la protezione delle molteplici identità socialmente presenti e in interazione permanente. La sfida del multiculturalismo e del pluralismo consiste, come sostiene Kymlicka, nel saper accogliere le differenze "in modo stabile e moralmente difendibile"⁴⁹. L'educazione, di fronte alla complessità crescente della società odierna, ha bisogno di questa conformazione decentrata per affrontare, in particolare, le due principali fonti di diversità culturale da cui finiscono per dipendere la pace sociale, la stabilità e la sopravvivenza delle democrazie. Queste fonti sono i gruppi di immigrati e le minoranze nazionali ovunque esistano, poiché "praticamente tutte le democrazie liberali sono multinazionali o polietniche"⁵⁰.

Nel caso dei gruppi di immigrati, questi sono raramente concentrati territorialmente, motivo per il quale la diversità amalgamata che forniscono non può essere affrontata con la formazione di subunità decentralizzate in misura maggiore o minore. Ma questo non significa che il decentramento politico sia irrilevante per questo fenomeno così attuale, perché la flessibilità e la vicinanza che offre garantisce uno spazio appropriato e affidabile per l'espressione e la protezione delle identità e delle differenze etnoculturali e linguistiche, giacché ciò che questi gruppi normalmente cercano è integrarsi nella società ospitante senza dover rinunciare alla propria cultura. Stimolare le capacità inclusive del sistema è quindi una sfida permanente, sia per l'adozione e l'applicazione da parte delle istituzioni del governo centrale di regole e misure generali di base, sia per i governi regionali e locali attraverso altri più vicini e più articolati in relazione agli ambienti in cui coesistono tali gruppi. In entrambi i casi l'obiettivo è lo stesso: incorporare i suoi membri nella cittadinanza nella sua pienezza e non marginalarli, separarli o discriminarli. Il fatto che di solito non siano così ben accolti non contraddice questa argomentazione, ma al contrario alimenta la necessità di raddoppiare gli sforzi educativi per questo scopo. Come sostiene Esteve Zarazaga, attualmente la scolarizzazione completa presuppone l'inserimento in classe di "studenti con sensibilità culturali e linguistiche molto diverse e con un'educazione familiare di base che ha favorito valori molto diversi a partire da diverse sottoculture"⁵¹. Si possono facilmente immaginare le difficoltà e le tensioni che queste situazioni possono produrre per insegnanti, studenti e governanti se non vengono adeguatamente e positivamente incanalate.

Non può più esistere un processo di socializzazione in ambito educativo tendenzialmente unificante, come in passato, in ambito culturale, linguistico e comportamentale, ma sono inevitabili processi di socializzazione fino ad un certo punto diversificati ma convergenti, cioè che incorporino la complessità della diversità dei gruppi di popolazione studentesca. Tale diversità genera logicamente differenti sentimenti di identità e differenti orientamenti culturali che devono essere democraticamente articolati con i fondamenti e le regole sostanziali della società ospitante, senza annullarli se rispettosi dei diritti

⁴⁷ Nazioni Unite. Assemblea generale. Settantaseiesimo periodo di sessioni. Relazione sul diritto all'istruzione del relatore speciale Koumbou Boly Barry, cit.

⁴⁸ Commissione internazionale sull'educazione per il 21° secolo nel suo rapporto all'UNESCO "l'educazione contiene un tesoro", cit., p. 24.

⁴⁹ W. Kymlicka, *Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo*, in *Revista Internacional de Filosofía Política* (RIFP), 7/1996, p. 26.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ J.M. Esteve Zarazaga, *Educación y estado de las autonomías ante el reto del multiculturalismo europeo*, in *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, 1/2005, p. 8.

umani. Se a tutto questo aggiungiamo, come abbiamo analizzato in altre parti di questo studio, la diversificazione degli attuali mezzi di interazione e comunicazione dovuta al progresso delle reti e delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione digitali – che spesso settorializzano e in larga misura racchiudono il contenuto formativo dei gruppi ideologici e culturali – ci troviamo con l'urgente necessità di riconsiderare concetti e modelli normativi nell'educazione, così come la conseguente formazione e preparazione degli insegnanti; e, insieme ad altri elementi, la revisione e la diversificazione dei contenuti curriculari, soprattutto nelle materie sociali e umanistiche. In questo campo, anche le TIC possono svolgere un ruolo molto positivo se il loro utilizzo è guidato da queste concettualizzazioni di principio e secondo le prescrizioni del diritto all'educazione digitale sopra analizzate. La preoccupazione fondamentale è quella di formare i cittadini affinché tutti, indipendentemente dal gruppo di appartenenza, possano superare i limiti di provenienza del gruppo e convivere naturalmente con coloro che fanno parte di altre comunità culturali e/o linguistiche, senza dover abdicare ai propri segni di identità.

Nel caso dei territori con minoranze culturali nazionali, la questione è molto diversa e non meno complessa (Canada o Belgio possono essere buoni esempi; alcuni aggiungono la Spagna, che richiederebbe altre sfumature che non possiamo approfondire). La richiesta di autogoverno territoriale in questi casi è solitamente molto intensa e anche, in un punto critico, può essere orientata verso il secessionismo. Non sorprende che vengano fatti tentativi di sfruttamento dell'esistenza di un ampio decentramento politico per sviluppare processi di *nation building* che alimentano progressivamente una rivendicazione di indipendenza. In queste situazioni, il dibattito sul controllo sull'istruzione, la cultura, la lingua e, naturalmente, la politica dell'immigrazione è notoriamente acuito. Ciononostante, un modello decentralizzato rimane anche l'opzione migliore, in quanto mantenga viva la possibilità di offrire un ampio autogoverno con la qualità necessaria per giustificare politicamente e moralmente un livello sufficiente di accettazione della necessità dell'unità di base e del clima giusto per un grado ragionevole e praticabile di integrazione statale, anche se questo non garantisce il successo, ovviamente, in caso di un progresso preponderante del nazionalismo indipendentista. Tuttavia, una risposta centralizzante e imponente non farebbe che intensificare i sentimenti dirompenti, fornire argomentazioni morali e politiche a scopo secessionista e alimentare un conflitto che potrebbe diventare sempre più virulento.

Per quanto riguarda l'ambito educativo, è decisivo in questa situazione una definizione tanto fine quanto difficile delle competenze dei poteri centrali e territoriali che uniscono certezza e flessibilità e un livello sufficiente di garanzia per l'osservanza di ciò che viene definito e articolato come fondamentale e dell'osservanza generale, senza eccedere. Tuttavia, qui possiamo imbatterci in un ostacolo importante: le difficoltà ad accettare le "asimmetrie" territoriali che tendono ad essere rivendicate con crescente intensità da posizioni nazionaliste e accettate per impregnazione o saturazione in un raggio di cittadinanza un po' più ampio; ma, al contrario, sono fortemente contestate e rifiutate sia dal gruppo sociale dominante che dalla maggior parte degli altri territori in cui non è emerso il nazionalismo regionale, ragioni per cui il conflitto può diventare sempre più stereotipato, radicato e difficile da risolvere. Il ricorso a un'educazione aperta, partecipata e sensibile al dialogo in un campo decentralizzato di esperienze può fornire buoni servizi in queste situazioni.

Consentitemi di fare una breve digressione sulla Spagna. Nel quadro dello Stato autonomo – che risponde alla logica federale, anche se formalmente non lo è e necessita di importanti riforme a tal fine⁵² – dell'interazione Costituzione/Statuto di autonomia, parte integrante del cosiddetto "blocco di costituzionalità", emerge un livello molto ampio di poteri per le Comunità autonome⁵³. Possono quindi attuare la propria politica educativa di sviluppo ed esecuzione normativa, rispettando il quadro che le norme di base presuppongono. Come ha giustamente sottolineato Tiana, questo permette di

⁵² G. Cámara Villar, *La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 101/2018, p. 395 ss.

⁵³ A. Tiana, *El pacto territorial en educación. Reflexiones a partir de la pandemia de Covid-19*, in *Revista científico profesional de la pedagogía y psicopedagogía*, 5/2020, pp. 41-53. G. Cámara Villar, *Educación y Enseñanza*, in F. Balaguer Callejón (coord.), L. Ortega, G. Cámara Villar, J.A. Montilla Martos (dirs.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 513 ss.

distinguere tra sistemi e modelli educativi, una nota molto positiva, perché a differenza di altri paesi federali (come la Germania o il Belgio), abbiamo un sistema educativo unico con un alto grado di decentramento garantito affinché, a partire dal nucleo comune e fondamentale da rispettare, siano possibili modelli differenziati e aperti in ciascuna delle Comunità Autonome⁵⁴. Questa caratteristica ha portato gli studiosi a considerare la Spagna come un esempio di forza istituzionale in campo educativo, da cui si può anche osservare un buon livello di sintonia tra la prescrizione *de jure* e l'azione *de facto* che ne impedisce lo smembramento, pur continuando ad essere necessaria un'intensa azione tendente a raggiungere un'omogeneizzazione al culmine della qualità educativa delle diverse Comunità Autonome. Altri, come è il caso della Germania, promuovono l'unità del sistema educativo a partire dai *Länder*, in una sorta di centralizzazione normativa unita al decentramento dalla periferia iniziale attraverso l'Assemblea Permanente dei Ministri dell'Istruzione, che porta a che, all'interno di ogni *Land*, brilli, invece, il centralismo burocratico. La Svizzera rappresenta un modello in cui il ruolo di primo piano è svolto dalle autorità cantonali, mentre il governo nazionale svolge un ruolo secondario nel processo decisionale in materia di istruzione. In altri paesi, come Messico e Argentina, i controlli normativi centrali sono molto forti e i governi territoriali non dispongono di meccanismi adeguati per controllare in modo sufficiente l'educazione⁵⁵.

Una delle grandi sfide che abbiamo esistenti in Spagna consiste nel garantire gli elementi necessari per raggiungere il necessario coordinamento, collaborazione e cooperazione in materia educativa secondo il postulato della ricerca della sintesi e non il mero equilibrio tra i principi dell'unità e autonomia attraverso azioni rette dal principio di fedeltà istituzionale. In questo senso condivido l'analisi e le proposte che, a fronte di una possibile riforma in senso federativo, Tiana ha giustamente avanzato⁵⁶. In connessione con il suo approccio, due elementi sarebbero a mio avviso particolarmente importanti per raggiungere gli obiettivi dell'educazione in un modello federale adeguato alla nostra idiosincrasia e cultura politica: a) prestare maggiore attenzione a che progetti volti a ridurre le disparità e le disuguaglianze tra ricchi e poveri siano progressivamente attenuate attraverso l'utilizzo delle risorse fornite da una politica fiscale federale con maggiori finanziamenti; e b) che, tenuto conto della necessità di rafforzare gli elementi valutativi di unità e coesione, come abbiamo argomentato sopra, il tema che abbiamo chiamato educazione alla cittadinanza dovrebbe essere rafforzato, letteralmente "bruciato" nel mezzo di un assurdo conflitto, alimentato con audacia per il conservatorismo più ristretto e miope di questo paese⁵⁷. In ogni caso, va visto come un traguardo che la LOMLOE presti particolare attenzione trasversale a questi aspetti attraverso l'area di "Educazione ai valori civici ed etici"⁵⁸. Un minimo riferimento all'Europa, per finire, è essenziale. L'Unione Europea resta una singolare "comunità costituzionale materiale", una "preforma" del federalismo⁵⁹. È indiscutibile che essa si è costruita a partire dal funzionalismo, in una tensione permanente tra tendenze intergovernative e federali, ma gli elementi

⁵⁴ A. Tiana, *La organización del sistema educativo en un marco federal. Análisis y propuestas*, in *Revista riojana de ciencias sociales y humanidades*, 171/2016, p. 13 ss.

⁵⁵ C. Ornelas, *Las bases del federalismo y la descentralización en Educación*, in *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 5(1)/2003.

⁵⁶ A. Tiana, *La organización del sistema educativo en un marco federal. Análisis y propuestas*, cit.

⁵⁷ G. Cámara Villar, *El debate en España sobre la materia 'Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos' ante su proyectada supresión y cambio*, in *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Per un'analisi in profondità sul significato di educazione alla cittadinanza, v. P. Häberle, *La ciudadanía a través de la educación como tarea europea*, cit. Il concetto di educazione democratica che deve favorire l'educazione alla cittadinanza non può essere altro che quello risultante dall'art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 13.1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 e dell'art. 5 della Convenzione sulla Lotta alla Discriminazione nell'Istruzione, tutte fonti dirette dell'art. 27.2 CE.

⁵⁸ Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Quest'area include contenuti relativi alla Costituzione spagnola, la conoscenza e il rispetto dei diritti umani e dell'infanzia, l'educazione allo sviluppo sostenibile ed alla cittadinanza mondiale, l'uguaglianza tra uomini e donne, il valore del rispetto della diversità e del valore sociale delle tasse, promuovendo un spirito e una cultura di pace e non violenza.

⁵⁹ P. Häberle, *Comparación constitucional y cultural de los modelos federales*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 8/2007, p. 185 ss.

intergovernativi prevalgono su quelli federali e, soprattutto, è sui primi che si fonda l'andamento del processo di integrazione nel suo complesso. Habermas ha affermato che l'Unione necessita di una mobilitazione politica volta a "difendere l'essenza di uno Stato sociale come spina dorsale di una società che è ancora orientata verso l'inclusione politica, sociale e culturale". Si tratta di una visione che fa proprio appello alla cultura, all'educazione, alla comunicazione, un modello di società europea che è cresciuto nella sua storia e dove c'è "una combinazione unica tra collettivismo pubblico e individualismo privato"⁶⁰.

Nello scenario europeo è evidente che le differenze culturali e linguistiche negli ambienti educativi dei diversi paesi che compongono l'Unione tendono a continuare a crescere, per cui i processi di integrazione nel quadro dell'unità e della diversità richiedono anche un'attenzione efficace a quella dinamica. La continuità del processo di integrazione dovrà mantenere la volontà di integrazione e, in ambito educativo, sarà necessario prestare maggiore attenzione all'adeguamento delle proprie competenze in questo ambito, attualmente molto scarso, in quanto limitato ad alcuni aspetti di coordinamento, sostegno ed integrazione all'azione degli Stati membri con finalità europea che, senza disdegnarli, sono palesemente insufficienti. Sarà necessario, quindi, mantenere la volontà integratrice, l'identità stessa degli Stati membri, quella delle minoranze culturali e linguistiche, e saper attendere alle dinamiche dell'interdipendenza⁶¹. Per tutto questo sarebbe altamente positivo rilanciare a livello europeo, attraverso la materia "educazione alla cittadinanza" – qualunque sia il nome che la definisce – e altri strumenti, soprattutto in ambito comunicativo, i valori cosmopoliti del compromesso civico democratico per configurare e consolidare uno spazio pubblico europeo – ancora debole, molto debole – tipico della sostanza della società aperta che identifica l'Europa. Gli obiettivi, i principi e i valori stabiliti negli articoli 2 e 6 del TUE sono, se presi sul serio, la base per il raggiungimento degli obiettivi di mantenere il desiderio di integrazione europea e realizzare un'Europa che sia veramente unita nella diversità, in cui il ruolo dell'istruzione è fondamentale.

Abstract

Il contributo, delineati i caratteri essenziali del diritto fondamentale all'educazione all'interno della democrazia pluralista, ne individua i profili evolutivi tenendo conto sia del fenomeno della digitalizzazione che del panorama europeo.

Parole chiave: diritto all'istruzione; società digitale; democrazia pluralista.

*

The paper, outlined the essential characteristics of the fundamental right to education within pluralist democracy, identifies its evolutionary profiles taking into account both the phenomenon of digitalisation and the European panorama.

Keywords: right to education; digital society; pluralist democracy.

⁶⁰ J. Habermas, *Por qué Europa necesita una Constitución*, in *New Left Review* (edición española), 11/2001, p. 13, pp. 8-10.

⁶¹ J.M. Esteve Zarazaga, *Educación y estado de las autonomías ante el reto del multiculturalismo europeo*, cit.

Il diritto all'oblio tra Lussemburgo, Strasburgo, Karlsruhe e il mondo intero^()*

Stephanie SCHIEDERMAIR*

Sommario: 1. Dimenticare e ricordare 2. La necessità di un diritto all'oblio 3. Lussemburgo 4. Sentenze successive della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) 5. Strasburgo 6. Karlsruhe 7. Il mondo 8. Conclusione

1. Dimenticare e ricordare

I meccanismi di dimenticanza e di ricordo strutturano la nostra mente e creano la nostra coscienza individuale e la nostra coscienza collettiva come società¹. Per gli individui è un bisogno umano urgente quello di dimenticare. Noi stessi sappiamo che ci piace reprimere o addirittura dimenticare completamente le cose dolorose o spiacevoli e la psicologia moderna osserva come non solo ricordare, ma anche dimenticare abbia una funzione importante nell'elaborazione delle informazioni². L'oblio non è solo un'incapacità della mente di ricordare, ma ci offre la possibilità di liberarla e di strutturare i contenuti della nostra memoria. Le cose significative per noi diventano più essenziali nella memoria e quelle emotivamente poco interessanti passano in secondo piano, ma possono anche riapparire, per esempio, attraverso una "incursione improvvisa". Il modo in cui affrontiamo il ricordo e l'oblio, come individui e come società, è una questione che comporta implicazioni fondamentali per la nostra vita.

Le circostanze dell'odierna società dell'informazione comportano un cambiamento fondamentale nel rapporto tra dimenticare e ricordare. La cultura della memoria medioevale è rappresentata figurativamente da un monaco che annota informazioni preziose in un libro destinato a durare per secoli. Questa immagine è in netto contrasto con l'attuale società digitale, con la volatile onnipresenza delle informazioni sui dispositivi mobili. La disponibilità di informazioni di tutti i tempi di oggi implica che ricordare – o almeno la possibilità di farlo – è ora il principio e dimenticare l'eccezione. Nell'era della costante disponibilità di informazioni e persino di un'ubiquitaria loro sovrabbondanza, il diritto all'oblio non è di per sé un'idea popolare. Piuttosto, il nostro tempo è caratterizzato dal fatto che possiamo accedere alle informazioni sempre e ovunque ed è implicito che, in genere, vogliamo farlo. Non è ancora chiaro come questa costante disponibilità di informazioni influenzerà le nostre vite e la nostra società nel lungo periodo. Ciò che è certo, tuttavia, è che le nuove tecnologie stanno plasmando e cambiando le nostre vite. Uno dei cambiamenti più significativi riguardante la tutela della privacy è il fatto che Internet non dimentica nulla. Una conversazione su Internet viene conservata anche se le parti coinvolte l'hanno già conclusa. Un servizio dei media rimane accessibile, anche se riguarda un

^(*) Questo scritto è dedicato alla memoria di mio fratello Valentin Schiedermaier, morto l'11 ottobre 2022. La sua gioia di vivere, la sua gentilezza e la sua musica non saranno dimenticate. Ringrazio l'avvocato Gabriel Armas-Cardona, per il suo costante supporto sulla situazione del diritto all'oblio nel sistema giuridico statunitense. Traduzione dall'inglese di Fausto Vecchio.

* Professore di diritto europeo, diritto internazionale pubblico e diritto pubblico, Università di Lipsia.

¹ A. Assmann, *Re-framing memory: between individual and collective forms of constructing the past*, in K. Tilmans, F. van Vree, J. Winter (eds.), *Performing the Past. Memory, History, and Identity in Modern Europe*, Amsterdam, 2010, p. 35 ss.

² V., ad es., Trinity College Dublin, *Why do we forget? New theory proposes "forgetting" is actually a form of learning*, in ScienceDaily, 13/012/222 (www.sciencedaily.com/releases/2022/01/220113111421.htm).

evento accaduto molti anni prima e che altrimenti con molta probabilità sarebbe stato dimenticato. In senso positivo, Internet può quindi essere visto come una memoria mondiale completa o, più prosaicamente, come un archivio online³. Tuttavia, il fatto che le notizie dei media su fatti avvenuti da tempo rimangano disponibili su Internet può comportare conseguenze problematiche, ad esempio per la vita di un ex criminale che è stato punito per le sue azioni e che vuole avvalersi del suo diritto alla risocializzazione e condurre una vita normale. Può essere altrettanto difficile per le vittime di un crimine confrontarsi con un reato commesso molto tempo fa e che, senza internet, sarebbe stato dimenticato dalla maggior parte delle persone – ad esempio, la vittima di uno stupro che non vuole che il suo attuale vicinato sappia di quanto accaduto. Un altro esempio lampante, di cui si sta discutendo in ambito scientifico, riguarda le persone sopravvissute al cancro in quanto soffrono di difficoltà sociali⁴. Anche per le persone che stanno attraversando un processo di transizione di genere, il diritto all'oblio può rappresentare un potente strumento per il controllo dei propri dati⁵.

2. La necessità di un diritto all'oblio

La tutela giuridica di un diritto all'oblio riflette questi sviluppi. La richiesta che Internet, come il cervello umano, sia in grado di dimenticare cose dannose o poco importanti è allettante⁶. La questione di cosa debba rimanere e cosa debba essere dimenticato è cruciale per il quadro giuridico del diritto all'oblio. Allo stesso modo, anche la difficile attuazione pratica del diritto è cruciale: entrambi sono stati una costante questione di dibattito per i legislatori e i tribunali di tutto il mondo⁷. Il segnale di inizio di questo dibattito è stato lanciato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) con la sentenza "Google Spain" del 2014⁸. Le reazioni a tale pronuncia andavano da un forte sostegno da parte di chi si occupa di protezione dei dati alle critiche più aspre dei giornalisti⁹.

Da allora, il diritto all'oblio è diventato un tema molto dibattuto a livello internazionale, soprattutto nel mondo anglo-americano¹⁰. All'interno dell'UE questo diritto svolge un ruolo importante come componente del nuovo catalogo di diritti del "Regolamento generale sulla protezione dei dati" (GDPR), che crea una legge sulla protezione dei dati direttamente applicabile a tutti gli Stati membri dell'Unione. In Germania, la legislazione sulla protezione dei dati risale agli anni '70, con la prima legge mondiale sulla protezione dei dati adottata in Assia. Il diritto di cancellare i dati personali è sempre stato un elemento centrale della legislazione tedesca sulla protezione dei dati. Oggi, l'articolo 35 della legge federale sulla protezione dei dati postula – ora con esplicito riferimento al GDPR – il diritto alla

³ Per l'Unione europea la questione della memoria collettiva digitale è analizzata in E. Stainforth, *Collective memory or the right to be forgotten? Cultures of digital memory and forgetting in the Euro-pean Union*, in *Memory Studies*, 15(2)/2022.

⁴ v. G. Scocca, F. Meunier, *A right to be forgotten for cancer survivors: A legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer*, in *Journal of Cancer Policy*, 25/2020; P. Quarello et al, *Get up, stand up: Alongside adolescents and young adults with cancer for their right to be forgotten*, in *Tumori Journal*, 108(5)/ 2022.

⁵ M. Correia, G. Rêgo, R. Nunes, *Gender Transition: Is There a Right to Be Forgotten?*, in *Health Care Analysis*, 29/2021.

⁶ Il più importante pioniere del diritto all'oblio – soprattutto nel mondo angloamericano – è il giurista austriaco Viktor Mayer-Schönberger (*V. Mayer-Schönberger Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton, 2009).

⁷ v., ad esempio, O. Canyas, A.B. Canyas, *Approach towards the Right to the Forgotten under Turkish Law in Comparison with EU and US Laws: A Need for a Reform?*, in *Juridical Tribune*, 2/2021; R.D.K. Dash, S. Mohanty, *Right to Be Forgotten: A Legitimate Sine-Qua-Non in Indian Law*, in *International Journal of Law Management & Humanities*, 4/2021; M.t. Islam et al., *Revisiting the Right to Privacy in the Digital Age: A Quest to Strengthen the Malaysian Data Protection Regime*, in *Journal of Malaysian and Comparative Law*, 1/2021; O.V. Kiriak, *The Right to Be Forgotten: Emerging Legal Issues*, in *Review of European and Comparative Law (RECoL)*, 46/2021.

⁸ CGUE, C131/12, *Google Spain SL, Google Inc c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317, 13 maggio 2014.

⁹ Uno dei critici è stato il giudice della Corte costituzionale federale tedesca Masing, che ha ritenuto la sentenza sostanzialmente corretta, ma ne ha tuttavia criticato chiaramente l'effetto politico in relazione a una potenziale restrizione della libertà dei media, v. J. Masing, *Vorläufige Einschätzung der "Google-Entscheidung" des EuGH*, *VerfBlog*, 14/08/2014 (<https://verfassungsblog.de/ribverfg-masing-vorlaeufige-einschaetzung-der-google-entscheidung-des-eugh/>).

¹⁰ D. Shefet, *The Right to be Forgotten*, in *American Bar Association*, 28/02/2020; F. Fabbrini, E. Celeste, *The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders*, in *German Law Journal*, 21(S1)/2020.

cancellazione o al trattamento limitato dei dati personali in determinate condizioni. In questo modo, la norma descrive in termini giuridici il contenuto dell'espressione "diritto all'oblio"¹¹.

3. Lussemburgo

La storica sentenza della CGUE su "Google Spain" del 13 maggio 2014¹² è caduta come un sasso nell'acqua e da allora si sta facendo strada nella giurisprudenza europea e mondiale. In breve, la Corte ha derivato il cosiddetto "diritto all'oblio su Internet" dai diritti alla privacy e alla protezione dei dati contenuti nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" (CFREU) e nella "Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (CEDU). La Corte utilizza esplicitamente il termine "diritto all'oblio" nella sua sentenza, cosicché il concetto ha ricevuto il cavalierato di un termine coniato da un tribunale internazionale¹³.

Nella sua sentenza, la CGUE ha stabilito per la prima volta che la direttiva sulla protezione dei dati, il predecessore del GDPR, si applica a livello territoriale e sostanziale. Alla domanda se la direttiva sulla protezione dei dati si applicasse o meno a un'azienda come Google, che ha la sua sede centrale negli Stati Uniti e vi svolge la maggior parte del trattamento dei dati, la Corte ha risposto positivamente con riferimento alla filiale spagnola di Google. Ciò rappresenta un aspetto interessante della sentenza per quanto riguarda l'applicazione della legge europea sulla protezione dei dati per le aziende americane – la sentenza va nella stessa direzione del "Regolamento generale sulla protezione dei dati" –, che prevede un'applicazione territoriale estesa della legge europea sulla protezione dei dati¹⁴.

Il secondo aspetto interessante di tale sentenza riguarda la questione dell'applicazione sostanziale della direttiva. Il prerequisito è il trattamento dei dati personali che rappresenta il cuore della sentenza, che rimanda alla questione più generale della responsabilità degli operatori dei motori di ricerca su Internet. La CGUE ha inaspettatamente confermato l'opinione dell'autorità spagnola per la protezione dei dati, secondo la quale gli operatori dei motori di ricerca "trattano" i dati ai sensi della direttiva facendoli passare attraverso il loro server e mettendoli poi a disposizione degli utenti sotto forma di risultati di ricerca¹⁵. Il fatto che il motore di ricerca non faccia alcuna distinzione tra dati personali, da un lato, e altri dati non personali e quindi irrilevanti ai sensi della legge sulla protezione dei dati, dall'altro, non ha rappresentato un ostacolo per la Corte, in accordo con l'autorità di protezione dei dati e al contrario dell'argomentazione di Google. Secondo la CGUE, i gestori dei motori di ricerca controllano l'operazione di trattamento dei dati al momento dell'elaborazione della ricerca e quindi se ne devono assumere anche la responsabilità giuridica. La Corte ha sottolineato in particolare che i motori di ricerca forniscono all'utente che inserisce il nome di una persona nel motore di ricerca una panoramica strutturata di tutte le informazioni disponibili in Internet sulla persona in questione¹⁶. Le informazioni possono riguardare gli aspetti più disparati della vita di una persona e, di norma, non potrebbero essere accumulate in modo così semplice o economico senza l'aiuto del motore di ricerca. Il gestore del motore di ricerca è quindi responsabile di un'ulteriore significativa violazione del diritto fondamentale alla privacy¹⁷. In ultima analisi, è il gestore del motore di ricerca a decidere quali risultati inserire in un elenco di risultati e in quale posizione, il che è decisivo per la

¹¹ In senso stretto, l'espressione diritto all'oblio non è esatta. Non esiste un tale diritto, poiché l'oblio è un atto individuale o collettivo che dipende esclusivamente dall'azione individuale o collettiva. Tuttavia, l'espressione è più precisa del termine diritto di "essere dimenticato" che è stato utilizzato dalla Corte costituzionale federale tedesca nella versione tedesca della decisione. CGUE, *Google Spain SL*, fn. 34.

¹² CGUE, *Google Spain SL*, fn. 8.

¹³ *Ibid.*, par. 91.

¹⁴ O.J. Gstrein, A.J. Zwitter, *Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?*, in *Internet Policy Review*, 10(3)/2021.

¹⁵ CGUE, *Google Spain SL*, fn. 8, par. 28 ss.

¹⁶ CGUE, *Google Spain SL*, fn. 8, par. 37.

¹⁷ CGUE, *Google Spain SL*, fn. 8, par. 38.

ricezione dei risultati, dato che le persone normalmente controllano solo la prima pagina di un elenco di risultati di ricerca. Questa importante funzione di “collo di bottiglia” dei motori di ricerca su Internet è stata chiaramente individuata dalla Corte.

Inoltre, la Corte non ha concesso ai gestori dei motori di ricerca la scappatoia di invocare l’eccezione di cui all’articolo 9 della “Direttiva sulla protezione dei dati”. Questo articolo, che può essere considerato il predecessore dell’odierno articolo 85 del GDPR consentiva di derogare alle disposizioni della direttiva, se il trattamento dei dati era effettuato in base a una procedura di controllo e se il trattamento dei dati era effettuato esclusivamente per scopi giornalistici. Questo cosiddetto “privilegio dei media” è regolamentato in molti Paesi dell’UE e non è realmente un privilegio dei media, ma la conseguenza di un equilibrio tra il diritto alla privacy da un lato e la libertà dei mezzi di informazione dall’altro¹⁸. Per quanto riguarda i motori di ricerca, la Corte ha affermato, brevemente ma chiaramente, che il trattamento dei dati mediante un algoritmo di ricerca da parte dei motori di ricerca non ha “finalità esclusivamente giornalistiche”¹⁹. Ciò porta all’interessante risultato che la persona coinvolta può far valere i propri diritti in casi individuali contro il gestore del motore di ricerca, ma non contro il gestore del sito web. La CGUE traccia così una netta linea di demarcazione tra i media classici e la loro presenza su Internet, da un lato, che assoggetta al privilegio dei media, e i gestori dei motori di ricerca, dall’altro, ai quali non imputa alcuna prestazione giornalistica degna di essere protetta dai diritti fondamentali.

Questa distinzione della Corte è corretta in linea di principio. I gestori dei motori di ricerca svolgono un ruolo centrale nell’accesso alle informazioni su Internet. Tuttavia, la funzione dei motori di ricerca differisce fundamentalmente da quella dei “media classici”, che creano un valore intrinseco attraverso la raccolta e il filtraggio di informazioni giornalistiche tutelate dall’articolo 10 della “Convenzione europea dei diritti dell’uomo” (CEDU) e dall’articolo 11 della “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” (CDFUE). La tutela dei diritti umani di queste attività giornalistiche è strettamente legata alla funzione democratica dei media classici²⁰. È vero che i motori di ricerca contribuiscono a una più ampia diffusione delle notizie prodotte da questi media²¹. Tuttavia, il loro funzionamento si limita alla fornitura dell’algoritmo di ricerca e alla ricerca puramente meccanica di dati, personali o meno. È quindi logico che la CGUE sottoponga questa attività di ricerca meccanica alla normativa generale sulla protezione dei dati.

Infine, la Corte affronta la questione di quando il trattamento dei dati sia ammissibile. La Corte richiede un bilanciamento dei diritti coinvolti, ossia il diritto alla protezione dei dati di cui all’articolo 8 della CDFUE, da un lato, e l’interesse economico del gestore del motore di ricerca, nonché l’interesse informativo degli utenti di Internet, dall’altro. In questo contesto, la CGUE non ha effettuato un bilanciamento indipendente e conclusivo degli interessi, ma ha rimandato agli Stati membri il compito di decidere. Tuttavia, la Corte ha fornito indicazioni sui criteri che dovrebbero essere inclusi nel processo di bilanciamento²². Nel caso specifico, la Corte ha rilevato che la pubblicazione riguardava dati sensibili e un evento avvenuto 16 anni prima²³. La Corte ha quindi individuato i due criteri principali per bilanciare il diritto all’oblio da un lato e il diritto all’informazione dall’altro: il grado di sensibilità dei dati e il tempo trascorso dalla pubblicazione. Più i dati sono sensibili e più tempo è passato dall’evento, meno l’interesse dell’utente di Internet all’informazione tende a prevalere sul diritto alla protezione dei dati. Di conseguenza, con il trascorrere di un periodo di tempo più lungo nel caso di dati sensibili, diventa sempre più improbabile che il loro trattamento da parte di un motore di

¹⁸ In Germania il privilegio dei media ha una lunga tradizione, v. D. Dörr, S. Schiedermaier, *Rundfunk und Datenschutz*, Berna, 2002, pp. 21 ss.

¹⁹ CGUE, *Google Spain SL*, fn. 8, par. 85.

²⁰ La Corte europea dei diritti dell’uomo ha sempre sottolineato l’importanza della stampa, che la Corte definisce un “cane da guardia pubblico”. S. Schiedermaier, *Artikel 10 EMRK*, in K. Pabel, S. Schmahl (cur.), *Internationaler Kommentar zur EMRK*, par. 67.

²¹ Per questo motivo si dovrebbe prendere in considerazione l’inclusione dei motori di ricerca nell’ambito di applicazione della libertà di espressione. S. Schiedermaier, J. Weil, *Online-Intermediäre als Träger der Meinungsfreiheit - Eine Betrachtung der deutschen, europäischen und amerikanischen Judikatur zum Content Management von Webplattformen*, in *DÖV*, 2022.

²² CGUE, Fn. 8, par. 92 ss.

²³ *Ibid.*, par. 98.

ricerca sia consentito. Con questo metro di giudizio, la CGUE ha poi lasciato la decisione concreta sul singolo caso al tribunale spagnolo, in accordo con quanto previsto per la procedura di rinvio ai sensi dell'articolo 267 del TFUE.

4. Sentenze successive della CGUE

Il contenuto della sentenza "Google Spain", vale a dire ritenere i giganti online responsabili, esporre le aziende a reclami diretti dei consumatori e disciplinarne in modo più rigoroso l'attività, è stato un passo importante nella direzione di una corretta regolamentazione del diritto all'oblio. Tuttavia, rimangono ancora molti interrogativi: la questione di come questo diritto debba essere modellato nei dettagli, di come possa essere applicato e di come possa dover cambiare ulteriormente quando si considerano gli sviluppi tecnici come l'uso dell'intelligenza artificiale (AI)²⁴. Nel frattempo, i tribunali di tutto il mondo si stanno occupando degli aspetti più diversi del diritto all'oblio. La sentenza della CGUE "Google Spain" non è ovviamente l'unico fattore scatenante di questo sviluppo a più livelli, ma ha rappresentato una sorta di via libera. Il "Digital Services Act" (DSA) della Commissione europea, che insieme al "Digital Markets Act" (DMA) mira a una regolamentazione completa di *gatekeeper* come Google, Facebook, Amazon, Twitter o TikTok, sarebbe impensabile senza la sentenza di Google Spain. Oltre alla legislazione a livello europeo, anche le normative nazionali cercano di controllare le aziende online, come la legge tedesca sull'applicazione della rete (NetzDG). Dal momento che l'UE non ha competenza in materia di diritto dei media, le normative nazionali continueranno a svolgere un ruolo importante.

La CGUE ha proseguito sulla strada dell'obbligo intrapresa con "Google Spain" e ha precisato il suo concetto di "responsabile del trattamento dei dati" in ulteriori decisioni. Nella sentenza del 5 giugno 2018, la Grande Sezione della Corte, a seguito di un rinvio da parte del Tribunale amministrativo federale tedesco, ha ritenuto che anche il gestore di una pagina su un social network sia un responsabile del trattamento dei dati²⁵. L'azienda coinvolta nel caso aveva sostenuto che il gestore di una pagina fan non sa esattamente come Facebook gestisce i dati dei visitatori della pagina stessa. Inoltre, il gestore non aveva alcuna influenza sul trattamento dei dati e non poteva quindi essere ritenuto responsabile di violazioni della protezione dei dati. La CGUE ha respinto questa obiezione e ha dichiarato che il gestore di una *fanpage* consente a Facebook di impostare i cookie sui dispositivi finali dei visitatori della pagina. Inoltre, secondo la Corte, il gestore di una pagina può dare a Facebook la possibilità di creare valutazioni statistiche sui visitatori secondo le specifiche del gestore. Per proteggere i dati dei visitatori, il gestore della pagina deve quindi essere obbligato a rispettare anche la legge sulla protezione dei dati. La CGUE ravvisa una responsabilità congiunta ai sensi dell'articolo 26 del GDPR, il che significa che l'obbligo di agire in conformità con la legge sulla protezione dei dati si applica sia a Facebook che al gestore della *fanpage*²⁶. L'autorità per la protezione dei dati dello Schleswig-Holstein, invece, aveva assunto un punto di vista diverso, affermando che Facebook era solo un incaricato del trattamento e quindi solo il braccio esteso del gestore della pagina. La CGUE ha, però, respinto in modo chiaro e inequivocabile questa costruzione giuridica di un contratto di trattamento.

La seconda interessante decisione riguarda la raccolta di dati da parte dei Testimoni di Geova. Nella decisione del 10 luglio 2018, la CGUE ha stabilito che una comunità religiosa come i Testimoni di Geova, insieme ai suoi membri che agiscono come predicatori, è responsabile del trattamento dei dati personali raccolti nel contesto delle attività di predicazione porta a porta²⁷. Anche in questo caso, la

²⁴ Per il problema generale di conciliare i requisiti del GDPR con le tecnologie emergenti, si veda R. El-Gazzar, K. Stendal, *Examining How GDPR Challenges Emerging Technologies*, in *Journal of Information Policy*, 10/2020.

²⁵ CGUE, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein contro Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388.

²⁶ *Idem.*, par. 35, 39.

²⁷ CGUE (Grande Sezione), *Fashion ID GmbH & Co. KG contro Verbraucherzentrale NRW eV*, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551.

Corte considera responsabili, ai sensi della normativa sulla protezione dei dati, sia la stessa comunità dei Testimoni di Geova che i singoli membri attivi coinvolti come predicatori.

Nella sentenza preliminare del 29 luglio 2019, la cosiddetta “sentenza Fashion ID”, la CGUE ha inoltre delineato in modo ampio la cerchia dei responsabili del trattamento²⁸. La sentenza riguardava Fashion ID, un rivenditore di moda online, che aveva integrato il pulsante “Mi piace” di Facebook nel suo sito web. L’integrazione ha avuto come conseguenza che i dati personali di un visitatore del sito web di Fashion ID sono stati trasmessi a Facebook Ireland senza che il visitatore del sito web ne fosse consapevole e senza che il visitatore fosse entrato su Facebook o avesse cliccato sul pulsante “Mi piace”. In questa sentenza, la CGUE ha ritenuto Facebook e Fashion ID corresponsabili della raccolta e dell’inoltro dei dati a Facebook. Il trattamento dei dati era nell’interesse economico di entrambe le società, in quanto Fashion ID sarebbe diventata più visibile sul social network Facebook con l’aiuto del pulsante “Mi piace”. Integrando il plug-in (il pulsante “Mi piace” di Facebook) nel sito web di Fashion ID, il gestore del sito web di moda è diventato anche un responsabile del trattamento dei dati e avrebbe, di conseguenza, avrebbe dovuto informare i propri clienti della divulgazione dei dati.

La Grande Sezione della CGUE si è occupata anche degli esatti doveri delle società di internet in due importanti sentenze del 24 settembre 2019²⁹. Nelle quali ha commentato in modo più dettagliato il quadro giuridico di una richiesta di cancellazione dall’elenco dei risultati di ricerca di Google. La CGUE ha dovuto decidere su due controversie provenienti dalla Francia. In un caso, i ricorrenti volevano costringere Google a rimuovere dall’elenco dei risultati i link a informazioni sensibili come l’affiliazione religiosa o precedenti reati sessuali. Nell’altro caso, i protezionisti dei dati ritenevano che Google avrebbe dovuto cancellare i link in questione da tutte le pagine del motore di ricerca nel mondo. Per quanto riguarda la seconda richiesta, la CGUE ha stabilito che i gestori di motori di ricerca come Google non sono tenuti a cancellare i link dai loro elenchi di risultati in tutto il mondo. Tuttavia, i risultati devono essere cancellati in tutte le versioni UE del motore di ricerca³⁰. La pratica di Google di limitare la cancellazione ai siti europei, che ha seguito Google Spagna, è stata quindi dichiarata legittima dalla Grande Sezione cinque anni dopo la sentenza. Tuttavia, il chiaro messaggio sulla portata limitata del *delisting* contiene anche una scappatoia: la Corte sottolinea che il diritto dell’UE non consente né vieta un *delisting* a livello mondiale. Secondo la CGUE, le autorità nazionali di vigilanza e giudiziarie degli Stati membri sono quindi autorizzate a chiedere la cancellazione dall’elenco in tutte le versioni di un motore di ricerca sulla base dei diritti fondamentali nazionali. Se la magistratura o un’autorità degli Stati membri conclude che è necessario a causa delle circostanze di un caso individuale, allora il diritto alla cancellazione, che è limitato all’Europa, può anche essere globalizzato.

Il secondo caso riguardava una richiesta di cancellazione di informazioni sui link alla Chiesa di Scientology e di un link a un articolo su un’accusa di violenza sessuale su minori³¹ che Google si era rifiutato di cancellare. I giudici lussemburghesi hanno stabilito che gli operatori dei motori di ricerca come Google non sono tenuti a cancellare i link a siti web con informazioni sensibili su richiesta. Tuttavia, devono verificare se l’inclusione nell’elenco dei risultati sia necessaria per proteggere la libertà di informazione degli altri utenti di Internet. Per quanto riguarda le informazioni sui procedimenti penali a carico di una persona, i giudici della CGUE hanno ulteriormente precisato i requisiti da soppesare per il processo decisionale: il tipo e la gravità del reato, lo svolgimento e l’esito del procedimento, il tempo trascorso, il ruolo della persona nella vita pubblica e il suo comportamento in passato, l’interesse del pubblico al momento della richiesta, il contenuto e la forma della pubblicazione e le conseguenze della pubblicazione per la persona. In base al processo di bilanciamento, i link a siti web con informazioni obsolete sui procedimenti giudiziari devono essere rimossi su richiesta. Per quanto riguarda la sensibilità dei dati in questione, la CGUE ha affermato che

²⁸ CGUE, *Fashion ID GmbH & Co. KG contro Verbraucherzentrale NRW eV*, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629.

²⁹ CGUE (Grande Sezione), *Google LLC contro Commission nationale de l’informatique et des libertés*, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772.

³⁰ *Idem.*, par. 53 ss.

³¹ CGUE (Grande Sezione), *GC e a. contro Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*, C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773.

il severo divieto di trattare dati sensibili si applica anche ai gestori dei motori di ricerca. Una corrispondente richiesta di *delisting* deve quindi essere accolta dal gestore del motore di ricerca in linea di principio, a meno che la considerazione del singolo caso non porti a un risultato diverso, ad esempio perché la persona in questione è un personaggio pubblico.

L'ultima sentenza mostra chiaramente che la decisione sull'applicabilità o meno del diritto all'oblio in un caso individuale è determinata essenzialmente dalla considerazione dei diritti fondamentali che precede la decisione. Numerose decisioni trattano quindi i criteri rilevanti per il bilanciamento degli interessi, sui quali la CGUE si è già espressa, almeno in parte, in "Google Spain".

5. Strasburgo

Tuttavia, la decisione più famosa sul processo di bilanciamento del diritto all'oblio proviene dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (ECtHR). Nel caso *Sedlmayr*, la Corte ha stabilito nel 2018 che la pubblicazione su Internet dell'omicidio Sedlmayer non violava il diritto alla privacy dei ricorrenti ai sensi dell'articolo 8 della CEDU³². La Corte ha così confermato la precedente giurisprudenza della Corte federale di giustizia tedesca – la sentenza è stata accolta dalla stampa tedesca con l'accattivante frase "gli assassini non hanno diritto all'oblio"³³. Il caso si è trascinato per un totale di 28 anni ed è per molti aspetti un interessante pezzo di storia giuridica europea. I due ricorrenti erano stati condannati all'ergastolo nel 1993 per l'omicidio dell'attore tedesco Walter Sedlmayr. Nel 2004 hanno chiesto un nuovo processo. All'epoca, gli stessi denunciati si rivolsero ai media chiedendo di riferire nuovamente i dettagli dell'omicidio del 1990 e successivi processi. Nel 2007 e nel 2008, rispettivamente, i due furono rimessi in libertà. Durante i processi, i giornali tedeschi ne avevano scritto diffusamente. Negli articoli, i ricorrenti venivano citati con i loro nomi e cognomi e con le foto che li ritraevano nell'aula del processo. Gli utenti di Internet hanno potuto accedere ai servizi archiviati sui siti web delle società di media per molti anni dopo il processo. La richiesta di ingiunzione dei denunciati nei confronti delle società di media per la copertura dell'omicidio è stata respinta dalla Corte federale di giustizia tedesca. La Corte sottolineava che la cronaca dei reati fa parte della storia contemporanea, affermando che quanto più la criminalità dell'evento era al di fuori dell'ordinario, tanto maggiore era l'interesse pubblico per l'informazione. È stato il caso dell'omicidio di Sedlmayr: il popolare attore che fu picchiato a morte con un martello nel suo appartamento. Nel contesto della ponderazione della libertà di opinione e della libertà di stampa, il diritto alla privacy dei ricorrenti è passato in secondo piano.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha concordato con la valutazione della Corte federale di giustizia e ha negato la violazione del diritto dei due ricorrenti al rispetto della vita privata ai sensi dell'articolo 8 della CEDU. Nel suo ragionamento, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'interesse dei denunciati è diventato sempre più importante con il passare del tempo dal reato. Tuttavia, ciò non era accompagnato da una completa immunità dalla rappresentazione indesiderata di eventi rilevanti per la loro immagine. Il diritto generale alla privacy non conferisce agli autori di un reato il diritto di non essere mai messi, in pubblico, a confronto con quanto commesso. Piuttosto, l'intensità della lesione di un diritto della persona dipende dalle modalità di rappresentazione, in particolare dal grado di diffusione del mezzo di comunicazione. Nel caso delle società di media, le notizie esistevano solo su un sito web in un archivio online. Per i visitatori del sito, gli articoli erano chiaramente contrassegnati come notizie vecchie. La notizia non era altrimenti inserita in un contesto che le conferisse il carattere di notizia attuale. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sostenuto che il pubblico ha un interesse legittimo non solo a essere informato sugli eventi attuali, ma

³² ECtHR, *M.L. e W.W. c. Germania*, 60798/10 e 65599/10, 28 giugno 2018.

³³ V., ad es., *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Mörder haben im Netz kein Recht auf Vergessen*, in "Spiegel Panorama", 28/06/2018 (<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/mord-an-walter-sedlmayr-urteil-kein-recht-auf-vergessen-fuer-moerder-a-1215492.html>).

anche a poter ricercare eventi passati di storia contemporanea. Di conseguenza, i media assolverebbero il loro compito anche conservando le pubblicazioni non più disponibili per gli utenti interessati. In questo contesto, la Corte ha sottolineato che la disponibilità di archivi su Internet ha contribuito in modo significativo alla conservazione e all'accessibilità di notizie e informazioni. La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo è diventata una pietra miliare per il processo di bilanciamento: un anno dopo, il Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) ha espresso un parere simile nella sua decisione sul "Diritto all'oblio I"³⁴.

6. Karlsruhe

Nel frattempo, è proseguita l'annosa rivalità tra la CGUE e il BVerfG (Corte costituzionale federale tedesca, con sede a Karlsruhe) in merito all'interpretazione dei diritti fondamentali nell'attuazione del diritto dell'Unione europea³⁵. Non sorprende che la normativa europea sulla protezione dei dati, che dal 2016 ha interessato gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione attraverso l'applicazione diretta del GDPR, sia diventata il punto di partenza per una delle due nuove decisioni fondamentali sul rapporto tra il diritto dell'Unione europea e i diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento tedesco. Il diritto fondamentale alla protezione dei dati, che l'articolo 8 del GDPR sancisce per la prima volta a livello sovranazionale come diritto fondamentale esplicito e vincolante, svolge un ruolo centrale nella giurisprudenza della CGUE sui diritti fondamentali, al di là della decisione "Google Spain". Dal suo canto, il BVerfG ha sempre attribuito un significato importante a questo diritto fondamentale, sin dalla sua prima decisione nel 1983³⁶.

Con la decisione "Diritto all'oblio II" del 6 novembre 2019, il BVerfG ha tracciato un nuovo corso per la tutela dei diritti fondamentali e, allo stesso tempo, ha fornito specifiche per il bilanciamento tra libertà di espressione, da un lato, e protezione dei dati, dall'altro³⁷. Nel caso di specie il ricorrente aveva rilasciato un'intervista a un'emittente pubblica tedesca (*Norddeutsche Rundfunk*, NDR) e l'intervista era stata trasmessa nel 2010 in un programma intitolato "I brutti scherzi dei datori di lavoro". L'intervista era stata successivamente resa disponibile sul sito web dell'emittente. Quando il nome del ricorrente è stato inserito in un motore di ricerca, il primo risultato è stato la sua intervista. La richiesta di risarcimento a causa di una presunta violazione del diritto generale alla privacy è fallita in ultima istanza davanti al Tribunale regionale superiore. Il BVerfG ha dichiarato che si tratta di una questione completamente disciplinata in maniera uniforme dal diritto dell'Unione europea. Da questo punto di vista, la decisione si differenzia dalla decisione sul "Diritto all'oblio I" resa nel primo caso, in cui il ricorrente aveva citato in giudizio la rivista tedesca "Der Spiegel" affinché si astenesse dal pubblicare gli articoli nell'archivio online; decisione con la quale è stato ritenuto prevalente il diritto alla libertà di stampa e di informazione. Nel caso del "Diritto all'oblio II", il ricorrente ha citato Google per la rimozione dei risultati di ricerca che facevano riferimento all'intervista rilasciata all'emittente NDR. Come detto in precedenza, il "privilegio dei media" non si applica a Google. La Corte di Karlsruhe ha seguito il parere della Corte di Lussemburgo (CGUE) nella sentenza "Google Spain", ritenendo che la questione è pienamente regolata dal diritto dell'UE – e qui c'è accordo tra la CGUE e la Corte costituzionale tedesca – in quanto solo i diritti fondamentali della CDFUE forniscono lo standard pertinente. Questi diritti godono di un primato di applicazione, che la Corte costituzionale conferma ancora una volta espressamente. Ciò che è innovativo nella decisione sul "Diritto all'oblio II" è la risposta alla domanda su chi esamina i diritti fondamentali dell'Unione: per la prima volta, la stessa Corte costituzionale afferma di controllare l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte dei

³⁴ Corte Costituzionale Federale Tedesca, *Diritto all'oblio I*, 1 BvR 16/13, 6/11/2019.

³⁵ La rivalità si era nuovamente accesa con la decisione della CGUE nel caso *Akerberg Fransson* e la sentenza della Corte costituzionale sul dossier antiterrorismo nel 2013, v. S. Schiedermaier, A. Mrozek, *Leipzig, Die Vorratsdatenspeicherung im Zahnradwerk des europäischen Mehrebenensystems*, in *DÖV*, 3/2016, p. 89.

³⁶ BVerfG, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, 15/11/1983.

³⁷ BVerfG, 1 BvR 276/17, 6/11/2019.

tribunali e delle autorità tedesche sulla base del parametro della CDFUE in casi individuali. La Corte costituzionale tedesca fa appello alla propria responsabilità per l'integrazione e osserva che in questo modo si colma una lacuna nella tutela, dal momento che l'individuo non può far valere direttamente una violazione dei diritti fondamentali dell'UE davanti alla CGUE. La delimitazione delle competenze tra la CGUE e la Corte di Karlsruhe segue quindi la linea tra "diritto dell'Unione pienamente unificato", da un lato, e "diritto dell'Unione con poteri discrezionali degli Stati membri", dall'altro, anche se questa linea non è naturalmente sempre netta. Con la decisione sul "Diritto all'oblio II", il BVerfG ha effettuato per la prima volta una revisione costituzionale sulla base della CDFUE, aprendo così una nuova strada per la revisione dei diritti fondamentali in aree completamente unificate dal diritto dell'Unione³⁸.

Per quanto riguarda il diritto all'oblio, la Corte tedesca concede agli operatori dei motori di ricerca solo il diritto di invocare la libertà imprenditoriale e non il diritto alla libertà dei media. Tuttavia, il BVerfG dipinge un quadro più accurato rispetto alla CGUE in "Google Spain", includendo anche i diritti fondamentali di terzi direttamente interessati. Nel bilanciamento, la Corte prende questi diritti di terzi dalla parte dei motori di ricerca e quindi – oltre agli interessi informativi degli utenti – anche la libertà mediatica dell'emittente, perché il motore di ricerca funge da moltiplicatore. Il BVerfG sottolinea giustamente che il divieto nei confronti del gestore del motore di ricerca limita anche la libertà del fornitore di contenuti di diffondere un'opinione. La Corte sottolinea inoltre l'eguale gerarchia dei due diritti fondamentali – la libertà di opinione da un lato e i diritti generali della persona dall'altro – e respinge quindi chiaramente qualsiasi presunzione a favore della protezione dei dati. Tuttavia, il BVerfG distingue chiaramente tra la liceità dell'attività del motore di ricerca da un lato e la liceità della pubblicazione originale dall'altro – anche se ci sono interazioni, entrambe le misure devono in definitiva essere valutate separatamente. Per quanto riguarda i criteri di considerazione, la Corte costituzionale – in linea con la CGUE – si concentra sul tempo trascorso e sulla gravità della violazione del diritto alla privacy.

Nella legislazione tedesca non è, però, ancora detta l'ultima parola sul diritto all'oblio. Il BVerfG ha trattato due casi di richiesta di cancellazione contro Google. Il primo caso ha riguardato l'ex direttore di un'associazione di assistenza sociale regionale che ha chiesto a Google di cancellare un risultato della ricerca del suo nome collegato a un articolo di stampa del 2011³⁹. L'articolo riportava che l'associazione aveva un deficit finanziario di quasi un milione di euro e che il querelante si era dato malato poco tempo prima. Il ricorrente ha presentato richiesta di cancellazione sulla base dell'articolo 17 del GDPR (diritto all'oblio). Nella sua decisione del luglio 2020, il BVerfG ha fatto riferimento alla necessità di un bilanciamento completo di tutti i diritti fondamentali interessati. La Corte ha concluso che il responsabile di un motore di ricerca non deve intervenire solo quando viene a conoscenza di una violazione evidente e chiaramente riconoscibile a prima vista dei diritti dell'interessato. A questo proposito, il Collegio giudicante, ritenendo Google responsabile, si è discostato esplicitamente dalla sua giurisprudenza sviluppata prima dell'entrata in vigore del GDPR. Difatti, nel 2018, il BVerfG aveva stabilito che i gestori dei motori di ricerca, in virtù della loro posizione speciale, erano soggetti a specifici obblighi di condotta solo se sono venuti a conoscenza di una violazione evidente e, a prima vista, chiaramente riconoscibile del diritto generale della personalità dell'interessato, riguardo al contenuto di una pagina Internet mostrata nell'elenco dei risultati del motore di ricerca⁴⁰. In linea di principio, quindi, il fornitore di servizi non era obbligato a effettuare controlli preventivi. All'epoca, il BVerfG aveva ipotizzato una corrispondente violazione della legge, ad esempio, nel caso di pornografia infantile, invito alla violenza contro le persone, evidente confusione di persone, esistenza di un titolo giuridicamente valido contro l'interferente diretto, eliminazione di qualsiasi interesse per le informazioni con il passare del tempo, incitamento all'odio o chiara critica diffamatoria. Nella decisione del 2018, la Corte tedesca aveva considerato il diritto all'oblio come un caso di obbligo di revisione reattiva degli operatori dei motori di ricerca.

³⁸ K.N. Peifer, *Das Recht auf Vergessenwerden - ein neuer Klassiker vom Karlsruher Schlossplatz*, in *GRUR*. 2020, 34, 36 ss.

³⁹ Corte di giustizia federale, *VI ZR 405/18*, 28/07/2020.

⁴⁰ Corte federale di giustizia, *VI ZR 489/16*, *BGHZ* 217, 350, 363 par. 36; 370 par. 52, 27/02/2018.

Abbandonando l'obbligo di revisione esclusivamente reattiva, la Corte di giustizia federale si avvicina a quanto già avviato dalla Corte EDU nella sentenza "Delfi" del 2015: nessun obbligo di revisione preventiva generale nel senso di una pre-censura, ma comunque un obbligo più forte dei fornitori di piattaforme per quanto riguarda l'incitamento o le minacce su Internet⁴¹. Nella sentenza "Delfi", le minacce dirette contro l'integrità fisica di una persona sono state rimosse solo dopo sei settimane e su insistenza degli avvocati della persona interessata. All'epoca, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che i gestori dei portali in una situazione del genere possono essere obbligati a rimuovere le minacce anche senza una notifica da parte dell'interessato. In linea con la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte tedesca, nella sua ultima decisione, lascia sostanzialmente invariata la procedura di "avviso e rimozione", ma chiarisce che il provider può essere soggetto a obblighi che vanno oltre. In questo modo, il BVerfG lascia aperta la porta a ulteriori obblighi. Nel caso specifico, tuttavia, i giudici hanno stabilito che l'interesse del ricorrente – anche tenendo conto del passare del tempo – doveva passare in secondo piano rispetto agli interessi del motore di ricerca, agli interessi degli utenti e del pubblico, nonché agli interessi degli organi di stampa responsabili degli articoli di giornale collegati. I risultati incriminati possono quindi continuare a comparire nell'elenco dei risultati quando il nome del ricorrente viene cercato su Google.

Il secondo caso riguarda la questione delle circostanze in cui Google deve cancellare i risultati di ricerca. Gli attori sono una coppia di persone del settore dei servizi finanziari, che avevano fatto richiesta a Google di cancellare alcuni articoli di critica di un certo modello di investimento corredati con la pubblicazione di loro foto⁴². A differenza del primo caso, la veridicità del messaggio elencato nella lista dei messaggi da eliminare è stata contestata. La Corte tedesca ha rinviato il procedimento alla CGUE per una pronuncia pregiudiziale. L'esito della sentenza è molto interessante, in quanto dovrebbe dare una risposta alla domanda fondamentale su come trattare situazioni complesse in cui è controverso definire se il fatto in questione sia vero o falso. Ad esempio, in questi casi, deve l'attore far sì che la questione della veridicità del contenuto linkato sia chiarita almeno provvisoriamente con un'ingiunzione provvisoria? I giudici di Lussemburgo risponderanno anche alla domanda su come comportarsi con le miniature che appaiono nell'elenco dei risultati senza che il contesto concreto sia evidente, questione anch'essa di notevole rilevanza pratica.

Questi casi dimostrano che è necessaria un'interazione tra i tribunali ordinari degli Stati membri, le corti costituzionali, la CGUE e la Corte EDU per rafforzare ulteriormente il diritto all'oblio. A tal fine, una base è fornita dal diritto all'oblio di cui all'articolo 17 del GDPR, che segue il percorso intrapreso dalla CGUE in "Google Spain". Sorgeranno senz'altro altre questioni fondamentali. Le modalità di attuazione tecnica del diritto all'oblio rimangono nondimeno una sfida considerevole, soprattutto a causa del crescente utilizzo dell'intelligenza artificiale in molti settori. La storia del dibattito dottrinale e giudiziario sul diritto all'oblio in Europa è quindi tutt'altro che conclusa.

7. Il mondo

A partire dalla decisione "Google Spain" della CGUE, il diritto all'oblio ha preso piede in tutto il mondo. L'introduzione di questo diritto è particolarmente interessante nel sistema giuridico statunitense. Negli Stati Uniti, il diritto all'oblio è diventato un argomento controverso dopo la decisione della Corte europea del Lussemburgo. Il dibattito è stato alimentato anche dall'applicazione del GDPR ai responsabili e agli incaricati del trattamento dei dati nei Paesi terzi. L'articolo 3.2 del GDPR prevede un'estensione dell'ambito di applicazione del GDPR oltre il territorio dell'UE attraverso il principio del mercato, seguendo l'interpretazione ampia data dalla CGUE all'articolo 4.1, lett. a, della vecchia direttiva sulla protezione dei dati. Questa applicazione extraterritoriale degli standard europei di protezione dei dati non è priva di problemi dal punto di vista del diritto internazionale, ma in

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Delfi AS c. Estonia*, 16/06/2015 par. 140 ss.

⁴² Corte federale di giustizia, VI ZR 476/18, 27/02/2020.

considerazione del fatto che il trattamento dei dati via Internet è in molti casi effettuato da aziende che hanno la loro sede negli Stati Uniti, l'applicazione extraterritoriale è inevitabile affinché le norme europee sulla protezione dei dati siano efficaci nella pratica.

Il dibattito sul diritto all'oblio è caratterizzato da grande fervore negli Stati Uniti, poiché la garanzia costituzionale di tale diritto non è una parte fondamentale del sistema giuridico statunitense. Mentre la libertà di parola gode tradizionalmente della massima protezione costituzionale attraverso il Primo Emendamento, non esiste un corrispondente ancoraggio costituzionale esplicito della protezione della personalità. Tuttavia, nel caso *Griswold v. Connecticut* del 1965, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che il diritto alla privacy può essere ricavato da una sintesi del primo, terzo, quarto, quinto e nono emendamento⁴³. Il primo emendamento riguarda la libertà di religione, di espressione, di riunione e il diritto di petizione. Il terzo emendamento proibisce l'alloggiamento forzato di personale militare nella casa di un cittadino in tempo di pace. Il quarto emendamento protegge da "perquisizioni e sequestri", il quinto emendamento riguarda i "diritti delle persone" e il nono emendamento stabilisce che tutti i diritti non elencati nella Costituzione appartengono al popolo, non al governo – quindi si può vedere che il percorso da questi emendamenti al moderno "diritto alla privacy" non è del tutto breve. Anche se la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti viene ripetutamente presa come punto di partenza per il riconoscimento di un diritto alla privacy, il difetto di una norma costituzionale non espressiva fa apparire questo diritto come un Davide contro Golia rispetto al Primo Emendamento, che è particolarmente consolidato nella cultura giuridica americana. Nel diritto statunitense, la tutela della libertà di parola, che include anche i gestori dei motori di ricerca, costituisce quindi l'ancoraggio costituzionale principale.

Al contrario, gli ordinamenti giuridici europei considerano il diritto all'oblio come il risultato di un bilanciamento di diversi postulati di diritti fondamentali, ugualmente legittimati, all'interno di un rapporto multipolare di diritti fondamentali. Questa posizione di partenza costituzionalmente diversa si riflette anche nei diversi approcci alla legge sulla protezione dei dati negli Stati Uniti da un lato e in Europa dall'altro⁴⁴. Ciò spiega anche perché l'esistenza o meno del diritto all'oblio è stata oggetto di discussione negli Stati Uniti, mentre il dibattito in Europa si è concentrato sui contorni esatti del diritto all'oblio, non sulla sua esistenza. In Europa, l'inclusione del diritto all'oblio nell'art. 17 del GDPR è la prova di un diritto esistente. Un diritto alla cancellazione, sebbene formulato in modo più succinto, era già contenuto nell'articolo 12b della vecchia direttiva sulla protezione dei dati e previsto dalla Commissione nella bozza del GDPR prima della decisione "Google Spain".

Per il sistema giuridico statunitense, le richieste di cancellazione dei dati sono una novità. A questo proposito, la discussione sul diritto all'oblio ha innescato un cambiamento di paradigma negli Stati Uniti. La legge sulla privacy dei consumatori della California, entrata in vigore nel 2018, prevede, a determinate condizioni, il diritto del consumatore alla cancellazione nei confronti di un'azienda che ha raccolto informazioni personali su di lui. È interessante notare come la Costituzione californiana sia stata emendata nel 1972 per includere il "diritto alla privacy" come "diritto irrinunciabile" – a questo proposito, in questo Stato le condizioni sono favorevoli per la creazione di un diritto all'oblio. Il "California Consumer Privacy Act" (CCPA) rafforza i diritti dei consumatori californiani e responsabilizza le aziende. I diritti dei consumatori comprendono il diritto di accedere alle informazioni personali, il diritto di farle correggere o cancellare e il diritto di rivolgersi a un'altra azienda. In cambio, ogni consumatore ha il diritto di essere informato dalle aziende su quali dati sono stati raccolti, archiviati e trasmessi a terzi. Resta da vedere se questo sviluppo si diffonderà anche in altri Stati degli USA o se lo Stato della costa occidentale con la sua forte economia rimarrà l'unico.

⁴³ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 7/06/1965.

⁴⁴ Si veda S. Schiedermaier, *Data Protection - is there a bridge across the Atlantic?*, in D. Dörr, R.L. Weaver (Eds.), *The Right to Privacy in the Light of Media Convergence, Perspectives from three Continents*, Berlino, 2012; *Id.*, *The New General Data Protection Regulation of the European Union - Will it Widen the Gap between Europe and the U.S.?*, in D. Dörr, R.L. Weaver (Eds.), *Perspectives on Privacy, Increasing Regulation in the USA, Canada, Australia and European Countries*, Berlino 2014.

Anche uno sguardo ad altri sistemi giuridici rivela fatti interessanti: in molti Paesi sudamericani, negli ultimi anni i tribunali hanno sviluppato il diritto all'oblio, in alcuni casi con esplicito riferimento alla sentenza europea "Google Spain"⁴⁵. Un problema generale che si pone in molti Stati sudamericani in relazione al diritto all'oblio è come affrontare le gravi violazioni dei diritti umani durante le dittature. In questo caso è necessaria un'attenta riflessione per garantire che il diritto all'oblio non venga abusato dai responsabili per nascondere le ingiustizie commesse, ostacolando così in modo sostanziale gli importanti processi di rivalutazione storica. Inoltre, c'è il rischio che il diritto all'oblio venga usato per impedire ai media di fare informazione critica che serva a smascherare la corruzione e l'abuso di potere. Tuttavia, il diritto all'oblio è arrivato nella sfera giuridica sudamericana. In Argentina, la Camera nazionale dei ricorsi civili ha applicato il diritto all'oblio nel luglio 2021 nella decisione *Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc.*⁴⁶. Il caso riguardava la cancellazione di link a contributi video e immagini su YouTube degli ultimi 20 anni, in cui la ricorrente poteva anche essere considerata minorenne. Tuttavia, una decisione della Corte Suprema argentina potrebbe ancora ribaltare la decisione. La Corte Suprema aveva già stabilito 6 anni prima nel caso *Rodríguez, María Belén v. Google and Another* (2014) che gli intermediari di Internet non sono oggettivamente responsabili dei contenuti che visualizzano nei loro risultati di ricerca, in quanto ciò violerebbe la libertà di espressione⁴⁷. Tuttavia, la Corte Suprema ha stabilito che lo diventano se sono stati debitamente informati della presenza di contenuti illegali e non li hanno comunque rimossi.

In Colombia, la Corte Suprema si è pronunciata per la prima volta nel 2015 sulla questione del diritto all'oblio nell'ordinamento giuridico colombiano. Nella causa *Gloria c. Casa Editorial El Tiempo*, la Corte ha condotto un dettagliato esercizio di bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione, il diritto all'informazione, il principio della neutralità della rete e il diritto all'onore e alla privacy⁴⁸. La Corte ha deciso che il principio della neutralità della rete è protetto dal diritto alla libertà di espressione e di informazione. Di conseguenza, il tribunale ha ritenuto di non poter ordinare a Google.com di bloccare i risultati di ricerca, poiché ciò costituirebbe una restrizione irragionevole del diritto alla libertà di espressione e di informazione. Il tribunale ha esplicitamente avvertito che se i motori di ricerca dovessero essere responsabili di ciò che terzi hanno creato su Internet, diventerebbero censori di contenuti, il che, secondo il tribunale, violerebbe l'architettura stessa di Internet. Il tribunale ha stabilito che non è stata l'indicizzazione delle informazioni da parte di Google a violare i diritti del querelante, ma la diffusione da parte del convenuto di un articolo di cronaca obsoleto.

In Africa, il diritto all'oblio non è così presente come in Sud America, tuttavia si è diffuso in alcuni ordinamenti giuridici. In Nigeria, il Paese africano con il maggior numero di utenti di Internet⁴⁹, il diritto all'oblio è diventato un diritto esplicito⁵⁰. Altri ordinamenti giuridici in Africa forniscono il quadro generale per un diritto all'oblio, con la privacy che costituisce un diritto fondamentale o con una normativa sulla protezione dei dati che sta per entrare in vigore⁵¹. Bisognerà vedere se il diritto all'oblio su Internet verrà introdotto nelle giurisdizioni nazionali e se si farà strada nei vari sistemi giuridici africani. Considerando l'enorme impatto che l'uso degli smartphone ha avuto sui questi Paesi,

⁴⁵ Per una panoramica, si veda anche D. Werneck Arguelhe, L.F. Marrey Moncau, *Privacy*, in C. Hübner Mendes, R. Gargarella, S. Guidi (cur.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, 2022, p. 626 ss.

⁴⁶ Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires, *Denegri, Natalia Ruth C/Google Inc S/Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas*, expte. n. 50016/2016. juzg. N. 78.

⁴⁷ Corte Suprema dell'Argentina, *Rodríguez v. Google Inc.*, R. 522. XLIX, 28/10/2014.

⁴⁸ Corte Costituzionale della Colombia, *Gloria v. Google y El Tiempo (Derecho al olvido)*, T-277/15, 12/05/2015.

⁴⁹ Statista, "Number of internet users in selected countries in Africa as of January 2023, by country", 01/2023 (<https://www.statista.com/statistics/505883/number-of-internet-users-in-african-countries/>).

⁵⁰ I. Nzekwe, *Should we forget the right to be forgotten?, Understanding the "Right to be forgotten" and its applicability under Nigerian law* (<https://www.templars-law.com/wp-content/uploads/2020/08/Thought-Leadership-Right-to-be-forgotten-Final-1.pdf>).

⁵¹ Questa è la situazione in Sudafrica, v. Avani Singh, *Do South Africans have a right to be forgotten? European court says not yet*, in *Alt.advisory* (<https://altadvisory.africa/tag/right-to-be-forgotten/>).

in particolare sulla crescente popolazione giovane⁵², sembra probabile che la questione del diritto all'oblio su Internet diventerà un tema importante anche 'in questa zona.

Infine, uno sguardo al continente con la maggiore varietà di religioni, culture e sistemi giuridici, l'Asia. Il diritto all'oblio ha avuto un ruolo centrale in Giappone in una sentenza del 2017 della Corte Suprema del Giappone⁵³. La Corte Suprema ha respinto una richiesta di ingiunzione provvisoria volta a cancellare i risultati di ricerca di Google. L'argomento decisivo per la corte è stato l'interesse pubblico della questione: si trattava di un reato che il richiedente aveva commesso diversi anni prima. Il tribunale non solo ha riconosciuto a Google il diritto alla libertà di espressione, ma ha anche posto al centro della sua decisione il diritto della società alla conoscenza e quindi, in questo caso specifico, il diritto della società alla conoscenza ha prevalso sul diritto individuale all'oblio. Nonostante le diverse enfasi, l'UE e il Giappone hanno concordato di riconoscere i rispettivi sistemi di protezione dei dati come equivalenti, in modo che i dati possano circolare in modo sicuro tra l'UE e il Giappone⁵⁴. In India, alcuni tribunali si sono pronunciati a favore del diritto all'oblio, ma la situazione giuridica nel complesso non è chiara⁵⁵. Il regime malese di protezione dei dati non prevede il diritto all'oblio e ciò è stato criticato come una lacuna⁵⁶. In Cina, i tribunali non sostengono le richieste degli utenti di Internet di cancellare le proprie informazioni personali. Ciò è già stato affermato nel primo caso di diritto all'oblio in Cina nel 2015⁵⁷. Nel complesso sembra che questi Paesi puntino ad aumentare il controllo sulle aziende di Internet senza concedere maggiori diritti agli utenti.

8. Conclusione

Dopo la sua introduzione con la sentenza "Google Spain", il diritto all'oblio si è diffuso in tutto il mondo. Allo stesso tempo, la sua applicazione si sta rivelando diversa a seconda del sistema giuridico nazionale o – nel caso dell'UE – sovranazionale. Ciò diventa evidente nel processo di bilanciamento, in cui i diversi sistemi giuridici pongono enfasi diverse per trovare un equilibrio appropriato tra il diritto all'oblio e altri diritti fondamentali. In particolare, l'equilibrio tra il diritto alla privacy da un lato e la libertà di espressione dall'altro è una delle questioni centrali. La preoccupazione dei Paesi latinoamericani che il diritto all'oblio possa essere abusato e il desiderio di preservare la memoria storica delle passate violazioni dei diritti umani sono aspetti culturali importanti che influenzano la gestione del diritto all'oblio. In questo contesto, il diritto all'oblio si muove nel campo della tensione tra la sua esistenza come esigenza di base, che si manifesta a livello globale, di non far ricordare nulla a Internet e i criteri differenziati che dipendono dalle circostanze culturali e legali e che sono cruciali per la decisione nel singolo caso. Per i legislatori e i tribunali, ma anche per la cooperazione internazionale, il diritto all'oblio pone quindi molte sfide che continueranno a impegnarci nei prossimi decenni. A questo proposito, almeno una cosa è certa: il diritto all'oblio non sarà certamente dimenticato.

⁵² J. Sambira, *Africa's mobile youth drive change. Cellphones reshape youth cultures* (<https://www.un.org/afri-carenewal/magazine/may-2013/africa-s-mobile-youth-drive-change>).

⁵³ <https://www.japantimes.co.jp/tag/right-to-be-forgotten/>.

⁵⁴ <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/724795/en>.

⁵⁵ Si veda R.D. Kishore Dash, S. Mohanty, *Right to Be Forgotten: A Legitimate Sine-Qua-Non in Indian Law*, in *International Journal of Law Management & Humanities*, 4/2021; A. Singh, *The Evolution of Privacy and the 'Right to Be Forgotten' in the Indian Legal Landscape*, in *Supremo Amicus*, 29/2022, p. 357.

⁵⁶ Md.T. Islam, A.B. Munir; M.E. Karim, *Revisiting the Right to Privacy in the Digital Age: A Quest to Strengthen the Malaysian Data Protection Regime*, in *Journal of Malaysian and Comparative Law*, 1/2021, p. 49 ss..

⁵⁷ *Ren v. Beijing Baidu Netcom Science and Technology Co., Ltd* 2015 (<https://www.chinajusticeobserver.com/a/china-s-first-the-right-to-be-forgotten-case>). Il diritto all'oblio offre comunque spunti di riflessione anche agli studiosi di diritto in Cina, cfr.: Z. Shi, *The Right to Be Forgotten in China - A Third Way to Construct Public Sphere* (<https://ssrn.com/abstract=3832803>).

Abstract

Il contributo indaga l'applicazione del diritto all'oblio a partire dalla sentenza "Google Spain" del 2014 della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), sottolineando, attraverso l'analisi di alcuni casi, come tale diritto si sia diffuso in tutto il mondo e come la sua applicazione stia rivelando diversa a seconda del sistema giuridico nazionale o – nel caso dell'UE – sovranazionale.

Parole chiave: diritto all'oblio, tutela giuridica, giurisprudenza

*

The paper investigates the application of the right to be forgotten since the 2014 'Google Spain' judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU), highlighting, through the analysis of a number of cases, how this right has spread throughout the world and how its application is proving to differ depending on the national or - in the case of the EU – the supranational legal system.

Keywords: right to be forgotten, legal protection, case law

Il diritto all'oblio. Un'analisi della sua evoluzione dall'adozione del GDPR^(*)

Ramón M. ORZA LINARES*

Sommario: 1. Introduzione 2. Sviluppi della normativa europea sulla protezione dei dati 2.1. Premessa 2.2. Il Regolamento dell'Unione Europea sulla protezione dei dati 2.3. Sviluppi successivi all'entrata in vigore del GDPR 3. Alcuni esempi di applicazione giurisprudenziale del diritto all'oblio, dopo il GDPR 3.1. Nella giurisprudenza europea 3.1.1. CGUE del 9 marzo 2017, causa C-398/15 3.1.2. CEDU del 28 settembre 2018, cause 60798/10 e 65599/10 3.1.3. CGUE del 24 settembre 2019, causa C-507/17 3.2. Nella giurisprudenza costituzionale spagnola 3.2.1. STC 58/2018, 4 giugno 3.2.2. STC 23/2022, del 21 febbraio 4. Conclusioni

1. Introduzione

Tim Bernes-Lee, il creatore del "World Wide Web", ha pubblicato una lettera sul Guardian¹ – in occasione del 28° anniversario della sua invenzione – in cui, tra le altre cose, afferma che "abbiamo perso il controllo dei nostri dati personali", consegnandoli a società private e governi. Questo ha portato, a suo avviso, a "non poter accedere ai nostri dati personali, né decidere cosa farne, a chi darli, quali di questi dati vogliamo condividere o per cosa vengono utilizzati". Inoltre, i governi possono perseguire gli oppositori, spiare le opinioni e limitare la libertà di espressione².

La rilevanza del diritto all'oblio – il "diritto alla cancellazione" – deriva dal fatto che è uno dei pochi strumenti nelle mani dei cittadini per controllare le loro informazioni private, i loro dati, disponibili su Internet. Nelle pagine che seguono ci si limiterà a presentare alcuni dei testi normativi e giurisprudenziali più rilevanti relativi a questo diritto, apparsi dopo l'approvazione del "Regolamento generale sulla protezione dei dati" (RGPD/GDPR)³.

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Rosa Iannaccone.

* Professore di Diritto costituzionale, Università di Granada. Questa pubblicazione fa parte del progetto di "R&S&I PID2019-106118GB-I00 finanziato da MCIN/AEI/10.13039/501100011033".

¹ T. Bernes-Lee, *Tim Berners-Lee: I invented the web. Here are three things we need to change to save it*, in *The Guardian*, 12/03/2017.

² Sir Timothy ("Tim") John Bernes-Lee ha stabilito la prima comunicazione tra un *client* e un server utilizzando il protocollo HTTP nel novembre 1989. Nell'ottobre 1994 ha fondato il "World Wide Web Consortium" (WWW), con sede al MIT, per supervisionare e standardizzare lo sviluppo delle tecnologie alla base del Web e del funzionamento di Internet. Nel 2002 ha ricevuto il Premio Principe delle Asturie per la Ricerca Tecnica e Scientifica, insieme a Lawrence Roberts, Robert Kahn e Vinton Cerf, "per aver progettato e realizzato un sistema [Internet] che sta cambiando il mondo offrendo possibilità prima impensabili di progresso scientifico e sociale", secondo la motivazione della giuria.

³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. [NdR: in italiano v. il testo del GDPR "Arricchito con riferimenti ai Considerando - Aggiornato alle rettifiche pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea 127 del 23 maggio 2018", disponibile sul sito del Garante per la protezione dei dati personali].

2. Sviluppi della normativa europea sulla protezione dei dati

2.1. Premessa

Il primo organismo internazionale a parlare della necessità di regolamentare l'uso dei dati personali in via informatica è stato il Consiglio d'Europa. Così, già nel 1967, fu costituita una commissione per studiare il conflitto tra la privacy e l'uso dei computer⁴.

Come sottolinea Garzón Clariana, “nel 1968, dopo aver ottenuto il parere del Comitato giuridico dell'Assemblea, i parlamentari decisero di raccomandare al Comitato dei Ministri di prestare attenzione alla possibilità di migliorare le norme di protezione per far fronte ai rischi derivanti dal progresso tecnico, soprattutto per quanto riguarda il diritto alla privacy”. Si tratta della Raccomandazione 509 del 31 gennaio 1968 su “Human rights and modern scientific and technological developments”⁵.

Nel 1973 e nel 1974 sono entrate in vigore altre due risoluzioni del Consiglio dei Ministri sulla protezione della privacy dalle banche dati⁶.

Già nel 1981 era stata approvata la Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108 (28 gennaio) “sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale”, il cui testo è entrato in vigore il 1° ottobre 1985, dopo cinque ratifiche⁷.

Il suo preambolo esprime l'intenzione delle Parti contraenti di rafforzare la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, e in particolare del “diritto al rispetto della vita privata, tenuto conto dell'intensificazione dei flussi internazionali di dati a carattere personale oggetto di elaborazione automatica”, riaffermando l’“impegno a favore della libertà d'informazione indipendentemente dalle frontiere” e riconoscendo quindi “la necessità di conciliare i valori fondamentali del rispetto della vita privata e della libera circolazione delle informazioni tra i popoli”.

Per conciliare questi diritti, sono stati stabiliti dei criteri per l'utilizzo dei dati personali, quali:

- il requisito della veridicità e del corretto utilizzo dei dati (articolo 5): essi devono essere ottenuti e trattati “lealmente e lecitamente”, registrati per “finalità determinate e legittime” e non utilizzati in modo incompatibile con tali finalità, “adeguati, pertinenti e non eccedenti” rispetto alle finalità registrate, “esatti e, se necessario, aggiornati” e, infine, conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati e per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali sono stati registrati;
- il divieto di trattamento automatico delle informazioni relative all'origine razziale, alle opinioni politiche, alle convinzioni religiose o di altro tipo, alla salute sessuale e alle pene detentive (articolo 6);
- la sicurezza delle registrazioni dei dati (articolo 7);
- il riconoscimento del diritto degli interessati a conoscere l'esistenza di dati che li riguardano, la possibilità di cancellarli o correggerli (articolo 8);
- il diritto di ricorrere contro qualsiasi violazione dei diritti summenzionati (articolo 8);
- i limiti che la Convenzione pone all'esercizio del diritto alla libertà di informazione sono (articolo 9, paragrafo 1);
- la sicurezza dello Stato;
- la tutela di altri diritti fondamentali.

L'articolo 3.1 della Convenzione stabilisce che essa si applica “alle collezioni automatizzate di dati a carattere personale e all'elaborazione automatica di tali dati nei settori pubblico e privato”.

⁴ Va ricordato che la Seconda guerra mondiale ha dato un forte impulso alla ricerca su ciò che oggi conosciamo come computer, che ha portato alla costruzione di numerose macchine tra il 1945 e il 1951, distribuite tra Stati Uniti e Gran Bretagna, che seguivano i principi di base del computer moderno. Tuttavia, il termine informatica è relativamente recente. È stato coniato in Francia nel 1962. In realtà, solo alla fine degli anni '70 sono comparsi i microprocessori e le prime workstation e personal computer: X. Molero Prieto, *La génesis del ordenador moderno*, in *Un viaje a la historia de la informática*, Valencia, 2016.

⁵ G. Garzón Clariana, *La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1/1981, 11 (<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/28020rie008001009.pdf>).

⁶ Resolution (73) 22, *On the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the private sector*, adottata il 26 settembre 1973 (<https://rm.coe.int/native/0900001680502830>); Resolución (74) 29, *On the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector*, adottata il 20 settembre 1974 (Può essere consultato in: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804d1c51).

⁷ Testo della Convenzione n. 108 (<https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/10704/1798208>).

Nel 2018 questa convenzione è stata modificata. La nuova versione, nota come “Convenzione 108+”, è stata aperta alla firma il 10 ottobre 2018, a Strasburgo, con grande successo tra gli Stati membri e con la partecipazione di Paesi terzi extraeuropei, come Argentina, Capo Verde, Mauritius, Messico, Marocco, Senegal, Tunisia e Uruguay⁸.

Gli elementi chiave di questa modernizzazione sono i principi di trasparenza e proporzionalità nel trattamento dei dati, aumentando le garanzie da adottare insieme a garanzie adeguate, quali quelle di seguito elencate.

- Specificazione delle basi giuridiche in base alle quali i dati personali possono essere trattati (articolo 5).

- Catalogo dei dati sensibili è esteso alle informazioni genetiche, ai dati biometrici che identificano in modo univoco una persona, ai dati personali relativi a reati, procedimenti e condanne e alle relative misure di sicurezza, ai dati che rivelano l'origine razionale o l'origine etnica, all'appartenenza sindacale (articolo 6).

- Obbligo di notificare almeno alle autorità di vigilanza le violazioni della sicurezza che riguardano le persone (articolo 7).

- Diritti di accesso e di cancellazione sono garantiti ed estesi e devono essere trasmesse tutte le informazioni relative al trattamento da effettuare e alle finalità (articolo 9).

- Individuazione dei responsabili del trattamento e gli incaricati del trattamento devono adottare tutte le misure necessarie per garantire la conformità alle norme sulla protezione dei dati e il principio della responsabilità proattiva è stabilito in modo analogo (articolo 10).

- I trasferimenti di dati, sia tra membri che tra Stati terzi, sono facilitati, a condizione che siano rispettate le garanzie minime (articolo 14).

- L'importanza che le autorità di vigilanza, oltre al loro ruolo di strumento sanzionatorio, investano nella formazione e nella sensibilizzazione in questo settore (articolo 16).

D'altra parte, l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), il 23 settembre 1980, ha adottato le “Linee guida sulla protezione della privacy e dei flussi transfrontalieri di dati personali” (“Linee guida sulla privacy”) come raccomandazione del Consiglio dell'OCSE a sostegno dei tre principi che accomunano i Paesi dell'OCSE: democrazia pluralistica, rispetto dei diritti umani ed economie di mercato aperte⁹.

Nelle Americhe, l'OSA (Organizzazione degli Stati Americani) ha approvato risoluzioni sul tema della protezione dei dati personali sin dal 1996 in occasione della sua Assemblea Generale. Nel 2012, il Comitato Giuridico Interamericano dell'OSA ha approvato una “Proposta di dichiarazione di principi sulla privacy e la protezione dei dati personali nelle Americhe”, che contiene 12 principi in materia, e nel 2015 la “Guida legislativa sulla privacy e la protezione dei dati personali nelle Americhe”.

Più di recente, l'Assemblea Generale dell'OSA ha chiesto al Comitato Giuridico Interamericano di iniziare ad aggiornare i Principi sulla Protezione dei Dati Personali, tenendo conto della loro evoluzione, compito che il Comitato sta attualmente svolgendo con il supporto del Dipartimento di Diritto Internazionale in qualità di Segreteria Tecnica¹⁰. Attualmente, molti Paesi americani hanno adottato proprie normative sulla protezione dei dati, tra cui Messico, Brasile¹¹, Cile, Colombia, Perù.

⁸ Le ultime ratifiche approvate sono quelle dell'Andorra, il 18 ottobre 2022, dell'Austria, il 13 luglio 2022, dell'Albania, il 22 luglio 2022, della Romania, il 9 marzo 2022, e dell'Armenia, il 25 gennaio 2022. La Spagna ha firmato il 10 ottobre 2018 e ha ratificato il 28 gennaio 2021. L'Italia ha firmato il 5 marzo 2019 e ha ratificato l'8 luglio 2021. Significativamente, né la Svezia né la Svizzera, tra gli altri, l'hanno finora ratificata. Il testo della Convenzione e tutte le informazioni ad essa relative sono disponibili in rete.

⁹ Le “Linee guida dell'OCSE sulla protezione della privacy e sui flussi transfrontalieri” sono disponibili in rete.

¹⁰ Il documento originale in cui questi principi sono sviluppati in dettaglio è disponibile in rete (http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Proteccion_Datos_Personales_CJI-doc_541-17_corr1.pdf).

¹¹ In Brasile, dal 18 settembre 2020, l'articolo 18 della Legge generale sulla protezione dei dati riconosce il diritto dell'interessato a richiedere la cancellazione dei dati in determinate circostanze. Tuttavia, in questo Paese, una sentenza della Corte Superiore di Giustizia del 10 novembre 2016 ha concluso che il diritto all'oblio, concepito come facoltà di opporsi, a causa del trascorrere del tempo, alla divulgazione di fatti veritieri e legittimamente ottenuti pubblicati su supporti analogici o digitali, è incompatibile con la Costituzione brasiliana.

Negli Stati Uniti, la California ha approvato il “California Consumer Privacy Act”, che entrerà in vigore all’inizio del 2020, che, ispirandosi alla normativa europea, prevede la protezione dei dati dei suoi residenti, con particolare attenzione alla tutela dei minori¹².

Per quanto riguarda le altre aree geografiche, la situazione è più diversificata e la regione Asia-Pacifico spicca per la sua crescente importanza economica. In questa regione, gli standard di protezione della privacy sono stati adottati già negli anni ‘70 e, dal 1992, è stato creato il forum APPA (“Asia Pacific Privacy Authorities”) come spazio di condivisione e discussione delle Autorità per la privacy di questa regione, che comprende i rappresentanti di 19 Paesi (Australia, Canada, Colombia, Hong Kong, Giappone, Corea del Sud, Macao, Messico, Nuova Zelanda, Perù, Filippine, Singapore, Stati Uniti, tra gli altri), e le sue riunioni trattano aspetti riguardanti in particolare le nuove tecnologie, la gestione delle richieste e dei reclami in materia di privacy. Questo forum ha tenuto 56 riunioni, l’ultima delle quali si è svolta nella British Columbia (Canada) tra il 30 novembre e il 2 dicembre 2021. Nell’ambito di questo forum, sono state adottate una serie di regole sulla privacy transfrontaliera (“Cross Border Privacy Rules”, CBPR) che contengono le basi per le leggi sulla privacy che devono essere adottate da ciascuno dei Paesi membri. Finora sono state accettate da Corea del Sud, Stati Uniti, Canada, Giappone e Messico. Le organizzazioni che desiderano partecipare a questo sistema devono sottoporre le proprie norme e politiche di protezione dei dati personali alla convalida di terzi per garantire la protezione dei dati personali¹³.

In Africa, le norme sulla protezione dei dati esistono solo in 28 dei 55 Stati africani. Di questi, solo 15 hanno istituito autorità indipendenti per monitorare l’attuazione di tali normative¹⁴.

2.2. Il Regolamento dell’Unione Europea sulla protezione dei dati

Per quanto riguarda l’Unione Europea, in particolare, la prima cosa da notare è che tutti i Paesi membri erano anche firmatari della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e quindi membri del Consiglio d’Europa. Pertanto, la protezione dei diritti umani, in generale, dei dati personali, non era un obiettivo iniziale delle istituzioni europee, ma, per ottenere questa protezione, l’attività di quella che oggi è l’Unione Europea poggiava sulle basi e sui principi difesi dal Consiglio d’Europa.

Tuttavia, già nel 1957, il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea prevedeva all’articolo 16, paragrafo 1, che: “Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano”. Ci sono voluti alcuni decenni perché questa protezione si concretizzasse in norme più precise.

Nel frattempo, le Costituzioni dei Paesi europei del secondo dopoguerra includevano nei loro testi i diversi diritti umani, compresi quelli legati alla protezione della privacy e dell’intimità. Solo nel 1974 la Costituzione svedese ha inserito nell’articolo 3, nel secondo capitolo del catalogo dei diritti e delle libertà individuali, la garanzia di protezione dei cittadini “contro qualsiasi danno alla loro integrità personale derivante dall’archiviazione di dati che li riguardano attraverso l’elaborazione informatica”.

Il primo atto legislativo specifico da evidenziare è la Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Il mercato interno, nel quale è garantita la libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali, implica anche la libera circolazione dei dati personali da uno Stato membro all’altro. L’uso del trattamento dei dati nel settore economico privato e nel campo della cooperazione amministrativa, scientifica e tecnica ha reso necessaria l’armonizzazione

¹² Sebbene negli Stati Uniti non esista una legislazione federale simile al GDPR, in California possiamo trovare una modifica nel *California Consumer Privacy Act* del 2018, entrato in vigore il 1° gennaio 2020, ai consumatori sono riconosciuti una serie di diritti sui propri dati, tra cui il “diritto alla cancellazione”, ispirato alla legislazione europea, anche se solo sui dati che il datore di lavoro ha ottenuto direttamente dagli interessati. Anche in Russia vi è una normativa in materia nel 2020: si tratta della “Legge sul diritto all’oblio”, approvata dalla Duma il 3 luglio 2015 e dal Consiglio della Federazione l’8 luglio, che ha sancito il diritto degli utenti di Internet a “richiedere la rimozione dai risultati di ricerca di informazioni inaffidabili o irrilevanti”. Disposizioni simili sono contenute nella sezione 27 del Personal Data Protection Bill indiano del 2019. Per un’analisi più completa: E. Torralba, *Reflexiones sobre el alcance territorial del Derecho al Olvido*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2/2021).

¹³ Il sistema di regole sulla privacy transfrontaliera (CBPR) è disponibile in rete (<https://cbprs.blob.core.windows.net/files/CBPR%20Policies,%20Rules%20and%20Guidelines%20Revised%20For%20Posting%203-16.pdf>).

¹⁴ Cfr. il sito web della Scuola africana sulla governance di Internet, AfriSIG (<https://www.apc.org/en/project/african-school-internet-governance-afriSIG>) e il sito web della Dichiarazione africana sui diritti e le libertà di Internet (<https://africaninternetrights.org/en>).

delle leggi nazionali sulla protezione dei dati personali per evitare qualsiasi ostacolo al flusso transfrontaliero. L'articolo 32 della Direttiva 95/46/CE prevedeva un periodo di tre anni per il recepimento del contenuto della Direttiva nel diritto nazionale degli Stati membri.

Tuttavia, si è notato che le normative adottate dai Paesi dell'Unione mantengono differenze sostanziali nella regolamentazione della protezione dei dati. Si è quindi deciso che è necessaria una convergenza in questo settore così delicato per i diritti e le libertà dei cittadini¹⁵.

Infine, nel 2016 è stato adottato il Regolamento (UE) 2016/679 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, RGPD o General Data Protection Regulation, GDPR), entrato in vigore il 25 maggio 2018 (art. 99.2 GDPR). La sua disciplina è completata, oltre che da altre norme e tenendo presente il considerando 20 del GDPR, da Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

Con specifico riferimento al diritto all'oblio¹⁶, o diritto alla cancellazione, questo è disciplinato dall'articolo 17 del GDPR, dove viene previsto il diritto da parte del soggetto interessato di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano e il corrispondente obbligo del titolare del trattamento di dare seguito a tale richiesta, senza ingiustificato ritardo, qualora ricorra una delle seguenti circostanze:

- a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;
- b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento;
- c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2;
- d) i dati personali sono stati trattati illecitamente;
- e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento;
- f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, qualora abbia reso pubblici dati personali e sia obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, il responsabile del trattamento, tenuto conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione: "adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali". Questo aspetto del diritto all'oblio è stato chiamato anche diritto alla deindicizzazione, in quanto si tratta non solo di "cancellare" i dati personali, ma anche di fare in modo che non vengano indicizzati dai motori di ricerca, in quanto anch'essi hanno lo status di "responsabili del trattamento" dopo la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 13 maggio 2014¹⁷.

Questo regolamento è stato completato in Spagna con la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (LOPD)¹⁸, ferma restando la validità del GDPR in Spagna e nel resto dei Paesi dell'UE:

Questa legge dedica due articoli al diritto di cancellazione e al diritto all'oblio.

¹⁵ Un'analisi dettagliata di questo processo decisionale si trova in R. M. Orza Linares, *La influencia regulatoria de la Unión Europea: El ejemplo del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*, in E. Marín De Espinosa Ceballos (dir.), M. R. Moreno Torres Herrera, P. Esquinas Valverde (coord.), *El Derecho Penal en el Siglo XXI*, Valencia, 2021.

¹⁶ Sugli sviluppi del diritto all'oblio, v. A. Moreno Bobadilla, *El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y los Estados Unidos*, in *Revista de Comunicación*, 18(1)/2019, in particolare pp. 261-264.

¹⁷ CGUE del 13 maggio 2014, *Google c. CEDU e Mario Costeja*, ECLI:EU:C:2014:317.

¹⁸ Testo disponibile in rete (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>).

L'articolo 15 stabilisce che:

1. Il diritto di cancellazione è esercitato ai sensi dell'articolo 17 del Regolamento (UE) 2016/679.
2. Qualora la cancellazione derivi dall'esercizio del diritto di opposizione ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2016/679, il titolare del trattamento può conservare i dati identificativi dell'interessato necessari a impedire futuri trattamenti per finalità di marketing diretto.

L'articolo 93, che fa riferimento al diritto all'oblio nelle ricerche su Internet stabilisce che:

3. Ogni persona ha il diritto di ottenere che i motori di ricerca su Internet rimuovano dagli elenchi di risultati ottenuti a seguito di una ricerca sulla base del proprio nome i link pubblicati contenenti informazioni relative alla persona stessa che siano inappropriate, inesatte, irrilevanti, non pertinenti, obsolete o eccessive o che lo siano diventate nel corso del tempo, tenendo conto delle finalità per le quali sono state raccolte o elaborate, del tempo trascorso e della natura e dell'interesse pubblico delle informazioni. Lo stesso vale nel caso in cui le circostanze personali addotte dall'interessato nel suo caso dimostrino che i suoi diritti prevalgono sul mantenimento dei link da parte del servizio di ricerca su Internet. Tale diritto sussiste anche se le informazioni pubblicate sul sito web collegato sono legittimamente conservate e non vengono cancellate dal sito web collegato prima o allo stesso tempo.
4. L'esercizio del diritto di cui al presente articolo non impedisce l'accesso alle informazioni pubblicate sul sito web mediante l'uso di criteri di ricerca diversi dal nome della persona che esercita il diritto.

In sintesi, e seguendo la sistematizzazione proposta da María Solange Maqueo, il diritto all'oblio presenta due aspetti principali.

Da un lato, "i riferimenti al diritto all'oblio digitale riguardano genericamente la rimozione delle informazioni disponibili su Internet". Ciò include "dalla rimozione delle informazioni personali da parte dell'editore del contenuto della pagina web di partenza alla loro rimozione dalle piattaforme su cui sono ospitate le informazioni create da terzi".

D'altra parte, il diritto all'oblio si riferisce alla "possibilità per le persone fisiche di chiedere direttamente ai motori di ricerca di deindicizzare determinati link a pagine web ottenuti tramite ricerche basate sul nome". In questo caso, non si tratta di eliminare le informazioni disponibili su Internet, ma di "limitarne la disponibilità o renderne più difficile l'accesso"¹⁹.

2.3. Sviluppi successivi all'entrata in vigore del GDPR

L'articolo 97 del Regolamento generale sulla protezione dei dati prevede che la Commissione europea presenti, entro il 25 maggio 2020 e successivamente ogni quattro anni, una relazione sulla valutazione e sul riesame del regolamento. Tali relazioni, che saranno rese pubbliche, conterranno anche, se del caso, proposte di modifica del regolamento alla luce degli "sviluppi delle tecnologie dell'informazione e alla luce dei progressi della società dell'informazione".

In ottemperanza a tale obbligo, la Commissione ha finora preparato e presentato due relazioni: una il 24 luglio 2019 e l'altra il 24 giugno 2020.

Nella prima di queste relazioni²⁰, per quanto riguarda l'influenza internazionale del regolamento²¹, la Commissione osserva che "un numero crescente di imprese ha promosso il rispetto dei dati personali come elemento di differenziazione concorrenziale e punto di forza nelle vendite. Questi sviluppi non si limitano all'UE, ma riguardano anche economie estere molto innovative". Per quanto riguarda l'influenza del regolamento sulle normative di altri Paesi, la relazione osserva che "poiché i Paesi di tutto il mondo si trovano sempre più spesso ad affrontare sfide analoghe", stanno adottando nuove norme sulla protezione dei dati o modernizzando quelle esistenti. Nel farlo, "Spesso tali leggi

¹⁹ M. S. Maqueo Ramírez, *El derecho al olvido digital desde la perspectiva de la Unión Europea y la viabilidad de su extrapolación al caso de México*, in *Latin American Law Review*, 03/2019, p. 83.

²⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Bilancio delle norme sulla protezione dei dati come catalizzatore della fiducia nell'UE e oltre* (COM/2019/374 finale), 24/07/2019 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=COM%3A2019%3A374%3AFIN>).

²¹ Sezione VI: *La convergenza verso l'alto sta progredendo a livello internazionale*. Le citazioni selezionate sono tutte tratte da questa sezione.

presentano una serie di caratteristiche comuni condivise dal regime di protezione dei dati dell'UE, come una legislazione di ampia portata piuttosto che norme settoriali, diritti individuali applicabili e un'autorità di controllo indipendente". Per la Commissione, quindi, "questa tendenza è veramente globale, dalla Corea del Sud al Brasile, dal Cile alla Thailandia, dall'India all'Indonesia. La partecipazione sempre più universale alla "Convenzione 108" del Consiglio d'Europa, recentemente modernizzata con un contributo significativo della Commissione, è un altro evidente indizio di questa tendenza alla convergenza verso l'alto".

Come sottolinea Jorge Pérez, "l'influenza internazionale del pacchetto normativo europeo è innegabile". E porta come esempio la Decisione di esecuzione (UE) 2019/419 della Commissione, del 23 gennaio 2019, ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione dei dati personali da parte del Giappone ai sensi della legge sulla protezione dei dati personali, che – a suo avviso – "evidenzia questa influenza in questo periodo di applicazione del Regolamento generale"²².

La relazione sottolinea inoltre, per quanto riguarda il flusso di dati, che "altri Paesi che hanno messo in atto strumenti di trasferimento simili all'adeguatezza del Regolamento hanno riconosciuto che l'UE, così come i Paesi riconosciuti dall'UE come "adeguati", garantiscono il necessario livello di protezione", citando in particolare Argentina, Colombia, Israele e Svizzera.

Questa fiducia reciproca "può creare una rete di paesi nel contesto della quale i dati possono circolare liberamente". Inoltre, la Commissione osserva che "è in corso un intenso lavoro con altri Paesi terzi, quali il Canada, la Nuova Zelanda, l'Argentina e Israele che mira a garantire la continuità, ai sensi del regolamento, delle decisioni di adeguatezza adottate sulla base della direttiva sulla protezione dei dati del 1995". Inoltre, "lo scudo UE-USA per la privacy si è dimostrato uno strumento utile per garantire flussi di dati transatlantici basati su un livello elevato di protezione, con oltre 4 700 imprese partecipanti".

Infine, la Commissione rileva il desiderio di incrementare il dialogo con le organizzazioni e le reti regionali "quali l'Associazione delle nazioni del sud-est asiatico (ASEAN), l'Unione africana, il forum delle autorità di protezione dei dati Asia-Pacifico (APPA, Asia Pacific Privacy Authorities forum) o la rete per la protezione dei dati ibero-americana (Ibero-American Data Protection Network)", in quanto il loro ruolo è sempre più importante nella formulazione di standard comuni di protezione dei dati, nel favorire lo scambio di migliori pratiche e nel promuovere la cooperazione tra le autorità preposte alla protezione dei dati. Si mostra altresì interessato a collaborare con "l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico e la Cooperazione economica Asia-Pacifico", per sviluppare la convergenza verso un alto livello di protezione dei dati.

Un anno dopo, la Commissione ha presentato la seconda delle relazioni (COM/2020/264 definitivo) che, significativamente, si intitola "La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati"²³. In questo senso, e con riferimento all'argomento di queste pagine, la Commissione osserva che "la necessità di garantire la fiducia e la domanda di protezione dei dati personali non sono certamente aspetti limitati all'UE" e che "le e persone fisiche di tutto il mondo conferiscono un'importanza sempre maggiore alla tutela della vita privata e alla sicurezza dei loro dati"²⁴.

La Commissione fa riferimento a uno studio, che ha coinvolto 2.600 consumatori in tutto il mondo, da cui è emerso che un numero significativo di consumatori ha già preso provvedimenti per proteggere la propria privacy, ad esempio cambiando società o provider a causa delle loro politiche sui dati o delle pratiche di condivisione delle informazioni²⁵.

Per quanto riguarda l'influenza internazionale del Regolamento, la relazione osserva che: "l'adozione del regolamento generale sulla protezione dei dati ha spinto altri paesi in numerose

²² J. Pérez Miras, *Il bilancio del primo anno di applicazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati della Commissione europea*, in *EnRed@2.0 Revista Digital por y para emplead@s de la Junta de Andalucía*, 6/02/2020.

²³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, "La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati" (Bruxelles, 24.6.2020 COM(2020) 264 finale) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=COM%3E2020%3A264%3AFIN>).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ CISCO, *Indagine sulla privacy dei consumatori*, 2019.

regioni del mondo a prendere in considerazione la possibilità di seguire l'esempio". La relazione rileva che questa tendenza è "realmente universale", e va "dal Cile alla Corea del Sud, dal Brasile al Giappone, dal Kenya all'India e dalla California all'Indonesia"²⁶. Ciò sottolinea la leadership dell'UE nella protezione dei dati e la sua capacità di "fungere da punto di riferimento a livello mondiale per la regolamentazione dell'economia digitale". Lo stesso Segretario generale delle Nazioni Unite António Guterres ha osservato che il GDPR ha "costituito un esempio ispiratore [...] per misure analoghe altrove" e ha "esortato l'UE e i suoi Stati membri a continuare a svolgere un ruolo di guida nel plasmare l'era digitale e ad essere all'avanguardia nell'innovazione tecnologica e nella regolamentazione"²⁷.

La relazione fa inoltre riferimento alla necessità di garantire l'applicazione del regolamento alle attività di trattamento "degli operatori stranieri attivi sul mercato dell'UE". A tal fine, è essenziale "che tale ampliamento di portata si rifletta adeguatamente nelle azioni di esecuzione attuate dalle autorità di protezione dei dati". In particolare, esse "dovrebbero garantire il coinvolgimento, ove necessario, del rappresentante nell'UE del responsabile del trattamento o dell'incaricato del trattamento, e dovrebbe essere possibile rivolgersi a tale rappresentante in aggiunta o in sostituzione della società stabilita al di fuori dell'UE". Questo approccio dovrebbe essere perseguito "con maggior vigore" per chiarire che "mancanza di uno stabilimento nell'UE non esonera gli operatori stranieri dalle loro responsabilità ai sensi del regolamento generale sulla protezione dei dati".

E per promuovere la convergenza globale nel campo della protezione dei dati, la Commissione "a intensificato il proprio dialogo in una serie di consessi bilaterali, regionali e multilaterali al fine di promuovere una cultura globale di rispetto della vita privata e di sviluppare elementi di convergenza tra sistemi diversi di tutela della vita privata". Nel portare avanti questi sforzi, la Commissione si è affidata – e continuerà a farlo – al sostegno attivo del Servizio europeo per l'azione esterna, della rete di delegazioni dell'UE nei Paesi terzi e delle missioni presso le organizzazioni internazionali. Ciò ha permesso anche una maggiore coerenza e complementarietà tra i diversi aspetti della dimensione esterna delle politiche dell'UE, dal commercio al nuovo partenariato Africa-UE. Anche il G20 e il G7 hanno recentemente riconosciuto il contributo della protezione dei dati alla fiducia nell'economia digitale e ai flussi di dati, in particolare attraverso il concetto di "flusso transfrontaliero di dati", proposto per la prima volta dalla presidenza giapponese del G20. La strategia sui dati sottolinea l'intenzione della Commissione di promuovere ulteriormente lo scambio di dati con partner fidati, combattendo al contempo gli abusi, come l'accesso sproporzionato ai dati personali da parte di autorità pubbliche (straniere).

In definitiva, la Commissione è impegnata a promuovere la diffusione internazionale della cultura della protezione dei dati, in particolare:

- sostenere i processi di riforma in corso nei Paesi terzi per quanto riguarda le norme di protezione dei dati nuove o aggiornate, attraverso lo scambio di esperienze e di buone pratiche;
- collaborare con i partner africani per promuovere la convergenza normativa e sostenere lo sviluppo delle capacità delle autorità di vigilanza nell'ambito del capitolo digitale del nuovo partenariato Africa-UE;
- valutare come facilitare la cooperazione tra gli operatori privati e le autorità di contrasto, in particolare negoziando quadri bilaterali e multilaterali per il trasferimento dei dati nel contesto dell'accesso delle autorità di contrasto straniere alle prove elettroniche, al fine di evitare conflitti normativi, garantendo al contempo la presenza di adeguate garanzie di protezione dei dati;
- collaborare con organizzazioni internazionali e regionali come l'OCSE, l'ASEAN o il G20 per promuovere flussi di dati affidabili basati su standard elevati di protezione dei dati, anche nel contesto dell'iniziativa "free flow of data with confidence";
- istituire una "Accademia della protezione dei dati" come piattaforma in cui le autorità di protezione dei dati dell'UE e dei Paesi terzi possano condividere conoscenze, esperienze e migliori pratiche per facilitare e sostenere la cooperazione tra le autorità per la privacy e per facilitare e sostenere gli scambi tra le autorità di regolamentazione europee e internazionali;

²⁶ Un "successo" normativo, quello del GDPR, che il Parlamento europeo vuole ora ripetere approvando un apposito regolamento sull'intelligenza artificiale ("Artificial Intelligence Act"). E. Pérez, "Aspiramos a que incluso China nos explique sus algoritmos": tres eurodiputados españoles nos cuentan qué se juega Europa con la AI, in *Xakata*, 9/05/2022.

²⁷ A. Guterres, *Secretary-General, Addressing Italian Senate, Warns of 'Great Fracture' amid Rising Great-Power Rivalry, Asymmetric Conflicts, Climate Crisis*, 18/12/2019 (<https://press.un.org/en/2019/sgsm19916.doc.htm>).

- promuovere la cooperazione internazionale tra le autorità di vigilanza, anche attraverso la negoziazione di accordi di cooperazione e assistenza reciproca.

Per quanto riguarda specificamente il diritto all'oblio (o diritto alla cancellazione), la Commissione osserva che, secondo i risultati di un'indagine sui diritti fondamentali del 2019, "il 69% della popolazione dell'UE di età superiore ai 16 anni ha sentito parlare del GDPR e il 71% delle persone nell'UE conosce la propria autorità nazionale per la protezione dei dati", il che dimostra che "le persone sono sempre più consapevoli dei loro diritti: diritti di accesso, rettifica, cancellazione e portabilità dei dati personali, diritto di opposizione al trattamento dei dati personali e maggiore trasparenza"²⁸. Tuttavia, la Commissione rileva la necessità di "adottare ulteriori orientamenti pratici, di facile comprensione, e che forniscano risposte chiare nonché ad evitare ambiguità sulle questioni relative all'applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati, ad esempio in materia di trattamento di dati di minori e di diritti degli interessati, compreso l'esercizio del diritto di accesso e del diritto di cancellazione, consultando le parti interessate nel processo"²⁹.

Anche la risposta dell'Unione Europea all'epidemia di coronavirus è stata molto importante, anche se la sua analisi esula dallo scopo di queste pagine, nonostante l'indubbio legame di molte delle misure adottate con la protezione dei dati personali (confinamento, registrazione dei vaccinati, controllo dei passeggeri, passaporto covid, controllo dell'accesso a imprese o stabilimenti legati al turismo, ecc.).

Particolarmente degni di nota sono gli strumenti digitali che l'Unione europea ha promosso in relazione a questa pandemia. Attraverso la sua "Strategia digitale" (2019-2024), ha cercato di "garantire che gli europei possano rimanere connessi e sicuri online". Da notare anche la collaborazione instaurata con Google, Facebook, Twitter e Microsoft per garantire che queste aziende promuovano attivamente fonti di informazione autorevoli sul coronavirus, oltre a limitare i contenuti falsi o fuorvianti. Più precisamente, Google Search si è impegnato a dare risalto agli articoli pubblicati dalle organizzazioni di "fact-checking" dell'UE, Facebook e Instagram hanno indirizzato più di 2 miliardi di persone in tutto il mondo verso le risorse dell'OMS e di altre autorità sanitarie attraverso un "Information Hub", Twitter ha raccolto gli ultimi tweet da una serie di fonti autorevoli e affidabili nelle lingue locali, YouTube ha pubblicato pannelli informativi con link a funzionari sanitari globali e locali, sia sulla sua homepage che nei video e nelle ricerche del COVID 19, e la pagina TikTok del COVID-19 ha ricevuto più di 52 milioni di visite nei cinque maggiori mercati europei (Regno Unito, Germania, Francia, Italia e Spagna).

Inoltre, la Commissione europea e la Rete di cooperazione per la tutela dei consumatori, istituita dal Regolamento (CE) 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori, sono state in costante contatto con le principali piattaforme online: Allegro, Amazon, Alibaba/ AliExpress, CDiscount, Ebay, Facebook, Google, Microsoft/Bing, Rakuten, Verizon Media/Yahoo e Wish, per condividere informazioni su possibili frodi e truffe. Come risultato di questa cooperazione, queste piattaforme hanno rimosso centinaia di milioni di offerte e pubblicità relative al coronavirus, dichiarando al contempo il loro forte impegno nella protezione dei consumatori e contro le pubblicità che potrebbero offrire "virtù miracolose" contro il virus.

3. Alcuni esempi di applicazione giurisprudenziale del diritto all'oblio, dopo il GDPR.

3.1. Nella giurisprudenza europea.

3.1.1. CGUE del 9 marzo 2017, causa C-398/15.

Nel 2017, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dovuto pronunciarsi in via pregiudiziale sulla possibilità per l'amministratore unico di una società che in passato era stata sottoposta a una procedura di insolvenza e alla successiva liquidazione di chiedere la cancellazione dello "storico" dal registro pubblico delle imprese, sostenendo che tali informazioni, che le società di rating utilizzano

²⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini*, cit.

²⁹ *Ibid.*

per redigere i rapporti, gli avevano causato un grave danno reputazionale o economico, dissuadendo i potenziali acquirenti di immobili da una nuova società di cui era amministratore unico³⁰.

In una prima decisione, il Tribunale di Lecce, in data 1° agosto 2011, ha accolto le domande dell'attore e ha condannato la Camera di Commercio di Lecce "all'anonimizzazione dei dati che collegano il sig. Manni alla liquidazione dell'Immobiliare Salentina e la condanna al risarcimento del danno subito dall'attore, fissato in 2000 euro, oltre interessi e spese"³¹. Il Tribunale di Lecce ha quindi ritenuto che "le annotazioni che collegano il nome di una persona fisica a una fase critica della vita dell'impresa (quale la procedura concorsuale) non possono essere indeterminate, in assenza di uno specifico interesse generale alla loro conservazione e divulgazione". Poiché il Codice Civile non prevede una durata massima dell'iscrizione, ha ritenuto che, "trascorso un congruo periodo di tempo dalla chiusura della procedura concorsuale della società in questione e dalla cancellazione delle sue iscrizioni nel registro delle imprese, la necessità e l'utilità, ai sensi del D.Lgs. n. 196, dell'indicazione del nome della persona fisica della società nella ragione sociale non può essere indefinita, in assenza di uno specifico interesse generale alla sua conservazione e divulgazione". "L'indicazione del nome dell'ex amministratore unico di tale società al momento della sua liquidazione viene meno, in quanto l'interesse pubblico di una "memoria storica" dell'esistenza della società e delle difficoltà da essa attraversate [può] essere soddisfatto in larga misura anche attraverso dati anonimi"³².

In risposta al ricorso presentato dalla Camera di Commercio, la Corte di Cassazione ha deciso di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La CGUE ha ritenuto che il trattamento di tali dati, che erano illegittimi, fosse coperto dal diritto comunitario, in quanto lo scopo del sistema di pubblicità che esso stabilisce è quello di tutelare, in particolare, gli interessi dei terzi in relazione alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata, in quanto, come garanzia nei confronti dei terzi, esse offrono solo il loro patrimonio e le loro passività. A tal fine, la pubblicità deve consentire ai terzi di conoscere gli atti essenziali della società e alcune informazioni che la riguardano, in particolare l'identità delle persone che hanno il potere di vincolarla³³. Inoltre, da questo punto di vista, è importante che chiunque desideri instaurare e mantenere relazioni commerciali con società stabilite in altri Stati membri possa facilmente venire a conoscenza degli elementi essenziali relativi alla costituzione delle società commerciali e dei poteri delle persone autorizzate a rappresentarle, il che richiede che tutte le informazioni pertinenti siano esplicitamente riportate nel registro³⁴. Inoltre, "possono sorgere questioni che richiedono che questi dati siano disponibili molti anni dopo che una società ha cessato di esistere"³⁵. Pertanto, "sembra giustificato che le persone fisiche che decidono di partecipare a scambi economici attraverso una società di questo tipo siano obbligate a rendere pubblici i dati relativi alla loro identità e alle loro funzioni all'interno di essa, a maggior ragione se sono consapevoli di tale obbligo nel momento in cui decidono di intraprendere tale attività"³⁶. Tuttavia, data "la notevole eterogeneità dei termini di prescrizione previsti dalle varie normative nazionali nei diversi settori del diritto, come evidenziato dalla Commissione, è attualmente impossibile individuare un termine unico a partire dallo scioglimento di una società, allo scadere del quale l'iscrizione di questi dati nel registro e la loro divulgazione non sono più necessari"³⁷.

3.1.2. CEDU del 28 settembre 2018, cause 60798/10 e 65599/10

Per quanto riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo, in una sentenza del 2018³⁸, essa applica anche la giurisprudenza sul diritto all'oblio stabilita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

³⁰ CGUE del 9 marzo 2017, causa C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*. Un'analisi di questa sentenza si trova in E. Guichot, *El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español*, in *Revista de Administración Pública*, 2009.

³¹ CGUE del 9 marzo 2017, para. 27.

³² *Ibid.*, para. 28.

³³ *Ibid.*, para. 49.

³⁴ *Ibid.*, para. 50.

³⁵ *Ibid.*, para. 54.

³⁶ *Ibid.*, para. 59.

³⁷ *Ibid.*, para. 55.

³⁸ CEDU del 28 settembre 2018, cause 60798/10 e 65599/10, *M. L. e W. W. c. Germania*.

In questo caso, due fratelli sono stati condannati nel 1993 in Germania all'ergastolo per l'omicidio di un attore tedesco. Sono stati rilasciati con la condizionale nel 2007 e nel 2008. La vicenda è stata riportata e analizzata da diversi media, sia nelle loro edizioni cartacee che sui rispettivi siti web. Dopo il loro rilascio, i fratelli hanno cercato di ottenere l'anonimizzazione di tutte le informazioni che li riguardavano e, non riuscendoci, si sono rivolti al tribunale. Nei primi giudizi hanno ottenuto sentenze a favore delle loro richieste, ma, infine, la Corte federale di giustizia ha respinto le loro richieste in quanto, come sottolinea E. Guichot, "sarebbe un modo per cancellare la storia a vantaggio di chi ha commesso il reato e avrebbe un effetto dissuasivo sulla libertà di informazione, obbligando a controllare regolarmente tutti i loro archivi, con il conseguente [sforzo] in termini di tempo e personale"³⁹.

Nel loro ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, i ricorrenti hanno sostenuto di essere stati nuovamente confrontati con il loro reato quando, dopo aver scontato la loro pena di oltre quindici anni, si stavano preparando per il loro reinserimento nella società. Il mantenimento su Internet dei fascicoli che li riguardano li stigmatizza ancora una volta. Ritengono che, finché le informazioni su una condanna pronunciata anni fa sono disponibili su un portale Internet, saranno lette allo stesso modo da un vicino di casa o da un datore di lavoro, indipendentemente dal fatto che siano state scritte di recente o all'epoca della condanna. In entrambi i casi la persona bersaglio verrebbe marchiata con il timbro di un assassino⁴⁰.

Inoltre, i ricorrenti imputano alla Corte Federale di Giustizia di non aver riconosciuto i pericoli specifici dell'era di Internet. Secondo i ricorrenti, che si basano su una sentenza del 1973 della Corte costituzionale tedesca nel caso Lebach, un programma televisivo cade nell'oblio dopo un certo periodo di tempo, mentre i motori di ricerca su Internet consentono di ottenere informazioni su un evento specifico in qualsiasi momento, gratuitamente, rapidamente, ovunque e continuamente. La diffusione su Internet costituirebbe quindi una violazione duratura del diritto al rispetto della vita privata⁴¹. Per quanto riguarda il rifiuto della Corte Federale di obbligare i media a controllare sistematicamente tutti i loro archivi, i ricorrenti fanno riferimento al fatto che ciò non sarebbe necessario, ma solo in caso di espressa richiesta di anonimato da parte della persona interessata in un rapporto e che i costi relativi alla richiesta potrebbero essere sostenuti dal richiedente al fine di ridurre ogni possibile effetto deterrente sulla stampa⁴². I ricorrenti si chiedono se, vent'anni dopo la loro condanna, esista ancora un particolare interesse pubblico a essere informati sull'evento in questione. Essi ritengono che tale interesse sarebbe soddisfatto anche se potessero apparire in forma anonima nelle notizie, cosa che, sostengono, richiederebbe un intervento tecnico minimo⁴³. Sottolineano che, anche se l'anonimizzazione al 100% non è possibile, non si tratta di rinunciare a tutte le forme di anonimizzazione. Sostengono che, con i mezzi ora disponibili negli archivi di Internet, dovrebbero essere obbligati a fare tutto il possibile per limitare la diffusione di informazioni per le quali è stata richiesta l'anonimizzazione⁴⁴.

Pur ribadendo la sua dottrina sull'autodeterminazione informativa, che considera inclusa nel rispetto della vita privata sancito dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte ritiene che l'attacco alla reputazione personale debba comportare un certo livello di gravità ed essere stato attuato in modo tale da compromettere il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata. Inoltre, "questa disposizione non può essere invocata per lamentarsi di un danno alla reputazione che deriverebbe prevedibilmente da azioni proprie, come un reato"⁴⁵. Per E. Guichot, il requisito che il danno sia di una certa gravità segnerebbe un allontanamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁶.

A ciò si aggiunge la visione coerente della Corte sul ruolo essenziale della stampa in una società democratica, che comprende la cronaca e il commento dei procedimenti giudiziari. La Corte osserva che "è inconcepibile che le questioni trattate dai tribunali non possano, prima o allo stesso tempo, dare

³⁹ E. Guichot, *Il riconoscimento e lo sviluppo del diritto all'oblio*, cit., pp. 62-63.

⁴⁰ CEDU del 28 settembre 2018, cause 60798/10 e 65599/10, *M. L. e W. W. c. Germania*, para. 68.

⁴¹ *Ibid.*, para. 69.

⁴² *Ibid.*, para. 71.

⁴³ *Ibid.*, para. 72.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 73.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 88.

⁴⁶ E. Guichot, *Il riconoscimento e lo sviluppo del diritto all'oblio*, cit., p. 63.

luogo a discussioni altrove, sia nelle riviste specializzate, sia nella stampa tradizionale o tra il pubblico in generale". Oltre al ruolo dei media nel diffondere tali informazioni e idee, esiste "il diritto del pubblico di riceverle". Altrimenti, "la stampa non sarebbe in grado di svolgere il suo indispensabile ruolo di "cane da guardia". Inoltre, non spetta alla Corte, né ai tribunali nazionali, sostituirsi alla stampa nella scelta della modalità di informazione da adottare in un determinato caso..."⁴⁷. A ciò si aggiunge una funzione accessoria, ma di indubbia importanza, che consiste nel costituire archivi di informazioni già pubblicate e nel metterli a disposizione del pubblico, contribuendo notevolmente alla conservazione e all'accessibilità delle notizie e delle informazioni; sono una fonte preziosa per la didattica e la ricerca storica, soprattutto perché sono immediatamente accessibili al pubblico e generalmente gratuiti⁴⁸.

Dopo aver ribadito il rispetto del margine di apprezzamento dei tribunali nazionali, la Corte ribadisce i principi rilevanti per risolvere i conflitti tra la libertà di espressione o di informazione e i diritti alla vita privata e alla privacy, ossia il contributo a un dibattito di interesse generale, la notorietà della persona e dell'oggetto del reportage, la condotta precedente della persona, il contenuto, la forma e l'impatto della pubblicazione e, se del caso, le circostanze in cui sono state scattate le fotografie⁴⁹.

In ogni caso, la Corte ritiene che la comparsa dei motori di ricerca su Internet abbia facilitato la ricerca di informazioni da parte degli interessati, cosicché gli obblighi di tali motori di ricerca nei confronti degli interessati possono essere diversi da quelli dell'editore che origina le informazioni. Il bilanciamento degli interessi in gioco può quindi portare a risultati diversi a seconda che l'azione di cancellazione sia diretta contro l'editore iniziale delle informazioni, la cui attività è generalmente al centro di ciò che la libertà di espressione cerca di proteggere, o contro un motore di ricerca il cui interesse principale non è quello di pubblicare le informazioni iniziali sulla persona interessata, ma in particolare di rendere possibile, da un lato, la localizzazione di tutte le informazioni disponibili su tale persona e, dall'altro, di stabilire così un profilo di tale persona⁵⁰.

Per tutte queste ragioni, e dopo aver analizzato i criteri stabiliti per stabilire il conflitto tra libertà di informazione e privacy, ha concluso all'unanimità che non c'è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione⁵¹.

3.1.3. CGUE del 24 settembre 2019, causa C-507/17

In relazione all'ambito di applicazione del diritto europeo, è di grande interesse la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Camera) nella causa C-507/17 del 24 settembre 2019, *Google c. Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL)⁵².

La sentenza verte su una questione preliminare sollevata dal *Conseil d'État* (Consiglio di Stato francese, che agisce come Corte amministrativa suprema) con decisione del 19 luglio 2017.

La questione pregiudiziale è stata sollevata da Google contro una decisione della Presidenza del CNIL del 24 maggio 2015, che aveva accolto la richiesta di una persona fisica di rimuovere dall'elenco dei risultati ottenuti a seguito di una ricerca basata sul suo nome, i link che conducevano a una serie di pagine web, e di applicare tale rimozione a tutte le estensioni dei nomi di dominio del suo motore di ricerca⁵³.

A seguito di tale ingiunzione, Google ha semplicemente rimosso i link relativi a questa persona, esclusivamente dai risultati ottenuti in risposta alle ricerche effettuate da nomi di dominio corrispondenti alle estensioni del suo motore di ricerca negli Stati membri. La risposta di Google è stata considerata insufficiente dalla CNIL, che ha imposto alla società una sanzione di 100.000 euro con una decisione del 10 marzo 2016. Questa sanzione è stata impugnata da Google davanti al Consiglio di Stato francese, sostenendo che la rimozione dei link indicati nei risultati di ricerca non significava che dovessero essere rimossi, senza limitazioni geografiche, da tutti i nomi di dominio del

⁴⁷ CEDU del 28 settembre 2018, para. 89.

⁴⁸ *Ibid.*, para. 90.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 95.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 97.

⁵¹ *Ibid.*, para. 116 e decisione finale.

⁵² ECLI:EU:C:2019:772 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0507>)

⁵³ *Ibid.*, para. 30.

suo motore. Inoltre, adottando tale interpretazione, il CNIL ha violato i principi di *comitas* e di non ingerenza riconosciuti dal diritto pubblico internazionale e ha violato in modo sproporzionato le libertà di espressione, informazione, comunicazione e stampa, garantite, tra l'altro, dall'articolo 11 della Carta.

Il Consiglio di Stato francese, prima di emettere una decisione definitiva, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre una questione pregiudiziale alla CGUE. Sebbene l'oggetto di questo rinvio pregiudiziale fosse incentrato sull'interpretazione da dare all'obbligo di rimozione dei link da parte del motore di ricerca, ci concentreremo sull'analisi della sentenza che è dedicata a risolvere la portata territoriale della normativa europea.

Così, per quanto riguarda l'obbligo di Google di rispettare il diritto europeo, la Corte afferma che il "trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro, ai sensi della disposizione suddetta, qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro"⁵⁴. In tali circostanze, "e attività del gestore del motore di ricerca e quelle del suo stabilimento situato nello Stato membro interessato sono inscindibilmente connesse, dal momento che le attività relative agli spazi pubblicitari costituiscono il mezzo per rendere il motore di ricerca in questione economicamente redditizio e che tale motore è, al tempo stesso, lo strumento che consente lo svolgimento di dette attività"⁵⁵. Pertanto, il fatto che tale motore di ricerca sia gestito da un'impresa di un paese terzo non può significare che il trattamento dei dati personali effettuato sia soggetto agli obblighi e alle garanzie di cui alla direttiva 95/46 e al regolamento 2016/679⁵⁶.

Si potrebbe quindi intendere che "una deindicizzazione effettuata su tutte le versioni di un motore di ricerca è idonea a soddisfare pienamente tale obiettivo" di garantire un elevato livello di protezione dei dati personali dei cittadini dell'UE⁵⁷. Per la Corte, sembra chiaro che in un mondo globalizzato, l'accesso degli utenti di Internet, in particolare di quelli al di fuori dell'Unione, a un link "che rinvia a informazioni concernenti una persona il cui centro di interessi si trova nell'Unione, può quindi produrre effetti immediati e sostanziali sulla persona in questione anche all'interno dell'Unione"⁵⁸.

Ciò potrebbe giustificare che il legislatore dell'UE "a prevedere un obbligo, per il gestore di un motore di ricerca, di procedere, quando accoglie una richiesta di deindicizzazione formulata da una persona siffatta, alla deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore di ricerca"⁵⁹. Ma "va sottolineato che molti Stati terzi non riconoscono il diritto alla deindicizzazione o comunque adottano un approccio diverso per tale diritto"⁶⁰ e va tenuto presente che "il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità", inoltre "che l'equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, da un lato, e la libertà di informazione degli utenti di Internet, dall'altro, può variare notevolmente nel mondo"⁶¹.

E, secondo la sentenza, il legislatore dell'UE non ha scelto "di attribuire ai diritti sanciti da tali disposizioni una portata che vada oltre il territorio degli Stati membri e che abbia inteso imporre a un operatore che, come Google, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva o del regolamento suddetti, un obbligo di deindicizzazione riguardante anche le versioni nazionali del suo motore di ricerca che non corrispondono agli Stati membri"⁶². Di conseguenza, "il gestore di un motore di ricerca che accoglie una richiesta di deindicizzazione presentata dall'interessato, eventualmente, a seguito di

⁵⁴ *Ibid.*, para. 49. In questo paragrafo, si fa riferimento alla sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja, C-131/12, EU:C:2014:317*, para. 60.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 56.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 51.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 55.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 57.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 58.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 59.

⁶¹ *Ibid.*, para. 60.

⁶² *Ibid.*, para. 62.

un'ingiunzione di un'autorità di controllo o di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, un obbligo, derivante dal diritto dell'Unione, di effettuare tale deindicizzazione su tutte le versioni del suo motore"⁶³.

In breve, "che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri, e ciò, se necessario, in combinazione con misure che, tenendo nel contempo conto delle prescrizioni di legge, permettono effettivamente di impedire agli utenti di Internet, che effettuano una ricerca sulla base del nome dell'interessato a partire da uno degli Stati membri, di avere accesso, attraverso l'elenco dei risultati visualizzato in seguito a tale ricerca, ai link oggetto di tale domanda, o quantomeno di scoraggiare seriamente tali utenti"⁶⁴.

Tuttavia, la sentenza fa riferimento a due eccezioni. Come sottolinea E. Torralba, "non è escluso che, in virtù del bilanciamento dei diritti effettuato in base agli standard nazionali di protezione, uno Stato membro possa imporre al gestore del motore di ricerca di rimuovere i link da tutte le versioni di tale motore", poiché il GDPR "non impone, ma nemmeno vieta". In secondo luogo, "sebbene la rimozione dei link debba, in linea di principio, essere verificata in tutti gli Stati membri, l'interesse del pubblico ad accedere alle informazioni può variare da uno Stato all'altro, cosicché, proprio in virtù del bilanciamento nazionale, l'obbligo di rimuovere i link può talvolta essere limitato al territorio di uno o più Stati"⁶⁵.

In relazione a questo aspetto, è significativo che la Corte contraddica in modo molto chiaro l'opinione del Gruppo di lavoro "Articolo 29", che nelle sue linee guida sull'attuazione della sentenza della CGUE nella causa C-131/12, già citata, aveva indicato che in ogni caso la deindicizzazione dovrebbe essere efficace per tutti i domini rilevanti, compresi i ".com"⁶⁶.

Pertanto, la Corte riconosce che, accanto al modello europeo, che è più protettivo, possono coesistere modelli diversi che possono essere applicabili quando si tratta di proteggere i dati personali dei cittadini.

3.2. Nella giurisprudenza costituzionale spagnola

Sul diritto all'oblio, la Corte costituzionale spagnola ha emesso due sentenze, una nel 2018 e l'altra nel 2022, che commentiamo di seguito.

3.2.1. STC 58/2018, 4 giugno

Il primo di questi riguarda una denuncia relativa a informazioni pubblicate dal quotidiano "El País" negli anni '80 sullo smantellamento di una rete di narcotraffico che coinvolgeva il parente di un importante funzionario pubblico e altri membri dell'alta società di una determinata località. La notizia – che identificava le persone coinvolte con nome, cognome e professione – descriveva il *modus operandi* della rete, la detenzione dei partecipanti e lo stato di tossicodipendenza delle persone ricorrenti che, secondo la notizia, avevano sofferto di crisi di astinenza durante la loro permanenza in carcere.

Vent'anni dopo, nel 2007, "El País" ha creato un accesso gratuito al suo archivio digitale sul sito web "www.elpais.com". Da quel momento, quando i nomi e i cognomi dei ricorrenti venivano inseriti nel motore di ricerca Google, la notizia e un suo estratto apparivano come primo risultato.

⁶³ *Ibid.*, para. 64.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 73.

⁶⁵ E. Torralba, *Reflexiones sobre el alcance*, cit., p. 590.

⁶⁶ Gruppo di lavoro Articolo 29, *Orientamenti sull'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea su "Google Spain e Inc contro Agenzia spagnola per la protezione dei dati (AEPD) e Mario Costeja González"*, C-131/12, WG 225 del 26 novembre 2014. In questa Guida, il Gruppo di lavoro Articolo 29 ha affermato che nonostante le soluzioni concrete possano variare a seconda dell'organizzazione interna e della struttura dei motori di ricerca, le decisioni di *delisting* devono essere attuate in modo da garantire una protezione efficace e completa di tali diritti e impedire che il diritto dell'Unione possa essere facilmente eluso. In questo senso – secondo la sentenza – limitare il *delisting* ai domini dell'UE, adducendo come motivazione che gli utenti tendono ad accedere ai motori di ricerca attraverso i loro domini nazionali, non può essere considerato un mezzo sufficiente a garantire in modo soddisfacente i diritti degli interessati. In pratica, ciò significa che, in ogni caso, il *delisting* deve essere efficace anche per tutti i domini pertinenti, compreso (para. 20).

Quando è stato presentato un reclamo al giornale per anonimizzare la storia o impedirne l'indicizzazione, il giornale ha rifiutato adducendo il diritto fondamentale alla libertà di informazione e l'impossibilità di impedire l'indicizzazione da parte dei motori di ricerca.

Gli interessati si sono rivolti al Tribunale di primo grado che, con sentenza del 4 ottobre 2012, ha accolto integralmente il ricorso, ritenendo provato che "El País" non avesse adottato meccanismi di controllo per impedire la diffusione indiscriminata della notizia. La notizia, inoltre, non era più vera perché i ricorrenti erano stati condannati in via definitiva, non per traffico di droga, ma per contrabbando e la pena era già stata scontata. Inoltre, l'interesse pubblico della notizia, essendo trascorsi oltre vent'anni e data la mancanza di rilevanza pubblica dei querelanti, era anch'esso venuto meno, e il giornale è stato pertanto condannato a pagare un risarcimento, a cessare immediatamente la diffusione della notizia e a mettere in atto misure tecnologiche adeguate per evitare che l'informazione fosse trovata qualora i nomi e cognomi dei querelanti fossero stati inseriti su Google⁶⁷.

Su ricorso del quotidiano "El País", il Tribunale provinciale di Barcellona, l'11 ottobre 2013, ha emesso una sentenza di rigetto del ricorso, ordinando anche la cessazione dell'utilizzo dei dati personali nel codice sorgente che conteneva la notizia.

In sede di ricorso in cassazione, il ricorso è stato parzialmente accolto dalla sentenza della Corte di Cassazione del 15 ottobre 2015⁶⁸. Pertanto, la Suprema Corte non ha ritenuto che il giornale avesse violato il requisito della veridicità nella pubblicazione di quei fatti. Il problema, secondo la Camera, non era che il trattamento dei dati fosse non veritiero, ma piuttosto che fosse inadeguato allo scopo per cui i dati erano stati inizialmente raccolti e trattati. Il fattore tempo è di fondamentale importanza in questa materia, poiché il trattamento dei dati personali deve essere conforme ai principi di qualità dei dati non solo al momento della raccolta e del trattamento iniziale, ma per tutto il tempo in cui avviene il trattamento. Un trattamento che inizialmente poteva essere idoneo allo scopo che lo giustificava può, col tempo, diventare inadeguato a tale scopo, e il danno che provoca ai diritti personali, come l'onore e la privacy, sproporzionato rispetto al diritto tutelato dal trattamento dei dati⁶⁹. Infine, ha accolto parzialmente il ricorso nel senso di dichiarare prive di valore e di effetto le decisioni relative alla cancellazione dei dati personali dei ricorrenti nel codice sorgente della pagina web contenente le informazioni e dei loro nomi, cognomi o anche iniziali, e al divieto di indicizzazione dei dati personali per l'utilizzo da parte del motore di ricerca interno dell'emeroteca digitale gestita dalla convenuta, decisioni che lasciamo senza effetto, mantenendo il resto delle decisioni della sentenza impugnata⁷⁰.

A seguito del ricorso di amparo dei ricorrenti, la Corte Costituzionale ha confermato la totalità della sentenza della Corte Suprema, ad eccezione del divieto di indicizzazione dei nomi dei ricorrenti da parte del motore di ricerca interno del giornale. Così, nella motivazione in diritto, al punto n. 8, si afferma che: "il divieto di indicizzare i dati personali, nello specifico i nomi e i cognomi dei ricorrenti, per l'utilizzo da parte del motore di ricerca interno di "El País" deve essere considerato una misura restrittiva della libertà di informazione idonea, necessaria e proporzionata al fine di impedire la diffusione di notizie lesive dei diritti invocati". Pertanto, "la misura richiesta è necessaria perché la sua adozione, e solo la sua adozione, limiterà la ricerca e la localizzazione della notizia nell'emeroteca digitale sulla base di dati personali che identificano inequivocabilmente i ricorrenti". Sicché: "va tenuto presente che i motori di ricerca interni ai siti web svolgono la funzione di consentire il reperimento e la diffusione delle notizie, e che tale funzione è garantita anche se si elimina la possibilità di effettuare la ricerca utilizzando il nome e il cognome delle persone in questione, che non hanno alcuna rilevanza pubblica". "Se la ricerca di informazioni ha uno scopo investigativo lontano dal mero interesse giornalistico per la persona 'indagata', sarà sempre possibile localizzare la notizia "attraverso una ricerca tematica, temporale, geografica o di qualsiasi altro tipo". Per la Corte Costituzionale, "una persona che fa parte di quello che la Corte Suprema chiama nella sua sentenza 'il pubblico più attivo' può accedere alle notizie in molteplici modi, se è motivata dall'interesse pubblico che l'informazione può avere in un determinato contesto". Tuttavia, "la disposizione richiesta dai ricorrenti impedisce il monitoraggio *ad*

⁶⁷ STC 58/2018, 4 giugno.

⁶⁸ Camera Civile, STS 4132/2015, 15 ottobre. Un'analisi di questa sentenza della Corte Suprema si trova in A. Chicharro, *Medios de comunicación digital y derecho al olvido en la Unión Europea*, in J. Herrero, M. Trenta, (coord.) *El fin de un modelo de política*, in *La Laguna, Cuadernos Artesanos de Comunicación*, 140/2017, pp. 1470-1473.

⁶⁹ Base giuridica, Parágrafo 6.

⁷⁰ Sentenza STS 4132/2015, para. 2.

personam del passato di un determinato soggetto, insistiamo, senza alcuna proiezione pubblica, attraverso uno strumento la cui finalità è diversa, ed è volta ad assicurare la formazione di un'opinione pubblica plurale, non a soddisfare curiosità individuali e mirate"⁷¹.

3.2.2. STC 23/2022, del 21 febbraio

Più di recente, la sentenza della Corte costituzionale 23/2022 del 21 febbraio ha respinto la richiesta di un ricorrente che chiedeva l'annullamento di una sanzione imposta dalla Commissione nazionale per il mercato dei valori mobiliari, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dello Stato, in quanto contraria al principio di proporzionalità delle sanzioni e al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali.

A prescindere da tutte le questioni relative alla sanzione, la presunta violazione del diritto alla protezione dei dati personali deriva dalla pubblicazione nel BOE del nome completo del ricorrente e del tipo e della natura della violazione, come previsto all'epoca dall'articolo 275.3 del Regio Decreto Legislativo 4/2015 che approva il Testo Unico della Legge sul mercato mobiliare.

Secondo il parere della Corte, il rinvio da parte della CNMV al BOE della decisione di "pubblicare la sanzione per un'infrazione molto grave inflitta al ricorrente... è effettuato per adempiere a finalità direttamente connesse alle legittime funzioni degli enti cedente e cessionario ed è espressamente autorizzato dalla legge (art. 304 TRLMV), e pertanto non richiede il consenso dell'interessato [art. 11, par. 2, lett. a), LOPD]"⁷². Questa misura risponde a una finalità costituzionale legittima, adeguata, necessaria e proporzionata, in quanto ha "lo scopo primario di assicurare la trasparenza dei mercati mobiliari, la corretta formazione dei prezzi su di essi e la tutela degli investitori", che risponde anche a un interesse generale dell'intera Unione Europea, come evidenziato dal Regolamento UE sugli abusi di mercato⁷³. Inoltre, tenendo conto che i documenti pubblicati nel BOE hanno lo status di inalterabili, gli interessati possono "esercitare il diritto di chiedere ai motori di ricerca su Internet di rimuovere dagli elenchi di risultati ottenuti, a seguito di una ricerca basata sul loro nome, i link pubblicati contenenti informazioni che li riguardano una volta che non sono più necessari o pertinenti, tenendo conto delle finalità per cui i dati personali sono stati trattati, del tempo trascorso dalla pubblicazione e della natura e dell'interesse pubblico delle informazioni"⁷⁴.

In sintesi, esiste quindi "una base giuridica che legittima il trattamento dei dati, sia la comunicazione della decisione che impone una sanzione all'organo che pubblica il "BOE", sia la sua successiva pubblicazione nel BOE". Una pubblicazione che, inoltre, "non viola i principi di proporzionalità e temporalità che regolano la protezione dei dati personali". E "la misura prevista dal legislatore nell'art. 304 TRLMV e la sua applicazione da parte della CNMV non possono essere considerate sproporzionate per il raggiungimento di tale scopo". Non risulta neppure che "sia stato violato il principio di temporalità nel trattamento dei dati personali che compaiono nella delibera sanzionatoria pubblicata in via definitiva sul "BOE", in quanto il titolare può esercitare il diritto alla soppressione e all'oblio al momento opportuno"⁷⁵.

4. Conclusioni

Appare chiaro, dopo le pagine precedenti, che in Europa si sta radicando una vera e propria cultura della protezione dei dati e un consolidamento nella giurisprudenza delle principali linee normative che l'Unione Europea ha promosso.

⁷¹ STC 58/2018, del 4 giugno, F.J. 8.

⁷² STC 23/2022, del 21 febbraio, F.J. 3 C).

⁷³ Parlamento Europeo e Consiglio, *Regolamento (UE) N. 596/2014 del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione.*

⁷⁴ STC 23/2022, 21 febbraio, F.J. 3.

⁷⁵ STC 23/2022, del 21 febbraio, F.J. 4.

Come si legge nel considerando 2 del Regolamento, l'obiettivo di "contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche", attraverso una normativa in cui il trattamento dei dati personali deve essere "al servizio dell'uomo" (considerando 4), sembra essere una realtà sempre più palpabile.

L'obiettivo è stabilire norme che "rispettino tutti i diritti fondamentali e osservino le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta e sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e di informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale e la diversità culturale, religiosa e linguistica" (considerando 4).

Tuttavia, per quanto i legislatori dell'UE possano avere buone intenzioni, sono anche soggetti a limiti, come è stato sottolineato dalla CGUE. Pertanto, le autorità di controllo europee e degli Stati membri dell'UE non possono aspirare a un'applicazione universale della propria legislazione. Accanto al modello europeo, possono coesistere altri modelli di protezione dei dati.

Inoltre, in un'economia sempre più basata sul trattamento dei dati, compresi quelli personali, e in una società globale, sembra essenziale che le persone abbiano un maggiore controllo sui propri dati personali e che questi vengano trattati per scopi legittimi, in modo lecito, equo e trasparente e nel rispetto dei diritti umani.

In ogni caso, al di là di circostanze eccezionali come l'epidemia di COVID-19, che ha messo in discussione molte delle disposizioni giuridiche dell'Unione Europea sotto molteplici aspetti, comprese quelle sulla protezione dei dati – che richiederebbero una trattazione più dettagliata –, la normativa europea presenta anche alcuni punti deboli⁷⁶.

Quello che consideriamo il principale è che l'efficacia del diritto all'oblio è lasciata alla discrezione di società private, la maggior parte delle quali ha sede negli Stati Uniti, e con un certo livello di resistenza al controllo. In effetti, i motori di ricerca Google, Bing e Yahoo hanno predisposto dei moduli online per consentire ai cittadini di richiedere che i loro dati personali non vengano proposti nei risultati delle ricerche. Ma non sono gli unici motori di ricerca disponibili su Internet⁷⁷. Inoltre, la natura dei dati richiesti e la necessità di fornire una documentazione che ne garantisca la veridicità, conferiscono a queste aziende una posizione di forza le cui conseguenze future potrebbero essere molto preoccupanti.

Al momento, con l'attuale guerra di invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa, la cui fine è ancora lontana, le normative dell'Unione Europea incontreranno nuove resistenze al loro rispetto al di fuori dei confini strettamente comunitari⁷⁸. In effetti, il motore di ricerca russo per eccellenza, Yandex, per ora è ancora accessibile, ma non sappiamo come potrà evolvere in futuro. In ogni caso, per il momento non è disponibile alcun modulo per esercitare il diritto di cancellazione sul suo motore di ricerca⁷⁹.

Infatti, come ha giustamente sottolineato Alice Pease, "sebbene i motori di ricerca operino sotto la supervisione delle autorità nazionali per la protezione dei dati, in pratica l'azienda ha spesso l'ultima parola sull'opportunità di scollegare o meno le informazioni dal nome di un individuo, senza alcuna responsabilità o controllo pubblico". Per l'autore, infatti, "la valutazione dei diritti alla privacy e della

⁷⁶ Un'analisi più dettagliata è stata discussa qualche tempo fa in R. M. Orza Linares, *La regulación del "derecho al olvido" en la Unión Europea. Aspectos críticos*, in F.J. Durán Ruíz (dir.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital. Internet, redes sociales y comunicación*, Valencia, 2018, pp. 125-160.

⁷⁷ Sebbene questi siano i più utilizzati, altri motori di ricerca includono "Baidu.com" – il più usato in Cina –, "Yandex.ru" – il più usato in Russia –, "Naver.com" – il più usato in Corea del Sud –, "DuckDuckGo.com", "Archive.org", "Ask.com", "Ecosia.com", "Qwant.com", ecc.

⁷⁸ Recentemente, la Federazione Russa ha approvato un "Piano di azioni prioritarie per garantire lo sviluppo dell'economia russa in condizioni di pressione da parte delle sanzioni esterne", secondo quanto riferito dal Ministero dello Sviluppo Economico russo, che include, tra le altre misure, la "Cancellazione della responsabilità per l'uso di software (SW) senza licenza nella Federazione Russa, di proprietà di un detentore di copyright proveniente da Paesi che hanno sostenuto le sanzioni".

⁷⁹ Non va dimenticato che il motore di ricerca Yandex ha il suo sito principale in Russia (www.yandex.ru), anche se al momento della stesura di questo articolo è operativo almeno anche su www.yandex.eu e www.yandex.com. D'altra parte, Yandex è il motore di ricerca più popolare in Russia, addirittura davanti a Google.ru, essendo il quarto motore di ricerca più utilizzato al mondo, secondo NetMarketShare, con dati del settembre 2021.

libertà di informazione non è un compito facile” e “richiedere a un’azienda a scopo di lucro di intraprendere la valutazione dei valori legali ed etici è per molti versi problematico”⁸⁰. Questo ci costringe a ridefinire sostanzialmente il ruolo di tali motori di ricerca, da “mero intermediario” nella comunicazione al di fuori delle norme sulla protezione dei dati, a “ruolo attivo nel garantire il controllo delle persone sui loro diritti digitali”⁸¹ e a soppesare gli interessi contrastanti in ogni caso.

Inoltre, va notato che la richiesta non dovrebbe essere ammissibile in tutti i casi. Secondo le linee guida dell’Agenzia spagnola per la protezione dei dati, dovrebbe essere accolta solo quando:

- a) c’è un motivo legittimo e fondato;
- b) che il suddetto motivo si riferiva alla sua specifica situazione personale;
- c) che il motivo invocato giustifica il diritto di opposizione richiesto;
- d) che, nel caso di informazioni di rilevanza pubblica, i dati sono imprecisi obsoleti⁸².

Google, nella sezione “Privacy e termini” alla voce “Domande frequenti”, afferma che, in relazione al diritto all’oblio, dopo la presentazione della richiesta, “ogni richiesta deve essere valutata individualmente e i diritti dell’individuo di controllare i propri dati personali devono essere soppesati con il diritto del pubblico di conoscere e distribuire le informazioni”. E nel valutarla, i criteri utilizzati per accettarla o rifiutarla saranno “se i risultati includono informazioni obsolete sulla vostra vita privata, così come se c’è un interesse pubblico nel fatto che le informazioni rimangano nei risultati di ricerca di Google (ad esempio se si riferiscono a truffe finanziarie, negligenza professionale, condanne o altri reati), negligenza professionale, condanne penali o la vostra condotta in qualità di pubblici ufficiali, eletti o nominati)” e in ogni caso, trattandosi di “decisioni difficili” e di una “organizzazione privata”, potrebbero non essere nella “posizione giusta” per valutare il caso. Pertanto, “se non siete d’accordo con la nostra decisione, potete contattare l’autorità locale per la protezione dei dati”.

Più estesamente, nel suo documento “Come bilanciare il diritto all’oblio di un individuo con il diritto del pubblico all’informazione?”, il Consiglio consultivo distingue tre categorie o ruoli in base alla rilevanza sociale dell’individuo:

Nel primo gruppo troviamo figure pubbliche come politici, leader religiosi, amministratori delegati e grandi uomini d’affari, personalità della cultura o dello sport. In questi casi, le richieste più alte saranno fatte al momento di valutare l’eventuale rimozione di un link.

Un criterio meno rigido è previsto per i privati cittadini e il terzo gruppo comprende le persone con un “ruolo pubblico in un contesto specifico o limitato”. Questa categoria comprende i dipendenti pubblici o chiunque abbia un ruolo sociale nella propria professione orientato verso una particolare comunità. Un gruppo che rientra in un criterio intermedio e in cui la decisione di rimuovere o meno un link dipenderà dalle informazioni specifiche.

Per quanto riguarda il tipo di informazioni, si afferma che sarà più favorevole soddisfare la richiesta quando si tratta di informazioni personali (salute, vita sessuale, ecc.). Il rapporto afferma chiaramente che non devono essere soppressi i risultati relativi a dichiarazioni di politici o leader religiosi, articoli di opinione su dibattiti rilevanti, informazioni di attualità che non compromettono i diritti fondamentali di alcun individuo o informazioni relative a questioni generali di salute o di consumo.

Il link deve essere rimosso in caso di richiesta di informazioni sensibili da parte di governi, aziende o privati (documenti di identità, indirizzi personali, password, ecc.). Sarà rimosso anche quando le informazioni pubblicate o diffuse sono false.

Pertanto, i criteri di base che Google dovrà prendere in considerazione saranno i seguenti:

- a) se l’interessato è una persona pubblica o meno;
- b) la natura stessa delle informazioni da deindicizzare;

⁸⁰ A. Pease, *Il “diritto all’oblio”: affermare il controllo sulla nostra identità digitale o riscrivere la storia?*, in *IRPPS Working Papes*, 8/2015, p. 9.

⁸¹ *Ibid.*, p. 8.

⁸² Il Comitato europeo per la protezione dei dati ha pubblicato nel 2019 le *Linee guida 5/2019 sui criteri per il diritto all’oblio nei casi di motori di ricerca ai sensi del GDPR*. Tali linee guida hanno aggiornato le raccomandazioni del Gruppo di lavoro articolo 29 adottate nel 2014, a seguito della sentenza della CGUE nella causa C-131/12 “Google Spain, v. AEPD e Mario Costeja”, cit.

- c) l'entità della fonte originale che pubblica le informazioni;
- d) il tempo trascorso dalla pubblicazione.

Non si può fare a meno di sottolineare che con le domande presentate ai motori di ricerca, queste società private potrebbero costruire una grande banca dati – la cui veridicità è accreditata dagli stessi interessati – e il cui sfruttamento potrebbe essere molto redditizio per loro in futuro. Se la possibilità di realizzare applicazioni redditizie per l'analisi di dati massivi, utilizzando in misura maggiore o minore l'intelligenza artificiale (*big data*), è già importante, è perfettamente immaginabile quanto queste aziende possano essere redditizie per i dati che i cittadini offrono loro volontariamente e che godono di un altissimo grado di veridicità.

Per avere un'idea dell'importanza delle informazioni personali che stiamo offrendo a Google, possiamo considerare il numero di richieste presentate finora in relazione alla cancellazione dei dati personali. In particolare, dal 29 maggio 2014 al 18 maggio 2022, sono state presentate 1.274.387 richieste di rimozione o mascheramento di 4.970.215 pagine web. Di queste richieste, il 49,0% è stato accettato e il 51,0% è stato rifiutato. In particolare, la Spagna ha ricevuto 112.454 richieste, che hanno portato all'analisi di 376.783 pagine. Di queste, solo il 39,9% è stato accettato, mentre il 60,1% è stato rifiutato.

Infine, sebbene non vi siano dubbi sugli sforzi, sia legislativi che giurisprudenziali, compiuti nell'Unione europea per difendere la privacy e controllare i dati personali dei cittadini, non solo le minacce non stanno scomparendo, ma ne stanno emergendo di nuove. Infatti, insieme all'indiscutibile avanzata dei *big data* e dell'intelligenza artificiale, i gravi conflitti che si stanno attualmente svolgendo in Europa pongono minacce significative alla privacy e alla libertà dei cittadini e ci obbligano a essere vigili, affinché possano continuare a essere efficaci e validi.

Abstract

Il contributo presenta una rassegna di alcuni dei più importanti testi giuridici e giurisprudenziali europei sul diritto all'oblio, dopo l'entrata in vigore del Regolamento UE sulla protezione dei dati. La rilevanza di questo diritto risiede nel fatto che è uno dei pochi strumenti a disposizione dei cittadini per controllare l'uso dei propri dati su Internet.

Parole chiave: diritto all'oblio, privacy, GDPR

*

The paper presents a review of some of the most relevant European legal and jurisprudential texts on the right to be forgotten, following the entry into force of the EU Data Protection Regulation. The importance of this right lies in the fact that it is one of the few tools available to citizens to control the use of their data on the Internet.

Key words: right to be forgotten, privacy, GDPR

Il 'diritto all'oblio' in Brasile, con enfasi sull'ambiente online: evoluzione, sfide e prospettive^(*)

Ingo Wolfgang SARLET*

Sommario: 1. Introduzione 2. Il diritto all'oblio come diritto fondamentale implicitamente positivizzato? 3. Riconoscimento e protezione del diritto all'oblio da parte del Tribunale Superiore di Giustizia (STJ) 4. Il diritto all'oblio e l'attuale orientamento della Tribunale Supremo Federale (STF) 5. Un breve sguardo ad altre esperienze, in particolare alla più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) 6. Considerazioni finali

1. Introduzione

Sebbene, anche in Brasile, il riferimento al cosiddetto diritto all'oblio non sia così recente¹, il tema ha suscitato maggiore attenzione negli ultimi cinque anni, in particolare da quando il Tribunale Superiore di Giustizia (STJ) ha riconosciuto, per la prima volta, tale diritto come ricompreso nell'ordinamento giuridico-costituzionale brasiliano, a partire dal caso *Chacina da Candelária*, deciso nel mese di maggio del 2013².

Ma è stato soprattutto il caso *Google v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (internazionalmente noto come "Google Spain"), deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) il 13 maggio 2014 (sentenza della Grande Sezione n. C-131/12) che ha garantito ampia diffusione e notorietà al cosiddetto diritto all'oblio.

Con riferimento alla sfera legislativa della regolamentazione normativa di un diritto all'oblio, quest'ultimo – già citato in documenti anteriori nell'ambito dell'Unione Europea³ – è stato finalmente previsto in modo esplicito nel Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'Unione Europea, approvato nel marzo del 2016 (679/2016) ed entrato in vigore il 25 maggio 2018⁴, il quale prevede, all'art. 17, un diritto alla cancellazione dei dati (*right to erasure*), associato ad un diritto all'oblio (*right to be forgotten*), stabilendo i parametri per la sua applicazione⁵.

(*) Traduzione dal portoghese di Daniele Camoni.

* Professore di Diritto costituzionale nella Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

¹ Si vedano i riferimenti contenuti in O. Luiz Rodrigues Junior, *Brasil debate o direito ao esquecimento desde 1990*, in *CONJUR – Consultor Jurídico*, 2013 (<https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>).

² Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª sezione, deciso il 28.05.2013.

³ V., in particolare, il documento del novembre 2010 (*A Comprehensive Approach to Data Protection in the European Union*), il quale si riferisce alla necessità di assicurare un diritto all'oblio, suggerendone altresì una definizione, nonché la menzione del diritto all'oblio nel progetto di un nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati nell'Unione Europea del marzo 2012.

⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (GDPR).

⁵ "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti".

È per questi motivi che l'espressione "diritto all'oblio" (anche se tecnicamente non la più appropriata)⁶ non ha tardato ad essere diffusa e ampiamente utilizzata, entrando a far parte della lingua corrente, dei media, della letteratura e della giurisprudenza in più lingue. Va infatti rilevato che la figura del diritto all'oblio – e lo rivela il caso brasiliano – è stata addirittura associata a situazioni che non sempre hanno un rapporto diretto con il suo oggetto e dove prima e per lungo tempo neppure si parlava di un tale diritto.

Ciononostante (ed in modo consapevole), tenendo conto della necessità di un consenso semantico, anche in questo caso si è scelto di utilizzare l'espressione diritto all'oblio.

Inoltre, come già annunciato nel titolo stesso, è nostra intenzione analizzare il riconoscimento e l'applicazione del diritto all'oblio, soffermandoci sul cosiddetto diritto all'oblio nell'ordinamento giuridico-costituzionale brasiliano ed alla luce della giurisprudenza dei tribunali superiori, ovvero il STJ e, in particolare, il *Supremo Tribunal Federal* (STF), con specifica attenzione sull'ambiente digitale.

Anche in questo contesto preliminare, va rilevato che, dopo un percorso rivolto al riconoscimento di un diritto all'oblio in Brasile, soprattutto per quanto riguarda l'ambito dottrinale e la giurisprudenza del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ), e del STF che esercita anche la funzione di giudice costituzionale al livello più elevato, avendo l'ultima parola in merito, ha finito apparentemente per confutare, in una recente decisione di febbraio 2021, l'esistenza di un diritto all'oblio nell'ordinamento giuridico brasiliano. Tuttavia, tenuto conto del contenuto e della portata di questa decisione, come avremo modo di verificare, è possibile affermare – ed è questa la tesi che qui sosteniamo – che a prescindere dalla tassonomia utilizzata, c'è spazio per un diritto all'oblio in Brasile, soprattutto nell'ambito di Internet.

Prima di arrivare a quel punto, è però necessario dare uno sguardo, seppur sintetico e illustrato con pochi (ma significativi) esempi, alla traiettoria del cosiddetto diritto all'oblio in Brasile, evidenziandone appunto la sua comprensione ed applicazione nelle Corti Superiori.

2. Il diritto all'oblio come diritto fondamentale implicitamente positivizzato?

Indipendentemente dalla discussione sul futuro di un diritto all'oblio in Brasile, a causa della sopra citata decisione del STF – che sarà oggetto di commento – di non riconoscerne l'esistenza, come invece accaduto con il riconoscimento di un diritto all'oblio nell'Unione Europea⁷ ed in altri Stati europei quali, tra gli altri, Germania⁸, Spagna⁹, Francia¹⁰ e Italia¹¹, nonché in altri continenti, come nel caso degli Stati Uniti d'America (pur a fronte delle forti obiezioni al riconoscimento di tale diritto)¹², anche in Brasile tale concetto non è esplicitato nel testo costituzionale.

Nonostante ciò, la dottrina e giurisprudenza brasiliana – prima e anche dopo l'emblematica e controversa decisione del STF – hanno cominciato a riconoscere, in particolare – come già anticipato – dal 2013 in poi, un diritto all'oblio, attribuendole anche la condizione di diritto fondamentale,

⁶ Si noti che, sotto l'etichetta di diritto all'oblio si tratta – in termini tecnici – sostanzialmente di garantire alle persone il diritto ad ottenerne la cancellazione, ma anche la non divulgazione e/o la difficoltà di accesso a determinate informazioni (come accade a fronte delle richieste di deindicizzazione con i fornitori di ricerca su Internet).

⁷ Si riproducono in questa sede i riferimenti già fatti al GDPR e al caso *Google Spain*.

⁸ Da ultimo, J. Weismantel, *Das "Recht auf Vergessenwerden" im Internet nach dem "Google-Urteil" des EuGH – Begleitung eines offenen Prozesses*, Berlin, 2017.

⁹ V., per tutti, M. Alvarez Caro, *Derecho al Olvido en Internet: El Nuevo Paradigma de la Privacidad en la Era Digital*, Madrid, 2015.

¹⁰ V., per tutti, D. Dechenaud, *Le Droit à L'oubli Numérique: Données Normatives – Approche Comparée*, Bruxelles, 2015.

¹¹ Si veda, da ultimo, S. Martinelli, *Diritto All'oblio e Motori di Ricerca*, Milano, 2017.

¹² In particolare, V. Mayer-Schönberger, *Delete – The Virtue of Forgetting in the Internet*, 2 ed., Princeton, 2011 e M.J. Kelly, D. Sotolam, *The Right to be Forgotten*, in *Illinois Law Review*, 1/2017.

nonostante l'esistenza di posizioni contrarie¹³ e il mancato consenso su più punti attinenti alla materia, soprattutto per quanto riguardava la portata, il contenuto, i limiti e i criteri applicativi¹⁴.

Nella prospettiva della sua giustificazione costituzionale – intesa come vincolata al diritto costituzionale positivo – il riconoscimento del diritto all'oblio trova fondamento nella dignità della persona umana, nel diritto al libero sviluppo della sua personalità e nei diritti speciali a quest'ultima collegati, quali i diritti alla vita privata, all'onore, all'immagine e all'autodeterminazione informativa¹⁵.

Nel caso del Brasile, è doveroso ricordare che non esiste una previsione espressa nella Carta costituzionale in ordine all'esistenza di una clausola generale di protezione della personalità o dello stesso diritto al libero sviluppo della personalità, il quale è stato dedotto, d'accordo con un'interpretazione oramai pacifica (in modo assolutamente dominante) nella letteratura giuridica nazionale, a partire dal principio di dignità della persona¹⁶.

In questa prospettiva, la connessione del diritto all'oblio con la dignità della persona umana e con un diritto generale alla personalità, nel senso di un diritto al libero svolgimento della stessa, può essere giustificata, in via di prima approssimazione, in ragione del fatto che la capacità e possibilità dell'oblio e la necessità di un suo riconoscimento e protezione nella sfera giuridica rappresentano una condizione necessaria per esercitare altresì un cosiddetto diritto a reinventarsi¹⁷ o ad un nuovo inizio, vale a dire la possibilità di riformulare (ricostruire) la propria traiettoria esistenziale personale (individuale) e sociale, libera da determinate zavorre provocate dal confronto diretto e permanente nel tempo con aspetti relativi alla memoria (passato)¹⁸.

Detto in un altro modo, la possibilità di dimenticare, ma anche – e in questo risiede l'esigenza di riconoscimento e tutela nei confronti dello Stato e dei terzi sul piano sociale allargato – di poter essere “dimenticati” e non subire stabilmente e in modo indeterminato le ripercussioni negative legate ai fatti (qui in senso lato) del passato è essenziale non solo per una sana vita personale – dal punto di vista fisico e psicologico – ma altresì per un'integrazione sociale dell'individuo.

Non è un caso che, in merito al riconoscimento di un diritto all'oblio, l'insegnamento di Catarina Santos Botelho debba essere preso sul serio, nel senso che, a partire dalle lezioni di neurologia, è noto che una delle principali funzioni del cervello è quella di dimenticare tutto ciò che è superfluo e filtrare i contenuti che danneggiano emotivamente le persone¹⁹.

In questa prospettiva c'è anche, in un certo senso, la necessità di garantire una possibilità di autogovernare la propria memoria e di saper reagire in qualche modo alla “implacabile memoria

¹³ Rileva qui la posizione di D. Sarmento, *Liberdades Comunicativas e 'Direito ao Esquecimento' na Ordem Constitucional Brasileira*, parere consultivo in *Revista Brasileira de Direito Civil*, 7/2016, p. 190 ss. (<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76/70>).

¹⁴ Limitandoci alle principali opere monografiche dedicate al tema in Brasile, v.: P. Dominguez Martinez, *Direito ao Esquecimento. A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação*, Rio de Janeiro, 2014; V. Nóbrega Maldonado, *Direito ao Esquecimento*, São Paulo, 2016; C. Pereira Carello, *Direito ao Esquecimento, Parâmetros Jurisprudenciais*, Curitiba, 2016; Z. Mara Consalter, *Direito ao Esquecimento. Proteção da Intimidade e Ambiente Virtual*, Curitiba, 2017; S. Branco, *Memória e Esquecimento na Internet*, Porto Alegre, 2017.

¹⁵ Per tutti, G. Buchholz, *Das 'Recht auf Vergessen' im Internet – Eine Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140/2015, p. 127 ss.

¹⁶ V., tra gli altri, G. Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1999; F. Siebeneichler de Andrade, *Considerações Sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002*, in I. Wolfgang Sarlet (ed.), *O novo Código Civil e a Constituição*, 2 ed., Porto Alegre, 2006, p. 101; M. Celina Bodin De Moraes, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, 2 ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 117 ss.; A. Schreiber, *Direitos da Personalidade*, 3 ed. rev. e ampl., São Paulo, 2014, p. 7 ss.

¹⁷ In questo senso, D. Solove, *Speech, Privacy and reputation on the internet*, in M. Nussbaum, S. Levmore (ed.), *The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation*, Cambridge, 2011, p. 15 ss.

¹⁸ In questo senso, esattamente con riferimento al diritto all'oblio, M. Diesterhöft, *Das Recht auf medialen Neubeginn: Die „Unfähigkeit des Internets zu vergessen“ als Herausforderung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht*, in *Duncker & Humblot GmbH*, 33/2014, p. 150. Si noti, tuttavia, che l'autore fa riferimento a una dimensione più ristretta di quello che è chiamato diritto alla ripartenza, poiché parla proprio di una ripartenza “mediale”, con enfasi sull'ambiente digitale, il quale, nella prospettiva qui considerata, appare troppo limitato.

¹⁹ Cfr. C. Santos Botelho, *Novo ou Velho Direito? – O Direito ao Esquecimento e o Princípio da Proporcionalidade no Constitucionalismo Global*, in *Ab Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento*, 7/2017, p. 52.

collettiva di internet”, oltre a impedire alle persone di diventare prigioniere di “un passato destinato a non passare”²⁰.

Questa affermazione, a sua volta, indica che il diritto all’oblio assume una dimensione che va al di là dell’individuo, poiché è già stato dimostrato che l’oblio, soprattutto con riferimento a Internet, consiste in un processo sociale privo di descrizione e comprensione, a prescindere dall’oblio delle persone individualmente considerate e che è legato a quella che viene comunemente chiamata “memoria collettiva”²¹.

Ciò significa, in estrema sintesi, che la tesi secondo cui Internet non dimentica non deve essere intesa in modo chiuso e assoluto perché, tra gli altri elementi, c’è sempre un’interazione dinamica tra ricordare e dimenticare, in quanto la scelta di determinate informazioni per la loro diffusione implica che tutta una serie di altre informazioni, che non sono state scelte, vengono dimenticate per gli attuali processi di comunicazione, così che in linea di principio e da una prospettiva astratta, si dimentica tanto quanto si ricorda²².

Per questo – come evidenziato sopra – si parla di un processo di oblio sociale, che si riflette sul piano individuale, ma che è dovuto all’eventuale soppressione di alcune informazioni e che rende difficoltoso l’accesso alle stesse. Tali aspetti, a loro volta, sono direttamente collegati al problema dei contenuti, dei limiti e delle modalità di attuazione del diritto all’oblio.

La giustificazione di un diritto all’oblio in prospettiva costituzionale non esclude, a sua volta, la possibilità del suo riconoscimento da parte di una serie di atti legislativi infra-costituzionali, ove – anche senza riferimento diretto a tale diritto – possono essere trovate alcune manifestazioni parziali dello stesso, le quali, in qualche modo, possono essere viste come un modo per la concretizzazione di tale diritto. Inoltre, sono già in corso di elaborazione presso il Congresso Nazionale diverse proposte legislative che prevedono il riconoscimento espresso di un diritto all’oblio e ne stabiliscono anche le regole di applicazione²³.

Tali manifestazioni parziali di un diritto all’oblio, tuttavia, non verranno qui sviluppate, salvo, ove necessario, nella parte relativa alla valutazione critica della giurisprudenza, eccezion subito fatta – tenuto conto dell’oggetto del presente lavoro – per la Legge sul quadro civile di Internet (*Lei do Marco Civil da Internet*, Legge Federale n. 12.965, del 23 aprile 2014, di seguito solo LMCI), la quale stabilisce una serie di principi, oltre ad aver previsto garanzie, diritti e doveri per l’uso di Internet in Brasile.

Pur non prevedendo espressamente il diritto all’oblio, la LMCI contiene importanti linee guida e regole concrete che possono essere ricostruite al fine di riconoscere la necessità di accogliere questa pretesa giuridica individuale in determinati casi, come si evince dalle seguenti due disposizioni che, interpretate sistematicamente, portano ad una conclusione che indica l’esistenza del diritto all’oblio nel diritto nazionale, oltre a disciplinare aspetti specifici relativi a tale diritto fondamentale, conferendogli una concretezza almeno parziale.

Tra le disposizioni più rilevanti da elencare, occorre sottolineare quanto prescrive l’articolo 7, comma X, che riconosce all’internauta un diritto soggettivo, nel senso di richiedere (e ottenere in

²⁰ Cfr. S. Rodotà, *Il Mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, pp. 41-42.

²¹ In questo senso, v. M. Albers, A. Schimke, “Forgetting on the Internet” (resoconto della conferenza “Vergessen in Internet” tenuta dal prof. Albers, 16-17 gennaio 2014), documento accessibile in rete. Si noti che gli autori fanno riferimento a diversi tipi di memoria individuale, sociale, culturale e politica, che non verranno approfonditi in questo contributo. V. anche A. Schimke, *Forgetting as a Social Concept – Contextualizing the Right to Be Forgotten*, in M. Albers, I. Wolfgang Sarlet, *Personality and Data Protection Rights on the Internet Brazilian and German Approaches*, in *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 96, Berlino, 2022.

²² Cfr. M. Albers, A. Schimke, *Vergessen im Internet*, cit.

²³ Segue un elenco dei progetti di legge: PL 346/2019, del Deputato Danilo Cabral, unificato al PL 2712/2015; PL 10860/2018, del Deputato Augusto Carvalho, unificato al PL 1676/2015; PL 1589/2015, della Deputata Soraya Santos, unificato PL 215/2015; PL 1676/2015, del Deputato Veneziano Vital do Rêgo, unificato al PL 2630/2020 (PL sulle *fake news*). Nonostante ciò, nella versione attuale non esiste alcuna disposizione che affronti il diritto all’oblio, in relazione al PL sulle *fake news*, presentata il 31.03.2022 dal Deputato relatore Orlando Silva (Agência Câmara de Notícias, Relator apresenta nova versão do projeto sobre fake news; confira o texto, 2022, <https://www.camara.leg.br/noticias/863031-relator-apresenta-nova-versao-do-projeto-sobre-fake-news-conheca-o-texto/>).

modo coercitivo, a seconda dei casi): “la cancellazione definitiva dei dati personali forniti ad una determinata applicazione Internet, su sua richiesta, al termine del rapporto tra le parti, fatti salvi i casi di conservazione obbligatoria previsti dalla presente Legge”.

Sebbene la LMCI preveda solo il diritto di eliminare i contenuti ritenuti dannosi e/o illeciti, è necessario sottolineare che il diritto all'oblio, almeno per come lo intendiamo noi e per come è stato riconosciuto nella decisione *Google* della CGUE, non è limitato e non corrisponde nemmeno esattamente a un diritto alla cancellazione dei dati, ma comprende (e possibilmente si focalizza, nel caso di Internet) un diritto alla deindicizzazione nei motori di ricerca, dovendo inoltre soddisfare determinati criteri, che saranno discussi in seguito.

Ma anche la Nuova Legge Brasileira sulla Protezione dei Dati – LGPD (approvata dal Congresso Nazionale e promulgata nel 2018), entrata in vigore di recente (2021), non prevede un diritto alla deindicizzazione, riconoscendo solo un diritto alla anonimizzazione, blocco, cancellazione o rettifica dei dati (art. 8), oltre a modificare il testo dell'articolo 7, X, del LMCI, che è sostituito dalla seguente formulazione: “cancellazione definitiva dei dati personali forniti a una particolare applicazione di Internet, su richiesta, al termine del rapporto tra le parti, fatti salvi i casi di conservazione obbligatoria degli archivi previsti dalla presente Legge ed in quella che dispone sulla protezione dei dati personali”.

Nonostante l'assenza di un diritto alla deindicizzazione dei motori di ricerca, esercitabile nei confronti dei *provider* di ricerca su Internet, dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a riconoscere questa possibilità, il che si deve – dopo un periodo di resistenze e in modo non ancora consolidato – anche alla più recente pratica decisionale del STJ.

3. Riconoscimento e protezione del diritto all'oblio da parte del Tribunale Superiore di Giustizia (STJ)

Sebbene il diritto all'oblio sia stato legato – in maniera più opportuna – all'ambiente digitale, esistono altre situazioni nelle quali il tema è stato oggetto di discussione ed è addirittura sfociato in decisioni giudiziarie nel senso del suo riconoscimento. Per questo motivo e per facilitare la comprensione dell'argomento, abbiamo scelto di iniziare – nell'ambito della presentazione e dell'analisi delle principali decisioni del STJ – con due casi che non sono direttamente collegati ad Internet.

Tali decisioni, le quali non ne escludono altre successive che riconoscono un diritto all'oblio, sono particolarmente rilevanti per la comprensione della materia in Brasile, non solo perché si tratta delle prime due grandi pronunce sul tema, ma perché a partire da essi (soprattutto nel primo caso) si è arrivati al STF ed alla sua controversa decisione negando, a maggioranza, l'esistenza di tale diritto.

I primi due casi in cui era in gioco un diritto all'oblio (peraltro, in senso lato, poiché non si trattava di vietare la pubblicazione di determinati fatti o la cancellazione di dati o la deindicizzazione di determinati collegamenti di motori di ricerca), entrambi giudicati dalla STJ, sono stati presi in considerazione nei ricorsi speciali n. 1335153/RJ e n. 1334097/RJ (2013).

In tali ricorsi speciali, giudicati lo stesso giorno dalla 4^a Sezione della Corte Superiore, sono stati stabiliti alcuni parametri per il riconoscimento e le rispettive conseguenze giuridiche di un diritto all'oblio in Brasile, pur essendosi tuttavia pervenuti a conclusioni opposte, poiché in uno dei due casi è stata assicurata la tutela di tale diritto, mentre negli altri è stata data priorità alla libertà di informazione e comunicazione. Tale discrepanza non è necessariamente contraddittoria, ma mette subito in evidenza il fatto che, come in altri casi in cui si verifica una collisione di diritti, è necessaria un'analisi delle peculiarità di ciascun caso, del peso dei diritti coinvolti, nonché dell'impatto derivante dalla loro maggiore o minore tutela, il tutto attraverso un'operazione di ponderazione volta a stabilire un equilibrio e una soluzione adeguata dal punto di vista giuridico.

Nel primo caso, noto come caso *Aida Curi* (Resp. 1.335.153/RJ), i familiari di Aida Curi, vittima di un omicidio commesso nel 1958 e che aveva acquisito ampia notorietà all'epoca in cui fu commesso, volevano impedire che un programma televisivo trasmesso da TV Globo (*Linha Direta Program*)

riproducesse e ricostruisse dopo vari decenni, sebbene sotto forma di documentario, quello stesso episodio traumatico, riaprendo in pubblico “vecchie ferite già superate”. Essi difendevano, quindi, l'accoglimento della pretesa di dichiarare, in questo caso, “il loro diritto all'oblio, onde non rivivere, contro la loro volontà, il dolore già vissuto in occasione della morte di Aida Curi, nonché della pubblicità data al caso nei decenni passati”. Inoltre, chiedevano il risarcimento dei danni immateriali.

Analizzando le particolarità del caso, il Giudice Relatore, Luís Felipe Salomão, osservò che:

- (i) le vittime di reati e i loro parenti, in teoria, possono anche avere diritto al diritto all'oblio, nella misura in cui non sono costretti a sottostare inutilmente ai “ricordi di eventi passati che hanno causato loro ferite indimenticabili”, oltre alla circostanza che la tutela del potenziale autore del reato è iniqua, a causa del suo diritto alla risocializzazione, lasciando la vittima e i suoi familiari alla mercé della loro esposizione pubblica e permanente;
- (ii) un'adeguata risoluzione del caso richiede il bilanciamento della possibile storicità del fatto narrato con la tutela dell'intimità e riservatezza delle vittime;
- (iii) nella specie, il reato era divenuto di dominio pubblico, rilevando come fatto di natura storica, non potendo quindi trasformarsi in un fatto inaccessibile alla stampa e alla collettività. Inoltre, per l'ampia diffusione data alla notizia all'epoca dei fatti, durante le indagini e processi, nonché per il collegamento diretto con il nome della vittima, sarebbe impraticabile “raffigurare il caso Aida Curi, senza Aida Curi”;
- (iv) alla luce della situazione concreta, la restrizione alla libertà di stampa sarebbe sproporzionata rispetto al disagio generato dalla memoria dei fatti da parte dei familiari della vittima, in particolare considerato il lungo periodo trascorso dalla data dei fatti, che ha l'effetto di far diminuire, anche se non del tutto, il dolore e lo shock causati dai fatti e dalla loro divulgazione.

Nel secondo caso, noto come caso *Chacina da Candelária* (RESP n. 1.334.097/RJ), si intendeva impedire la trasmissione di un programma televisivo (*Linha Direta*), oltre a chiedere il risarcimento dei danni immateriali da parte di *Rede Globo de Televisão*. L'attore dell'originaria domanda, depositata anche nei confronti della società *Globo Comunicações e Participações*, sosteneva la mancanza di attualità dei fatti e che la riapertura di “vecchie ferite”, da lui già superate, avrebbe riaperto la sfiducia della società in merito alla sua natura, lottando per il riconoscimento del suo diritto all'oblio, cioè a non essere ricordato contro la sua volontà, a causa di fatti criminosi per i quali era stato incriminato e perseguito, ma per i quali era stato poi assolto.

A differenza del caso precedente, qui lo stesso giudice, Luís Felipe Salomão, che è stato anche Relatore della causa, ha dato ragione all'attore dopo aver fornito alcuni elementi utili ai fini della decisione, sostenendo che:

- (i) nonostante i reati denunciati siano famosi e dotati di una loro “storicità” e nonostante la cronaca giornalistica sia stata fedele alla realtà, deve prevalere la tutela della privacy e della riservatezza dei condannati e degli assolti, come nel caso del ricorrente, poiché la “vita utile delle informazioni criminali” era già giunta al termine;
- (ii) il riconoscimento di un diritto all'oblio esprime “un'evoluzione culturale della società, dà concretezza a un sistema giuridico, che, tra memoria – che è il legame con il passato – e speranza – che è il legame con il presente – ha fatto una chiara opzione per la seconda”, garantendo, nel caso del diritto all'oblio, “un diritto alla speranza, in assoluta sintonia con la presunzione giuridica e costituzionale del recupero della persona umana”;
- (iii) l'indiscussa storicità dei fatti cui si riferisce il programma televisivo deve essere esaminata in concreto, affermandosi l'interesse pubblico e sociale, sempre che l'identificazione personale dei soggetti coinvolti sia indispensabile. Nel caso in esame, pur trattandosi di un evento storico e simbolo della precarietà della tutela statale di bambini e adolescenti, il documentario avrebbe potuto rappresentare correttamente i fatti senza identificare, per nome o immagine, i soggetti coinvolti, in particolare la persona dell'imputato;
- (iv) inoltre, consentire la divulgazione del nome e dell'immagine dell'imputato, anche se assolto (il che avrebbe comunque rafforzato la sua raffigurazione di soggetto imputato e coinvolto), equivarrebbe a consentire una seconda violazione della sua dignità, poiché il fatto stesso e la sua ampia diffusione,

compreso il nome del ricorrente quale sospettato, nonché l'indagine di polizia, rappresentavano già all'epoca una vergogna nazionale.

Alla luce delle argomentazioni addotte, si osserva che, in questo secondo caso, ha prevalso il criterio dell'esaurimento della funzione sanzionatoria e della necessità di riabilitazione e reinserimento sociale dei condannati e degli assolti, che supererebbe non solo, in questo caso, il peso argomentativo della palese storicità dei fatti oggetto del servizio giornalistico, ma anche quello della libertà di espressione inerente all'attività di stampa.

Per quanto riguarda il riconoscimento di un diritto all'oblio nell'ambiente di Internet, è importante ricordare che già prima delle due citate decisioni, a partire dal 2012, il STJ non riconosceva, di norma, la responsabilità dei motori di ricerca in relazione a contenuti inseriti da terzi e resi facilmente disponibili attraverso gli stessi, escludendo così numerose richieste di deindicizzazione dei link al fine di impedire o quantomeno rendere estremamente difficile l'accesso a determinate informazioni da parte degli utenti di Internet.

Il primo caso che ha raggiunto il STJ è diventato noto come caso *Xuxa*, oggetto di giudizio nel ricorso speciale 1.316.921, deciso dal giudice Nancy Andrighi il 26.06.2012. Si trattava di una causa intentata da Maria da Graça Xuxa Meneguel, allora conduttrice di programmi per bambini e ragazzi, contro la società *Google Brasil Internet Ltda*, volta alla richiesta di soppressione dai motori di ricerca di tutti i risultati relativi alla ricerca basata sull'espressione "Xuxa pedofila" o qualsiasi altra espressione che associasse il nome dell'autrice a pratiche criminali.

Il STJ, però, nel valutare l'inottemperanza del convenuto ("Google Search"), ha finito per entrare nella specifica problematica relativa al diritto all'oblio, accogliendo pienamente il ricorso. Con riferimento a ciò che interessa il nostro studio si espongono, in sintesi, le ragioni che hanno sostenuto la decisione, che sarà oggetto di valutazione critica in seguito.

i) A *Google Search*, la cui attività si limita ad operare come motore di ricerca e provider di ricerca, non si applica quanto previsto dall'art. 14 del Codice di Difesa del Consumatore, in quanto, contrariamente a quanto avviene per coloro che forniscono contenuti, "Google Search" si limita all'indicizzazione dei termini e ad "indicare i link dove si possono trovare termini o espressioni di ricerca forniti dall'utente".

ii) Per questo motivo non è necessario parlare, in tale tipo di attività, di servizio difettoso.

iii) Poiché l'attività del motore di ricerca è svolta in un ambiente virtuale, che consente un accesso pubblico e illimitato, anche se non esistessero meccanismi di ricerca come quelli offerti da "Google Search", i contenuti considerati illegali continuerebbero a circolare e ad essere resi disponibili su Internet.

iv) Data la natura soggettiva e arbitraria implicata nella decisione di rimuovere o meno link, risultati e pagine che veicolano contenuti offensivi (illegali) su Internet, tale margine di discrezionalità non può essere delegato ai motori di ricerca.

v) Chiunque si ritenga interessato dalla diffusione di alcune informazioni (contenuti) su Internet, dovrebbe rivolgersi ai diretti responsabili dell'inserimento di tali dati in Rete, e non ai motori di ricerca, che neppure potrebbero consentire l'accesso a contenuti ritenuti offensivi. Pertanto, l'unico modo per escludere i contenuti considerati illeciti (offensivi) consiste nell'identificare il rispettivo URL, specificando l'indirizzo responsabile della sua memorizzazione in Rete.

vi) Lo scontro tra libertà di espressione e comunicazione, soprattutto nella sua dimensione collettiva, deve prevalere sugli interessi individuali, dovendo attribuirsi un maggior peso al diritto all'informazione.

Una seconda decisione rilevante è stata presa dal STJ nel ricorso speciale 1407271/SP, giudicato il 21.11.13²⁴. Si trattava di un'azione intentata da una dipendente licenziata da un'azienda dopo che quest'ultima aveva trovato, nella sua mail aziendale, un video contenente scene intime registrate nei locali dell'azienda stessa, video che è stato pubblicato su Internet, reso disponibile su "Orkut" e

²⁴ *Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial (Resp) 1407271/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi. 3ª sezione, deciso il 29.11.2013.*

accessibile dai motori di ricerca di Google. La querelante richiedeva la disconnessione di tutti gli URL pregiudizievoli da Google, la rimozione di qualsiasi menzione del suo nome dal sito Orkut e la comunicazione dei dati di tutti i responsabili della pubblicazione dei messaggi offensivi.

Nella sentenza della STJ, nella quale la domanda attrice non è stata accolta, oltre a ribadire le argomentazioni trattate nella causa precedente, si è proceduto ad una ponderazione in favore della libertà di informazione, adducendo che la domanda dell'attrice sarebbe giuridicamente impossibile in quanto era irragionevole nel caso concreto. Inoltre, il comportamento dell'attrice è stato definito ingenuo e negligente per aver conservato nella sua e-mail video con immagini intime.

L'ultimo dei casi di esclusione della responsabilità dei motori di ricerca qui citato è stato deciso nel novembre 2016 (Resp. 1.593.873-SP)²⁵. Si trattava di un ricorso contro *Google Brasil Internet* (ricorrente) con l'intenzione di escludere definitivamente dai motori di ricerca tutti i link che davano accesso ad immagini intime dell'attrice. Anche in questo caso sono state ribadite le principali argomentazioni sollevate nelle precedenti decisioni. È importante evidenziare, tuttavia, che nel caso qui presentato (a differenza degli altri) la maggioranza dei giudici ha ritenuto che in Brasile non esiste una specifica norma giuridica che imponga tale responsabilità, ritenendo altresì inapplicabile la decisione della CGUE nel caso *Google v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*.

Riassumendo i vari argomenti (e criteri) trattati nelle decisioni sopra presentate, il STJ ha ritenuto che i motori di ricerca: a) non sono responsabili del contenuto dei risultati delle ricerche effettuate dai rispettivi utenti; b) non possono essere obbligati a eliminare i risultati derivati da ricerche basate su un determinato termine o nome; c) non possono essere obbligati ad esercitare un controllo preventivo sul contenuto dei risultati di ricerca effettuati da ciascun utente; d) la responsabilità, quindi, non deve ricadere sul *service provider*, ma sul sito web che memorizza le informazioni ed al quale si accede tramite il motore di ricerca; e) il *service provider* non può agire come una sorta di censore digitale; f) nello scontro tra diritti della personalità e libertà di espressione e di informazione, di regola, prevale quest'ultima; g) il comportamento del soggetto interessato dall'informazione deve essere valutato in concreto ed utilizzato come criterio di ponderazione; h) solo in caso di inosservanza di un provvedimento giudiziario risponde anche il *service provider*, sia in termini di sanzioni pecuniarie, sia in termini di responsabilità civile per eventuali danni causati; i) l'assenza di un'espressa previsione di legge che stabilisca l'obbligo di deindicizzazione e responsabilità non può essere fornita giudizialmente.

Un cambiamento importante è avvenuto nel 2018, in occasione della sentenza RESP 1.660168/RJ, quando il STJ ha finito per discostarsi (seppur a maggioranza di voti) dall'orientamento sino a quel momento prevalente e ha accolto una richiesta di deindicizzazione, riconoscendo la responsabilità dei *service provider*. Al fine di meglio comprendere la questione e verificare se tutte le argomentazioni addotte nelle precedenti decisioni siano state superate e, in particolare, per individuare i criteri applicati per giustificare la fondatezza della domanda basata sul diritto all'oblio, occorre una breve descrizione della causa e della decisione, comprese le ragioni di fondo.

Quanto al caso stesso, si trattava di una sentenza a fronte di un ricorso speciale depositato dalle società *Google Brasil Internet Ltda, Yahoo do Brasil Internet Ltda e Microsoft Informática Limitada*, in relazione alla sentenza di appello pronunciata dalla Corte di Giustizia di Rio de Janeiro, la quale, a sua volta, aveva modificato la sentenza pronunciata in primo grado e che non aveva riconosciuto il diritto all'oblio dell'attrice, membro della Procura della Repubblica, al fine di richiedere ai convenuti la predisposizione di un filtro con parole-chiave con lo scopo di evitare di associare il nome della ricorrente alla notizia di presunta frode praticata nel corso di un concorso pubblico per l'accesso in Magistratura, svoltosi nel 2007. Si segnala che all'epoca vi era stata un'indagine promossa dal Consiglio nazionale di giustizia, che, tuttavia, non aveva trovato prove sufficienti sull'effettiva realizzazione dell'illecito. Tuttavia, anche dopo, il nome dell'attrice era ancora indicizzato e associato al dato "frode in concorso per diventare giudice", dando luogo al deposito di un'istanza secondo cui la privacy sarebbe stata lesa e l'immagine pregiudicata dal fatto che essa occupava già un altro ufficio pubblico in campo giuridico.

²⁵ Brasil, *Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial* (Resp) 1593873/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, deciso il 10.11.2016.

Quanto alle motivazioni addotte durante l'*iter* processuale, è importante evidenziare che, nella sua sentenza, il Magistrato che ha giudicato il ricorso in primo grado, aveva escluso la responsabilità della società Google quale *service provider*, adducendo, in sintesi, argomenti che confermavano gli orientamenti prevalenti del STJ fino ad allora. In appello, tale risultato è stato ribaltato, in quanto i membri del rispettivo organo collegiale della Corte di giustizia di Rio de Janeiro hanno affermato che, date le circostanze del caso, i diritti della personalità dell'allora ricorrente dovevano prevalere, al fine di impedire la circolazione, per un tempo irragionevole, di fatti denunciati che potevano avere ripercussioni negative sulla vita presente delle persone. In tal modo, la Corte di Giustizia dello Stato di Rio de Janeiro ha stabilito che i suddetti motori di ricerca dovrebbero installare filtri di contenuto che separino il nome dell'attrice (Procuratore di Giustizia) dalla notizia della presunta frode, a pena di sanzione giornaliera di 3000 R\$.

Nei ricorsi speciali depositati presso il STJ, gli imputati hanno dedotto, in sintesi: a) la violazione delle disposizioni del codice di procedura civile e del codice civile per l'imposizione di un obbligo tecnicamente e giuridicamente impossibile; b) che l'obbligazione imposta non comportava alcuna utilità, in quanto la disconnessione del nome del convenuto dai motori di ricerca non impediva il mantenimento in rete degli articoli in cui il suo nome era citato; c) l'applicazione dell'orientamento reiterato della Corte Superiore di Giustizia in merito all'impossibilità di ritenere responsabili i *service provider* in tali condizioni; d) che l'ordine di filtraggio dei risultati costituisce censura e lede i diritti dei consumatori che utilizzano i suoi servizi di ricerca.

Infine, in sede di valutazione dei ricorsi speciali, la terza sezione del STJ, a maggioranza, li ha parzialmente accolti solo al fine di ridurre l'importo della sanzione inflitta ai ricorrenti.

In merito alle motivazioni espresse nelle opinioni dei Giudici, si segnala che la Relatrice, Giudice Nancy Andrighi, in linea di massima ha mantenuto la posizione sostenuta in diverse precedenti sentenze, ove aveva respinto le richieste di deindicizzazione dei contenuti caricati da terze parti e accessibili tramite i motori di ricerca offerti dai *service providers*. Aderendo al voto del Relatore, il giudice Ricardo Villas Boas Cuêva ha ritenuto che la decisione della Corte di giustizia di Rio de Janeiro avrebbe negato la validità dell'art. 19 della LMCI, soprattutto per aver imposto un ordine generico senza essere stato identificato in modo chiaro e specifico il contenuto ritenuto dannoso e che potrebbe consentire di individuarlo, motivo per cui l'autore della richiesta di cancellazione dei dati deve indicare l'URL. Inoltre, secondo la citata disposizione di legge, i fornitori sono responsabili civilmente per i contenuti inseriti da terzi solo quando, una volta informati, non adottino misure per rendere indisponibile il materiale ritenuto dannoso.

Con riferimento alla posizione divergente risultata infine prevalente, il giudice Marco Aurélio Belizze ha deliberato di concedere solo un accoglimento parziale dei ricorsi speciali, al fine di ridurre l'importo della sanzione irrogata. Quanto al riconoscimento del diritto all'oblio nel caso specifico, ha mantenuto la decisione del TJRJ basandosi, in sintesi, sui seguenti argomenti: a) che non vi è alcuna differenza tra le norme applicabili in Europa e in Brasile, poiché in entrambi i casi è responsabilità dei *service providers* (motori di ricerca), che selezionano e classificano le informazioni sulla base di algoritmi indipendentemente dal contenuto dei dati a cui danno accesso; b) che la LMCI conferma il provvedimento imposto dal TJRJ, anche se non espressamente previsto, il che può verificarsi in situazioni eccezionali in cui l'impatto dell'accesso alle informazioni genera un effetto sproporzionato, nello specifico quando si prende cura di interessi di natura privata e, anche quando sussista un interesse collettivo, in considerazione del trascorrere di un lungo periodo di tempo dal verificarsi dei fatti la cui divulgazione in Internet è considerata lesiva; c) nella fattispecie, anche a distanza di due anni dai fatti, il motore di ricerca ha continuato ad indicare come notizia più rilevante legata al nominativo dell'attrice quella relativa alle presunte frodi relative al concorso per l'accesso in Magistratura, ed anche dopo un decennio tali fatti sono ancora disponibili, come se non ci fossero ulteriori informazioni posteriori; d) la domanda dell'attrice è specifica, nel senso che il suo nome non è più utilizzato come criterio esclusivo, svincolato da qualsiasi altro termine, ricollegandolo al predetto fatto che lede i suoi diritti della personalità; e) mano a mano che il risultato appare e viene mantenuto

dal sito, si verifica un'attività di feedback, in quanto effettuando la ricerca per nome dell'attrice e ottenendo il link alla notizia riferita, l'utente del provider accederà al contenuto, il che, a sua volta, rafforzerà il sistema automatizzato tale per cui la pagina è divenuta rilevante; f) l'accesso alle informazioni non è impedito, in quanto le fonti che le riportano, anche facendo riferimento al nome dell'attrice, sono ancora disponibili su Internet; g) installando determinati filtri, si vuole evitare che l'uso del nome dell'attrice come criterio di ricerca esclusivo segnali come prima informazione accessibile quella relativa alle frodi segnalate più di dieci anni fa.

A seguito del voto del Giudice Moura Ribeiro, che aveva aderito alla posizione divergente, spettava al Giudice Paulo Sanseverino esprimere il voto decisivo a favore di quest'ultima interpretazione e per il rigetto dei ricorsi, adducendo le seguenti motivazioni: a) il caso specifico, diverso da quelli in cui è in questione la responsabilità dei fornitori di contenuti, si occupa del riconoscimento del diritto di evitare che, quando la ricerca è effettuata utilizzando i motori di ricerca con riferimento al solo nome della persona, senza altri criteri vincolanti, le informazioni prioritarie continuino ad essere, dopo tanto tempo, i fatti che incidono sui diritti dell'attore; b) per questo motivo, come nel caso di *Google vs. Mario Costeja González* giudicato dalla CGUE e considerate le peculiarità del caso specifico, il diritto all'informazione deve cedere di fronte alla lesione sproporzionata dei diritti della personalità dell'attore.

La citata decisione del STJ è, per ora, l'unica a riconoscere un diritto all'oblio su Internet, nella forma di un diritto alla deindicizzazione dai motori di ricerca, così che, a seconda degli sviluppi futuri, a partire dalla sentenza in materia del STF, è ancora presto per affermare con maggiore certezza se un diritto alla deindicizzazione potrà essere nuovamente riconosciuto. Per valutare meglio tale questione è necessario, anzitutto, dare notizia della decisione emessa dalla Corte costituzionale brasiliana.

4. Il diritto all'oblio e l'attuale orientamento della Corte Suprema Federale (STF)

Particolarmente rilevante per la discussione sul contenuto e la portata di un diritto all'oblio in Brasile è il fatto che il STF (a partire da un ricorso straordinario presentato in relazione alla decisione del STJ nel caso *Aida Curi*) ha riconosciuto la rilevanza generale della discussione²⁶, una volta ritenuta passibile di valutazione in sede di ricorso straordinario che "il diritto all'oblio è un attributo inseparabile dalla garanzia della dignità umana, essendo unita ad essa, e che la libertà di espressione non ha carattere assoluto, non potendo prevalere sulle garanzie individuali, in particolare l'invulnerabilità della personalità, l'onore, la dignità, la vita privata e l'intimità della persona umana".

Nel corso del processo, il Relatore, Giudice Dias Toffoli, ha convocato un'udienza Pubblica, tenutasi il 12.06.17, in cui sono stati auditi i rappresentanti di diversi soggetti pubblici e privati, compresi quelli legati all'ambiente digitale (come è stato il caso di *Google* e *Yahoo*), di modo tale che era quindi possibile, all'epoca, azzardare un prognostico nel senso che il STF, quando poi avrebbe giudicato il merito della questione stessa, avrebbe probabilmente considerato la ripercussione di un diritto all'oblio su Internet.

Con sorpresa di molti, così non è avvenuto, e, pur avendo riconosciuto la generale rilevanza della vicenda, affermando l'esistenza di un diritto all'oblio fondato sulla dignità della persona umana, il STF, nel giudicare il predetto ricorso straordinario n. 1.010.606, in data 11 febbraio 2021, è giunto, a maggioranza, alla conclusione (almeno in apparenza) completamente diversa. La tanto attesa sentenza, come era prevedibile, ha avuto ampie ricadute e, fin dall'inizio, ha stimolato in modo esponenziale il dibattito sulla materia, sia nella sfera pubblica in generale, sia – ed in particolare – in quella giuridica.

²⁶ Brasile, Corte Suprema Federale, Ricorso straordinario 833248 (Rilevanza generale), Rel. Ministro Dias Toffoli, giudicato il 19.02.2015. Si segnala, per una migliore comprensione del pubblico non brasiliano, che il STF, con decisione a maggioranza dei suoi giudici, può accogliere l'allegazione di rilevanza generale (carattere nazionale della causa in forza di un contrasto giurisprudenziale rilevante), che implica la sospensione di tutti i processi in corso nelle istanze ordinarie fino al giudizio finale della causa, quando la decisione inizia a produrre effetti generali (*erga omnes*) e vincola direttamente tutti gli organi e gli agenti del potere giudiziario.

All'epoca del processo, giusto per ricordare, il STF, sempre a maggioranza di nove voti, con le opinioni parzialmente dissenzienti dei Giudici Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes, ha affermato che il diritto all'oblio non è compatibile con l'ordinamento giuridico-costituzionale, sia per mancanza di una previsione espressa nella Costituzione federale e/o nella normativa infra-costituzionale, sia in quanto restringe in modo costituzionalmente illegittimo le libertà fondamentali di espressione ed informazione.

Riguardo a tale risultato, come già accennato, è naturale che la polemica sulla questione e soprattutto sulla sentenza stessa sia letteralmente esplosa, per la rilevanza della materia stessa e per le sue ricadute sul piano giuridico, sociale, economico e politico.

Uno dei punti salienti della discussione riguarda la valutazione critica della correttezza del giudizio, cioè se sia possibile, a ragione, sostenere che si tratta di un giudizio sostanzialmente erroneo, da dimenticare definitivamente – con o senza il riferimento ad un diritto all'oblio – o celebrato con entusiasmo, sapendo che entrambi gli estremi hanno trovato un buon numero di aderenti.

In questa prospettiva, avanziamo subito di non aderire a nessuna delle due correnti, poiché siamo convinti che la ragione (e anche, in un certo senso, sensibilità) e la giusta misura si trovino in un qualche punto intermedio, preferibilmente più vicino – è anche bene sottolinearlo in anticipo – alla garanzia della libertà di espressione ed informazione, che devono avere una posizione preferenziale nell'architettura costituzionale e nell'ambito dei diritti umani e fondamentali, come giustamente affermato dal STF.

Un primo aspetto da evidenziare, riprendendo quanto già accennato, è che il STF, confutando (salvo diverse argomentazioni addotte nelle votazioni dei Giudici) l'esistenza di un diritto all'oblio nell'ordinamento giuridico brasiliano, ha anche riformato un numero significativo di decisioni giudiziarie, ponendo qui l'accento su diverse sentenze del STJ, oltre a contraddire una dottrina, che, senza dubbio, fino a quel momento era per lo più posizionata a favore di un diritto all'oblio, anche quale diritto fondamentale, come di fatto è il nostro caso.

Concentrandoci sulla questione dell'esistenza di un diritto all'oblio nell'ordinamento giuridico-costituzionale, è necessario, preliminarmente, ricordare che una serie di possibilità per attuare ciò che solo di recente è stato designato come diritto all'oblio ormai molto da tempo è stata implementata ed è tuttora presente, in pieno vigore, nell'ordinamento giuridico brasiliano, di modo tale che, utilizzare o meno la nuova etichetta (diritto all'oblio) non fa, infatti, alcuna reale differenza, almeno in questi casi. Basterebbe qui, per rendere conto di ciò, invocare alcuni esempi:

L'art. 748 c.p.p. stabilisce che "la o le precedenti condanne non devono essere menzionate nei precedenti del riabilitato, né in un certificato estratto dai libri del tribunale, salvo richiesta del giudice penale", il che è altresì sostanzialmente previsto dall'art. 202 della legge sulle esecuzioni penali.

Nello stesso senso – ma non solo in tema di infrazioni – il cosiddetto Statuto del fanciullo e dell'adolescente (Legge n. 8.069, de 13.07.1990), prevede norme che possono essere utilizzate per il riconoscimento di un diritto all'oblio, a tutela della dignità e dei diritti della personalità dei bambini (fino a 12 anni incompleti) e degli adolescenti (12 -18 anni). Pertanto, oltre alla previsione dell'art. 18, nel senso che i bambini e gli adolescenti non possono essere sottoposti ad alcun tipo di trattamento inumano, violento, terrorizzante, vessatorio o imbarazzante, l'art. 143 vieta "la diffusione di atti giudiziari, di polizia e amministrativi che riguardino i bambini e adolescenti ai quali è attribuita la paternità di un'infrazione". Inoltre, secondo l'unico comma dello stesso articolo, nessuna notizia rispetto ad un fatto potrà identificare il bambino o l'adolescente, vietando fotografie, riferimenti al nome, soprannome, affiliazione, parentela, residenza e anche le iniziali di nome e cognome.

Un'altra manifestazione specifica che è stata associata al diritto all'oblio trova sostegno nel Codice di difesa del consumatore (la legge n. 8.078, de 11.09.1990), più precisamente nell'art. 43, §1°, il quale prescrive che le informazioni dei registri dei consumatori presenti negli elenchi dei morosi (registri negativi) possono essere conservate e utilizzate solo per un periodo di cinque anni, garantendo il diritto di chiedere la cancellazione (esclusione delle informazioni), oltre alla responsabilità dei

soggetti preposti alla conservazione e all'utilizzo dei dati in caso di violazione della norma, nei termini previsti dalla dottrina²⁷ e giurisprudenza prevalenti.

Più direttamente collegata alla materia, assume particolare rilievo la Legge n° 12.965, del 23 aprile 2014, meglio nota come Legge sul quadro civile di Internet (*Lei do Marco Civil da Internet*), che ha stabilito una serie di principi, oltre a prevedere garanzie, diritti e doveri per l'uso di Internet in Brasile. Tale legge, pur non prevedendo espressamente il diritto all'oblio, contiene importanti linee guida e regole concrete che possono essere ricostruite al fine di riconoscere la necessità di accogliere in determinati casi questa singola pretesa giuridica. In tal senso, l'art. 3 di tale legge prevede che "l'uso di Internet in Brasile" abbia i seguenti principi: "I – garanzia della libertà di espressione, comunicazione ed espressione del pensiero, ai sensi della Costituzione federale; II – tutela della privacy; III – protezione dei dati personali, a norma di legge". A sua volta, secondo l'art. 7, "l'accesso a Internet è essenziale per l'esercizio della cittadinanza, e all'utente sono garantiti, tra gli altri, i seguenti diritti, ovvero quelli previsti dalle voci: I – inviolabilità della privacy e vita privata, tutela e risarcimento del danno materiale o morale derivante dalla sua violazione; VII – non fornitura a terzi dei propri dati personali, inclusi i registri di connessione, e l'accesso ad applicazioni internet, se non previo consenso libero, espresso ed informato o nei casi previsti dalla legge; X – cancellazione definitiva dei dati personali forniti ad una determinata applicazione internet, su propria richiesta, al termine del rapporto tra le parti, fatti salvi i casi di conservazione obbligatoria previsti dalla presente Legge.

Alla luce di questo elenco meramente illustrativo, è chiaro che la legislazione brasiliana prevede diverse ipotesi (tutte per ora ritenute costituzionali) che assicurano che determinate informazioni non possano essere divulgate (se non in via ristretta), che la violazione di tali norme faccia scattare la possibilità di responsabilità del rispettivo agente e che sia garantito anche un diritto di esclusione (cancellazione) per diverse situazioni.

È chiaro, d'altronde, che si tratta di una disciplina infra-costituzionale, ma che – ed è questo ciò che conta in questo momento – mette in atto meccanismi di tutela di una serie di diritti e principi fondamentali, tra cui la dignità della persona umana, il diritto al libero sviluppo della personalità, i diritti alla privacy e all'intimità, tra gli altri.

Inoltre, gli esempi scelti rivelano anche il fatto che, secondo alcune normative – a meno che non vi sia un cambiamento sopravvenuto – anche le informazioni vere possono essere (e sono state) sottratte, in tutto o in parte, per un tempo più o meno lungo, all'accesso da parte di terzi, ivi inclusa, di regola, la loro diffusione gratuita e illimitata attraverso i mezzi di comunicazione, anche tradizionali.

Quando guardiamo indietro agli eventi più recenti, legati al crescente utilizzo dei social media e di altri strumenti per la diffusione dell'incitamento all'odio e persino alle polemiche che comportano possibili limiti alle cosiddette *fake news*, lo stesso STF che ha appena respinto un diritto all'oblio, senza rinunciare a riconoscere una posizione preferenziale alla libertà di espressione, ha ammesso alcuni limiti, come, del resto, accade nella stragrande maggioranza delle Corti costituzionali del mondo e anche nelle Corti internazionali dei diritti umani.

Sebbene ogni responsabilità debba essere attribuita *a posteriori*, sia in ambito civile, penale o amministrativo, poiché è essenziale rimuovere la censura preventiva, tale responsabilità serve – in misura maggiore o minore – alla causa del cosiddetto diritto all'oblio. Questo perché, anche rifiutando l'etichetta, resta presente e sempre più acuto e complesso il problema della risoluzione dei conflitti tra libertà di espressione e informazione e diritti della personalità, con l'obiettivo, in fondo, di garantire la tutela dei diritti umani e fondamentali, nessuno dei quali, per quanto grande sia la sua posizione prevalente, è assoluta, nel senso di essere assolutamente immune da qualsiasi limite, per quanto grande sia il danno arrecato ad altri diritti di elevata rilevanza.

Riguardo alla decisione del STF, vale la pena ricordare, trattandosi di un argomento che emerge chiaramente dalla sentenza, che ciò che la Suprema Corte brasiliana ha respinto è stata, in fondo, più l'etichetta che non l'esistenza e il contenuto stesso di un certo diritto di essere ritenuti responsabili, in

²⁷ A. Carlos Efig, *Bancos de Dados e cadastros de consumidores*, São Paulo, 2002; L. Roscoe Bessa, *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção de crédito*, São Paulo, 2003.

determinate situazioni e sulla base di determinati criteri, della diffusione di determinate informazioni o opinioni sulla vita passata di altri. Inoltre, per quanto ne sappiamo, dalla decisione si ricava la conclusione che il STF non ha completamente escluso la possibilità di arginare gli abusi discorsivi e informativi, ma ha piuttosto rifiutato di accettare un diritto all'oblio nella misura rivendicata da i ricorrenti nella caso *Aida Curi*, giustamente respinta dal STJ, come sopra visto.

La tesi che ha finito per essere approvata con ripercussioni generali dal STF nel febbraio 2021, è che: "l'idea di un diritto all'oblio, inteso come potere di prevenire, per il passare del tempo, la divulgazione di fatti o dati veritieri legittimamente acquisiti e pubblicati su supporti analogici o digitali è incompatibile con la Costituzione"; e che "eventuali eccessi o abusi nell'esercizio della libertà di espressione e di informazione devono essere analizzati caso per caso, sulla base dei parametri costituzionali – in particolare quelle relative alla tutela dell'onore, dell'immagine, della riservatezza e della personalità in genere – e delle disposizioni di legge espresse e specifiche in ambito penale e civile".

In altre parole, ciò che è incompatibile per il STF è un diritto all'oblio inteso in un certo modo (quando si tratta di impedire la divulgazione di fatti o dati veritieri e lecitamente ottenuti) ma nel contempo è stata fatta salva la possibilità di valutare, caso per caso, se vi fosse eccesso e/o abuso nella gestione della libertà di espressione, quando erano in gioco dignità, onore, privacy, tra gli altri. Si segnala, tuttavia, che sono state previste anche espresse e specifiche disposizioni di legge, tra le quali si segnalano quelle prima citate, nonché altre, quali la configurazione dei reati di calunnia, ingiuria e diffamazione.

Alla luce di quanto esposto, è possibile evidenziare e discutere quanto il giudizio del STF mantenga una rigorosa coerenza e consistenza interne, in quanto sembra che la Corte non abbia finito per negare la possibilità di eventuali limiti a discorsi manifestamente offensivi e distruttivi di altri valori fondamentali, tra cui la democrazia (si veda il recente caso dell'arresto in flagranza di reato di un deputato federale), ma piuttosto si è cercato di consolidare il fatto che sotto il mantello dell'etichetta del diritto all'oblio non è possibile (e con ciò si è pienamente d'accordo) sgonfiare o addirittura colpire a morte la libertà di espressione e di informazione e il diritto alla memoria individuale e collettivo.

Si tratta, in fondo, di stabilire criteri per orientare decisioni che comportino la soluzione di tali conflitti tra principi e diritti fondamentali, nonché valutare quali mezzi siano costituzionalmente legittimi a tal fine, dando sempre priorità – nel riconoscere la necessità di tutelare i diritti della personalità e anche della dignità umana – al mezzo meno restrittivo delle libertà comunicative, si tratti di farlo attraverso la responsabilità civile e/o penale, il diritto di replica, la rettifica e/o la cancellazione di determinati dati, la deindicizzazione da internet dei motori di ricerca, mantenendo le informazioni nella sua interezza, ma sopprimendo l'identità delle persone coinvolte danneggiate in modo sproporzionato, tra le altre possibilità.

Un altro aspetto da sottolineare è che, mentre il STF brasiliano segnala apparentemente il rifiuto di un diritto all'oblio, è interessante notare che in altri paesi e anche nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, la questione è lungi dall'essere dimenticata, non solo in termini di quantità di produzione bibliografica, ma soprattutto, per quanto qui interessa, di espressiva e rilevante giurisprudenza nazionale ed internazionale.

5. Un breve sguardo ad altre esperienze, in particolare alla più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)

A livello nazionale, fatti salvi i precedenti brasiliani²⁸, in diversi paesi le Corti supreme e le Corti costituzionali hanno esaminato e giudicato casi riguardanti il diritto all'oblio, riconoscendo, in diverse

²⁸ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) n. 1.334.097/RJ, 4. Sezione, Min. rel. Luis Felipe Salomão, deciso il 28.05.2013. (Caso Chacina da Candelária); Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1736803/RJ, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3. Turma, deciso il 28.04.2020. (Caso Daniela Perez); Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1316921/RJ, 3. Sezione, Min. rel. Nancy Andrighi, deciso il 26.06.2012 (Caso Xuxa); Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1660168/RJ, 3. Sezione, Min. rel. Nancy Andrighi, rel. para o acórdão

sentenze, tale diritto. A solo scopo illustrativo, vengono qui citati esempi provenienti da Argentina²⁹, Colombia³⁰, Spagna³¹, Francia³² e Germania³³.

Ma il nostro punto di attenzione è sui casi relativi al riconoscimento (o meno) di un diritto all'oblio nell'ambito digitale, esaminati alla luce di due recenti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito CEDU o Corte), vale a dire, le cause *Biancardi c. Italia* del 25 novembre 2021 e *Hurbain c. Belgio*, del 22 giugno 2021. Di seguito, in una sintesi molto serrata, la presentazione delle sentenze³⁴.

Nel caso *Biancardi c. Italia*, del 25 novembre 2021, la controversia ruotava attorno alla pubblicazione, effettuata nel marzo 2008, da un direttore di un quotidiano online (di proprietà dell'autore del ricorso alla CEDU), di un rapporto su una rissa, che coinvolgeva un accoltellamento, avvenuto in un ristorante che apparteneva alle persone coinvolte nella faida. La pubblicazione citava i nomi delle persone coinvolte (due fratelli e i rispettivi figli) e come la chiusura del ristorante per venti giorni, determinata dalle autorità di polizia, avrebbe avuto ricadute sull'azienda di famiglia.

La Corte Suprema di Cassazione ha confermato la decisione adottata nei precedenti gradi di giudizio, ritenendo che la reputazione della vittima sia stata violata attraverso la conservazione del verbale per un periodo eccessivo, essendo facilmente consultabile mediante l'inserimento del nome della persona offesa. Pertanto, il trattamento dei dati personali è stato effettuato in modo non corretto.

Pertanto, il direttore del quotidiano online in questione si è rivolto alla CEDU, allegando una violazione dell'art. 10 (riferito alla tutela della libertà di espressione) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito solo Convenzione) da parte dei tribunali italiani, in quanto era stato ordinato di deindicizzare la segnalazione e, secondo lui, solo un motore provider di ricerca (come Google) poteva eseguire la deindicizzazione, e non il sito stesso, oltre al fatto che la sanzione inflitta era eccessiva. Tuttavia, la CEDU ha respinto all'unanimità le accuse (§ 71 della decisione).

Secondo la CEDU, il fatto che il ricorrente avesse precedentemente deindicizzato i contenuti del suo sito web confermava il mantenimento delle decisioni dei tribunali italiani (§50 della decisione). Pertanto, la Corte EDU ha ritenuto che "la responsabilità del ricorrente fosse conseguenza della mancata deindicizzazione dei tag dell'articolo pubblicato dal ricorrente dal motore di ricerca Internet (che avrebbe impedito a chiunque di accedere all'articolo semplicemente digitando il nome di "V.X." o del suo ristorante), e che l'obbligo di deindicizzare il materiale poteva essere imposto non solo ai motori di ricerca su Internet, ma anche agli amministratori di giornali o archivi giornalistici accessibili via Internet" (traduzione del §51 della decisione).

Infatti, la Corte ha osservato che l'interferenza con la libertà di espressione può legittimamente verificarsi per proteggere la reputazione e i diritti di terzi, tale interferenza essendo protetta dall'art. 10, §2 della Convenzione. Considerato che il D.lgs. 196/2003 ha disciplinato tale possibilità, non si può affermare, dal punto di vista della CEDU, che vi sia stata una violazione della Convenzione da parte dei tribunali italiani, in quanto la restrizione è prevista dalla legge. Pertanto, è stato stabilito che il ricorrente doveva deindicizzare l'articolo (§ 57 della decisione), mantenendo la multa inflitta, date le

Min. Marco Aurélio Bellizze, deciso il 08.05.2018 (Caso Servidora Pública e Fato Desabonador); Outros casos: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1434498, Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1.875.382-AgRg/MG, Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1.751.708-AgRg/SP, Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1.751.708-AgRg/SP, Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1.660.168/RJ, Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1.593.873-AgInt/SP.

²⁹ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso R. 522. XLIX. Rodríguez, María Belén el Google Inc., deciso il 28.10.2014. También, Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Caso Denegri, Natalia Ruth C/ Google Inc S/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas, Sala "H", deciso il 10 agosto 2020.

³⁰ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-277/15, Glória v. Casa Editorial El Tiempo, deciso il 12.05.2015.

³¹ STC 8/2018, de 4 de junio 2018.

³² Conseil Constitutionnel, Décision n° 2017-670 QPC, decisa il 27.10.2017.

³³ BVerfG., Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019 - 1 BvR 16/13 (Diritto all'oblio I). BVerfG., Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019 - 1 BvR 276/17 (Diritto all'oblio II).

³⁴ Consiglio d'Europa, CEDU, *Caso Axel Springer AG c. Germania*, deciso il 07.02.2012; Consiglio d'Europa, CEDU, *Caso Biancardi c. Italia*, 25 novembre 2021.

circostanze del caso (§ 68). Si rileva, infatti, che la causa si riferisce al lungo periodo di permanenza su Internet di una segnalazione relativa a un reato, avente due caratteristiche principali: il fatto che il periodo di disponibilità dell'articolo è lesivo per la reputazione delle vittime; e l'interessato non è una persona pubblica (§ 62 della decisione). Inoltre, non è stato imposto alcun obbligo di rimuovere in modo permanente il contenuto da Internet (§70 della decisione).

Nel caso *Hurbain c. Belgio*, del 22 giugno 2021, era in discussione l'archiviazione digitale di un articolo su un incidente stradale mortale nel 1994 causato da "G.", effettuata dal direttore del quotidiano belga "Le Soir", uno dei principali quotidiani francofoni in Belgio. Va notato che l'articolo menzionava il nome completo di "G.". Nel 2000 "G.", che aveva causato l'incidente, è stato condannato e nel 2006 ha ricevuto la grazia (*décision de réhabilitation*). A partire dal 2008, le precedenti edizioni dei giornali fino al 1989 sono state digitalizzate con accesso gratuito. Di conseguenza, nel 2010, "G." ha chiesto, in via stragiudiziale, alla società di appartenenza del quotidiano (Rossel & Cie) la rimozione dell'articolo che lo menzionava o, quantomeno, la sua anonimizzazione, ribadendo che esercitava la professione di medico e che l'articolo in questione era apparso in vari motori di ricerca. Il giornale ha rifiutato di apportare le modifiche richieste.

Nella giurisdizione belga, la Corte d'Appello (*Cour d'Appel de Liège*), nel 2014, ha confermato la condanna del giudizio precedente, ritenendo che la causa rientri nell'ambito del c.d. diritto all'oblio digitale, riconoscendo che la pubblicazione originale era lecita e legittima, mentre la ripubblicazione digitale non aveva più attualità e rilevanza, essendo "G" già stato condannato e avendo scontato la pena. Pertanto, secondo la Corte d'Appello, per non ledere in modo sproporzionato la libertà di espressione del quotidiano, il nome e cognome di "G." dovevano essere sostituiti dalla lettera "X". Nel 2016 la Corte di Cassazione belga (*Cour de cassation*) ha respinto la richiesta del quotidiano di riesame delle precedenti decisioni. Pertanto, il quotidiano ha successivamente presentato ricorso alla CEDU.

Il quotidiano, nel deposito del ricorso presso la Corte EDU, intendeva dimostrare che la giurisdizione nazionale belga, ordinandole di rendere anonimo il rapporto digitale, aveva violato il suo diritto alla libertà di espressione, previsto dall'art. 10 della Convenzione. Per il richiedente, sono i *service provider* che mettono in rilievo le pagine Internet e l'attività di archiviazione digitale del materiale giornalistico potrebbe essere messa a repentaglio dalle richieste di anonimizzazione (§§59 e 60 della decisione). Per il ricorrente, esistono altri mezzi meno invasivi per bilanciare i diritti in questione, come menzionare che la parte offesa ha scontato una pena o deindicizzare i motori di ricerca, come Google (§ 62). Tuttavia, con una maggioranza di sei voti contro uno, la CEDU ha stabilito che la giurisdizione belga non aveva violato l'art. 10 della Convenzione, confermando la condanna del quotidiano e il rispettivo obbligo di rendere anonimo l'articolo sull'incidente automobilistico causato da "G." (§ 132 della decisione).

Per la CEDU, ogni ingerenza nel diritto alla libertà di espressione, prevista dall'art. 10 della Convenzione, è legittima, nella misura in cui il diritto alla vita privata, nel diritto belga, include il diritto all'oblio (§ 79 della decisione). Secondo il ragionamento della Corte, una disposizione di diritto civile sulla responsabilità civile extracontrattuale è una base giuridica sufficientemente prevedibile, e non c'è da stupirsi della condanna per l'anonimizzazione del rapporto (§87 della decisione).

La CEDU ha anche menzionato le cause *Axel Springer AG c. Germania* (2012), *Hachette Filipacchi Associés c. Francia* (2015), *Bédat c. Svizzera* e *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy* (2016), oltre ai casi *Von Hannover c. Germania* (2012) e *Delfi AS* (2015), per dimostrare che l'equilibrio tra diritti della personalità e libertà di espressione ha già stabilito i principi generali che guidano la materia in questione, oltre al fatto che entrambi i diritti hanno lo stesso valore *a priori* (§93 della decisione).

Sebbene, per la CEDU, gli archivi digitali siano una preziosa fonte per la conservazione della storia (§100), in considerazione del lungo lasso di tempo tra i fatti e la digitalizzazione dei reportage, sono evidenti i danni subiti da "G." (§132 della decisione). La Corte ha inoltre rilevato che i fatti storicamente contribuiscono solo in modo statistico a un dibattito generale sulla sicurezza stradale (§107 della decisione), e la parte offesa deve godere del suo diritto all'oblio, soprattutto in vista dell'espiazione della pena (§109 della decisione). Secondo la CEDU, "se uno sconosciuto può acquisire

una certa notorietà dopo la commissione dei reati e durante il processo, tale notorietà può anche diminuire con il passare del tempo” (traduzione del §110 della decisione).

La CEDU ha inoltre rilevato che una ricerca a partire da nome e cognome di “G.” nel motore di ricerca del giornale e di Google è bastato per accedere facilmente al reportage (§121 della decisione). Per quanto riguarda la gravità della sanzione inflitta al ricorrente, il Tribunale l’ha ritenuta ragionevole, dato che la deindicizzazione nei motori di ricerca (come Google) non era stata richiesta da “G.”, e la responsabilità era anche in capo alla redazione, in questo caso il quotidiano *Le Soir* (§127 e 120 della decisione).

Infine, la CEDU ribadisce che la decisione non implica la creazione di un obbligo da parte dei *service provider* di rivedere e verificare i file digitalizzati in modo sistematico e permanente, spettando a ciascuno di effettuare un bilanciamento degli interessi in caso di espressa richiesta di anonimizzazione delle informazioni (§134).

6. Considerazioni finali

Alla luce delle due recenti pronunce della CEDU, qui sinteticamente presentate, oltre ad altri precedenti richiamati (a scopo illustrativo), risulta evidente che, almeno a prima vista, il STF, con la sua decisione del febbraio 2021, si è discostato dall’orientamento dominante, almeno per quanto riguarda il riconoscimento di un diritto all’oblio in quanto tale.

D’altra parte, come abbiamo già avuto modo di esprimere sopra, la Corte Suprema brasiliana non ha ancora deciso in modo definitivo sulla deindicizzazione dei contenuti Internet, sull’anonimizzazione e sui criteri sviluppati per questo, restando ancora molto spazio per le regolazioni. Lo diranno il tempo e il numero e la diversità dei casi portati davanti alla Magistratura.

Una prima opportunità che verrà offerta al STF per spiegare meglio la propria posizione in materia e per definire i criteri è data dal fatto che il STJ, nel suo giudizio di revisione (novembre 2021), nonostante la decisione del STF del febbraio di quello stesso anno, di cui sopra, adottata a maggioranza di voti, non ha revocato la propria decisione, datata maggio 2013, con la quale ha confermato la condanna della *Rede Globo de Televisão* al risarcimento del danno materiale, riconoscendo, a suo tempo, il diritto all’oblio, dovuto alla messa in onda di un programma televisivo (“*Linha Direta*”) in cui è stato ricostruito il cosiddetto caso *Chacina da Candelária* (episodio in cui furono assassinati otto giovani) con riferimento al nome di uno degli imputati coinvolti nel delitto, un fabbro che in seguito fu assolto.

Secondo la maggioranza formatasi nella 4^a Sezione, la decisione, pur riconoscendo un diritto all’oblio, non è vincolata dalla decisione del STF che ha negato l’esistenza di tale diritto, ma rientra nei casi eccezionali ammessi dalla Suprema Corte, avendo ad oggetto abusi nell’esercizio della libertà di espressione e di informazione, con violazione dei diritti fondamentali di terzi.

Un altro punto da notare è che la sentenza del STF in commento non ha affrontato un diritto all’oblio nell’ambiente online, non pronunciandosi quindi su un diritto alla deindicizzazione dai motori di ricerca di Internet o addirittura su un diritto all’oblio tale da richiedere la rettifica o la cancellazione di determinate informazioni o dichiarazioni pubblicate.

Inoltre, la decisione del STF, seppur emessa con ripercussioni generali e con efficacia vincolante ed *erga omnes*, sia perché incompleta, sia perché una larga parte dei voti dei Giudici aveva espressamente dichiarato l’esistenza di situazioni eccezionali (violazione di legge e di altri diritti e principi fondamentali) che devono essere risolti caso per caso, non assume lo status di *camicia di forza* che non lascia spazio a sviluppi futuri.

Al contrario, rimangono invece aperte diverse questioni, che non si limitano al diritto sopra citato di deindicizzare i motori di ricerca su Internet, ma che riguardano anche un maggiore sviluppo dei parametri e dei criteri cui devono attenersi non solo i poteri pubblici e giurisdizionali, ma anche la cittadinanza.

Resta quindi da sperare che il percorso che il STF dovrà seguire in futuro sia più prudente ed equilibrato, oltre a garantire livelli soddisfacenti di certezza del diritto.

Abstract

Il contributo, prendendo le mosse da alcune recenti evoluzioni giurisprudenziali registratesi in Brasile, nonché prestando attenzione alla giurisprudenza europea, indaga sulla configurazione del diritto all'oblio quale diritto fondamentale da considerarsi, ormai, implicitamente positivizzato.

Parole chiave: diritto all'oblio, diritti fondamentali, società digitale

*

The paper, starting from some recent jurisprudential developments recorded in Brazil, as well as paying attention to European jurisprudence, aims to explore the configuration of the right to be forgotten as a fundamental right to be considered implicitly positivised today.

Keywords: right to be forgotten, fundamental rights, digital society

Il chilling effect sulla libertà di informazione dei giornalisti nel quadro della crisi dello Stato di diritto

Valentina FAGGIANI*

Sommario: 1. La rilettura del *chilling effect* di fronte alla crisi dello Stato di diritto nell'Ue 2. L'importanza del dialogo tra la Corte EDU e la Corte di giustizia europea 3. Il *chilling effect* della *rule of law backsliding* sulla libertà di espressione dei giornalisti 4. La difesa da parte della Corte EDU e del TC spagnolo del diritto al segreto come garanzia dei giornalisti di fronte alla "società della sorveglianza" 5. Come proteggere la libertà di espressione e il pluralismo informativo? Alcune raccomandazioni 6. Conclusioni.

1. La rilettura del *chilling effect* di fronte alla crisi dello Stato di diritto nell'Ue

Negli ultimi anni il livello di protezione della libertà di espressione e dei diritti a questa vincolati ha sofferto un'importante caduta a causa dell'adozione di misure involutive, che hanno ridotto lo standard previsto nel diritto dell'Ue. Queste misure sono la diretta conseguenza della situazione di profonda crisi della *Rule of Law*, di quel pericoloso fenomeno che sta determinando la progressiva erosione dei suoi elementi costitutivi, mediante la violazione reiterata e sistematica dei valori europei fondamentali (art. 2 TUE). Si tratta di una tendenza, che stanno sperimentando soprattutto i nuovi Stati illiberali dell'Ue, i paesi dell'Europa centro-orientale, che sono i prototipi in questo senso. La loro speciale vulnerabilità è il risultato di una cultura costituzionale debole rispetto agli altri Stati di questa Comunità¹.

Secondo la Corte di giustizia europea (CGE), in virtù dell'adesione, gli Stati membri dovrebbero accettare automaticamente i valori previsti nell'art. 2 TUE; in modo analogo, una volta entrati nel club, dovrebbero continuare a mantenere gli standard minimi previsti nel diritto dell'Unione, non potendo pretendere di modificare la propria normativa interna attraverso riforme involutive, che pregiudicherebbero tale cornice².

La riduzione del livello di tutela, di solito, è causata dall'adozione di misure o di decisioni giudiziarie, che producono un effetto 'dissuasivo', 'paralizzante', 'deterrente', al fine di disincentivare l'individuo dall'esercizio dei propri diritti o dall'adempimento dei propri doveri, come nel caso dei

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università di Granada. Contributo realizzato nell'ambito del Progetto *I+D+i PID2019-106118GB-I00* finanziato per MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

¹ Sulla crisi dello Stato di diritto nell'UE, v. A. Von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, G. Rugge, M. Schmidt, M. Taborowski, *Un possibile 'momento costituzionale' per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, p. 855 ss.; V. Faggiani, *La "rule of law backsliding" come categoria interpretativa del declive del costituzionalismo in la UE*, in *Revista española de derecho europeo*, 71/2019, p. 57 ss.; G. Halmi, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 313 ss.; L. Pech e K. Scheppelle, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19/2017, p. 3 ss.; W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019.

² La CGE si è occupata di questa questione nelle sentenze (Grande Sezione, GS), del 20 aprile 2021, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, C-896/19, EU:C:2021:311, e del 18 maggio 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" e altri c. Inspekția Judiciară e altri*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, EU:C:2021:393. In tali pronunce, che avevano ad oggetto rispettivamente le riforme del sistema giudiziario di Malta e della Romania e il loro impatto sull'indipendenza giudiziaria, la CGE ha elaborato l'interessante principio di non regressione delle tutele, considerando questa categoria come una delle principali cause e delle conseguenze di questa involuzione. Su questo principio, v. N. Canzian, *Indipendenza dei giudici e divieto di regressione della tutela nella sentenza Repubblica*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2021, p. 715 ss.

giornalisti³ o dei professionisti del diritto, per il timore delle possibili ritorsioni, potendo essere sottoposti a dure sanzioni, a minacce o a campagne di attacchi e di diffamazione⁴.

Per tali ragioni, nel presente lavoro, si è ritenuto interessante analizzare il *chilling effect* delle misure limitative della libertà di espressione, adottate in questo contesto regressivo. I loro effetti, infatti, aumentano esponenzialmente a causa dell'uso distorto delle nuove tecnologie, le quali hanno un impatto pregiudizievole sul diritto all'informazione e alla libertà di stampa. La digitalizzazione ha modificato il significato, il contenuto e la portata di questi diritti, che si esercitano soprattutto attraverso l'uso di Internet, di piattaforme online, delle reti sociali e dell'intelligenza artificiale. I nuovi Stati illiberali, consapevoli della forza della parola e delle potenzialità del mondo digitale, si stanno servendo di tali strumenti per eliminare qualsiasi tipo di opposizione e per consolidare la c.d. "società della sorveglianza", basata sullo stretto controllo del cittadino.

In modo più specifico, nella prima parte di questo contributo, si realizzerà un'approssimazione di carattere introduttivo alla complessa categoria del *chilling effect*, partendo dal nesso *rule of law backsliding*-libertà di espressione⁵, avuto riguardo all'impatto di detto fenomeno su questo diritto fondamentale, che continua a costituire uno dei pilastri, degli elementi essenziali della democrazia. A tal fine, si analizzerà come la crisi dello Stato di diritto sta pregiudicando il diritto all'informazione e alla libertà di stampa, che rappresenta una delle sue principali manifestazioni, mettendolo sotto pressione.

Quest'analisi introduttiva ci permetterà di delineare, nella seconda parte del contributo, le caratteristiche di questa nozione. Il concetto di *chilling effect* è indubbiamente suggestivo, seppur fortemente contraddittorio. Questa sua natura indefinita e ambigua⁶ richiede di elaborare una nuova interpretazione, che permetta di adattare questa categoria al contesto attuale, poiché rappresenta una delle chiavi di lettura della crisi dello Stato di diritto, che potrebbe essere utilizzata per frenare il processo di involuzione.

Infine, nella terza parte, si realizzeranno alcune proposte e raccomandazioni per cercare di elevare lo standard di protezione dei giornalisti. Questa professione li espone al rischio di essere sottoposti a misure dissuasive, che impediscono il corretto svolgimento delle loro funzioni e attentano all'integrità fisica e alla vita di queste persone e dei loro familiari. La finalità è assumere consapevolezza dei pericoli che corrono, in particolare, i giornalisti investigativi o d'inchiesta e i professionisti dei media. Tali difficoltà li pongono in troppe occasioni dinanzi al difficile dilemma tra il corretto svolgimento del loro lavoro per perseguire la verità, attraverso la diffusione di informazione oggettiva e verace, e il rischio per la propria vita e quella dei familiari più stretti.

2. L'importanza del dialogo tra la Corte EDU e la Corte di giustizia europea

Il concetto di *chilling effect*⁷, utilizzato dalla Corte EDU nelle pronunce sulla libertà di espressione, in relazione alle ingerenze, che possono soffrire i giornalisti nell'esercizio del diritto all'informazione e

³ T. Baumbach, *Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 6(1)/2018, p. 92 ss.; R. O. Fathaigh, *Article 10 and the chilling effect principle*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3, 2013, p. 304 ss.

⁴ Secondo J. Townend, *Freedom of Expression and the Chilling Effect*, in H. Tumber e S. Waisbord (eds.), *Routledge companion to media and human rights*, Routledge, 2017, p. 73 ss., il *chilling effect* è una nozione "pervasive and popular": "It metaphorically suggests a negative deterrence of communication: that a person or organisation is made physically colder by inhibiting the exercise of their right to free expression". A suo parere: "The chilling effect is not an esoteric legal metaphor [...] It can, but does not have to mean, an outright obstruction of human rights relating to speech. 'Chilling' does not necessarily mean to make ice cold; the metaphorical suggestion of temperature suggests a scale of deterrence from cool to freezing. The chilling effect is used to describe overt censorship such as a government banning publication of a book, as well as more subtle controls such as ambiguous legislation and high legal costs that provoke uncertainty and fear among writers and journalists".

⁵ V. Faggiani, *Rule of Law Backsliding y libertad de expresión en la UE*, in *Dir. un. eur.*, 3-4/2021, p. 467 ss.

⁶ F. Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, in *Boston University Law Review*, 1978, p. 685.

⁷ Il concetto di *chilling effect* è stato elaborato dalla U.S. Supreme Court, *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952); al riguardo, v. nella sezione "Notes" della *Columbia Law Review*, 69(5)/1969, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, p. 808 ss.

della libertà di stampa, è stato recepito anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea⁸. Quest'ultima, in particolare, ha interpretato detta categoria in modo estensivo, ampliando progressivamente il suo ambito di applicazione, per includere le violazioni degli altri elementi, che costituiscono parte integrante della clausola dello Stato di diritto, in virtù della loro intima connessione con la libertà di espressione (art. 2 TUE), come l'indipendenza giudiziaria⁹, ma anche la libertà di cattedra¹⁰ e di associazione¹¹. Questa lettura è molto interessante perché apre il cammino verso nuovi canali di protezione.

Per quanto riguarda in modo più specifico la libertà di espressione nell'era digitale, le misure adottate dagli Stati illiberali producono effetti negativi sul dibattito pubblico, una dissuasione pregiudizievole per la comunicazione, la libertà di stampa e pertanto il diritto di ricevere informazione obiettiva e verace su fattispecie di interesse generale, senza trascurare gli effetti a catena sulla pluralità dei diritti a questa correlati. In tal modo, si sviluppa un “meccanismo di perversione della giustizia”¹², che lede lo Stato di diritto, condannando la persona innocente solo perché vuole svolgere correttamente la sua professione¹³.

Al riguardo, L. Pech individua “tre tecniche”¹⁴, che producono il *chilling effect*: l'adozione di atti normativi con disposizioni ambigue, che concedono un ampio margine di discrezionalità all'interpretazione; la loro applicazione arbitraria nei confronti delle persone più critiche verso i governi autocratici, come i politici dell'opposizione, i giornalisti, i giudici, i pubblici ministeri e gli avvocati; e l'imposizione di sanzioni sproporzionate. Tali misure producono un contesto intimidatorio, che sviluppa un clima di autocensura per il timore delle possibili conseguenze.

In questo senso, dall'applicazione della dottrina del *chilling effect* all'art. 2 TUE deriverebbero un insieme di “doveri” sia “negativi” sia “positivi” in capo agli Stati, in conformità ai quali, da una parte, questi sono tenuti ad astenersi dall'adozione di misure di questo tipo e, dall'altro, devono opporsi a tali provvedimenti, poiché violano il nucleo elementare, il cuore, dello Stato di diritto, e pertanto anche della libertà di espressione¹⁵.

Questo concetto sta assumendo sempre più importanza, essendo dotato di potenzialità, di cui l'UE dovrebbe approfittare per proteggere la democrazia¹⁶ e, in definitiva, i valori enucleati nell'art. 2 TUE,

⁸ Sull'uso del concetto di *chilling effect* da parte della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia e sulla sua applicazione nel contesto della crisi dello Stato di diritto, v. L. Pech, *The concept of chilling effect Its untapped potential to better protect democracy, the rule of law, and fundamental rights in the EU*, European Policy Institute, 2021, pp. 1-33.

⁹ Nella sentenza sul rinvio pregiudiziale sollevato dai giudici rumeni, *Asociația “Forumul Judecătorilor din România”*, cit., p.to 236, si afferma: “Al fine di evitare che tali modalità possano dispiegare un effetto dissuasivo nei confronti dei giudici nell'esercizio del loro compito di giudicare in piena indipendenza, in particolare in settori delicati come quello della lotta contro la corruzione, è essenziale, come rilevato in sostanza dalla Commissione, che le autorità competenti ad avviare e condurre l'indagine destinata a verificare l'esistenza dei presupposti e delle circostanze in grado di far sorgere la responsabilità personale del giudice nonché a esercitare l'azione di rivalsa siano a loro volta autorità che, nello svolgimento dei loro compiti, agiscono in modo obiettivo e imparziale e che le condizioni sostanziali e le modalità procedurali che presiedono all'esercizio di dette competenze siano tali da non poter far sorgere dubbi legittimi quanto all'imparzialità delle suddette autorità”. Al riguardo, v. anche le seguenti pronunce: CGE (GS), sentenza del 26 de marzo 2020, *Miasto Łowicz c. Skarb Państwa*, C-558/18 e C-563/18, p.to 14, nella quale usa l'espressione “*deterrent effect*” e le conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, del 24 settembre 2019, C-558/18 e C-563/18, sullo stesso caso, in cui si impiega “*chilling effect*”, p.to 80. L'Avvocato generale Tanchev ricorre di nuovo a questo concetto ben otto volte nelle conclusioni del 6 maggio 2021, C-791/19, *Commissione Europea c. Repubblica di Polonia*, punti 44, 45, 58 a 60, 84, 127 e 132.

¹⁰ CGE (GS), sent. del 6 ottobre 2020, *Commissione Europea c. Ungheria*, C-66/18, EU:C:2020:792. In questa pronuncia non si fa riferimento espresso al concetto di *chilling effect*, sebbene la Corte dichiari che l'Ungheria ha violato il diritto alla libertà di cattedra.

¹¹ CGE (GS), sent. del 18 giugno 2020, *Commissione c. Ungheria*, C-78/18, EU:C:2020:476. In questa pronuncia, ad esempio, appare la nozione di “*deterrent effect*” nei punti 44 e 118.

¹² T. Baumbach, *Chilling Effect*, cit., p. 113.

¹³ In questo senso, v. A. Gascón Marcén, *The Platform for the Protection of Journalists: A Mechanism for Cooperation between Non-Governmental Organisations and the Council of Europe*, in *Utrecht Law Review*, 17(2), 2021, p. 42 ss.

¹⁴ L. Pech, *The concept of chilling effect*, cit., p. 5.

¹⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁶ *Ibid.*, p. 25 ss.

di fronte ai continui attacchi dei *rule of law backsliders*. Da questo punto di vista, il *chilling effect*, oltre a divenire progressivamente il parametro per valutare la conformità delle misure degli Stati illiberali alla clausola della *Rule of Law*, può contribuire a rafforzare il dialogo giudiziario sovranazionale tra la Corte EDU e la Corte di giustizia e pertanto la tutela giurisdizionale¹⁷.

Ciononostante, non è semplice delimitare questa categoria, distinguendo tra una semplice restrizione di un diritto fondamentale, prevista per legge, necessaria e proporzionata all'obiettivo generale che si intende raggiungere (test di proporzionalità) e una misura che rappresenta un pericoloso fattore di distorsione del sistema, poiché impedisce l'esercizio dei diritti fondamentali più elementari, essendo parte di un piano diretto ad attaccare lo Stato di diritto. Si tratta di una questione molto delicata. In linea generale, ad ogni modo, non si può sottovalutare l'effetto pregiudizievole che può avere impedire l'esercizio della libertà di espressione e delle sue manifestazioni, come nel caso dei giornalisti e delle persone che lavorano nei media, sul sistema democratico.

Secondo J. Townend sarebbe opportuno elaborare una "scala di diffusione dal freddo al congelamento" per distinguere quando la misura ha prodotto "effetti assoluti", impedendo totalmente l'esercizio del diritto in questione, o quando invece ha solo "effetti relativi", ossia lo limita in modo eccessivo ma non lo blocca del tutto¹⁸. Nonostante, nel caso delle misure adottate dagli Stati illiberali, questo esame potrebbe essere meno complesso. In tali situazioni si può scorgere un profilo addizionale, che permetterebbe di identificare se sono stati oltrepassati i valori europei fondamentali ex art. 2 TUE, considerati dei limiti invalicabili. Questo elemento è rappresentato dal contesto di crisi, che stanno attraversando questi Stati.

In questo senso, le riforme, che restringono in modo eccessivo il contenuto di un diritto fondamentale fino a impedirne l'esercizio o l'adempimento di un dovere professionale, rappresentano un tassello ulteriore nella strategia di questi Stati diretta a smantellare le strutture fondamentali della democrazia, la loro sostanza, mantenendo nei limiti del possibile un'apparente legalità. Questo elemento è determinante nel giudizio di ponderazione, nel quale la Costituzione e le Carte sovranazionali in materia di diritti fondamentali devono continuare a rappresentare il principale referente.

3. Il *chilling effect* della *rule of law backsliding* sulla libertà di espressione dei giornalisti

Le misure che producono il *chilling effect* si concretano in attacchi, aggressioni, atteggiamenti vessatori, campagne denigratorie, omicidi e ingenti sanzioni economiche contro giornalisti e altri professionisti dei media. Queste tendenze sono aumentate negli ultimi anni anche all'interno dell'Ue, malgrado continui a essere uno degli spazi più sicuri rispetto ad altri continenti¹⁹.

La gravità di questa situazione ha indotto la Commissione Europea a includere nel rapporto sullo Stato di diritto relativo all'anno 2020 un capitolo specifico sulla libertà e sul pluralismo nei mezzi di comunicazione²⁰, il quale essendo una manifestazione specifica della libertà di espressione è parte integrante del contenuto dell'art. 2 TUE, un elemento essenziale dei sistemi democratici e della *Rule*

¹⁷ In questo senso, v. Corte EDU, sent. del 22 luglio 2021, *Reczkowicz c. Polonia*, n. 43447/19.

¹⁸ J. Townend, *Freedom of Expression*, cit., p. 73. Da parte sua F. Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment*, cit., p. 690, distingue tra "un effetto agghiacciante benevolo" (*benign chilling effect*) e "un effetto raffreddamento invidioso" (*invidious chilling effect*). Nel primo caso la dissuasione benigna sarebbe provocata da una normativa che non oltrepassa il limite di tolleranza, come nel secondo caso, in cui invece si disincentiva un comportamento protetto dalla Costituzione al fine di impedirne la realizzazione. L'autore, inoltre, considera "strutturale" l'essenza del *chilling effect* (p. 731), dal momento che diviene la forma di analizzare i procedimenti, le norme e le istituzioni, trasformandosi in definitiva nel parametro per determinare se l'attività dell'autorità pubblica ha rispettato i precetti costituzionali e se determinate misure violano i diritti fondamentali.

¹⁹ Aa.Vv., *Safety of journalists and the fighting of corruption in the EU Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, Directorate-General for Internal Policies, PE 655.187 - July 2020.

²⁰ Commissione europea, "Relazione sullo Stato di diritto nel 2020 Situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea", Bruxelles, 30.9.2020 (COM/2020/580 final) al p.to. 2.3.

of Law, che non tollera ingerenze da parte di autorità pubbliche e non considera frontiere (art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nel prosieguo “Carta”)²¹.

Questa politica si alimenta di un uso distorto di Internet e delle nuove tecnologie, tra le quali i sistemi di intelligenza artificiale, utilizzati anche dalle reti sociali, stanno assumendo un ruolo sempre più importante²². In questo senso, la dimensione online, a causa del suo carattere opaco, oscuro e incontrollabile, facilita la diffusione in modo massiccio di informazioni, messaggi e notizie, che possono avere importanti effetti sia sull’adozione di decisioni relative alla nostra sfera privata sia sui principali processi decisionali pubblici (referendum o processi elettorali)²³.

Anche l’Osservatorio dei media ha constatato un deterioramento della situazione rispetto al 2020 in relazione a tre indicatori chiave: libertà di espressione, tutela del diritto all’informazione e della professione giornalistica e protezione dei giornalisti e dei mezzi di comunicazione, le cui autorità non sempre sono estranee a ingerenze²⁴.

La situazione derivante dal Covid-19 ha contribuito in modo decisivo ad aggravare questo contesto. Tra i paesi che suscitano maggiore preoccupazione si trovano la Croazia, Malta, la Slovacchia e l’Ungheria²⁵. Il problema dell’indipendenza e del pluralismo e, pertanto, della trasparenza dei media continua a essere una sfida, riguardando in maggior o minor misura tutti gli Stati membri. In molti manca una normativa specifica che assicuri norme eque, come in Ungheria, Polonia, Bulgaria, Croazia e anche in Austria²⁶.

Non si può poi trascurare che i giornalisti soffrono attacchi in special modo quando investigano fattispecie di reato e di corruzione. Nel messaggio pronunciato nel giorno internazionale per mettere fine ai crimini contro i giornalisti, il 2 novembre 2021, la Sig.ra Audrey Azoulay, Direttrice Generale dell’Unesco, dopo aver posto in rilievo la funzione essenziale di questi professionisti di “dire la verità al potere”, osservò che “tra il 2006 e il 2020, all’incirca 1.200 giornalisti sono stati assassinati nel mondo nell’esercizio della loro professione”, “al di fuori di situazioni di conflitto, per investigare casi di corruzione, tratta, irregolarità politiche, violazioni dei diritti umani e danni all’ambiente”. Per tali ragioni, esortò a “fare di più”, poiché “In quasi 9 casi su 10 gli autori di questi reati restano impuniti”. Simili percentuali costituiscono un fallimento per i sistemi di giustizia e di sicurezza²⁷.

Per avere un quadro esemplificativo, è sufficiente fare riferimento ad alcuni tristi episodi molto noti: dall’attacco di *Charlie Hebdo*, la sede del giornale satirico, nel 2015 in Francia, alla serie di omicidi dei giornalisti di investigazione: la morte di Daphne Caruana Galizia a Malta nel 2017²⁸, di

²¹ Questi elementi sono riconosciuti non solo nelle Costituzioni nazionali e nella Cedu, ma anche nella Carta, la quale all’art. 11, stabilisce che: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati.”

²² M. Á. Presno Linera, *La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial*, in *Revista catalana de dret públic*, 2020, p. 65 ss.

²³ La Brexit e le elezioni nordamericane, in cui Donald Trump fu eletto Presidente degli Stati Uniti, rappresentano esempi evidenti in questo senso.

²⁴ Commissione europea, “Relazione sullo Stato di diritto nel 2021, Situazione dello Stato di diritto nell’Unione Europea”, Bruxelles (COM (2021) 700 final) al p.to 3.3; Commissione LIBE del Parlamento europeo, “Relazione sul rafforzamento della libertà dei mezzi di comunicazione: protezione dei giornalisti in Europa, il discorso dell’odio, la disinformazione e il ruolo delle piattaforme”, 3.11.2020 - (2020/2009(INI)).

²⁵ European Federation Of Journalists, “EU Rule of Law Report: Member States should improve journalists’ working conditions” (<https://europeanjournalists.org/blog/2021/07/22/eu-rule-of-law-report-member-states-should-improve-journalists-working-conditions/>).

²⁶ Centre for Media Pluralism and Freedom, “MPM2021 Results” (<https://cmpf.eu.eu/mpm2021-results/>). L’Osservatorio, nel rapporto relativo all’anno 2021, osserva che nessuno dei paesi analizzati è libero dal rischio di attacchi al pluralismo dei media. Parlamento europeo, “Risoluzione sulla libertà dei media e il nuovo deterioramento dello Stato di diritto in Polonia”, 16 settembre 2021 (2021/2880(RSP)).

²⁷ Unesco. Director-General, “Mensaje de la Sra. Audrey Azoulay, Directora General de la UNESCO, con motivo del Día Internacional para Poner Fin a la Impunidad de los Crímenes contra Periodistas”, 2.11.2021, DG/ME/ID/2021/47. (unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379587_spa).

²⁸ Contro la giornalista, specializzata in materia di corruzione, erano state presentate 47 SLAPP.

Ján Kuciak e della sua fidanzata Martina Kušnírová in Slovacchia nel 2018²⁹ e nel 2021 di Giorgios Karaivaz in Grecia e di Peter R. De Vries nei Paesi Bassi. Si attacca questo collettivo perché l'accesso all'informazione è fondamentale affinché il cittadino possa formare le proprie opinioni, possa avere fiducia nelle istituzioni e partecipare liberamente ai processi democratici, controllando l'azione degli esecutivi. Per questo, i governi illiberali ma anche quelli meno illiberali sono interessati a mantenere il controllo.

4. La difesa da parte della Corte EDU e del TC spagnolo del diritto al segreto professionale come garanzia dei giornalisti di fronte alla "società della sorveglianza"

La Corte EDU si è occupata di alcune misure di *chilling effect*, adottate contro i giornalisti e la libertà di stampa, analizzando casi in cui questi professionisti sono privati del loro lavoro, sono stati multati o sono stati privati della libertà personale per obbligarli a rivelare le fonti³⁰ o sono stati minacciati per indurli al silenzio, impedendo loro di riferire determinate informazioni attraverso l'uso di misure di sorveglianza o l'intercettazione delle comunicazioni da parte delle autorità pubbliche, al fine di impedire il corretto svolgimento delle loro funzioni³¹.

Nella sentenza relativa al caso *Sedletska c. Ucraina* del 2021³² sul segreto delle fonti dei giornalisti, la Corte EDU ha riaffermato il diritto di indagare e di non rivelare le fonti. In effetti, la sua protezione è uno dei pilastri della libertà di stampa, dal momento che la garanzia del segreto professionale permette di ottenere dati indispensabili per informare i cittadini su casi di interesse pubblico, svolgendo un "ruolo vitale di vigilanza pubblica" (*vital public-watchdog role of the press*)³³, essendo questi i primi che denunciano le violazioni dello Stato di diritto³⁴. Senza questa protezione la stampa non è in grado di offrire informazione precisa e affidabile, producendo un "effetto raggelante"³⁵. È pertanto necessario che gli Stati elaborino un insieme di meccanismi processuali per proteggere questa garanzia, rafforzando la riservatezza di tali informazioni.

In questa vicenda, che aveva ad oggetto un caso di corruzione di un pubblico ministero indagato dall'autorità nazionale anticorruzione, la Corte EDU constatò che l'accesso ai dati delle comunicazioni della ricorrente registrati dalla sua compagnia telefonica mobile, sebbene fosse stato autorizzato dalle autorità giudiziarie (obiettivo legittimo e misura prescritta per legge), violava l'art. 10 della Cedu³⁶. Si trattava, infatti, di una misura molto intrusiva, sproporzionata e innecessaria in una società democratica.

Secondo la Corte EDU la protezione delle fonti giornalistiche assume un'importanza capitale per la libertà di stampa in una società democratica, costituendo la chiave del sistema. Per questa ragione richiede uno stretto controllo del test di proporzionalità, attraverso una valutazione molto accurata. Un'interferenza in questo diritto può portare alla divulgazione di una fonte considerata "necessaria" in

²⁹ Parlamento europeo, "Risoluzione, del 19 aprile 2018, sulla protezione dei giornalisti d'inchiesta in Europa: il caso del giornalista slovacco Ján Kuciak e la fidanzata Martina Kušnírová", 2018/2628(RSP).

³⁰ Corte EDU, sent. 22 febbraio 2008, *Voskuil c. Paesi Bassi*, n. 64752/01, p.to 71.

³¹ Per quanto riguarda le sentenze pronunciate al riguardo dalla Corte EDU, si rinvia ai seguenti documenti: "Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights Freedom of expression", 30 April 2021; Council of Europe, "Platform to promote the protection of journalism and safety of journalists, Other acts having chilling effects on media freedom", June 2018.

³² Corte EDU, sent. 1^o aprile 2021 (finale 1^o luglio 2021), *Sedletska c. Ucraina*, n. 42634/18.

³³ Corte EDU (GS), 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, n. 17488/90, p.to 39; e Corte edu, *Sedletska c. Ucraina*, cit., p.to 54.

³⁴ Secondo la Corte edu il concetto di "fonte" giornalistica comprende "qualsiasi persona che faciliti informazioni ai giornalisti" e considera che "l'informazione che identifichi una fonte" include qualsiasi dato che possa permettere la sua identificazione, sia "le circostanze fattuali dell'acquisto dell'informazione di una fonte da parte di un giornalista", così come il "contenuto inedito dell'informazione fornita da una fonte giornalistica" (Corte edu, *Sedletska c. Ucraina*, cit., p.to 55).

³⁵ *Ibid.* In questo punto, la Corte edu usa espressamente la parola "*chilling effect*", affermando che "*A chilling effect on the freedom of the press will arise wherever journalists are seen to assist in the identification of anonymous sources*". Al riguardo, si rinvia alla Corte EDU (GS), sent. del 14 settembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi*, n. 38224/03, p.to 71.

³⁶ Corte EDU, *Sedletska c. Ucraina*, cit., punti 64 ss. Secondo la Corte edu i giudici ordinari non avrebbero dimostrato sufficientemente che l'interferenza prodotta dalle misure adottate fosse "*proportionate*" e che rispondesse a una "*pressing social need*".

una società democratica solo nel caso in cui si intenda raggiungere un requisito imperioso di “interesse pubblico” (*overriding requirement in the public interest*).

Questo significa che la Corte EDU deve considerare soprattutto la necessità di assicurare una stampa libera. Pertanto, il diritto dei giornalisti di non rivelare le loro fonti non si può considerare un semplice privilegio che si concede o meno, a seconda della liceità o dell’illiceità delle loro fonti, ma piuttosto un elemento che forma parte integrante del diritto di informare, che pertanto deve essere trattato con la massima cautela. Questo diritto può essere limitato per scoprire determinati reati ma non possono essere violati diritti fondamentali³⁷.

Nella presente fattispecie non si rivengono tre aspetti decisivi: il carattere necessario, proporzionato e giustificato della misura, ossia che la sorveglianza e la geolocalizzazione disposte dai tribunali intendevano favorire la persecuzione di delitti gravi (interesse pubblico di capitale importanza); che non esistevano mezzi alternativi ragionevoli per ottenere l’informazione richiesta; e infine che l’interesse legittimo alla divulgazione superava l’interesse pubblico a non essere divulgato.

Si tratta di una sentenza molto interessante soprattutto se letta dal punto di vista dei pericoli che per i nostri diritti comporta il progressivo sviluppo della c.d. “società della vigilanza”, il cui obiettivo è quello di controllare costantemente il cittadino e tutti gli aspetti della sua vita. Infatti, in questo nuovo contesto, anche il concetto di *chilling effect* assume nuove connotazioni, molto preoccupanti. Il suo carattere decisamente più incisivo, intrusivo e onnipresente può addirittura bloccare i cittadini, che divengono attori passivi di una nuova realtà contro cui riescono a ribellarsi.

Per fortuna, la Corte EDU ha affermato espressamente l’incompatibilità di queste misure di controllo con il quadro convenzionale. A suo avviso, non solo violano il diritto alla riservatezza ma incidono direttamente sull’esercizio delle delicate funzioni dei giornalisti di inchiesta, che in questo modo si vedono inibiti, sul pluralismo informativo e di conseguenza sul nucleo duro della libertà di espressione.

Anche il *Tribunal Constitucional* spagnolo (nel prosieguo TC) nella sentenza del 7 marzo del 2022 si è pronunciato su un caso analogo, nell’ambito della complessa trama di corruzione del “caso Cursach”³⁸. In questa sentenza, il TC, seguendo la corrente giurisprudenziale elaborata dalla Corte EDU accolse il *recurso de amparo*, in cui si invocava la violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24.1 CE), dal punto di vista dell’accesso alla giurisdizione e ai ricorsi pertinenti. Allo stesso tempo, dichiarò la nullità delle decisioni controverse (art. 55.1 LOTC) e il carattere retroattivo degli atti posti in essere, spettando alla giurisdizione ordinaria concedere adeguata protezione ai diritti sostanziali violati, cioè l’intimità (art. 18.1 CE), il segreto delle comunicazioni (art. 18.3 CE), l’inviolabilità del domicilio (art. 18.2 CE) e il segreto professionale (art. 20.1 d) CE).

Al riguardo, il TC riaffermò che la libertà di informazione occupa una “posizione speciale di preferenza, essendo destinata non solo a proteggere un interesse individuale ma a riconoscere e garantire la possibilità che esista un’opinione pubblica libera, indissolubilmente unita al pluralismo politico proprio dello Stato democratico”, che rappresenta la base dell’ordinamento costituzionale spagnolo³⁹.

Il *chilling effect* insito nelle misure di vigilanza, come quelle adottate nel caso *de quo*, pregiudica la “collaborazione” dei cittadini con i giornalisti e con i professionisti dei mezzi di comunicazione,

³⁷ *Ibid.*, p.to 62. In questo caso concreto, la Corte Edu dichiarò l’ordinanza della Corte di Distretto del 27 agosto 2018 “manifestamente sproporzionata”, avuto riguardo all’obiettivo legittimo che si intendeva raggiungere: investigare una presunta fuga di informazione e proteggere la vita privata della giornalista. Pertanto, l’autorizzazione al *Prosecutor General’s Office*, senza l’istituzione di particolari salvaguardie, per ricompilare un’ampia gamma di dati riguardanti comunicazioni della ricorrente sui suoi contatti personali e professionali, con l’inclusione dell’informazione relativa ai numeri di telefono, l’ora e la durata delle comunicazioni, durante un periodo di 16 mesi, aveva messo in pericolo sia le fonti sia la giornalista. Per comprendere la gravità del rischio di pregiudizio degli interessi protetti dall’articolo 10 è sufficiente considerare che la ricorrente stava investigando su casi di corruzione, che coinvolgevano alte istanze e pregiudicavano anche l’Ufficio del Procuratore Generale (p.ti 64 ss).

³⁸ STC relativa al *recurso de amparo* n. 4204-2019.

³⁹ Pronunce ivi citate: STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10; STC 6/2020, de 27 de enero; e STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3.

essendo indifferente l'impatto diretto o indiretto della misura in questione, che lede il diritto di non rivelare le proprie fonti⁴⁰.

È pertanto necessario concedere ai giornalisti un "ampio spazio", un "ambito privo di coercizione", permettendo di esercitare liberamente le loro funzioni senza ingerenze o pressioni indebite⁴¹, che possono produrre un effetto deterrente, e offrire loro una protezione specifica. La *conditio sine qua non* per raggiungere il primo obiettivo è considerare le misure che dissuadono "la diligente, e per questo legittima, trasmissione di informazioni e di opinioni" un limite costituzionale essenziale, imposto a tutti i "poteri pubblici e, in particolare, al giudice penale" nell'ambito dello "Stato democratico" (art. 20 CE)⁴². La protezione specifica di tale diritto si realizza attraverso la clausola di coscienza e il segreto professionale, il cui rispetto può essere oggetto di un controllo giudiziario, che permetta di bilanciare i diversi interessi in gioco.

Per questo, secondo il TC, le ordinanze del 28 novembre e dell'11 dicembre 2018, il cui fine era quello di rivelare le fonti giornalistiche e di identificare, attraverso la ricostruzione dei profili, gli autori delle infiltrazioni, investigate nel procedimento penale di prima istanza, in realtà contenevano misure specialmente intrusive, come l'intercettazione delle chiamate entranti, la geolocalizzazione, il controllo degli accessi a Internet e dell'accesso e registro di dispositivi di archiviazione di dati di massa e perquisizioni nei domicili professionali dei ricorrenti (giornalisti e media).

5. Come proteggere la libertà di espressione e il pluralismo informativo? Alcune raccomandazioni

Alla luce di quanto esposto, resta irrisolta la seguente questione: come proteggere la libertà di espressione e il pluralismo informativo nel contesto della crisi dello Stato di diritto, aggravata dall'impatto negativo di un uso distorto delle nuove tecnologie? Per comprendere l'importanza che la libertà di espressione gioca all'interno di questo modello di Stato bisogna pensare che per natura i *rule of law backsliders* non possono accettare la diversità, il pluralismo, la comunicazione, ma vogliono imporre la propria visione; per questo uno dei primi diritti che cercano di annullare è proprio la libera manifestazione del pensiero in tutte le sue forme. L'obiettivo di queste "misure paralizzanti" (*chilling effect*) è quello di controllare le voci critiche o dissidenti, cioè i giornalisti, i politici dell'opposizione, i giudici, i pubblici ministeri e gli avvocati per metterli a tacere. A tal fine, le nuove tecnologie possono avere un effetto distruttivo, giocando un ruolo fondamentale in questo processo.

Tale strategia intende attaccare direttamente il cuore della dimensione sostanziale dello Stato di diritto, dal momento che la violazione della libertà di espressione e dei suoi corollari provoca la lesione simultanea di un insieme di altri diritti: il diritto a un giudice indipendente e imparziale e più in generale a un processo con tutte le garanzie, la libertà di cattedra e il diritto all'educazione, di assemblea e di riunione, e naturalmente i diritti delle minoranze. Inoltre, gli effetti non si proiettano solo sul piano sostanziale ma direttamente su quello processuale, pregiudicando la "comunicazione giudiziaria transnazionale"⁴³ e di conseguenza l'operatività dei meccanismi di cooperazione giudiziaria (verticale e orizzontale), che vengono inevitabilmente bloccati⁴⁴.

In realtà, non esiste un unico strumento per reagire a questo contesto di retrocesso rispetto al livello di protezione della libertà e del pluralismo di informazione, ma piuttosto un programma di misure che insieme possono contribuire a frenare tali pericolosissime tendenze illiberali. Al riguardo,

⁴⁰ Corte EDU, sent. 14 settembre 2010, *Sanoma Utigevers BV c. Paesi Bassi*, n. 38224/03, p.ti 71-72.

⁴¹ STC sul *recurso de amparo* n. 4204-2019, FJ 4, che rinvia alle *SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 297/2000 de 11 de diciembre, FJ 4; e 127/2004, de 19 de julio, FJ 4*.

⁴² STC relativa al *recurso de amparo* n. 4204-2019, FJ 4.

⁴³ R. Bustos Gisbert, *Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2020 (www.ugr.es/~redce/REDCE33/articulos/02_BUSTOS.htm).

⁴⁴ V. Faggiani, *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Cizur Menor, 2017; Id., *Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 195 ss.

paiono molto interessanti, potendo costituire un punto di partenza per elaborare una strategia comune in questo ambito le “direttrici” formulate dalla Commissione Europea nella raccomandazione (UE) 2021/1534 del 16 settembre 2021 sulla garanzia della protezione, della sicurezza e della responsabilizzazione dei giornalisti e degli altri professionisti dei media nell’Ue⁴⁵. In detto documento si realizza una serie di “raccomandazioni generali” sugli aspetti chiave di carattere orizzontale e su quelli “speciali”, che specificano il quadro delineato dalle prime.

In particolare, le raccomandazioni generali si occupano del giudizio di fattispecie tipiche di reato affinché sia effettivo, della cooperazione con i servizi di sicurezza, con i meccanismi di risposta rapida, della formazione, dell’accesso all’informazione, così come della protezione economica e sociale; invece le raccomandazioni specifiche sviluppano il quadro generale, incentrandosi sul ruolo dei giornalisti nelle proteste e nelle manifestazioni, sulla necessità di assicurare la sicurezza online e l’alfabetizzazione digitale, così come sulla situazione delle donne, che svolgono questo lavoro, e sull’appartenenza a gruppi minoritari o che informano su questioni relative all’uguaglianza.

Da tali raccomandazioni e dalle conclusioni che si possono trarre sulla base di quanto esposto in questo contributo si considera particolarmente urgente intervenire sui seguenti aspetti:

1. *La necessità di un quadro giuridico adeguato nell’UE, basato su una normativa comune.* Al riguardo, è senza dubbio positiva l’adozione della direttiva (UE) 2019/1937, sulla posizione dei denunciatori (*whistleblowers*), che svolgono un ruolo determinante per scoprire e prevenire crimini e proteggere il benessere della società⁴⁶. Da una parte, infatti, i denunciatori potenziali di solito rinunciano a informare perché temono di soffrire rappresaglie; dall’altro le denunce sono fondamentali per ottenere informazione utile al fine di individuare, investigare e giudicare in modo effettivo le infrazioni del diritto dell’Ue, migliorando la trasparenza, assumere le proprie responsabilità e rendere conto delle proprie azioni. Per questo, i canali di denuncia devono essere effettivi, riservati e sicuri per proteggere chi denuncia di fronte alle rappresaglie, specialmente contro i giornalisti di inchiesta⁴⁷.

Detta protezione deve essere concessa sia a chi realizzi una “segnalazione interna” sulla realizzazione di una fattispecie tipica di reato (atto o omissione) all’interno di un’organizzazione sia una “segnalazione esterna”, rendendo tali informazioni disponibili al pubblico, a un numero indeterminato di persone, “direttamente attraverso piattaforme web o reti sociali o mezzi di comunicazione, ai rappresentanti eletti, alle organizzazioni della società civile, ai sindacati e alle organizzazioni professionali ed imprenditoriali”⁴⁸.

Allo stesso tempo, è interessante la proposta di direttiva sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi (“azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica”), le c.d. “SLAPP” o “azioni bavaglio”⁴⁹ e il loro

⁴⁵ Commissione Europea, Raccomandazione (UE) 2021/1534 del 16 settembre 2021 sulla garanzia della protezione, la sicurezza e l’*empowerment* dei giornalisti e di altri professionisti dei mezzi di comunicazione nell’Unione Europea, DOUE, L 331/9, 20.9.2021. Anteriormente, nell’ambito del Consiglio d’Europa si adottò la raccomandazione del 2016 sulla protezione del giornalismo e la sicurezza dei giornalisti e di altri attori dei media, CM/Rec (2016) 4.

⁴⁶ OJ L 305, 26.11.2019, p. 17–56.

⁴⁷ Secondo il considerato n. 46 della direttiva (UE) 2019/1937, “Gli informatori costituiscono in particolare un’importante fonte per i giornalisti d’inchiesta. Il fatto di garantire una protezione efficace degli informatori dalle ritorsioni accresce la sicurezza giuridica dei potenziali informatori e di conseguenza incoraggia anche le segnalazioni mediante i mezzi di informazione. A tale riguardo, la protezione degli informatori quali fonte giornalistica è fondamentale per salvaguardare la funzione di vigilanza del giornalismo d’inchiesta nelle società democratiche”.

⁴⁸ Considerato n. 45 della Direttiva (UE) 2019/1937.

⁴⁹ Commissione europea, “Proposta di direttiva sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da procedimenti giudiziari manifestamente infondati o abusivi (‘azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica’, Bruxelles, 27.4.2022 COM(2022) 177 final, e il successivo rapporto: J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. E. Zabrocka, *The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society*, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 694.782- June 2021, p. 61.

chilling effect, presentata il 27 aprile 2022⁵⁰, con cui si intende permettere alle vittime di tali azioni di difendersi. Le domande SLAPP (*Strategic lawsuit against public participation*) sono procedimenti giudiziari strategici contro la partecipazione pubblica, interposti da persone o entità potenti (imprese o organi dello Stato). Tali azioni non sono volte ad assicurare l'esercizio del diritto alla tutela giudiziaria effettiva ma a dissuadere le voci critiche, come i giornalisti, al silenzio, impedendo lo svolgimento del loro lavoro, mediante intimidazione, a causa degli ingenti costi che comportano le spese legali e delle conseguenze di tali processi. Al riguardo, sia la Commissione Europea nel rapporto sullo Stato di diritto relativo all'anno 2021 sia il Consiglio d'Europa hanno posto in rilievo la gravità di questo fenomeno e le proporzioni che sta assumendo⁵¹.

2. In detta cornice, *“Gli Stati membri dovrebbero indagare e perseguire tutti i reati commessi contro i giornalisti, sia online che offline, in modo imparziale, indipendente, efficace, trasparente e tempestivo, avvalendosi appieno della legislazione nazionale ed europea in vigore, per garantire che i diritti fondamentali siano protetti e la giustizia sia rapidamente assicurata in casi particolari e per prevenire l'emergere di una ‘cultura’ dell'impunità in relazione agli attacchi contro i giornalisti”*⁵².

3. A tal fine, è necessario consolidare la *cooperazione tra le autorità di law enforcement, i giornalisti e le associazioni di giornalisti e gli organismi di autoregolazione dei media, per una migliore prevenzione e risposta contro minacce ed attacchi*. In questo senso, cooperare significa collaborare, condividere informazione, conoscenze e buone pratiche con altri Stati membri e se necessario con istituzioni internazionali.

4. Nell'ambito della cooperazione giudiziaria è determinante *l'appoggio delle agenzie europee specializzate nella lotta contro la criminalità organizzata*, come Europol, Eurojust e la Procura Europea, dal momento che i crimini contro i giornalisti hanno generalmente carattere transnazionale.

5. Un altro strumento interessante è costituito dall'*adozione di misure di protezione personale* per le donne e le minoranze e per i loro parenti più stretti.

6. Non si può poi trascurare che *i giornalisti e i professionisti dei mezzi di comunicazione devono essere protetti durante le proteste*.

7. È molto importante *rafforzare la prospettiva di genere e la protezione delle minoranze*⁵³. Le donne vengono minacciate più degli uomini, subendo atteggiamenti vessatori online, violenza, minacce di morte e incitazione all'odio per motivi di genere. Possono, inoltre, essere vittime di campagne denigratorie e diffamatorie, che in molti casi si producono online, per discreditarle e silenziarle, inducendole all'autocensura, a non apparire nei fori online e persino ad abbandonare la professione. Ciò succede soprattutto quando stanno ricevendo informazioni su questioni riguardanti la violenza di genere e l'eguaglianza. Anche le minoranze sono sottoposte a tali attacchi. A tutto ciò bisogna

⁵⁰ Bruxelles, 27.4.2022, COM (2022) 177 final, 2022/0117(COD). La base normativa della proposta di direttiva è l'art. 81, par. 2, del TFUE, che rappresenta il fondamento della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali. Secondo l'art. 3, par. 3, della presente proposta i “procedimenti giudiziari abusivi tesi a bloccare la partecipazione pubblica” sono “procedimenti giudiziari avviati in relazione alla partecipazione pubblica che sono completamente o parzialmente infondati e che hanno come finalità principale prevenire, restringere o penalizzare la partecipazione pubblica. Indicazioni di tale finalità possono essere: a) la natura sproporzionata, eccessiva o irragionevole della domanda o di parte della stessa; b) l'esistenza di procedimenti multipli avviati dall'attore o da suoi associati in relazione a questioni simili; c) la presenza di intimidazione, molestie o minacce da parte dell'attore o di suoi rappresentanti”.

⁵¹ M. RUCZ, “The GDPR enters the SLAPP scene: GDPR proceedings as emerging forms of strategic litigation against public participation”, <https://europeanlawblog.eu/>, 22.2.2022. In questo contributo si osserva che l'art. 85 RGPD lascia un ampio margine agli Stati membri per regolare le SLAPP, potendo adottare atti che incidono sui diritti delle vittime. Il risultato è lo sviluppo di un panorama frammentato. Questo precetto permette alle normative statali di conciliare il diritto alla protezione dei dati personali con il diritto alla libertà di espressione e di informazione, con l'inclusione del trattamento a fini giornalistici e di espressione accademica, artistica e letteraria (art. 85.1 RGPD). In particolare, in questi ultimi quattro casi si dovrà stabilire il regime di esenzioni e di eccezioni.

⁵² Raccomandazione (UE) 2021/1534 della Commissione europea del 16 settembre 2021 relativa alla garanzia della protezione, della sicurezza e dell'empowerment dei giornalisti e degli altri professionisti dei media nell'Unione, Raccomandazioni generali, n. 4 (corsivo aggiunto).

⁵³ *Ibid.*, considerando n. 25 a 28 e raccomandazioni nn. 27-30.

aggiungere la scarsa rappresentanza delle donne nelle posizioni di vertice e di alta responsabilità dei media e come direttrici di redazione.

9. Si deve promuovere la formazione dei professionisti per proteggere i giornalisti e le persone che lavorano nei media.

10. Infine, si considera necessario un programma di misure per assicurare la *protezione economica e sociale*, un piano di appoggio per sviluppare un intorno professionale che permetta di lavorare senza paura. Per raggiungere questo obiettivo, è necessario rafforzare i diritti sociali, al fine di lottare contro “la disoccupazione, la malattia, l’invalidità, la disabilità e i rischi professionali, nonché i sistemi pensionistici”⁵⁴.

L’applicazione congiunta di queste direttrici può costituire la base per l’elaborazione di una strategia concreta. L’UE ha il dovere di intervenire in modo più incisivo per cercare di superare il contesto di crisi dello Stato di diritto soprattutto negli Stati illiberali. In caso contrario, tali Stati continueranno ad adottare misure dissuasive che riducono il livello di protezione e annullano l’esercizio della libertà di espressione e i suoi corollari.

6. Conclusioni

Dalle sue prime formulazioni da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, il concetto di *chilling effect* si è evoluto, adattandosi sia al contesto di *rule of law backsliding* sia al fenomeno della digitalizzazione. Evidentemente, il nucleo essenziale di questa categoria è rimasto invariato, continuando a trasmettere l’idea dell’adozione da parte degli Stati di misure che producono sensazioni “dissuasive”. Tali atti, infatti, riescono a bloccare la persona nei cui confronti vengono applicati, impedendo l’esercizio del diritto alla libertà di espressione o l’adempimento di determinati doveri professionali, come nel caso dei giornalisti.

Queste conseguenze sono il risultato di riforme normative, che riducono lo standard di protezione, o dell’applicazione di sanzioni sproporzionate da parte dei giudici. Negli ultimi anni, inoltre, la nozione di *chilling effect* si è arricchita di ulteriori elementi, che ne hanno esteso la portata, convertendola nel parametro di riferimento per valutare gli effetti delle misure adottate in particolar modo nei nuovi Stati illiberali dell’Ue sulla clausola dello Stato di diritto e sui suoi elementi costitutivi (art. 2 TUE). In definitiva, attraverso questo concetto, si è inteso verificare il grado di inadempimento di tali paesi.

L’estensione dell’ambito di applicazione di questa categoria è stata possibile grazie al nesso esistente tra la libertà di espressione, concepita come il pilastro della democrazia, e gli altri diritti fondamentali, sia quelli che ne rappresentano i diretti corollari (libertà di informazione e di stampa, libertà di cattedra), sia quelli a cui si trova intimamente correlata (indipendenza giudiziaria, libertà di riunione e di associazione, diritti delle minoranze), esistendo un nesso di reciproca dipendenza. La violazione di uno qualsiasi di questi elementi costitutivi dello Stato di diritto pregiudica in modo automatico tutti gli altri.

Per quanto riguarda in modo specifico i giornalisti, questi rappresentano uno dei collettivi più esposti al *chilling effect*, che può tradursi in una situazione di paralisi tale da impedire il corretto svolgimento della professione o in ritorsioni contro questo gruppo di professionisti, nel caso in cui decidano di opporsi al sistema. In tali casi, possono arrivare a rischiare la vita.

Inoltre, non possiamo trascurare altri due elementi che aggravano la situazione. Da una parte, le tendenze illiberali contro cui si intende lottare coinvolgono, seppur in diversa misura, tutti gli Stati, nessuno ne è esente. A questa situazione si è aggiunto purtroppo un altro elemento che non era previsto e il cui sviluppo non si sa dove possa condurre: la guerra Ucraina-Russia, che contribuirà a consolidare un quadro involutivo, nel quale per i giornalisti sarà sempre più difficile svolgere la loro professione.

⁵⁴ *Ibid.*, raccomandazione n. 18.

Malgrado non si possegga una sfera magica per vedere che cosa succederà, una cosa è certa: la complessa congiuntura sviluppatasi fa sospettare che i governi faranno ricorso sempre di più a misure involutive dirette a controllare l'informazione, limitando il pluralismo e la libertà di informazione e di essere informato.

Da una parte, la Russia ha adottato misure criticabili per disinformare la popolazione, come la chiusura di LinkedIn, Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp in tutto il paese, il progetto Internet sovrana (RuNet) per la disconnessione dello Stato dal cibernazio globale, attribuendo al Governo il controllo dei servizi nazionali e pertanto dei contenuti a cui si può accedere⁵⁵, le ritorsioni contro i giornalisti soprattutto stranieri che sono stati obbligati a sospendere le loro attività a causa del rischio di subire sanzioni fino a 15 anni previste per legge per la diffusione di notizie false sulla situazione in Ucraina, e in generale le rappresaglie contro le persone che protestavano contro la guerra.

Dall'altra, la stessa Ue a marzo 2022 ha decretato la sospensione dei programmi di Spunik e Russia Today, considerandoli strumenti di disinformazione nelle mani di Putin, una decisione che può integrare perfettamente una fattispecie di censura e che fa presagire la progressiva frammentazione del mondo digitale in compartimenti rispondenti alle diverse logiche geopolitiche. Una misura di tale intensità da parte dell'UE, sebbene sia stata collocata in un contesto di eccezionalità come l'aggressione dell'Ucraina impone di riflettere sull'impatto che può tenere sulla libertà di espressione, potendo creare un pericoloso precedente in questo senso.

Abstract

Il contributo analizza il c.d. chilling effect delle misure limitative della libertà di espressione dei giornalisti in un contesto di involuzione democratica. I nuovi Stati illiberali, infatti, attraverso un uso distorto delle nuove tecnologie cercano di eliminare qualsiasi tipo di opposizione per consolidare la c.d. "società della sorveglianza", basata sullo stretto controllo del cittadino. I giornalisti sono fortemente esposti al rischio di essere sottoposti a misure dissuasive, al fine di impedire il corretto svolgimento delle loro funzioni. La finalità è assumere consapevolezza dei pericoli che corrono, in particolare, i giornalisti investigativi o d'inchiesta e i professionisti dei media. Tali difficoltà li pongono in troppe occasioni dinanzi al difficile dilemma tra il corretto svolgimento del loro lavoro per perseguire la verità e la diffusione di informazione oggettiva e verace e il rischio per la propria vita e per quella dei familiari più stretti.

Parole chiave: libertà di espressione, giornalisti, chilling effect, crisi dello Stato di diritto, società della sorveglianza

*

The paper analyses the so-called chilling effect of measures restricting journalists' freedom of expression in contexts of democratic involution. The new illiberal States, in fact, through a distorted use of new technologies try to eliminate any kind of opposition, with the purpose to consolidate the so-called 'surveillance society', based on the strict control of the citizen. In this context of involution, journalists are strongly exposed to the risk of being subjected to dissuasive measures with the objective to prevent the proper performance of their functions. The aim is to raise awareness of the dangers faced especially by investigative or investigative journalists and media professionals. On too many occasions, they are faced with the difficult dilemma between the proper performance of their work in pursuit of the truth and the dissemination of objective and truthful information and the risk for their own lives and those of their closest family members.

Key words: freedom of expression, journalists, chilling effect, rule of law backsliding, surveillance society

⁵⁵ M. G. Pascual, *El Kremlin da el primer paso para aislar el internet ruso del resto del mundo*, in "El Pais", 12.3.2022 (<https://elpais.com/tecnologia/2022-03-12/el-kremlin-da-el-primer-paso-para-aislar-el-internet-ruso-del-resto-del-mundo.html>).

V

**DIRITTI SOCIALI, MINORI
E COSTITUZIONALISMO DIGITALE**

Welfare State Digitale: la trasformazione digitale dei servizi sociali

Carlos Luiz STRAPAZZON*

Sommario: 1. Introduzione 2. La gestione integrata dei dati sociali e il caso SyRI 3. Trasformazione digitale nel settore delle assicurazioni sociali 4. Trasformazione digitale nell'assistenza sanitaria 5. Errori, uso improprio dell'interesse pubblico e violazioni dei diritti umani 6. Conclusioni

1. Introduzione¹

Negli ultimi anni la digitalizzazione dei servizi sociali è stata promossa sia dalle organizzazioni internazionali che dai governi democratici. Durante la pandemia di Covid-19, questa tendenza, che si stava evolvendo a un ritmo moderato, è aumentata rapidamente al punto da creare, in meno di due anni, un nuovo mondo per i servizi sociali. Secondo Marta Choroszewicz e Beata Maihaniemi² Danimarca, Svezia, Germania, Finlandia, Francia e Paesi Bassi sono in una fase avanzata di costruzione di stati sociali digitali, in cui le nuove tecnologie digitali, come il processo decisionale automatizzato (ADM)³, vengono utilizzate per rafforzare il potere dello Stato e delle sue istituzioni sui cittadini.

Una delle organizzazioni più importanti che sostengono la trasformazione digitale delle politiche sociali è la Banca Mondiale. Specializzata nella promozione dello sviluppo, soprattutto nei Paesi poveri o in via di sviluppo, la Banca Mondiale ha sviluppato studi e linee di finanziamento specifiche a questo scopo. Di particolare rilievo sono gli studi sulla digitalizzazione dei pagamenti di Leora Klapper e Dorothe Singer⁴, un dirigente della Banca. Questi autori sottolineano i numerosi vantaggi derivanti dal cambiamento del modello tradizionale di pagamenti sociali effettuati dallo Stato. Tra questi vantaggi ritroviamo: costi più bassi, maggiore rapidità, trasparenza, sicurezza, maggiore inclusione finanziaria e livelli più elevati di *empowerment* economico delle donne. La visione ottimistica di questi dirigenti, tuttavia, non è condivisa nella letteratura sull'argomento. I critici hanno sottolineato che una transizione di questa portata (che coinvolge tutte le forme di pagamento sociale in uno Stato) non sarà priva di complicazioni ed effetti indiretti, ancora poco considerati⁵. La rapida espansione delle forme di pagamento digitalizzate

* Professore di Diritto costituzionale e Diritto pubblico, Universidade do Oeste de Santa Catarina (Brasile).

¹ Un ringraziamento speciale a Rosana Pizzato, Isadora K. Lazzaretti e Celso P. Costa per i generosi commenti critici sulle prime versioni di questo articolo.

² M. Choroszewicz, B. Mäihäniemi, *Developing a digital welfare state data protection and the use of automated decision-making in the public sector across six EU countries. Global Perspectives*, Berkeley, 2020.

³ *Automated Decision-Making (ADM)* è l'acronimo adottato anche da *Algorithm Watch* per l'ampio insieme di sistemi decisionali automatizzati che coinvolgono intelligenza artificiale e algoritmi. *Algorithm Watch* (<https://algorithmwatch.org>) è un'organizzazione *no-profit* di ricerca e *advocacy* con sede a Berlino, in Germania, che si propone di valutare e far luce sui processi decisionali automatizzati. È sostenuta istituzionalmente dallo Stato tedesco, in particolare dall'Agenzia federale contro la discriminazione e dal Ministero dell'Istruzione e della Ricerca.

⁴ L. Klapper, D. Singer, *The opportunities and challenges of digitizing government-to-person payments*, in *The World Bank Research Observer*, 2/2017.

⁵ S. Bekker, *Fundamental rights in digital welfare states. The case of SyRI in the Netherlands*, in "Netherlands Yearbook of International Law 2019", The Hague, 2021; M. Choroszewicz, B. Mäihäniemi, *Developing a digital welfare state data protection and the use of automated decision-making in the public sector across six EU countries. Global Perspectives*, Berkeley, 2020; M.F.L. Battaglin, J.V.V. Carneiro, *Problematizando o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais em face da vigilância biométrica*, in *Revista Teknokultura*, 2/2020; P. Alston, *Digital welfare states and human rights*, Report n. A/74/48037, United Nations, 11/10/2019; A. Beduschi, *A. Digital identity: contemporary challenges for data protection privacy and non-discrimination rights*, in *Big Data & Society*, 2/2019; V. Eubanks, *Automating inequality: how high-tech tools profile police and punish the poor*, New York, 2017.

richiederà, ad esempio, un'accelerazione nella produzione di dati civili dettagliati sui beneficiari. Non è una novità che le agenzie che erogano prestazioni sociali (assicurazioni sociali, come pensioni, assistenza sociale, borse di studio, ecc.) o i fornitori di servizi sociali (sanità pubblica, assistenza sociale, istruzione pubblica, ecc.) debbano identificare con precisione le persone che ricevono servizi e pagamenti dallo Stato. Il compito di trasformare i dati esistenti e di produrne di nuovi è complesso. Non solo per la tecnologia implicata, ma anche per le caratteristiche del pubblico, generalmente povero, in senso multidimensionale, cioè privo di reddito, salute, istruzione, tecnologia. Ma anche a causa del contesto socio-economico delle persone invisibili.

Nel 2014, più di 2 miliardi di persone nel mondo non avevano un'identificazione formale⁶. Nel 2017, secondo la Banca Mondiale⁷, risultavano ancora 1 miliardo di persone in questa condizione, l'82% delle quali in regioni con bassi livelli di sviluppo e democrazia. È un problema serio effettuare la transizione digitale ai servizi sociali quando i diritti civili di base, come l'identificazione, non sono ancora stati realizzati. Le tabelle seguenti illustrano in modo più dettagliato la geografia del problema qui trattato.

Tab 1. Persone senza identificazione (identificazione formale) Mondo, 2017		
Regioni	Milioni di persone	% all'interno della regione
Africa subsahariana	494	45
Asia meridionale	312	17
Medio Oriente e Nord Africa	63	15
America Latina e Caraibe	34	5
Asia orientale e Pacifico	74	3
Europa e Asia centrale	11	1

World Bank, ID4D. 2017 (<https://bitly.co/BzUT>)

Tab. 2. Persone senza identificazione (identificazione formale). Paesi selezionati 2017		
Paesi selezionati	Milioni di persone	% all'interno del paese
Etiopia	26,4	41
Pakistan	26,9	20,5
Bangladesh	20,4	17
Messico	10,4	10,8
Indonesia	18,7	9,6
India	31,9	3,2
Russia	2,4	2,0
Brasile	2,7	1,6
Perù	374 mil	1,5
Cina	16,9	1,4
Cile	168 mil	1,1
Argentina	257 mil	0,7

World Bank, ID4D. 2017. Dati elaborati da CL Strapazzon, 28.04.22, <https://bitly.co/BzSO>

⁶ A. Demirgüç-Kunt *et al.*, *The Global Findex Database 2014: measuring financial inclusion around the world*, Policy Research Working Paper n. 7255, World Bank, 2015.

⁷ Dati del programma ID4D, Identità per lo sviluppo, aggiornato al 2020 (<https://bitly.co/BzSO>).

In questo contesto, i dirigenti della Banca Mondiale hanno sottolineato le condizioni preparatorie per la trasformazione digitale del sistema dei pagamenti. In primo luogo, sarebbe importante garantire l'istruzione delle persone emarginate o analfabete digitali. Questo potrebbe trasformarle in utenti attivi del *modus operandi* digitale dello Stato sociale. Tuttavia, anche l'infrastruttura tecnologica del settore pubblico e privato deve cambiare, soprattutto laddove l'esclusione digitale è maggiormente pronunciata. Non solo, il *Digital Welfare State* dipende anche dai cambiamenti nella regolamentazione dell'infrastruttura tecnologica per i pagamenti digitali, adottando nuove forme di pagamento disponibili nelle aziende private. Inoltre, secondo i funzionari della Banca Mondiale, una misura che potrebbe superare l'invisibilità della popolazione soggetta a povertà multidimensionale e abbreviare i tempi di transizione sarebbe l'adozione di sistemi di identificazione personale biometrici (digitali), tramite scansione del pollice o della retina. Tale misura affronterebbe la mancanza di documentazione cartacea di gran parte del pubblico che si rivolge ai servizi sociali, la scarsa o inesistente alfabetizzazione, oltre a superare il rischio frequente di dimenticare codici, password e numeri lunghi⁸.

Altri critici sostengono che non è stato adeguatamente dimostrato che la transizione digitale porterà necessariamente a sistemi decisionali semplici, efficienti e imparziali. Virginia Eubanks⁹ (2017) e Cathy O'Neil¹⁰ hanno studiato le esperienze di automazione del servizio pubblico che hanno adottato modelli di previsione del rischio negli Stati Uniti. I casi riguardavano le politiche dei servizi di protezione dell'infanzia e anche l'accessibilità delle politiche sociali. Le autrici sostengono che i meccanismi decisionali automatizzati (MDA) sono stati adottati dalla pubblica amministrazione per aiutare le persone a fare delle scelte. Tuttavia, sottolineano che le persone tendono ad essere d'accordo con il sistema. Sono portate a non sfidarlo né a metterne in discussione le scelte, indirizzi o decisioni. Traendosene la conclusione che le tecnologie adottate producono orientamenti parziali e distorti identici, o addirittura superiori, a quelli prodotti dalle scelte umane.

In ogni caso, il tema delle trasformazioni digitali nel campo dei diritti sociali, delle politiche strutturate per garantirli, delle istituzioni e delle agenzie incaricate di erogare servizi sociali, sta riscuotendo grande attenzione. E tutto indica che durante la pandemia di Covid-19 la maggior parte degli Stati (anche quelli non democratici) hanno speso grandi quantità di risorse in innovazioni tecnologiche per attuare le proprie politiche sociali.

Tuttavia, una diversa forma di analisi si è fatta strada nel campo della politica sociale e della teoria dei diritti sociali. È noto che la maggior parte della letteratura in materia si è concentrata sugli impatti della trasformazione digitale sui diritti civili, come il diritto alla privacy¹¹, alla non discriminazione¹², alla libertà di espressione e informazione¹³, all'oblio¹⁴ per citarne alcuni. Pochi studi, prima del 2019, hanno colto la complessa gamma di minacce e rischi insiti nella trasformazione digitale delle politiche

⁸ L. Klapper, D. Singer, *The opportunities and challenges of digitizing government-to-person payments*, in *The World Bank Research Observer*, 2/2017.

⁹ V. Eubanks, *Automating inequality: how high-tech tools profile police and punish the poor*, New York, 2017.

¹⁰ C. O'Neil, *Weapons of math destruction how big data increases inequality and threatens democracy*, New York, 2016.

¹¹ I.W. Sarlet et al., *Estudos sobre proteção de dados pessoais*, São Paulo, 2022; M.F.L. Battaglin, J.V.V. Carneiro, *Problematizando o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais em face da vigilância biométrica*, in *Revista Teknokultura*, 2/2020; C. Nyst, T. Falchetta, *The right to privacy in the digital age*, in *Journal of Human Rights Practice*, 1/2017; W.T. Devries, *Protecting privacy in the digital age*, in *Berkeley Tech. LJ*, v. 18/2003, p. 283; M. Kirby, *International dimensions of cyberspace law protection of privacy and human rights in the digital age*, in *LASIE*, 1999;

¹² A. Beduschi, *A. Digital identity: contemporary challenges for data protection privacy and non-discrimination rights*, in *Big Data & Society*, 2/2019; L.S. Mendes, M. Mattiuzzo, *Discriminação Algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia* in *Direito Público*, 90/2019; M.E. Saunders, *Digital-Age discrimination: the voting rights act language-minorities and online voter registration*, in *Colum JL & Soc.*, 50/2016, p. 449.

¹³ F. Balaguer Callejón, *L'impatto dei nuovi intermediari dell'era digitale sulla libertà di espressione*, in *La cittadinanza europea*, 1/2021; D. Bromell, *Regulating free speech in a digital age hate harm and the limits of censorship*, Berlino, 2022; M. Godwin, *Cyber rights defending free speech in the digital age*, Cambridge, 2003.

¹⁴ I.W. Sarlet, *Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil* in *Espaço Jurídico: Journal of Law*, 2/2018; R.C. POST, *Data privacy and dignitary privacy: Google Spain the right to be forgotten and the construction of the public sphere*, in *Duke LJ*, 67/2017, p. 981; G. Brock, *The right to be forgotten: privacy and the media in the digital age*, Londra, 2016.

pubbliche di sicurezza e promozione sociale.

In questo contributo viene presentata una rassegna dello stato attuale dei dibattiti sui diritti sociali e sulla trasformazione digitale delle forme di prestazioni assistenziali da parte dello Stato. Per farlo, sarà analizzato, in primo luogo, un caso giudicato dai tribunali olandesi e, successivamente, si tratteranno tre rapporti di studio sulle prospettive del *Digital Welfare State* prodotti, rispettivamente dall'Associazione internazionale per la sicurezza sociale (ISSA), dal Parlamento europeo e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani.

2. La gestione integrata dei dati sociali e il caso SyRI

Il caso in analisi è quello deciso dal Tribunale distrettuale dell'Aia (*Rechtbank Den Haag*) nel febbraio 2020, in quanto permette di sintetizzare le questioni principali di questo studio, che qui chiamerò l' "agenda delle preoccupazioni sul *Welfare State digitale*".

Innanzitutto, l'ONU ha definito storica la decisione SyRI (*Systeem Risico Indicatie* o *System Risk Indication*) del Tribunale dell'Aia¹⁵. Si tratta infatti di uno dei rari casi in cui la giuridicizzazione di una strategia governativa – volta a mobilitare un complesso sistema informatico per prevenire le frodi nel campo dei diritti sociali e nell'attuazione delle politiche sociali – è stata contestata sulla base della violazione di diritti umani.

Il caso riguardava il cosiddetto SyRI, ovvero il Sistema di Indicatori di Rischio creato dal governo olandese. Secondo i fatti descritti nella sentenza del Tribunale dell'Aia¹⁶, SyRI era una tecnologia avanzata di osservazione dei dati (presumibilmente un modello di intelligenza artificiale¹⁷), adottata dal governo, utilizzando metodi deliberatamente segreti, per combinare e analizzare una grande quantità di dati personali raccolti da molte banche dati governative, in particolare da banche dati gestite da agenzie di politica sociale. L'obiettivo del sistema SyRI era quello di generare rapporti e profili di rischio per prevenire le frodi nei sistemi di pagamento di prestazioni multiple e di protezione sociale. Il sistema si estendeva anche a programmi correlati, come la riscossione delle imposte e la conformità al diritto del lavoro. Pertanto, se SyRI generava un rapporto di rischio individuale a partire dai database disponibili, ciò significava "che una persona fisica o giuridica veniva segnalata come passibile di indagine in merito a possibili frodi, usi illeciti e mancato rispetto della normativa"¹⁸.

Secondo il decreto attuativo della "Legge sul lavoro e sul reddito (struttura organizzativa di attuazione)", del 9 ottobre 2013 (di modifica di una normativa precedente), nota come legge SUWI (*Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen*): "un indicatore di rischio è qualsiasi informazione che rende plausibile la presenza di una determinata circostanza. Per modello di rischio si intende un modello costituito da indicatori di rischio predeterminati che indicano l'esistenza oggettiva di un aumentato rischio di utilizzo illecito di fondi nell'ambito della previdenza sociale e di altri programmi di trasferimento del reddito, nonché di frode fiscale e di comportamenti in violazione delle altre leggi sul lavoro"¹⁹.

¹⁵ UN Human Rights Office of the High Commissioner, *Landmark ruling by Dutch court stops government attempts to spy on the poor – UN expert* (<https://bit.ly.co/B8mh>).

¹⁶ Tribunale distrettuale dell'Aja, sentenza *NCJM et al. And FNV v. The State of the Netherlands ('SyRI')*, disponibile, insieme con il relativo comunicato stampa ([SyRI legislation in breach of European Convention on Human Rights](https://www.rechtspraak.nl/)), sul sito del Tribunale (<https://www.rechtspraak.nl/>) in versione inglese: [ECLI:NL:RBDHA:2020:1878](https://eur-lex.europa.eu/eli/nl/rbdha/2020/1878).

¹⁷ La decisione della corte esprime dubbi sulla natura tecnologica del SyRI, in quanto non era chiaro dalle argomentazioni del governo nazionale se il sistema fosse già un modello di intelligenza artificiale o meno.

¹⁸ Tribunale dell'Aja, sentenza cit. (ECLI:NL:RBDHA:2020:1878), p.to 3.2.: "A risk report means that a legal or natural person is deemed worthy of investigating with regard to possible fraud, unlawful use and non-compliance with legislation".

¹⁹ Articolo 1.1. del Decreto SUWI, come riportato nella citata sentenza (in versione inglese) del Tribunale dell'Aja, al p.to 4.23.: "According to the SUWI Decree, an indicator is any information that makes the presence of a particular circumstance plausible. Risk model is taken to mean a model consisting of predetermined indicators and which indicates whether there

Il meccanismo funzionava come segue: in casi specifici e individuati, il Ministero degli Affari sociali e dell'Occupazione (più precisamente l'Ispettorato per gli Affari sociali e l'Occupazione) forniva segnalazioni di rischio a qualsiasi agenzia statale chiamata ad accedere ai dati SyRI, nella misura necessaria al corretto svolgimento dei fini istituzionali dell'agenzia richiedente. Il Ministero poteva anche fornire rapporti sui rischi alla Procura della Repubblica e alla Polizia, nella misura necessaria allo svolgimento delle loro funzioni²⁰. La Legge SUWI e il suo decreto attuativo²¹ (in complesso la "normativa SyRI") prevedevano che le persone coinvolte non fossero informate dell'esistenza e del contenuto delle segnalazioni fatte a supporto di un'indagine.

Per garantire il buon funzionamento del SyRI, un'ampia gamma di enti pubblici è stata formalmente associata per condividere i dati, tra cui: l'Amministrazione fiscale e doganale, l'Ispettorato del lavoro, il Servizio pubblico per l'impiego, l'Agenzia olandese per la sicurezza sociale (SVB), il Ministero degli Affari sociali e dell'occupazione, il Ministero delle Finanze e i Comuni. Tutti avevano anche dati segregate, isolate e uniche con informazioni su cittadini e/o aziende, raccolte ai fini delle politiche sociali che amministravano. Nell'accordo creato dal SyRI, i dati di queste agenzie hanno iniziato a essere condivisi a livello centrale, così il SyRI è stato in grado di tenere traccia di tutti i database e di aiutare le agenzie pubbliche a raggiungere uno dei seguenti obiettivi principali: (a) ridurre le frodi, (b) aumentare l'efficienza amministrativa, (c) ridurre i costi operativi e (d) creare una forma unica di inserimento dei dati nella pubblica amministrazione.

La Legge SUWI elencava 17 categorie di dati personali che confluivano nell'algoritmo del SyRI, quali:

1. lavoro svolto da una sola persona;
2. sanzioni amministrative inflitte a una persona;
3. dati fiscali;
4. beni mobili e immobili;
5. motivi di esclusione dall'assistenza sociale o da altre prestazioni;
6. attività commerciali;
7. dettagli dell'abitazione;
8. dati identificativi quali nome, indirizzo, indirizzo postale, città, data di nascita, sesso e caratteristiche amministrative, e per la persona giuridica: nome, indirizzo, indirizzo postale, forma giuridica, sede legale e caratteristiche amministrative;
9. informazioni sull'eventuale obbligo di partecipare a un programma di integrazione civica;
10. dati sulla conformità alla legislazione, al fine di conoscere la storia di conformità o di violazione della normativa;
11. dati sull'istruzione, compresa l'assistenza finanziaria ricevuta per l'istruzione;
12. dati sulla pensione e sul pensionamento;
13. dati sul reinserimento, per scoprire se sono stati imposti obblighi di reinserimento a una persona e se sono stati rispettati;
14. indebitamento, al fine di rilevare l'indebitamento;
15. prestazioni sociali, indennità e sussidi, al fine di conoscere l'ammontare del sostegno finanziario ricevuto da una persona;
16. autorizzazioni ed esenzioni speciali;
17. assicurazione sanitaria, per scoprire se una persona era assicurata.

La *Benefits Intelligence Foundation and Agency (Stichting Inlichtingenbureau)* era stata designata come unità di elaborazione dei dati e responsabile del coordinamento e della fornitura di servizi alle altre agenzie e alle amministrazioni comunali. Era inoltre responsabile dell'aggregazione, della *pseudonimizzazione* (criptazione dei dati), della verifica dei registri criptati in base al modello di

is an increased risk of unlawful use of government funds and government schemes in the area of social security and income-dependent schemes, taxes and social security fraud or non-compliance with labour laws".

²⁰ Art. 65, p.to 3, Legge SUWI.

²¹ Art. 5, Decreto SUWI.

rischio e della decriptazione, previa indagine e valutazione.

In breve, gli enti pubblici raccoglievano i dati, e il Ministero degli Affari Sociali e dell'Occupazione era formalmente responsabile del trattamento del loro trattamento e della gestione del SyRI. Era anche il fornitore (per il tramite del suo Ispettorato competente) delle segnalazioni dei profili di rischio. I cittadini olandesi non sapevano che il SyRI ispezionava i loro dati, che confrontava le informazioni, che disponeva di un modello di rischio individualizzabile che avrebbe generato informazioni che potevano portare al sospetto di un reato o di una violazione della legge.

Diversi gruppi di interesse della società civile, tra cui la Sezione olandese della Commissione Internazionale dei Giuristi (NJCM) e due gruppi privati, hanno intentato una causa contro lo Stato olandese. La Confederazione dei Sindacati olandesi (FNV) si è costituita parte civile nella causa. I querelanti volevano “fermare” l'uso del SyRI. Essi ritenevano che, applicando il SyRI, il governo olandese stesse violando i diritti umani. Lo Stato non era d'accordo e sosteneva che la legislazione SyRI conteneva garanzie sufficienti a proteggere la privacy di tutti.

Nella decisione del Tribunale dell'Aja, la c.d. normativa SyRI (*SyRI legislation*) è stata dichiarata priva di effetti giuridicamente vincolanti. Infatti, il Tribunale dell'Aia ha stabilito che la legislazione in questione violava la Costituzione olandese, oltre a non essere conforme all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)²², poiché non forniva un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privacy. Inoltre, è stata considerata non trasparente e quindi non verificabile.

Il caso SyRI è diventato una vetrina internazionale per le questioni scientifiche e politiche che circondano il tema del *Digital Welfare State*. Sonja Bekker ha opportunamente sottolineato che, oltre alle questioni della privacy e degli algoritmi, dal caso SyRI sono emerse altre questioni molto importanti²³. Ad esempio, l'ingresso dell'economia digitale nel campo delle politiche sociali, l'infrastruttura digitale creata dai governi per fornire allo Stato la possibilità di processi decisionali automatizzati, il modello decisionale che comporta l'analisi di “big data” da parte di enti pubblici incaricati di gestire le politiche sociali, come assicurazioni sociali, assistenza sociale, lavoro, istruzione. Inoltre, l'uso dei dati e le caratteristiche dell'algoritmo – che è stato adottato dal governo olandese per leggere e interpretare i dati sociali provenienti da molteplici database di politica sociale – hanno generato informazioni per altri scopi, in particolare la sicurezza pubblica e il ruolo della polizia di Stato nella prevenzione del crimine.

3. Trasformazione digitale nel settore delle assicurazioni sociali

L'Associazione Internazionale di Sicurezza Sociale (AISS: in inglese *International Social Security Association*, ISSA) è un'organizzazione non governativa che riunisce 318 istituzioni di sicurezza sociale di 159 Paesi.

Nel 2019 l'AISS ha pubblicato un Rapporto dedicato esclusivamente al tema della trasformazione digitale dell'economia e dei suoi impatti sul futuro delle politiche previdenziali²⁴. Il rapporto ha presentato informazioni impegnative sull'economia digitale, ma ha adottato un tono molto ottimistico per i percorsi di trasformazione digitale dei sistemi di sicurezza sociale.

L'AISS considera la rilevanza dei sistemi di sicurezza sociale da un punto di vista multidimensionale. Si tratta di una visione che converge con la prospettiva adottata dall'Organizzazione Inter-

²² Art. 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare: (1) Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non vi sarà alcuna interferenza da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio di questo diritto, a meno che non sia conforme alla legge e sia necessaria in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza o del benessere economico del Paese, per la prevenzione di disordini o crimini, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

²³ S. Bekker, *Fundamental rights in digital welfare states*, cit.

²⁴ ISSA, *Social security for the digital age: addressing the new challenges and opportunities for social security systems*, 2019 (<https://www1.issa.int/digital-age>).

nazionale del Lavoro e che chiama “sicurezza sociale dinamica”²⁵.

Il rapporto rileva che nessuna trasformazione digitale è più importante per le politiche di sicurezza sociale di quelle che avvengono nel mondo del lavoro. In particolare, quelle derivanti dalle piattaforme digitali, che mettono in discussione le politiche di finanziamento, la copertura universale e le competenze lavorative. Per far fronte alle trasformazioni del lavoro mediate dalle piattaforme digitali, l’AISS ha raccomandato i principali cambiamenti da adottare per adattare l’offerta di servizi di sicurezza sociale al nuovo scenario.

1. Definire lo status giuridico dei lavoratori delle piattaforme digitali e armonizzare la legislazione sociale per ridurre le opportunità di violazione dei diritti fondamentali e l’accesso alla protezione sociale.

2. Offrire programmi di formazione, riqualificazione e aggiornamento professionale adeguati a uno scenario di crescente digitalizzazione e autonomizzazione delle modalità di lavoro.

3. Riformare i modelli di finanziamento e di copertura dei programmi sociali per adattarli alle nuove forme di lavoro, soprattutto per estendere le garanzie di copertura sanitaria e di sicurezza del reddito per questi lavoratori in contesti avversi.

4. Sviluppare politiche fiscali impegnate per la sostenibilità del sistema di sicurezza sociale, compresa la tassazione internazionale degli imprenditori digitali.

5. Trovare la via dell’equilibrio tra protezione della privacy e fornitura di servizi personalizzati.

6. Garantire che le istituzioni di sicurezza del reddito e i governi cooperino per assicurare la portabilità dei diritti e dei benefici, all’interno e tra i territori nazionali.

Secondo il rapporto dell’AISS, le tecnologie e la digitalizzazione dei moduli di lavoro possono avere un impatto positivo sulle amministrazioni della previdenza sociale, in quanto possono semplificare le procedure di registrazione e riscossione dei contributi, oltre a ridurre le frodi e gli errori. La formalizzazione di gruppi difficili da coprire potrebbe essere notevolmente facilitata.

Da questo punto di vista, la trasformazione digitale offre nuove opportunità per realizzare gli obiettivi ben noti degli enti previdenziali.

Nel suo ultimo rapporto annuale (2020/2021), l’AISS ha tracciato una mappa delle trasformazioni digitali guidate dal contesto pandemico innescato da Covid-19. Ha riunito più di 1.600 azioni intraprese da 206 Paesi e territori. Il rapporto mostra che la pandemia ha accelerato le trasformazioni digitali in tutte le istituzioni analizzate.

Nel rapporto pubblicato nell’agosto 2021, l’AISS ha riconosciuto che la transizione all’era umano-digitale si è accelerata durante la pandemia. Per gli istituti membri dell’AISS, la combinazione di competenze umane e tecnologie digitali non è più un’opzione, ma “un obbligo per le politiche e i programmi di sicurezza sociale”²⁶.

I servizi di previdenza sociale sono stati improvvisamente colpiti da un massiccio spostamento del mercato del lavoro, che si era già orientato verso il telelavoro. Questo movimento, riportato nel rapporto 2019, si è diffuso nei Paesi analizzati²⁷. La novità principale è che i servizi sociali sono stati gravemente

²⁵ La sicurezza sociale svolge un ruolo macroeconomico di stabilizzatore automatico, fornendo un reddito sostitutivo nei periodi di disoccupazione o inattività, sostenendo così il consumo quotidiano di beni e servizi da parte delle famiglie e, di conseguenza, l’attività economica locale e nazionale e l’occupazione. Sostenendo l’incontro tra domanda e offerta di lavoro e dotando i lavoratori delle competenze necessarie sul mercato del lavoro, aumenta le opportunità di occupazione, riduce la disoccupazione e facilita le transizioni economiche strutturali. Sostiene la partecipazione attiva delle persone al lavoro e alla comunità attraverso l’assistenza sanitaria preventiva e riabilitativa e la promozione di uno stile di vita sano. In questo modo si riduce la dipendenza a lungo termine, aumentando al contempo il reddito del programma e le entrate fiscali del governo. Sostiene le famiglie con bambini con prestazioni in denaro, offrendo un inizio migliore nella prima infanzia e fornendo sostegno nei momenti di vulnerabilità. Promuove l’uguaglianza di genere e migliora l’equilibrio tra lavoro e vita privata. Costruisce il capitale umano lungo tutto il corso della vita per migliorare e promuovere l’adattabilità, aumentando così la resilienza individuale nelle transizioni della vita, per sostenere l’unità familiare e per contribuire alla comunità. Insieme, queste funzioni definiscono una sicurezza sociale accessibile, economica, sostenibile e adeguata. Protegge le persone vulnerabili senza creare dipendenze eccessive, favorendo la resilienza. Tratta tutti con dignità e rispetto. Sulla base di queste premesse, l’AISS ha adottato il concetto di “sicurezza sociale dinamica” (*Ibid.*, p. 1-2).

²⁶ ISSA, “Annual Review 2020/2021”, p. 16 (<https://ww1.issa.int/publications/ar2021>).

²⁷ *Ibid.*, p. 16, p. 24.

colpiti, poiché la pandemia ha reso difficile, se non impossibile, il contatto personale con gli utenti dei servizi di sicurezza sociale. Il contatto attraverso i canali digitali ha quindi preso il sopravvento²⁸. I servizi di sicurezza sociale sono migrati verso formati alternativi, anche con l'aiuto dell'intelligenza artificiale e dei *big data*, in un'ottica generale di digitalizzazione e automazione dei processi²⁹.

Le informazioni disponibili nei Rapporti 2019 e 2021 evidenziano la forte attenzione dell'AISS al tema della trasformazione digitale nel settore della previdenza sociale. Tuttavia, in entrambi i casi la transizione è vista come positiva: secondo l'AISS, le istituzioni di sicurezza sociale hanno superato un importante test di resilienza, poiché hanno aumentato la loro capacità di servire più persone e più rapidamente. Non sarebbe esagerato concludere che, secondo l'AISS, gli istituti di previdenza sociale sono pronti per le prossime sfide dell'era digitale.

4. Trasformazione digitale nell'assistenza sanitaria

Il 3 maggio 2022 è stata approvata la risoluzione del Parlamento europeo (PE)³⁰, sullo stato attuale delle applicazioni dell'intelligenza artificiale (IA) in vari settori. Nella risoluzione si evidenzia che "entro il 2030 l'IA contribuirà con oltre 11 miliardi di euro all'economia globale" (§ 7).

I toni della proposta sono di grande preoccupazione. L'arretratezza dell'Unione europea in questo settore è considerata un problema molto serio: "solo otto delle 200 principali aziende digitali odierne hanno sede nell'UE" (§ 5). Tutto indica che l'UE sta perdendo terreno ed è lontana dal realizzare la sua aspirazione a diventare leader mondiale nel campo dell'IA (§ 119). Viene pertanto osservato che "la competizione globale per la leadership tecnologica è diventata una priorità nell'UE", insieme con l'avvertimento che "se l'UE non agirà rapidamente e con coraggio, finirà per dover seguire norme e standard fissati da altri e rischia di avere effetti dannosi sulla stabilità politica, la sicurezza sociale, le libertà individuali e la competitività economica" (§ 6); stante che "gli strumenti digitali stanno diventando sempre più un mezzo di manipolazione e abuso nelle mani di alcuni attori aziendali nonché di governi autocratici allo scopo di minare i sistemi politici democratici, portando così potenzialmente a uno scontro tra sistemi politici" (§ 4).

La risoluzione si focalizza sulle "Potenziali opportunità, rischi e ostacoli nell'uso dell'intelligenza artificiale", con riguardo a sei "casi di studio", nei settori: *a*) della salute, *b*) dell'ambiente (transizione ecologica), *c*) della politica esterna e di sicurezza, *d*) della competitività, *e*) del mercato del lavoro, *f*) della democrazia considerati sensibili per gli investimenti, la ricerca applicata e gli effetti a lungo termine sullo sviluppo sostenibile nell'Unione Europea. Tra le sei aree, due coinvolgono direttamente l'agenda della politica sociale: la salute e il mercato del lavoro.

In materia di mercato del lavoro, i risultati positivi integrano, in una certa misura, quanto riportato dall'AISS e discusso nel paragrafo precedente (n. 3). Nella risoluzione del PE si osserva che "l'adozione dell'IA, se combinata con le necessarie infrastrutture di supporto, istruzione e formazione, potrebbe aumentare la produttività del capitale e del lavoro, l'innovazione, la crescita sostenibile e la creazione di posti di lavoro" (§ 77). Si sottolinea che l'IA, se da un lato può sostituire "alcuni compiti, compresi quelli ripetitivi, pesanti, ad alta intensità di manodopera o pericolosi", dall'altro "potrebbe anche contribuire a migliorare le competenze, aumentare la qualità del lavoro e creare nuovi posti di lavoro con un valore aggiunto maggiore" (§ 78). Viene inoltre sottolineato che "l'applicazione dell'IA offre l'opportunità di promuovere un cambiamento culturale significativo all'interno delle organizzazioni, anche mediante una maggiore sicurezza sul posto di lavoro, un migliore equilibrio tra attività

²⁸ *Ibid.*, p. 16.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ PE, "L'intelligenza artificiale in un'era digitale", Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022, P9_TA (2022) 0140 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_IT.pdf). La risoluzione si basa su una serie di documenti di lavoro, nonché sulla relazione finale (Report 5.4.2022 on artificial intelligence in a digital age (2020/ della 2266(INI)) Commissione speciale "sull'intelligenza artificiale in un'era digitale" (AIDA) del PE.

professionale e vita privata, e garantire ai dipendenti [...] opportunità di formazione e un orientamento più efficaci”, mentre “le applicazioni di IA che potenziano l’essere umano potrebbero anche creare nuove opportunità di lavoro, in particolare per coloro che, a causa di limitazioni come disabilità o condizioni di vita, sono stati fino ad oggi vincolati allo svolgimento di lavori meno qualificati” (§ 79).

Nel campo della salute (§§ 21-36), la risoluzione evidenzia che le applicazioni dell’IA saranno decisive per il futuro dell’assistenza sanitaria e della farmacologia. Anche qui viene riconosciuto il ruolo chiave della pandemia da Covid-19. La lotta contro il Covid ha accelerato la ricerca e l’uso di nuove tecnologie, comprese le applicazioni di intelligenza artificiale, nel tentativo di migliorare l’individuazione dei casi e ha rafforzato la necessità che l’industria e la ricerca finanziata con fondi pubblici utilizzino l’intelligenza artificiale per migliorare il monitoraggio e la modellizzazione della diffusione di future pandemie (§ 26).

Sempre secondo la risoluzione del Parlamento europeo, l’applicazione più efficiente dell’IA nel settore sanitario dipende principalmente da una grande quantità di dati personali, dalla condivisione dei dati, dall’accessibilità e dall’interoperabilità dei dati (§ 30). Se queste condizioni sono soddisfatte, le applicazioni dell’IA nella politica sanitaria possono migliorare la collaborazione tra più parti interessate nei sistemi sanitari. L’accesso a *set* di dati sanitari strutturati aumenterà la capacità degli operatori sanitari di comprendere meglio i modelli e i sintomi dei pazienti e degli individui sani. Sul presupposto che l’assistenza sanitaria si basi su dati abbondanti e affidabili, l’IA migliorerà la capacità di rilevare malattie e anomalie in modo più precoce e preciso grazie al riconoscimento dei modelli e all’elaborazione delle immagini in tempo reale (§ 25). Può anche accelerare lo sviluppo di nuovi farmaci, trattamenti e vaccini a costi inferiori e può aiutare a prevedere con maggiore precisione gli esiti e le risposte ai trattamenti se si basa su dati di alta qualità. Può adattare i trattamenti e lo sviluppo dei farmaci alle esigenze specifiche dei pazienti (§ 24). Può anche aiutare a monitorare lo stato di salute di una persona, a raccogliere dati che possono essere utilizzati per la diagnosi precoce e a incoraggiare comportamenti sani (§ 26). Tutto ciò può supportare i sistemi sanitari e contribuire ad alleggerire il personale medico-sanitario da compiti di routine, per affrontare le sfide poste in particolare dal rapido invecchiamento della popolazione dell’Unione Europea (§ 27).

A fronte di questi aspetti positivi, la risoluzione del PE pone l’esigenza di una regolamentazione uniforme al livello europeo: Quadro giuridico per l’IA (§§ 130-146).

5. Errori, uso improprio dell’interesse pubblico e violazioni dei diritti umani

Uno degli studi più completi e aggiornati in tema di *Digital Welfare State* è quello preparato da Philip Alston, professore della New York University School of Law, in qualità di relatore speciale delle Nazioni Unite su “Povertà estrema e diritti umani” e presentato all’Assemblea delle Nazioni Unite nell’ottobre 2019³¹.

Il rapporto si basa sulle indagini che il relatore e il suo team di collaboratori hanno condotto nell’ambito dei programmi sociali negli Stati Uniti, nel 2017, e nel Regno Unito, nel 2018. Nel preparare il rapporto per le Nazioni Unite, Alston ha intervistato rappresentanti di diversi gruppi per i diritti digitali, accademici, ed esponenti di organizzazioni e centri di ricerca, come il *Digital Freedom Fund* con sede a Berlino³², il *Center for Information Technology Policy* dell’Università di Princeton³³. Inoltre, ha ricevuto contributi da 60 istituzioni di 34 Paesi³⁴. Il risultato lo ha portato a chiamare il fenomeno osservato “stato sociale digitale” (*digital welfare state*).

³¹ Ph. Alston, *Digital welfare states and human rights*, Report n. A/74/48037, 11/10/2019 (disponibile in rete).

³²v. <https://digitalfreedomfund.org/>.

³³ v. <https://citp.princeton.edu/>.

³⁴ Americhe: Stati Uniti, Argentina, Brasile, Cile, Messico, El Salvador, Guatemala, Nicaragua. Europa: Austria, Germania, Italia, Irlanda, Paesi Bassi, Polonia, Svizzera, Regno Unito, Grecia, Croazia. AFRICA: Senegal, Sudafrica, Egitto. Asia: Azerbaijan, India, Kazakistan, Federazione Russa, Estonia, Libano, Oman, Pakistan, Qatar. Oceania: Australia, Nuova Zelanda, Filippine.

Nei Paesi esaminati, i sistemi di protezione sociale, compresa la previdenza sociale, è stato osservato un impiego notevole di tecnologie digitali, utilizzate per automatizzare, prevedere, identificare, individuare, monitorare, rilevare, colpire e anche punire³⁵. Secondo il Rapporto Alston, questo processo di digitalizzazione dei servizi sociali è stato definito “trasformazione digitale”. Tuttavia, questo termine neutro non dovrebbe essere usato, perché oscura la natura rivoluzionaria e politicamente motivata di molte delle innovazioni adottate.

A differenza dei rapporti presentati da altri organismi internazionali citati in precedenza (Banca Mondiale, AISS, Parlamento europeo), e in una certa misura convergenti con le conclusioni giudiziarie del caso SyRI, in questo rapporto delle Nazioni Unite prevale un tono di avvertimento sulla violazione dei diritti umani.

Di seguito si descrivono i principali risultati emersi dal Rapporto Alston.

1. Registrazione biometrica e identità digitale complessa. L'identità digitale è un tema importante per l'attuazione di politiche sociali personalizzate. È forse l'argomento più ricorrente in letteratura, perché molte azioni possono essere eseguite dall'identità digitale. Il Rapporto Alston rileva che il più grande sistema di identificazione biometrica al mondo è l'Aadhaar indiano³⁶. Si tratta di un numero di identificazione unico di 12 cifre rilasciato ai residenti indiani. Il codice contiene informazioni demografiche e biometriche, tra cui una scansione dell'iride, una fotografia e le impronte digitali. Il sistema è utilizzato per confermare l'identità dei beneficiari di prestazioni sociali e assistenziali ed è obbligatorio per accedere ai diritti sociali³⁷. È stato introdotto per la prima volta nel 2009 e ora copre più di 1,2 miliardi di persone.

Il Rapporto Alston riferisce che nel 2018 la Corte Suprema dell'India – in una decisione storica di 1.448 pagine – ha confermato la costituzionalità del sistema Aadhaar, anche se con alcune riserve. La Corte sembra aver considerato l'uso della tecnologia di identificazione biometrica in un contesto più ampio e come mezzo appropriato per fornire prestazioni sociali. È stata considerata legittima, proporzionata e persino inevitabile. In uno Stato con politiche sociali, l'obiettivo di Aadhaar è garantire che i benefici raggiungano il beneficiario previsto. Pertanto, la misura è stata considerata “naturalmente un obiettivo statale legittimo”³⁸. Nel soppesare il conflitto tra il diritto alla sicurezza sociale e il diritto alla privacy, la Corte ha ritenuto che la registrazione dei dati biometrici rappresentasse un intervento “minimo” nel diritto alla privacy³⁹, arrivando a definire l'Aadhaar come “uno strumento vitale per garantire il buon governo in uno Stato sociale”⁴⁰.

2. Valutazione dell'idoneità attraverso sistemi decisionali automatizzati. Il rapporto rileva che nei Paesi presi in esame i programmi automatizzati sono sempre più utilizzati per valutare e decidere l'ammissibilità alle prestazioni e ai servizi sociali. Di conseguenza, il calcolo e il pagamento delle prestazioni avvengono sempre più spesso attraverso le tecnologie digitali, senza il coinvolgimento di funzionari o esseri umani. Sebbene questi sistemi offrano molti vantaggi potenziali, il relatore ha anche ricevuto informazioni su importanti casi di errori e guasti tecnologici che hanno causato molti problemi a un gran numero di beneficiari.

Tra i casi di più alto profilo, il Rapporto Alston menziona il “Robodebt” fiasco in Australia, il “Real Time Information system” nel Regno Unito e il “Social Assistance Management System” in Canada⁴¹.

³⁵ Ph. Alston e Ch. van Veen, *How Britain's welfare state has been taken over by shadowy tech consultants*, in *The Guardian*, 27/06/2019.

³⁶ Il numero Aadhaar è un numero casuale di 12 cifre rilasciato dall'UIDAI ('Autorità') ai residenti in India. Qualsiasi persona, indipendentemente dall'età e dal sesso, residente in India, può registrarsi volontariamente per ottenere il numero Aadhaar. Chi desidera iscriversi deve fornire un minimo di informazioni demografiche e biometriche durante il processo di iscrizione, che è completamente gratuito. Un individuo deve iscriversi ad Aadhaar una sola volta e dopo la de-duplicazione sarà generato un solo Aadhaar, poiché l'unicità è ottenuta attraverso il processo di de-duplicazione demografica e biometrica (<https://uidai.gov.in/en/>).

³⁷ Centre for Communication Governance at National Law University Delhi (disponibile in rete).

³⁸ Corte Suprema dell'India, *Writ Petition (Civil) N° 494*, 2012, p. 341.

³⁹ *Ibid.*, p. 377.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 553.

⁴¹ Ph. Alston, *Digital welfare states and human rights*, cit., p. 8

“Robodebt” è la sigla per un’iniziativa avviata nel 2016 dal governo australiano volta a recuperare “pagamenti in eccesso” – presuntivamente accertati con procedure informatiche di incrocio dati – effettuati, dal 2010, a favore di percettori di benefici della sicurezza sociale, con richiesta notificata ai soggetti interessati di restituzione delle (pretese) somme dovute. Nel novembre del 2019, alcuni degli interessati hanno promosso in veste rappresentativa contro il governo azione legale (*class action*). Nel giorno fissato per la prima udienza dibattimentale (novembre 2020) veniva raggiunto tra le parti un accordo per un importo di 1,2 miliardi di dollari a carico dello Stato, per la restituzione agli interessati delle somme pagate indebitamente, oltre all’ammontare dei debiti cancellati (per somme indebitamente conteggiate), nonché a titolo di risarcimento⁴².

Le riforme del *welfare* britannico hanno unito più prestazioni in un unico pagamento mensile per i beneficiari del “credito universale” (*universal credit*), il cui valore fluttua in base ai guadagni del richiedente dichiarati all’autorità competente (HM Revenue and Customs, HMRC). Il diritto di lavoratori dipendenti e pensionati agli sgravi fiscali è registrato sul sito “Pay as You Earn Real Time Information” (PAYE RTI)⁴³.

L’introduzione di PAYE RTI nell’aprile 2013 ha comportato la revisione della dichiarazione dei redditi da lavoro dipendente e pensionistici, imponendo a tutti i datori di lavoro ed enti pensionistici del Regno Unito di comunicare al HMRC al momento i dati relativi alle trattenute fiscali effettuate sui pagamenti dei propri dipendenti e pensionati. Il dataset raccoglie le informazioni necessarie e le invia all’HMRC tramite il portale digitale. Secondo molti rapporti, si tratta della più grande modifica al sistema PAYE dalla sua introduzione nel 1944. Il PAYE RTI consente all’HMRC di trasmettere i dati al Dipartimento per il Lavoro e le Pensioni e per l’amministrazione dei pagamenti del credito universale. I dati RTI vengono utilizzati per supportare l’amministrazione di questi servizi e per contribuire a eliminare frodi ed errori nel sistema previdenziale.

Il sistema distribuisce i dati sulle retribuzioni a circa 40 altri sistemi informativi statali, ma non essendo un sistema ben integrato ha portato a molti problemi e critiche. I problemi principali sono stati la duplicazione delle voci e l’assegnazione di codici fiscali errati alle persone fisiche.

In Canada, nel 2015, un *audit* ha rilevato che il Social Assistent Management System (SAMS), il sistema informatico di pagamento delle prestazioni della provincia dell’Ontario, continuava a commettere milioni di errori. Questo sistema ha generato un totale di 140 milioni di dollari di errori nel calcolo delle prestazioni, di cui 89 milioni di pagamenti in eccesso e 51 milioni di pagamenti in difetto. Queste cifre si sono rivelate molto più alte di quanto ammesso dal governo. L’*audit* ha rivelato che il sistema presentava 771 gravi difetti e ha criticato il governo per essersi affrettato a implementarlo nel 2014 pur sapendo di questi problemi. Alla data dell’*audit*, il governo ha speso 290 milioni di dollari per il SAMS, con un superamento del budget di 90 milioni di dollari⁴⁴.

Questi sono alcuni dei problemi principali che si riscontrano praticamente in tutti i modelli di trasformazione digitale in corso. Il Rapporto Alston sottolinea i danni e le violazioni dei diritti umani che derivano da questi errori nella gestione delle informazioni riguardanti dati sulla percezione di redditi da lavoro, pensionistici o assistenziali. Inoltre, in relazione al fatto che carte di pagamento elettroniche vengono sempre più rilasciate ai beneficiari dell’assistenza sociale, il Rapporto sottolinea i rischi derivanti dalla esternalizzazione di questi servizi assistenziali a società finanziarie private, alle quali viene affidata la gestione di tali servizi e relativi pagamenti, mediante tali strumenti che comportano costi di esercizio che gravano sui beneficiari dei servizi, oltre a rischi per la privacy e il trattamento di dati personali dei titolari della carta, che potrebbero essere utilizzati a scopo di

⁴² Per maggiori dettagli : <https://theconversation.com/robodebt-was-a-fiasco-with-a-cost-we-have-yet-to-fully-appreciate-150169>.

⁴³ PAYE RTI è il dataset dell’HMRC che consente ad aziende ed enti di segnalare, in tempo reale, i pagamenti effettuati a dipendenti e titolari di pensioni. RTI è il *reporting* in tempo reale e HMRC è il dipartimento governativo responsabile della riscossione delle imposte, dell’erogazione di alcune forme di sostegno statale e della regolamentazione di questioni quali il salario minimo nazionale e l’emissione di numeri di assicurazione nazionale.

⁴⁴ Per maggiori dettagli: <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/ontario-auditor-report-1.3347035>.

monitoraggio e sorveglianza⁴⁵.

3. Prevenzione e classificazione individuale. Lo stato sociale digitale offre infinite possibilità di portare la sorveglianza a livelli nuovi e problematici. Il caso più importante è quello SyRI in Olanda, descritto in precedenza. Tuttavia, il caso SyRI è solo un esempio di una pratica che si sta diffondendo. I governi partono dalle informazioni disponibili nelle aree specializzate del lavoro, dell'istruzione, della sanità, della previdenza sociale, delle finanze e di altri database sociali, fiscali e di polizia. Da qui, aprono i dati che prima erano preclusi alle agenzie specializzate sul campo, li integrano con altri database e iniziano a monitorare tutti i dati in modo sistematico, da più domini sociali. In questo modo è possibile classificare e attribuire un punteggio alle persone in base al comportamento a rischio che viene loro attribuito. Oltre a cercare di prevenire frodi e crimini, uno degli obiettivi di queste misure è stata anche la protezione dei bambini, come si è visto nel caso degli Stati Uniti⁴⁶, della Nuova Zelanda⁴⁷, del Regno Unito⁴⁸ e della Danimarca⁴⁹.

I governi hanno applicato queste tecniche anche per determinare i sussidi di disoccupazione. In Polonia, tale schema è stato ritenuto incostituzionale⁵⁰, ma in Austria un sistema basato su algoritmi continua a classificare i disoccupati in cerca di lavoro per determinare il sostegno che riceveranno dai centri per l'impiego governativi⁵¹. In Francia la questione è arrivata al Consiglio Costituzionale⁵², a causa del *Parcoursup*⁵³, un programma informatico adottato nella selezione di 812.000 candidati per i posti vacanti nelle università. È prevalsa l'idea che il processo di selezione possa essere basato su una selezione algoritmica, purché non sia l'unico modo di selezionare.

Molte rilevanti questioni legali sorgono quando lo Stato cerca di determinare i diritti di un individuo sulla base di classifiche derivate da previsioni del comportamento basate sul comportamento osservato in un gruppo di popolazione⁵⁴. Tuttavia, diventano rilevanti anche le questioni tecniche, poiché il funzionamento delle tecnologie e il modo in cui viene elaborato un particolare punteggio o una classifica di individui sono spesso segreti.

4. Comunicazione digitale tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Questa innovazione diffusa corrisponde al c.d. "self-service digitale", che implica che sia il cittadino stesso a farsi fornitore e gestore di dati e informazioni nell'interazione con soggetti pubblici o privati per ottenerne i servizi. Nel caso dell'Australia⁵⁵, alle persone in cerca di lavoro, richiedenti o che già ricevono un sussidio di disoccupazione, si chiede di interagire con un pannello digitale (*digital dashboard*), dove inserire obbligatoriamente una serie di dati e informazioni rilevanti affinché il sistema di profilazione ("Targeted Compliance Framework", TCF) possa verificarne la conformità. Il mancato inserimento di

⁴⁵ Ph. Alston, *Digital welfare states and human rights*, cit., pp. 7-8.

⁴⁶ V. Eubanks, *Automating inequality: how high-tech tools profile police and punish the poor*, New York, 2017; A. Chouldechova et al., *A case study of algorithm-assisted decision making in child maltreatment hotline screening decisions*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 8/2018.

⁴⁷ P. Gillingham, *Predictive risk modelling to prevent child maltreatment: insights and implications from Aotearoa, New Zealand*, in *Journal of Public Child Welfare*, 11/2017, p. 150.

⁴⁸ N. McIntyre, D. Pegg, *Councils use 377,000 people's data in efforts to predict child abuse*, in *The Guardian*, 16/09/2018 (<https://www.theguardian.com/society/2018/sep/16/councils-use-377000-peoples-data-in-efforts-to-predict-child-abuse>).

⁴⁹ <https://foreignpolicy.com/2018/12/25/the-welfare-state-is-committing-suicide-by-artificial-intelligence>

⁵⁰ Secondo il rapporto annuale della dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, in Polonia il Commissario polacco per i diritti umani ha chiesto al Tribunale costituzionale di valutare la costituzionalità di un sistema decisionale automatizzato utilizzato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali per tracciare il profilo dei disoccupati. La decisione della Corte chiarisce che tale profilazione deve essere regolata per legge e non sulla base di un provvedimento ministeriale (FRA - European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights Report 2019*, p.161).

⁵¹ Ph. Alston, *Digital welfare states and human rights*, cit., p. 9 (riferimenti *ivi*).

⁵² Francia, *Conseil Constitutionnel*, sentenza n. 2020-834 QPC, 3704/2020 (<https://bitl.co/C1UQ>).

⁵³ Il sito ufficiale di *Parcoursup* riporta che gli studenti delle scuole superiori o delle università che desiderano iscriversi al primo anno di istruzione superiore devono preparare un dossier e comunicare i loro desideri a *Parcoursup*. Vengono offerti più di 19.500 corsi di istruzione superiore (<https://www.parcoursup.fr>).

⁵⁴ Per maggiori dettagli: Queensland University, Centre for Policy Futures, 27 June 2019, "Submission to UN digital technology, social protection and human rights" (https://policy-futures.centre.uq.edu.au/files/4239/UQCPFHenman_submission_UNSpecialRapporteur.pdf)

⁵⁵ Ph. Alston, *Digital welfare states and human rights*, cit., p. 10.

tali dati e informazioni o la loro insufficienza può portare automaticamente, senza il coinvolgimento di un decisore umano, alla sospensione dei pagamenti o all'imposizione di sanzioni pecuniarie. Va da sé che problemi di mancanza di collegamento a Internet e di alfabetizzazione digitale, nonché di rigidità di un sistema automatizzato, che non tiene conto delle situazioni della vita reale, incidono sulla possibilità di avanzare richieste o di ottenere benefici.

6. Conclusioni

Sembra che nessun sistema di sicurezza sociale di una democrazia sarà in grado di resistere al fascino delle trasformazioni digitali. È fermamente accettato che il capitalismo è entrato nella sua fase digitale e che è dovere dello Stato fornire alla società servizi corrispondenti alle mutevoli forme di comunicazione e di decisione mediate dalla tecnologia. Questo pensiero è alla base dell'agenda sociale.

Il presente contributo ha cercato di analizzare la letteratura e i rapporti tecnici recenti sul tema del *Welfare State* digitale. La ricerca si è concentrata sul tracciare le caratteristiche e le tendenze della trasformazione digitale nel campo dei diritti sociali, delle politiche e dei programmi che compongono il complesso sistema dei diritti, delle istituzioni, delle agenzie e dei programmi sociali. Si possono osservare due posizioni: una linea di azioni e discorsi chiaramente a favore dell'accelerazione digitale in questo campo e un'altra che critica chiaramente le conseguenze dell'accelerazione di questo modello.

La linea favorevole sottolinea che le trasformazioni digitali dello Stato sociale, così come stanno avvenendo, portano più vantaggi che svantaggi. Si tratta, però, di un approccio insensibile ai diritti umani e costituzionali la cui unica preoccupazione è l'efficienza dei processi e l'ottimizzazione dei risultati. La linea di cautela, invece, enfatizza gli enormi costi che l'attuale modello comporta per i regimi democratici e per i diritti umani.

Il sostegno della Banca Mondiale alla trasformazione digitale dei sistemi di pagamento sociale ne evidenzia i vantaggi. I sistemi di pagamento digitalizzati richiedono infrastrutture e alfabetizzazione digitale, ma offrono costi operativi inferiori, una più rapida generazione di informazioni, più trasparenza, più sicurezza e, in ultima analisi, una maggiore inclusione finanziaria e livelli più elevati di *empowerment* economico per le donne. Tutti questi elementi sono essenziali per promuovere lo sviluppo delle economie a basso reddito.

L'Associazione Internazionale di Sicurezza Sociale (AISS) sottolinea che la trasformazione digitale nel campo delle assicurazioni sociali è inevitabile perché queste sono sottoposte alla pressione delle trasformazioni tecnologiche nel mondo del lavoro. C'è una grande sfida nel finanziamento delle politiche, nella copertura universale, nella qualificazione e nel riposizionamento nel mercato del lavoro. La legge sulla sicurezza sociale deve essere riformata per definire correttamente lo *status* giuridico dei lavoratori delle piattaforme digitali. Le disposizioni in materia di sicurezza sociale devono prevedere la formazione, la riqualificazione e la riconversione professionale adeguate al nuovo contesto. La legislazione fiscale e di finanza pubblica deve fornire soluzioni per garantire la sostenibilità finanziaria delle assicurazioni sociali.

In un certo senso, sia la Banca Mondiale che l'AISS indicano delle opportunità, a condizione che vengano superate alcune avversità diagnosticate. Sostengono che i social network, le videoconferenze, i telefoni cellulari e l'Internet of Things (IoT) possono facilitare l'assistenza alle persone, soprattutto a quelle con opportunità limitate, a causa di disabilità, ubicazione o pregiudizi culturali.

Il Parlamento europeo, pur presentando molte soluzioni favorevoli e compatibili con la posizione della Banca Mondiale e dell'ASI, assume una posizione cauta. Riporta molte preoccupazioni non identificate nella sua posizione, sia in relazione allo sviluppo economico che allo sviluppo sociale e democratico dell'Unione Europea. Per il Parlamento europeo, nel campo della salute, le applicazioni dell'IA saranno decisive per il futuro delle cure e della farmacologia. Tuttavia, la trasformazione digitale dell'assistenza sanitaria dipende principalmente da una grande quantità di dati personali, dal loro scambio, dalla loro accessibilità e interoperabilità. La linea di cautela viene approfondita nel rapporto

delle Nazioni Unite. L'analisi si concentra sulle violazioni dei diritti umani causate dalla trasformazione digitale.

Nel complesso, possiamo concludere che le violazioni e i rischi associati alla trasformazione digitale del *Welfare State* derivano da un'articolazione complessa e dinamica che si verifica in sei momenti, ma non è completa in tutte le democrazie:

- (1) accumulo digitale di dati, forniti sia dagli utenti che dalla burocrazia statale;
- (2) la promozione dell'interazione "fai da te" tra gli utenti dei servizi sociali e i dispositivi tecnologici;
- (3) l'integrazione di molteplici database sociali provenienti da più aree, istituzioni e programmi;
- (4) condivisione di informazioni pubbliche con aziende private;
- (5) classificazione algoritmica di persone e diritti basata su informazioni raccolte in più database;
- (6) l'erogazione di prestazioni e servizi senza interazione umana, regolati da valutazioni generate da meccanismi decisionali automatizzati.

Lo Stato Sociale Digitale si sforza di personalizzare i servizi sulla base di identità digitali complesse e dell'interpretazione dinamica delle informazioni disponibili nei database dei programmi sociali. Produce informazioni digitali, interpretazione, classificazione e riclassificazione dei cittadini e dei diritti in base alle norme e ai livelli di rischio assegnati agli individui in base ai modelli comportamentali dei gruppi di appartenenza.

È un'innovazione creata per ridurre i costi operativi dell'estensione dei servizi, indurre comportamenti efficienti e punire le deviazioni. È importante notare che il *Welfare State* Digitale non esiste senza la *partnership* con aziende private globali, che forniscono la tecnologia più avanzata per realizzare gli obiettivi digitali dello Stato Sociale.

È urgente ideare procedure e meccanismi per garantire un equilibrio tra il diritto umano alla protezione sociale e l'efficienza operativa dello Stato, così come tra democrazia e autorità digitale. In effetti, questa potrebbe essere la settima tappa di questo movimento irreversibile dello Stato Sociale Digitale. Senza di essa, la conseguenza sarà il riemergere di un Leviatano digitale, un vecchio incubo per la cultura liberale e democratica dell'Occidente, una combinazione tra una violenta agenzia interventista nella vita privata degli individui e un fornitore di beni sociali che giustificano precariamente la sua esistenza autoritaria.

Abstract

Negli ultimi anni la digitalizzazione dei servizi sociali è stata promossa sia dalle organizzazioni internazionali che dai governi democratici e, durante la pandemia di Covid-19, questa tendenza è aumentata rapidamente al punto da creare, in meno di due anni, un nuovo mondo per i servizi sociali. In questo contributo si passa in rassegna la letteratura rilevante più recente, le produzioni tecniche e la giurisprudenza sul tema del Welfare State Digitale.

Parole chiave: welfare state digitale, giurisprudenza, digitalizzazione dei servizi sociali

*

In recent years, the digitalisation of social services has been promoted by both international organisations and democratic governments and, during the Covid-19 pandemic, this trend has rapidly increased to the point where, in less than two years, a new world for social services has been created. This contribution reviews the most recent relevant literature, technical productions and case law on the topic of the Digital Welfare State.

Keywords: digital welfare state, case law, digitisation of social services

Minori e nuove tecnologie: una sfida improrogabile per il costituzionalismo digitale^()*

Luis Fernando MARTÍNEZ QUEVEDO*

Sommario: 1. Introduzione 2. L'uso di Internet e delle ICT tra i minori 3. Alcune questioni giuridico-costituzionali del rapporto tra minori e ICT 3.1. Il minore e i diritti fondamentali 3.2. Rischi per i minori nell'uso delle ICT 3.2.1. Problemi relativi al consenso 3.2.2. L'anonimato 3.2.3. La commissione di reati 3.2.4. Il cyberbullismo scolastico 4. Possibili soluzioni 5. Conclusioni

1. Introduzione

Negli ultimi due decenni abbiamo assistito a una crescita esponenziale dell'uso delle nuove Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (Information and Communication Technologies: ICT) che stanno indubbiamente segnando un prima e un dopo nella storia dell'umanità, così come è accaduto nell'antichità con il fuoco, la stampa o la penicillina. Al giorno d'oggi, l'universalizzazione di Internet è sinonimo di progresso in qualsiasi ambito della nostra esistenza, in particolare nei settori della comunicazione e della scienza. Oggi è difficile non solo capire la vita delle persone senza accesso alla rete, ma anche capire quale potrebbe essere il limite di questo tipo di tecnologia. In questo senso, le ICT sono uno strumento indispensabile per lo sviluppo, l'internazionalizzazione, la pubblicità e la diffusione della ricerca scientifica in qualsiasi disciplina, oltre che per un migliore profitto nel mondo del lavoro, dell'università e della scuola.

Tuttavia, questa crescita esponenziale porta con sé, oltre agli indubbi vantaggi appena citati, una serie di rischi la cui importanza non deve essere ignorata. Dobbiamo quindi tenere conto, tra l'altro, dell'esposizione pubblica degli individui, del trattamento dei dati personali (come nome, indirizzo, indirizzo e-mail, situazione lavorativa o immagine, per citare alcuni dei più comuni) e del fatto che la rete costituisce di per sé un contesto appropriato per la commissione di atti criminali, con la comparsa sia di nuove forme di reati già esistenti in precedenza nel mondo 'analogico' (ad esempio, la frode), sia la criminalizzazione di forme nuove che possono essere realizzate esclusivamente tramite Internet (come lo stalking o il grooming).

Tra questi rischi, che assumiamo quasi in modo naturale (o, forse, sarebbe più corretto parlare di in modo in alcuni casi inconsapevole), è opportuno tenere presente i minori, con particolare attenzione a quelli che non hanno ancora compiuto 14 anni, perché costituiscono un gruppo eterogeneo in termini di maturità e capacità e, inoltre, perché sono utenti abituali di Internet, delle ICT e dei social network; molto spesso inconsapevoli di tutti i pericoli connessi a questo settore.

In sintesi, partendo da questo contesto, il presente lavoro si propone di affrontare: in primo luogo e da una prospettiva generale, quelli che dal nostro punto di vista sono i rischi più rilevanti che i minori possono incontrare nell'uso delle nuove tecnologie, concentrandosi in particolare su quel fenomeno che riteniamo essere il più dannoso (non strettamente per le conseguenze, ma per la frequenza di accadimento e la difficoltà di individuazione), ovvero il cyberbullismo nelle scuole; in secondo luogo,

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Rosa Iannaccone.

* Dottorando in Scienze giuridiche, Dipartimento di Diritto Costituzionale, Università di Granada.

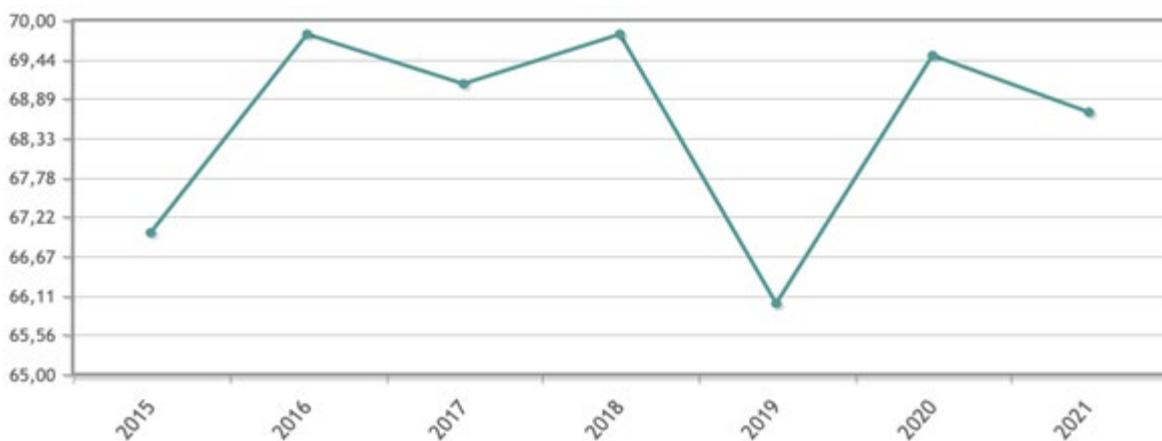
indurre il lettore a porsi alcune domande e indicare alcune possibili soluzioni che hanno come nesso la necessità che il diritto costituzionale sia coinvolto in modo decisivo nell'affrontare questi problemi, integrando così altre branche del diritto (principalmente il diritto penale e civile) e altre discipline (come la psicologia e la pedagogia) che ne hanno fatto oggetto di studio a partire dallo scorso decennio.

2. L'uso di Internet e delle ICT tra i minori

Quando discutiamo dei rischi connessi alle nuove tecnologie per i minori, è frequente trovare alcune voci dissenzienti che pur riconoscendo l'esistenza di un rischio, lo minimizzano. Pur non volendo fare allarmismo, la verità è che i pericoli posti dalle ICT, da Internet e dai social network sono rilevanti, non solo per quanto concerne la violazione di diritti, ma anche perché l'uso di questi dispositivi e applicazioni è diffuso praticamente tra tutti i minori a partire dai 10 anni. Ciò significa che, in astratto, quasi ogni minore è esposto a un problema di queste caratteristiche.

Per fare un esempio concreto, relativo alla Spagna, è sufficiente collegarsi al sito ufficiale dell'Istituto Nazionale di Statistica spagnolo (INE). Una semplice consultazione del sito conferma che l'uso di Internet tra i minori è effettivamente molto diffuso¹. In particolare, secondo dati recenti, relativi all'utilizzo di computer e Internet, tra i minori di età compresa tra 10 e 15 anni, si riscontra che la percentuale di giovani che utilizzano Internet è del 97,5%, ovvero quasi l'intero gruppo. Tuttavia, anche i dati analizzati nel dettaglio sono piuttosto interessanti, soprattutto se si guarda alla specifica fascia d'età. La percentuale di minori che hanno usato Internet negli ultimi 3 mesi del 2020 aumenta con l'aumentare dell'età, dal 93,1% per i minori di 10 anni al 99,5% per quelli di 15 anni. Nei dati consultati, ci è sembrato interessante includere specificamente quello relativo al luogo di connessione, compresa l'abitazione come luogo privilegiato, circostanza che, come vedremo più avanti, è di importanza capitale per capire dove si trovano sia la radice del problema che la ricerca di soluzioni.

D'altra parte, consideriamo interessanti per il nostro studio i dati dell'Istituto Nazionale di Statistica spagnolo relativi ai minori che hanno un proprio cellulare² e la loro evoluzione negli ultimi anni, nel diagramma qui riprodotto, frutto di una indagine sulle apparecchiature e sull'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle case, da parte di minori (10-15 anni) che dispongono di un telefono cellulare.



Come possiamo vedere, nel 2021 è stato registrato un leggero calo rispetto all'anno precedente,

¹ INE (<https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?tpx=50168&L=0>).

² *Ibid.*

anche se dobbiamo tenere presente che, dal 2015, la percentuale di ragazzi tra i 10 e i 15 anni che possiedono un cellulare ad uso esclusivo è sempre stata superiore al 65%. Questo dato è sorprendente anche se si considerano i segmenti di età più giovani, perché è noto che i bambini di 10, 11 o 12 anni non hanno sufficiente responsabilità o maturità per capire a quali problemi possono essere esposti o, almeno, come affrontarli nel caso in cui si confrontino con alcuni di essi³.

In breve, questa prima sezione serve a collocare il lettore nella reale portata del problema, sulla base di dati che illustrano come la quasi totalità dei bambini e degli adolescenti spagnoli abbia un accesso continuo a Internet (e non solo a Internet, ma anche ai social network e alle applicazioni di messaggistica istantanea) e la maggior parte di loro abbia un proprio telefono cellulare, con tutte le conseguenze che questo comporta (rispetto alla loro intimità, impossibilità di sorveglianza permanente, accesso a siti non adatti alla loro età, ecc.)

3. Alcune questioni giuridico-costituzionali del rapporto tra minori e ICT

3.1. Il minore e i diritti fondamentali

La titolarità e l'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei minori è stata una questione molto dibattuta dalla dottrina negli ultimi anni del XX secolo. L'evoluzione dello status giuridico dei minori è iniziata, per quanto interessa in questa sede, nei primi decenni del XX secolo, quando i minori hanno cominciato a essere considerati un soggetto degno di protezione, come si evince dalla "Dichiarazione di Ginevra dei Diritti del Fanciullo" del 1924. Dal canto suo, la Dichiarazione ONU dei Diritti del Fanciullo, approvata il 20 novembre 1959, pone il minore in una situazione di particolare protezione, pur considerandolo, a differenza della precedente, come un soggetto incipiente titolare di alcuni diritti⁴. Tuttavia, sarà la consacrazione del suo superiore interesse a costituire il maggiore progresso di questo documento, il germe della posizione giuridica che inizierà ad occupare negli ultimi decenni⁵, già considerato come soggetto titolare di diritti e come persona autonoma che deve progressivamente maturare per configurare i profili della propria dignità. Il punto culminante è rappresentato dalla, "Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza" (*Convention on the Rights of the Child, CRC*) adottata e aperta alla firma e alla ratifica dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990. Si tratta di un trattato internazionale, vincolante per gli Stati che lo ratificano, che rappresenta una vera e propria conquista a favore del regime giuridico e della protezione dei minori.

In questo senso, l'analisi della posizione giuridica dei minori e della loro titolarità ed esercizio dei diritti non è una questione accessoria. Al contrario, dobbiamo partire dal fatto che i minori, anche se non ne sono consapevoli, esercitano quotidianamente diversi diritti, alcuni dei quali fondamentali,

³ F. Ramón Fernández, *Menores y redes sociales: cuestiones legales*, in *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 8/2015, pp. 33-44, p. 35: "En cuanto a si los menores son conscientes y ejecutan las acciones sabiendo las consecuencias de sus actos ha sido objeto de un informe del proyecto europeo EU Kids Online en el que participa la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), como ha precisado el Diario Información. El informe concluye con que sí que conocen los menores los riesgos, pero no hacen nada por evitarlo".

⁴ I. Otaegui Aizpurua, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Pamplona, 2017, p. 34: "Aunque esta última Declaración tuviera carácter programático y sin eficacia jurídica alguna, el texto supuso un avance en el tratamiento del/ de la niño/a con respecto a la Declaración de Ginebra de 1924. En primer lugar, porque se recogieron explícitamente más derechos y ámbitos concretos de protección que no aparecían en el texto de 1924; y, en segundo lugar, - y lo más importante, en nuestra opinión -, porque el/la niño/a aparecía por primera vez como sujeto activo de derechos, a diferencia de lo que sucedía en la Declaración de Ginebra".

⁵ Sul regime giuridico dell'interesse del minore nel nostro Stato, si veda, tra tutti, A. Pérez Miras, *La regulación constitucional y estatutaria de la infancia*, in M. C. Pérez Villalobos (dir.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia. Un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Pamplona, 2020.

nelle loro relazioni orizzontali, un aspetto necessario per lo sviluppo della loro personalità e dignità⁶. Questo aspetto deve essere collegato anche al ruolo di primo piano svolto dal mondo virtuale nella loro realtà. I cosiddetti “nativi digitali”⁷ costruiscono il loro mondo intorno a Internet e ai social network, un fatto che ha conseguenze molto positive, ma che allo stesso tempo comporta grandi rischi personali. In relazione alla dignità umana, uno dei suoi pilastri fondamentali è la libera configurazione della personalità, per la quale Internet è attualmente un fattore determinante: su Internet i minori stabiliscono relazioni con i loro coetanei, plasmano i loro gusti, si arricchiscono, stabiliscono legami e, in breve, costruiscono un’immagine virtuale di se stessi che, a volte, può persino essere più importante di quella analogica.

In sintesi, per avere un’idea reale dell’entità dei rischi che comporta per i minori l’uso irresponsabile delle TIC, dobbiamo mettere in relazione aspetti quantitativi (la percentuale di utenti minorenni che usano Internet e i dispositivi mobili, che abbiamo visto sopra) e aspetti qualitativi. Tra questi ultimi, è essenziale valutare i beni giuridici che possono essere lesi, sia i diritti fondamentali detenuti ed esercitati dai minori, come il diritto all’onore, alla privacy e all’immagine di sé, la libertà di espressione o il diritto all’istruzione, sia altri beni costituzionalmente protetti, principalmente attraverso il sistema penale.

3.2. Rischi per i minori nell’uso delle ICT

Come abbiamo detto, l’uso delle ICT comporta molti rischi, non solo per i minori, ma in particolare per loro, nella misura in cui consideriamo che la loro capacità di valutarli è inferiore e il modo di affrontarli può non essere il più efficace. Poniamo, di seguito, quelli che ci sembrano più rilevanti (per la loro natura quotidiana o per il loro grado di dannosità).

3.2.1. Problemi relativi al consenso

Affrontiamo, innanzitutto, la problematica che deriva dal prestare consenso perché è un prerequisito per la comparsa del resto dei rischi. In altre parole, consideriamo che molti dei problemi che sorgono nel rapporto tra minori e nuove tecnologie hanno il loro contesto ideale nei social network, ma è chiaro che per avere accesso a un social network è necessario creare un profilo, per il quale l’utente deve fornire il consenso al trattamento dei dati. Da un punto di vista puramente cronologico, questa è la prima situazione conflittuale che si presenta; ma, inoltre, da un punto di vista legale, il controllo della veridicità del consenso può essere, come vedremo in seguito, una soluzione per una parte non trascurabile del resto dei rischi assunti.

A questo proposito, il punto essenziale è la validità del consenso dato dai minori e, più specificamente, i meccanismi di controllo della veridicità del consenso. Il Regolamento (UE) 2016/679 stabilisce all’articolo 8.1 che il trattamento dei dati è lecito se il consenso è stato dato da un minore di almeno 16 anni; tuttavia, nel paragrafo finale, offre agli Stati membri la possibilità di abbassare questo limite a 13 anni. Avvalendosi di questa disposizione, lo Stato spagnolo prevede all’art. 7.1 della “Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal” (LOPD)⁸ che: “El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”, aggiungendo al comma 2 che, per quanto riguarda i minori di 14 anni, il trattamento

⁶ B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, p. 57: essi [i diritti fondamentali] sono strumenti attraverso i quali l’individuo può sviluppare la propria personalità e, con ciò, occupare diversi ruoli nel processo di comunicazione sociale [...]. Ed è proprio questa funzione strumentale che permette loro di configurare la dignità della persona come loro risultato, cioè come vie per l’identificazione e il libero sviluppo dell’individuo nella sua interrelazione con gli altri.

⁷ Il termine “nativo digitale” è stato utilizzato per la prima volta in M. Prensky, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, 5/2001.

⁸ *Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, 5/12/2018.

“solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad”.

Ci troviamo, di conseguenza, di fronte a una situazione complessa, se prendiamo in considerazione i dati illustrati nelle sezioni precedenti. Come abbiamo visto, oltre il 65% dei bambini tra i 10 e i 15 anni possiede un telefono cellulare e il 97,5% ha utilizzato regolarmente Internet negli ultimi tre mesi. Le statistiche includono quindi dati relativi ai minori di 14 anni, il cui consenso è illegittimo in assenza del consenso del titolare della potestà genitoriale e, inoltre, nei termini previsti dalla legge.

Tuttavia, senza perdere di vista quanto appena detto, basta guardare i termini e le condizioni di servizio dei social network più rilevanti per capire che la normativa, anche da un punto di vista aprioristico, non viene rispettata. Facebook, Instagram, Whatsapp o Snapchat stabiliscono un'età minima di 14 anni per essere membri (o altre età, ma avvertono che se nello Stato in cui si trova il potenziale utente la normativa è diversa, si applicheranno le disposizioni della stessa). Twitter, dal canto suo, pone il requisito in modo un po' ambiguo⁹, al punto che si può dire che non sembra rispettare le disposizioni della LOPD per quanto riguarda il limite di età, fissando il minimo a 13 anni. TikTok, invece, afferma che “Los Servicios y la Plataforma están destinados únicamente a personas de al menos 13 años de edad”, innalzando questo minimo a 18 nel caso del Messico.

Tuttavia, tralasciando la maggiore o minore conformità alla normativa spagnola contenuta nei diversi termini di servizio dei social network consultati, ciò che è davvero preoccupante è la mancanza di interesse da parte delle piattaforme nel verificare la veridicità del requisito dell'età. Infatti, per accedere a Facebook, Twitter o Instagram è sufficiente inserire un indirizzo e-mail valido e una data di nascita che soddisfi il requisito minimo di età, senza alcun tipo di accreditamento che lo confermi. Inoltre, nel caso in cui si inserisca una data di nascita sbagliata, cioè che non superi il limite di età richiesto, è possibile ripetere la stessa operazione semplicemente ricaricando il sito. TikTok, nel suo caso, utilizza lo stesso metodo di registrazione in prima istanza, ma rende un po' più complicato il caso in cui si inserisca una data di nascita sbagliata (anche se è sufficiente registrarsi da un altro browser).

Dal nostro punto di vista, ciò rappresenta una fonte di problemi, nella misura in cui i social network sono un mezzo favorevole per mettere in atto comportamenti lesivi dei diritti di altri minori e/o subirli da parte di altre persone. Non c'è dubbio che, allo stato attuale e per come è strutturata l'adolescenza, ogni minore che fa parte di un gruppo di amici trova nei social network nuove forme di comunicazione che prolungano e rafforzano le relazioni al di là dell'ambiente scolastico; e, viceversa, i minori che non partecipano a questo tipo di relazioni possono trovarsi allontanati dal gruppo, motivo per cui è logico comprendere perché gli adolescenti mostrino un elevato interesse a registrarsi su questo tipo di siti. Ma è anche chiaro che, quando lo fanno, non sono realmente consapevoli di ciò che stanno esponendo, di ciò che stanno regalando e di ciò che potrebbero affrontare¹⁰. È in questo contesto che i vari fornitori di servizi non hanno, come abbiamo appena visto, implementato metodi di registrazione che verifichino in modo affidabile la veridicità dei dati¹¹.

⁹ “Puede hacer uso de los Servicios solo si accede a firmar un contrato vinculante con Twitter y no es usted una persona vetada para hacer uso de los servicios de conformidad con la legislación de su jurisdicción aplicable. En cualquier caso, usted deberá tener al menos 13 años, o 16 años en el caso de Periscope, para hacer uso de los Servicios”. A nostro avviso la formulazione è quantomeno ambigua, anche se l'interpretazione più letterale della condizione “de conformidad con la legislación de su jurisdicción aplicable” sembra riferirsi a “no es usted una persona vetada para hacer uso de los servicios”. In altre parole, tale circostanza si riferisce all'ipotetica situazione di divieto di accesso ai social network, piuttosto che a un generale assoggettamento normativo.

¹⁰ F. Ramón Fernández, *Menores y redes sociales: cuestiones legales*, cit., p. 37: “El menor no es consciente (...) de la información que facilita, ya que en la mayoría de las ocasiones infringe las normas básicas de privacidad (...) y suele aportar datos en las redes que conforman su vida familiar, económica y social, sin caer en las consecuencias de quién puede ver dicha información”.

¹¹ R. Pérez Díaz, *Los menores de edad en la nueva Ley de Protección de Datos Personales*, in L. A. Fernández Villazón (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Navarra, 2020, p. 172: “En este marco, son significativas las denuncias presentadas ante la Agencia de Protección de Datos en la LOPD, como por ejemplo la correspondiente a un portal de Internet orientado a favorecer el contacto personal entre usuarios, fundamentalmente adolescentes o jóvenes, tratamiento de datos de menores sin consentimiento paterno, entre ellos su dirección electrónica, asociada a una imagen fotográfica y, en algunos

In definitiva, è evidente la preoccupazione per la necessità di verificare il requisito del consenso da parte dei social network. Il Regolamento (UE) 2016/679¹² lo dimostra nel suo Considerando 38, nonché nei numerosi riferimenti ai requisiti che l'espressione del consenso deve soddisfare per essere considerata valida. Pertanto, l'articolo 4, paragrafo 11, stabilisce che il consenso della persona interessata è "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen". A nostro avviso, questi fornitori di servizi non rispettano le disposizioni del diritto dell'Unione europea e nazionale, in quanto non viene rispettata l'età minima per il rilascio del consenso o, quantomeno, non sono stati inclusi i metodi per verificare l'età (o il consenso del titolare della potestà genitoriale, per i minori di 14 anni), come previsto dall'articolo 8.2 del Regolamento (UE) 2016/679¹³.

3.2.2. L'anonimato

Un altro aspetto che può portare a vari problemi è quello dell'anonimato¹⁴. La creazione di profili sui social network non è controllata, non solo per quanto riguarda l'età dell'utente, ma anche per quanto riguarda la sua identità. Per registrarsi è necessario disporre di un account di posta elettronica valido (per la cui creazione non è richiesta nemmeno la verifica dell'identità) e inserire una data di nascita. Dopodiché, il social network di solito favorisce l'inserimento del maggior numero possibile di dati (nome, cognome, fotografie, gusti personali, link ad altri social network, ecc). Questo porta alla creazione di profili falsi (cioè profili che includono dati credibili ma che non appartengono realmente all'utente) o di profili anonimizzati, cioè con informazioni che non permettono di identificare l'utente perché non seguono la logica dei dati. Esempi famosi di questi ultimi sono i personaggi di Twitter come "La vecina rubia", "Maestra de Pueblo" o "Jurista Enloquecido".

Partendo da questa idea, non sembra necessario approfondire le conseguenze di questa scelta. Non si tratta più solo del fatto che i metodi per verificare il requisito dell'età sono praticamente inesistenti; ora bisogna aggiungere che è molto facile creare un profilo falso o anonimo, il che comporta un senso di impunità (in un certo senso incerta, perché sappiamo che su Internet quasi ogni azione lascia una traccia indelebile) e un'ulteriore difficoltà nel caso in cui si voglia monitorare o porre fine a certi comportamenti dannosi. Comunque sia, questo tipo di profilo facilita la comparsa di altri rischi più

casos, al nombre de usuario. Las medidas adoptadas para verificar que los usuarios eran mayores de 14 años no se demostraron eficaces".

¹² A. Lambea Rueda, *Entorno digital, robótica y menores de edad*, in *Revista de Derecho Civil*, 4/2018, p. 196: "El RGPD se ocupa de los menores y su consentimiento como punto clave para el acceso a sus datos y actuación en el entorno digital [...]. El consentimiento es considerado por el Reglamento no sólo como un requisito de legitimación y garantía del tratamiento de datos personales, sino que se constituye como derecho del interesado, generando un deber por parte del responsable del tratamiento de datos a obtenerlo en las condiciones legalmente previstas".

¹³ "Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili". [txt corretto del documento].

¹⁴ Per quanto riguarda l'anonimato e il suo rapporto con la libertà di espressione, si tratta di una questione già dibattuta dalla dottrina e persino dallo stesso *Tribunal Constitucional* (TC). I fornitori di servizi basano il loro rifiuto di fornire i dati degli utenti con profili anonimizzati su un presunto effetto deterrente sull'esercizio della libertà di espressione. Il TC afferma che non c'è libertà di espressione (almeno non quella che dovrebbe essere costituzionalmente protetta) nei casi in cui non c'è un autore conosciuto (SSTC 200/1998, 153/2000 e 204/2001). Tuttavia, per quanto riguarda il rapporto tra l'anonimato nel cyberspazio e la libertà di espressione, si veda, per tutti, I. Villaverde Menéndez, *Libertad de expresión, anonimato y ciberespacio*, in L. A. Fernández Villazón (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, cit. L'autore sostiene che la pretesa di anonimato e, soprattutto, di non divulgazione da parte dei fornitori di servizi non è realmente finalizzata a tutelare la libertà di espressione evitando un effetto scoraggiante, ma piuttosto la volontà di proteggere i dati degli utenti, anche se questo può comportare il mantenimento di contenuti offensivi o, se necessario, ostacolare lo sviluppo di un'azione legale: "El TEDH [...] argumenta que, sin dudar de los beneficios que el anonimato ofrece para un discurso público robusto en el ciberespacio, no debe obviarse que ese mismo anonimato fomenta la propagación de expresiones injuriosas y denigrantes, y llevado al extremo puede frustrar cualquier remedio judicial efectivo frente a la difamación de la vida privada de terceros" (p. 310).

dannosi, come quelli che vedremo di seguito.

3.2.3. *La commissione di reati*

È innegabile che le ICT abbiano portato una rivoluzione nella comunicazione. Gli utenti sono permanentemente connessi alla rete e inviano informazioni, che possono essere pubbliche o parzialmente private, esponendo la loro immagine, i loro gusti, le loro abitudini, ecc.¹⁵ Ciò rappresenta una fonte di informazioni rilevanti per facilitare la commissione di reati come frodi o furti. Tuttavia, ci concentreremo sui reati che possono essere commessi esclusivamente attraverso le nuove tecnologie¹⁶ e, nello specifico, su quelli in cui i minori possono essere vittime o autori.

Tralasciando i reati tradizionalmente definiti che possono essere commessi anche nel mondo virtuale (ingiurie, calunnie, minacce, ecc.), accenniamo brevemente a quelli che sono stati recentemente criminalizzati a seguito dell'espansione dell'uso delle nuove tecnologie. Così, in primo luogo, troviamo l'adescamento (art. 183 ter CP), che è: "el acoso ejercido por un adulto y que se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre el menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del mismo"¹⁷. Si tratta, quindi, di un adulto che, generalmente attraverso un falso profilo sui social network, riesce a entrare in contatto con un minore, dal quale intende ottenere una qualche prestazione sessuale¹⁸.

Un altro nuovo reato è la "vessazione" (stalking e cyberstalking), che è incluso nell'art. 172 ter CP che implica "comportamientos que pueden incluir, aunque no están limitados solo a éstos, la transmisión de amenazas y acusaciones falsas, daños a los datos o equipos, robo de identidad, robo de datos, 'monitoreo' informático, la solicitud de sexo y cualquier otra forma de agresión"¹⁹, ma con una nota di continuità, richiesta dal legislatore nel reato attraverso le caratteristiche di "insistente e reiterato"²⁰.

Infine, possiamo evidenziare il sexting, incluso nell'art. 197.7 CP, che "consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil o cualquier otro dispositivo tecnológico"²¹.

3.2.4. *Il cyberbullismo scolastico*

Infine, ci troviamo di fronte a questo fenomeno, replica ed estensione del bullismo. Ci sono diverse

¹⁵ Esistono campagne periodiche da parte di diverse istituzioni e organizzazioni, tra cui il Corpo e le Forze di Sicurezza dello Stato che avvertono che questo tipo di comportamento facilita la commissione di reati (ad esempio, in estate è comune postare sui social network l'imminente partenza di un viaggio o foto da luoghi diversi dall'abitazione abituale, cosa che le Forze dell'Ordine hanno più volte sconsigliato).

¹⁶ N. García Guilabert, *El ciberacoso. Análisis de la victimización de menores en el ciberespacio desde la Teoría de las actividades cotidianas*, Madrid, 2017. L'autore propone diverse classificazioni dei crimini che possono essere commessi nel cyberspazio, di cui ne evidenziamo due: la prima ritiene che esistano tre tipi, i cyber-attacchi puri, i cyber-attacchi di replica e i cyber-attacchi di contenuto; la seconda include anch'essa tre categorie, i cyber-crimini economici, i cyber-crimini sociali e i cyber-crimini politici. All'interno di questa sistematizzazione, tra i crimini informatici sociali rientrano quelli di cui i minori possono essere più facilmente vittime o autori: "En efecto, la gran mayoría de los cibercrímenes sociales o personales que se perpetran no son más que [...] ciberataques réplica, esto es, copias en el ciberespacio de delitos que ya existían anteriormente, pero que sólo se ejecutaban en el espacio físico. Las injurias, las calumnias, las amenazas, el acoso sexual y todo un conjunto de conductas que se pueden realizar sin que sea necesaria una cercanía física entre agresor y víctima, también se pueden realizar cuando ésta existe" (p. 17).

¹⁷ S. Mendoza Calderón, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Valencia, 2013, p. 99.

¹⁸ La SAP Jaén, sezione 2, 113/2015 dell'11 maggio (JUR20151561) definisce esattamente in cosa consiste l'adescamento di minori.

¹⁹ N. García Guilabert, *El ciberacoso*, cit., p. 24.

²⁰ STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 324/2017, dell'8 maggio (in particolare FFJJ 3 e 4).

²¹ INTECO, *Guía sobre adolescencia y sexting, qué es y cómo prevenirlo*, 2011 (versione online), p. 4. Interessanti i contributi sul reato di sexting di S. Mendoza Calderón, *Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, cit., p. 170; e di E. Pérez Conchillo, *Intimidación y difusión de sexting no consentido*, Valencia, 2018.

ragioni che ci inducono a pensare che meriti uno studio dettagliato, separato dalle categorie discusse nella sezione precedente. In primo luogo, il cyberbullismo costituisce il punto di incontro tra diversi aspetti che sono oggetto di studio del diritto costituzionale: 1) la titolarità e l'esercizio dei diritti fondamentali (diritto all'istruzione, libertà di espressione, diritto all'onore, alla privacy e all'immagine di sé, tra gli altri); 2) un gruppo che necessita di particolare protezione come protagonista (i minori); 3) possibili cause con particolare rilevanza costituzionale (questioni di genere, appartenenza a diversi livelli socio-economici, discriminazione per orientamento e/o identità sessuale, xenofobia o disabilità); 4) e, infine, la necessità di misure preventive, responsabilità e riparazione che possono coinvolgere istituzioni pubbliche e private. Inoltre, non può essere affrontato direttamente dal diritto penale, a causa della varietà di condotte che possono essere implicate, come vedremo di seguito. In secondo luogo, si tratta di un problema più comune rispetto alla condotta criminale descritta nella sezione precedente. Infine, l'analisi del bullismo e del cyberbullismo scolastico è stata tradizionalmente affrontata dalla psicologia e dalla pedagogia; ad entrambe le discipline si è aggiunto negli ultimi tempi il diritto, ma attraverso approcci prevalentemente civili e penali, anche se il costituzionalismo ha molto da apportare per le ragioni che abbiamo appena visto.

Come punto di partenza, va sottolineato che concettualizzare ciò che dovremmo intendere per bullismo²² e cyberbullismo è un compito complesso²³. Ovviamente sono state proposte diverse definizioni teoriche per entrambi i termini, ma individuare quando ci si trova di fronte a una situazione di bullismo, incrociando variabili come l'età, la frequenza e la nocività, è difficile, ancor più se si tiene conto delle conseguenze che possono derivare non solo per la vittima e l'autore, ma anche per i coetanei che assistono.

Merino González afferma che il primo ad affrontare il problema del bullismo è stato Olweus, nel 1993, definendolo come "una conducta de persecución física o psicológica que realiza el alumno o alumna contra otro, al que elige como víctima de repetidos ataques. Esta acción, negativa e intencionada, sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir por sus propios medios"²⁴. Per essere considerate tali, le molestie devono essere prolungate nel tempo, attraverso aggressioni fisiche, umiliazioni, insulti, minacce, coercizione o isolamento della vittima, anche se è comune che diversi di questi comportamenti si verifichino contemporaneamente (questa varietà di comportamenti complica, come già detto, il suo trattamento dal punto di vista legale). Le conseguenze per la vittima²⁵ e per l'autore²⁶ sono di diversa natura e si manifestano in varia misura, anche se, per quanto minime, riteniamo che siano sufficientemente importanti per cercare di trovare soluzioni efficaci in modo risolutivo, come dimostrano i seguenti dati: il 94% delle persone colpite soffre di qualche problema psicologico derivato dalla situazione di molestia; tra le conseguenze gravi, il 2,4% soffre di autolesionismo, il 4,6% ha idee suicide e l'1,2% ha tentato il suicidio²⁷.

Il cyberbullismo, invece, ha elementi di definizione molto simili a quelli del bullismo, in quanto

²² La Procura Generale dello Stato ha studiato questo fenomeno nell'Istruttoria 10/2005, sul trattamento del bullismo nel sistema giudiziario minorile.

²³ A. Pérez Vallejo, F. Pérez Ferrer, *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Madrid, 2016, p. 18: "Aunque hoy en día no existe una definición jurídica unánime, las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias vienen a concretar que estamos ante un comportamiento intencionado, – prolongado o repetitivo en el tiempo – de agresión física y/o insultos verbales, situaciones de rechazo o aislamiento social, intimidación psicológica, etc., realizado por uno o varios menores para dañar a la víctima, y poder doblegar de esta forma su voluntad".

²⁴ J. Merino González, *El acoso escolar-bullying. Una propuesta de estudio dall'analisi delle reti sociali (ARS)*, in *Revista d'Estudis de la violència*, 4/2008.

²⁵ Id.: "La continuidad de estas relaciones provoca en las víctimas efectos claramente negativos: disminución de su autoestima, estados de ansiedad e incluso cuadros depresivos, lo que hace difícil su integración en el medio escolar y el desarrollo normal de los aprendizajes".

²⁶ Nell'Istruttoria 10/2005, la Procura ritiene che se non vengono corretti tempestivamente e con fermezza, oltre a essere rafforzati dall'acquisizione di un certo rilievo tra i coetanei, i loro "comportamiento agresivo puede convertirse en una forma habitual de actuar haciendo de la dominación un estilo normalizado en sus relaciones interpersonales".

²⁷ Uno studio più concreto e molto interessante si trova in Fundación Anar, *III Estudio sobre acoso escolar y cyberbullying según los afectados*, 2018.

richiede anch'esso un certo tipo di comportamento dannoso (molesto, intimidatorio, umiliante, ecc.) con una certa frequenza. Tuttavia, occorre tenere presente che il cyberbullismo può costituire un'estensione del bullismo "analogico", nel caso in cui la vittima e il bullo condividano la stessa scuola. Oltre a ciò, vanno notate tre differenze fondamentali: 1) il cyberbullo può facilmente rimanere anonimo, come abbiamo visto sopra; 2) i potenziali testimoni sono molti di più, trascendendo l'ambiente puramente scolastico a un contesto sociale più ampio; 3) e gli atti di umiliazione (sotto forma di commenti, isolamento, immagini, ecc.) possono essere ancorati nei social network, il che, insieme al numero di testimoni, può comportare un danno maggiore per la vittima (soprattutto se la procedura per richiederne la rimozione è complessa, anche se è vero che negli ultimi tempi i meccanismi di segnalazione delle pubblicazioni da parte dei fornitori di servizi sembrano essersi snelliti).

Infine, non possiamo non sottolineare un altro dato che, dal nostro punto di vista, è molto significativo. Infatti, l'età media delle vittime di bullismo è di 10,9 anni (e l'età media all'inizio del bullismo è di 9,8 anni, la situazione generalmente si prolunga per un anno) e quella degli autori è di 11,3 anni; mentre l'età media della vittima di cyberbullismo è di 13,5 anni, l'età media all'inizio è di 12,2 anni e l'età media dell'autore è di 13,9 anni²⁸. Al di là dell'interpretazione penale di questi dati (la responsabilità penale dei minori è perseguibile in Spagna a partire dai 14 anni), dobbiamo collegarli alle norme sulla validità del consenso. Comunque sia, ciò che appare chiaro è che esiste una notevole discrepanza tra il requisito dell'età stabilito dalla LOPD e la realtà, come abbiamo visto nei dati forniti dall'INE sull'uso dei dispositivi e di Internet e quelli raccolti dalla Fondazione ANAR nei suoi studi.

4. Possibili soluzioni

Non c'è dubbio che ci troviamo di fronte a una sfida di notevole portata, poiché sono in gioco beni giuridici di enorme importanza. Allo stesso modo, tutti quelli menzionati costituiscono problemi la cui soluzione è urgente, poiché le conseguenze per le vittime, a prescindere dal tipo di comportamento, sono preoccupanti: problemi psicologici, sociali e/o accademici difficili da gestire per gli adulti, e ancor più se subiti da minori.

Per questo motivo riteniamo necessario cercare una risposta in maniera decisa. È ovvio che queste soluzioni devono coinvolgere la società nel suo complesso con una visione a lungo termine, dando a questi problemi l'importanza che meritano. Tuttavia, dal nostro punto di vista, è possibile implementare alcune soluzioni che affronteranno alcuni di questi fenomeni nel breve termine e, allo stesso tempo, ostacoleranno l'emergere di altri.

Pertanto, riteniamo che l'implementazione di meccanismi efficaci per verificare chi dà il consenso nei registri degli utenti dei social network è un'azione relativamente semplice per i fornitori di servizi e aiuterebbe non solo a controllare meglio alcune situazioni, ma anche a ottenere un effetto deterrente preventivo utile quanto il controllo stesso. Non si tratta di impedire l'accesso ai social network ai minori di 14 anni, ma di coinvolgere i titolari della potestà genitoriale nella sorveglianza e nel controllo dell'attività che i minori svolgono su queste applicazioni (ribadiamo il fatto che la quasi totalità degli utenti minorenni di Internet si connette da casa propria, quindi è fondamentale che i genitori o i tutori siano coinvolti attivamente in questo compito di controllo). Brito Izquierdo²⁹ e Bartolomé Tutor³⁰ suggeriscono diversi meccanismi ragionevoli per effettuare questa verifica; anche

²⁸ *Ibid.*

²⁹ N. Brito Izquierdo, *Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos*, in *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 14/2017. L'autore propone diverse alternative per verificare il consenso a priori e a posteriori.

³⁰ A. Bartolomé Tutor, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, Pamplona, 2015, p. 293: "Para la comprobación de la edad de los menores proponemos que se haga a través de la fórmula E-ID (E-Identity Document), que es un carné electrónico oficial, que permite el acceso a determinadas páginas web, cuyo código de acceso identifica inmediatamente al menor, y que además contiene los nombres de los padres o a través de los nuevos DNI y sus certificados de firma electrónica, que permiten la identificación electrónica de los menores".

altri autori, come Lambea Rueda, avanzano proposte simili, sebbene suggeriscano che il costo debba essere condiviso tra il fornitore del servizio e l'utente³¹. Non dimentichiamo che le società di gioco d'azzardo che operano online hanno dovuto istituire un sistema di verifica dell'identità affidabile per confermare che l'utente sia maggiorenne. Non si può fare a meno di chiedersi, con una certa sorpresa, perché non si possa chiedere lo stesso alle imprese di social media.

Inoltre, riteniamo opportuno che i profili siano ancorati alle identità reali, il che può essere fatto attraverso la stessa operazione di verifica del consenso. Verificando che l'utente abbia più di 14 anni (o che sia autorizzato da chi esercita la patria potestà), gli viene consentito di creare un profilo collegato a dati reali, per cui il fatto che tale profilo abbia dati anonimizzati diventa irrilevante, in quanto la ricerca del vero "titolare" del profilo viene effettuata in modo molto più semplice. Non dimentichiamo che i social network sono un ambiente ideale per mettere in atto le condotte dannose sopra descritte (grooming, stalking o cyberbullismo), soprattutto quando l'utente si rifugia in un profilo falso o anonimo. Se potessimo verificare l'identità reale e collegarla al profilo, questo avrebbe, dal nostro punto di vista, un effetto preventivo rispetto a queste situazioni, poiché la sensazione di impunità sarebbe notevolmente ridotta.

In breve, riteniamo che un controllo rigoroso sulla creazione di profili utente possa essere un buon rimedio a breve termine, sia in termini di età che di identità dell'utente. Oltre all'effetto deterrente, faciliterebbe anche l'assunzione di responsabilità per eventuali danni. E, non da ultimo, sarebbe effettivamente conforme alla legislazione europea in materia. È vero che le risposte a lungo termine a tutti questi problemi devono basarsi sull'educazione, sul coinvolgimento dei genitori, delle famiglie, dei centri educativi e della società in generale nell'educazione globale dei minori, nel renderli consapevoli dei rischi connessi alle nuove tecnologie e della necessità di rispettare gli altri come parte dei valori democratici incarnati dal nostro Stato di diritto. Allo stesso tempo, però, non è meno vero che questo tipo di azione richiede tempo e una spinta decisa a impegnarsi in un dibattito che coinvolga l'opinione pubblica nel suo complesso, un compito piuttosto complesso. D'altra parte, il controllo proposto non sembra eccessivamente difficile da attuare e può portare benefici in breve tempo.

5. Conclusioni

Abbiamo visto che, riprendendo l'espressione degli stessi adolescenti, il rapporto che si è instaurato tra i minori e le nuove tecnologie è in qualche modo tossico. I bambini e gli adolescenti costruiscono una parte importante della loro esistenza nel mondo virtuale; non vivono "con" Internet, ma "su" Internet. Le ICT, in generale, ci hanno fornito un insieme di strumenti il cui valore in termini di lavoro, scienza e comunicazione è praticamente incalcolabile, tanto che oggi non possiamo capire la nostra vita quotidiana senza di esse. Questo progresso ha comportato anche l'assunzione di alcuni rischi, molti dei quali riguardano la messa in pericolo di beni giuridici costituzionalmente protetti, soprattutto quando gli utenti sono minori, un gruppo particolarmente vulnerabile.

Rispetto ai problemi sopra esposti, si possono stabilire due categorie specificamente differenziate: la prima, costituita da quelli relativi al consenso e all'anonimato, in quanto costituiscono di per sé la condizione per la configurazione di un contesto favorevole all'emersione di quelli del secondo gruppo, in modo da poterli affrontare in modo aprioristico; la seconda, costituita da alcuni reati di tradizionale criminalizzazione (come insulti, minacce, ecc.), altri di recente criminalizzazione (come grooming, stalking o sexting) e il cyberbullismo scolastico (fenomeno che può manifestarsi in modi diversi).

Partendo dall'idea che la soluzione di questi problemi richiede un coinvolgimento sociale, a partire

³¹ A. Lambea Rueda, *Entorno digital, robótica y menores de edad*, cit., p. 193: "Para el control de acceso a redes de los menores, debería implementarse por ley la obligación de los proveedores de facilitar mecanismos de control, sujetos a un conste compartido con el usuario. Se trataría de incluir funcionalidades ofrecidas por las compañías de acceso a redes y servicios, obligatorias en caso de menores. Ya hay sistemas de control parental de pago para controlar el acceso, o a través de la publicidad".

da un dibattito approfondito sui limiti che vogliamo porre ai nostri minori, fino all'adozione di misure educative la cui efficacia dovrà essere valutata in un futuro un po' più lontano, è necessario cercare alternative a breve termine che possano contribuire a rendere più sicuro l'ambiente virtuale in cui tutti noi operiamo, soprattutto i minori. A questo proposito, riteniamo che la verifica dell'età degli utenti dei social network e, nel caso di minori di 14 anni, del consenso da parte del titolare della potestà genitoriale, insieme all'ancoraggio dell'identità dei profili a un'identità reale, siano due misure che assolverebbero perfettamente a questo compito in tempi relativamente prudenti e, inoltre, non sembrano di difficile attuazione, come dimostrano alcuni precedenti (centri scommesse online, ad esempio).

Abstract

Negli ultimi due decenni si è avuta una crescita esponenziale dell'uso delle nuove Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione che stanno indubbiamente segnando un prima e un dopo nella storia dell'umanità. Questo fenomeno porta con sé, oltre a indubbi vantaggi, una serie di rischi. contributo si propone di affrontare il tema dei rischi più rilevanti che i minori possono incontrare nell'uso delle nuove tecnologie, concentrandosi in particolare sul cyberbullismo nelle scuole; e, in secondo luogo, per sollevare alcune domande e indicare alcune possibili soluzioni accomunate dalla necessità che il diritto costituzionale sia coinvolto in modo decisivo nell'affrontare questi problemi, integrando così altre branche del diritto (principalmente il diritto penale e civile) e altre discipline (come la psicologia e la pedagogia).

Parole chiave: ICT, minori, cyberbullismo

*

The last two decades have seen an exponential growth in the use of new Information and Communication Technologies that are undoubtedly marking a before and after in human history. This phenomenon brings with it, in addition to undoubted advantages, a number of risks. contribution aims to address the most relevant risks that minors may encounter in the use of new technologies, focusing in particular on cyberbullying in schools; and, secondly, to raise some questions and indicate some possible solutions united by the need for constitutional law to be decisively involved in addressing these problems, thus integrating other branches of law (mainly criminal and civil law) and other disciplines (such as psychology and pedagogy).

Key words: ITC, young people, cyberbullying

La situazione giuridica dell'infanzia e dell'adolescenza negli ambienti digitali^(*)

Itz'iar GÓMEZ FERNÁNDEZ*

Sommario: 1. Introduzione 2. Progredire rispetto a una prospettiva adulto-centrica dello statuto dei minori negli ambienti digitali 3. Potenziamento del sistema di garanzie vs. il consolidamento delle barriere di accesso agli ambienti digitali 4. Rafforzamento dei meccanismi di protezione e rafforzamento della autonomia 5. Sintesi

1. Introduzione

Secondo i dati forniti dall'UNICEF, uno ogni tre utenti di internet nel mondo è un bambino o una bambina, riferendoci a tutti gli esseri umani con età inferiore ai diciotto anni, salvo che ai sensi della legge applicabile non abbia raggiunto prima la maggiore età (art. 1 della "Convenzione sui Diritti del Bambino", d'ora in poi CDB^[*]). Si tratta di una proporzione molto elevata, che potrebbe essere maggiore nel Sud del mondo¹ e che mette in evidenza come i minori d'età siano soggetti particolarmente interessanti quando ci riferiamo all'esercizio dei diritti nell'ambiente digitale.

Le ragioni di tale interesse si articolano intorno a due idee.

Da un lato, il regime giuridico del minore, come titolare dei diritti, risponde a una definizione e delimitazione estremamente complessa, dovuta alla posizione subordinata di bambini e bambine rispetto a chi esercita su di loro l'autorità genitoriale o equivalente. Dall'altro lato, anche se in stretta relazione, si pone la questione sempre più diffusa riguardo alla posizione dei minori come utenti di internet in una situazione particolarmente vulnerabile, per cui l'approccio al modello di definizione dei loro diritti in internet tende ad essere prevalentemente protezionistico. Sicché, mentre occupano una posizione di utenti preferenziali a motivo di un uso sempre più crescente delle nuove tecnologie in questa fascia d'età, i minori continuano ad essere considerati come utenti "deboli", che devono essere protetti in quanto possono facilmente assumere la posizione di vittime per la violazione dei loro diritti fondamentali o per abusi più seri di contenuto penale².

La particolare difficoltà nell'affrontare questo tema relativo alla posizione giuridica dei minori nei contesti digitali, è data quindi dal protagonismo di bambini e bambine e degli adolescenti nei suddetti contesti, a fronte dell'esigenza di riformulazione del regime giuridico delle persone minori d'età. Vale a dire, stiamo costruendo teoricamente due ambiti che si snodano in parallelo e che, analizzati in

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Luigi Ferraro.

* Professoressa di Diritto Costituzionale, Università Carlos III di Madrid.

^[*] [NdR. Viene così tradotto l'originale spagnolo "Convención sobre los Derechos del Niño". In italiano, la "Convenzione dei diritti del fanciullo" (dall'inglese *Convention on the rights of the child*), secondo l'espressione contenuta nella legge di ratifica 27 maggio 1991, n. 176, GU 11 giugno 1991, n. 35, è denominata anche "Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza", come si legge nell'edizione a cura dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, per il seguente motivo: "Piuttosto che con 'fanciullo', nel titolo si è preferito tradurre il termine 'child' con 'infanzia e adolescenza' poiché la Convenzione riguarda tutte le persone di minore età (da zero a diciotto anni)"].

¹ Dati dell'ufficio di investigazione UNICEF (Innocenti), pubblicati nella pagina web "Child rights in the digital age".

² Sui paradossi che solleva la posizione del bambino come utente di internet v. J. Ramiro Vacquez, *Virtualizando infancias. Del niño Competente al menor en riesgo a través de internet*, in S. Pérez Alvarez, L. Burguera Ameave, K. Paul Larrañaga, *Menores e Internet*, Cizur Menor, 2013.

maniera simultanea, mostrano incoerenze e paradossi sui quali è necessario fermarsi a riflettere. Pertanto, assieme all'idea di protezione dell'infanzia – che talvolta sconfinava nel paternalismo, molto difficile da aggirare per le ragioni che vedremo più avanti e che hanno molto a che vedere con la prospettiva adulto-centrica con la quale si affrontano i problemi relativi all'infanzia e all'adolescenza – è necessario inserire l'idea di autonomia. Questa opzione richiede non solo di tenere in considerazione il rapporto privilegiato dei minori con gli strumenti disponibili negli ambienti digitali, ma anche la necessità di coinvolgerli nel processo decisionale di regolamentazione di questi contesti.

In realtà, le due dimensioni sono strettamente correlate: per promuovere i diritti e il benessere dei bambini su internet è necessario ridurre al minimo i rischi dell'uso, potenziando al contempo le capacità di apprendimento offerte dalla rete. Per farlo, è essenziale avvicinarsi alle esperienze e alle aspettative dei bambini stessi, che non hanno l'eguale percezione di vulnerabilità che noi adulti 'costruiamo' su di loro³.

Il punto di partenza essenziale – per qualunque riflessione generale sull'infanzia, sui bambini e sulle bambine come utenti degli ambienti digitali e titolari dei diritti in questo ambito – è ricordare che la CDB proclama che bambini e bambine sono titolari di diritti (eccetto quello di partecipazione politica in senso stretto), che l'adozione di decisioni che li riguardano deve essere ispirata all'interesse superiore del minore (art. 3.1, CDB⁴, art. 24.2, Carta Europea dei Diritti Fondamentali, CDFUE) e che i minori hanno diritto ad essere ascoltati e la loro opinione tenuta in considerazione (art. 12 CDB⁵, art. 24.2 CDFUE, e art. 3 della Convenzione Europea sull'Esercizio dei Diritti dei Bambini⁶).

Questi principi sono connessi con quanto prevede la Costituzione Spagnola (CE), poiché l'articolo 39.4 CE⁷ riconosce che i bambini godono della protezione prevista dagli accordi internazionali che tutelano i loro diritti, il che collega questa previsione anche con l'art. 10.2 CE. Pertanto, esiste un vincolo materiale tra i diritti costituzionali e i diritti dell'infanzia tutelati a livello internazionale e sovranazionale (europeo), e riprodotti in diverse disposizioni dell'ordinamento interno.

Nelle riflessioni seguenti, necessariamente brevi, il tema in generale del regime giuridico dei minori come titolari di diritti rimarrà sullo sfondo, senza però mai essere perso di vista, come punto di riferimento intorno al quale ripensare questo regime dalla prospettiva dell'esercizio dei diritti dei minori, considerati da un lato come utenti preferenziali degli ambienti digitali e, dall'altro, come soggetti in situazioni speciali di vulnerabilità e sottomessi ad una autorità genitoriale, la cui capacità di decisione completa la mancanza di piena capacità di agire di bambini e bambine e degli adolescenti.

Dobbiamo ricordare che la vulnerabilità è una condizione che si associa a persone e gruppi per definirli nella loro relazione con le strutture di potere istituzionalizzato. Jose Maria Roca Martinez⁸

³ UNICEF sviluppa i programmi di ricerca specificamente destinati a conoscere le relazioni dei bambini con internet: Global Kids Online e Disrupting Harm.

⁴ Quest'articolo è interpretato dal Comitato dei Diritti del Bambino, nell'Osservazione generale num.14 sul diritto del bambino, nel senso di considerare il suo interesse superiore come preminente. L'interesse superiore del minore è stato considerato dal Comitato dei Diritti del Bambino, insieme al principio della non discriminazione, al diritto alla vita e al diritto ad essere ascoltato, come uno dei 4 principi generali della Convenzione, per ciò che riguarda l'interpretazione e applicazione di tutti i diritti del bambino presenti nell'Osservazione generale n. 5 (2003), relativamente alle misure di applicazione della Convenzione sui diritti del bambino Doc. CRC/GC/2003/5, del 27 novembre 2003, par. 12. Per quanto riguarda la normativa interna, tale principio si integra con l'art. 2 della Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, di Protezione Giuridica del Minore, modificata dalla Legge Organica 8/2015, del 22 luglio, di Protezione dell'Infanzia e dell'Adolescenza, e con gli artt. 103.1, 137, 149, 156, 161, 172.4, 173.3, 173.4, 216 e 224, tra gli altri, del Codice civile.

⁵ Questo articolo è interpretato dal Comitato dei Diritti del Bambino nella Osservazione generale n. 12 (2009).

⁶ Nell'ordinamento interno spagnolo, il diritto è riconosciuto nell'art. 9 della Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, di Protezione Giuridica del Minore, modificata dalla Legge Organica 8/2015, del 22 giugno, di Protezione dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Allo stesso modo, l'art. 92.6 del Codice civile e gli articoli 770.1 4^a e 777.5 della Legge di Procedura Civile prevedono l'audizione del minore nei processi civili.

⁷ Un riconoscimento molto simile lo si rinviene nell'art. 3.3 TUE quando afferma che l'Unione svilupperà "la solidarietà tra generazioni e la protezione dei diritti del bambino" e contribuirà alla protezione dei diritti umani e, in particolare, alla protezione dei diritti del bambino (art. 3.5 TUE).

⁸ J.M. Roca Martínez, *Tutela jurisdiccional de los derechos de las personas y grupos vulnerables en los órdenes civil y laboral*, in M.Á. Presno Linera, *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, 2013.

analizza questa definizione affermando che la condizione di soggetto vulnerabile si relaziona alla situazione di svantaggio nella quale si trova un individuo o un gruppo dinanzi al resto della società. Tuttavia, rispetto ai minorenni l'idea di vulnerabilità agisce in un senso ambivalente.

I bambini, le bambine e gli adolescenti sono individui la cui immaturità, secondo il parametro di osservazione degli adulti, determina la limitazione dell'autonomia e della capacità di agire, e queste limitazioni sono surrogate dalla capacità degli adulti o delle autorità che tutelano i loro interessi, compensando così la loro situazione di svantaggio. Ebbene, la loro situazione di vulnerabilità immanente, che li rende senza dubbio meritevoli di protezione, giustifica anche alcune limitazioni introdotte nel pieno godimento ed esercizio dei propri diritti e tale limitazione può arrivare a rafforzare la situazione di vulnerabilità in determinate circostanze, particolarmente in contesti di conflitto di interesse in cui il minore è sufficientemente maturo per identificare i propri interessi, ma incapace di difenderli in un sistema processuale di garanzie che gli nega la piena capacità di agire. Pertanto, in questo caso la valutazione della situazione o la condizione di vulnerabilità è estremamente complessa, perché può rafforzare la propria situazione di svantaggio.

Inoltre, nel caso concreto che stiamo ora affrontando, i bambini, le bambine e gli adolescenti non si trovano in situazioni di svantaggio rispetto al resto della società per ciò che riguarda l'uso degli ambienti digitali, né per ciò che riguarda la padronanza degli strumenti che questi contesti forniscono. Si tratta di nativi digitali che conoscono ed usano tali ambienti con meno difficoltà rispetto agli adulti e che comprendono ed integrano il linguaggio della rete con maggiore rapidità, adattandosi facilmente alla situazione. Non hanno difficoltà di accesso né di permanenza, né barriere di comprensione della situazione. La vulnerabilità, pertanto, non si trova negli svantaggi relativi all'uso, ma si riferisce alla mancanza di maturità e capacità di ricorrere all'attuale sistema di garanzie, nei casi in cui sia necessario rispondere ad eventuali aggressioni o limitazioni dei loro diritti negli ambienti digitali.

Quindi la vulnerabilità in questo ambito ha un carattere proprio e distinto, che si collega con la difficoltà che hanno i bambini e le bambine di relazionarsi con due strutture di potere: da un lato il potere privato delle imprese e delle piattaforme che forniscono il servizio di internet, di giochi, di reti social, etc.; dall'altro il potere pubblico, che prevede meccanismi di garanzia dei diritti del tutto inadeguati all'agire dei minori, e che basa la maggior parte del sistema di protezione sull'intervento mediato di chi ha la tutela o la protezione dei minori, e quindi rappresenta il minore e supplisce alla sua mancanza di capacità di agire. Queste considerazioni introduttive generali vengono sviluppate, nelle pagine che seguono, intorno alle seguenti idee: i) il sistema di garanzia del diritto dei bambini e delle bambine in internet è basato su una prospettiva adulto-centrica del regime giuridico dei minori che è necessario riformare (2); ii) il rafforzamento del sistema di garanzia non può basarsi su una restrizione dell'accesso dei minori agli ambienti digitali (3); iii) la vulnerabilità dei bambini, delle bambine e degli adolescenti richiede un sistema di protezione che, in modo inadeguato, non limiti l'autonomia dei bambini utenti di internet (4); iv) la previsione di un modello di protezione dei diritti dei minori in internet deve passare per un processo di elaborazione normativo partecipato dai minori.

2. Progredire rispetto a una prospettiva adulto-centrica dello statuto dei minori negli ambienti digitali

L'evoluzione sociologica, educativa e giuridica che ha sperimentato il giusto approccio ai bambini, bambine e adolescenti, permette di constatare come, nelle società occidentali⁹, essi siano stati perce-

⁹ A partire dall'impostazione contenuta nel Codice di Napoleone, che ha avuto un'indiscutibile influenza sul diritto civile continentale, secondo cui i figli sono soggetti alla potestà genitoriale così come era concepita nell'antico diritto romano, si sono fatti progressivi passi avanti nel superamento delle nozioni di obbedienza e produttività al servizio del *pater familias*. Così, alla fine del XIX secolo, l'attenzione è stata rivolta prima alla necessità di fornire una protezione speciale ai bambini nel campo dei rapporti di lavoro, e poi ai loro bisogni educativi, in linea con le riflessioni di Jean-Jacques Rousseau, il primo teorico a vedere il bambino come una persona con un proprio valore (e diverso, per inciso, nel caso di bambini e bambine). Nel 1919, la neonata

piti progressivamente quali soggetti con un'identità autonoma rispetto agli adulti, sotto la cui custodia o tutela si trovano, e come soggetti che presentano determinate caratteristiche quando si relazionano con l'ordinamento giuridico. Un ruolo di primo piano in questa evoluzione è stato svolto dalle Nazioni Unite, che lavorano sull'approccio giuridico ai diritti dell'infanzia, partendo dal presupposto che la dignità intrinseca dell'essere umano è comunque presente nell'infanzia, indipendentemente dall'età, ma che quest'ultima è determinante quando si tratta di ritenere che i bambini, come gli adulti non autosufficienti, abbiano diritto a cure e assistenza speciali. Ad evidenziare la condizione dei minori come titolari di diritti è stata, in primo luogo, la Dichiarazione ONU sui Diritti del Bambino adottata dall'Assemblea Generale il 20 novembre del 1959, e successivamente la Convenzione ONU sui Diritti del Bambino (CDB) approvata il 20 novembre del 1989¹⁰.

La firma e la ratifica della CDB attiva l'obbligo dello Stato firmatario di adottare le misure necessarie per dare effettività a tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione. Questo spiega l'evoluzione normativa in materia di legislazione dell'infanzia e dell'adolescenza che si è verificata in diversi Paesi, in particolare in Spagna, dalla fine degli anni '80 del secolo scorso. In questi 40 anni di legislazione si è passati progressivamente da un approccio in cui la famiglia era il centro intorno al quale ruotava il riconoscimento dei diritti del bambino, che – come prevede la CDB – si sviluppa in modo particolare in quest'ambiente, verso una percezione del minore come soggetto autonomo e con interessi propri che possono essere eventualmente incompatibili o discordanti con gli interessi delle persone che sono obbligate a prestargli assistenza, cura e protezione.

Malgrado questa evoluzione, sottile ma decisa, i minori non hanno piena autonomia nell'ambito giuridico, né la possiedono in qualunque altro aspetto della loro vita, in quanto la responsabilità delle loro azioni ricade su di loro solo in maniera parziale¹¹. Questo non significa che non siano titolari pieni dei diritti riconosciuti dalla Costituzione (con eccezione del diritto di suffragio attivo e passivo), perché in realtà lo sono. Il Tribunale Costituzionale ha riconosciuto apertamente¹² che i minori d'età

Società delle Nazioni istituì un Comitato per la protezione dei bambini, che promosse l'adozione, il 26 settembre 1924, della Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo, una dichiarazione che riconosce il diritto allo sviluppo materiale e spirituale dei bambini (art. 1), il diritto a ricevere cure (art. 2) e aiuto in caso di rischio o abbandono (art. 3), il diritto a non essere sfruttati (art. 4) e il diritto a essere educati "nella consapevolezza che i suoi talenti vanno messi al servizio degli altri uomini" (art. 5). Dopo questo momento iniziale, l'evoluzione è stata paralizzata dalla Seconda Guerra Mondiale e l'Organizzazione delle Nazioni Unite, nata al termine del conflitto, ha istituito nel 1946 il Fondo Internazionale d'Emergenza per l'Infanzia delle Nazioni Unite (noto con l'acronimo UNICEF) per soddisfare i bisogni dei bambini nati nel dopoguerra in Europa e in Cina.

¹⁰ Questo trattato, il più ratificato della storia con 196 Stati firmatari, frutto del lavoro interpretativo e di sviluppo realizzato, attraverso distinti meccanismi di controllo, dal "Comitato dei diritti del bambino", è servito da catalizzatore e motore di cambiamento delle legislazioni nazionali e dei sistemi interni di protezione dell'infanzia, anche di quello spagnolo. Lo stato delle firme e ratifiche può essere seguito nel web attraverso la raccolta di trattati delle Nazioni Unite. La Spagna pubblicò lo strumento di ratifica della CDB, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989. La sua entrata in vigore, raggiunto il numero di ratifiche necessario, si è avuta il 2 settembre del 1990; per la Spagna il 5 gennaio 1991, dove la sua influenza è divenuta rilevante a partire dall'anno 2015, con l'approvazione della Legge Organica 8/2015, del 22 luglio, di modifica del sistema di protezione dei minori e degli adolescenti (LOMSPIA) e della Legge 26/2015, del 28 luglio, di modifica del sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza (LMSPIA), che hanno incorporato i contenuti derivati tanto dalla CDB, quanto dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, del 13 dicembre 2006.

¹¹ Nonostante ciò, non si può negare che, così come afferma M.C. Nuñez Zorrilla, *La nueva configuración del interés superior del menor en las reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con especial referencia a las reformas peradas en este ámbito en el ordenamiento catalán*, in *Derechos Fundamentales de los Menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, 2018: dall'ambito giuridico, si è prodotta un'evoluzione e un cambio sostanziale nella forma di concepire la capacità giuridica del bambino, che si adegua in funzione del suo sviluppo e del grado di autonomia. Il bambino viene considerato come un individuo con opinioni proprie che dovranno essere prese in considerazione compatibilmente con la sua capacità e maturità.

¹² L'ha fatto per la prima volta risolvendo un *recurso de amparo* nella STC 141/2000, del 29 maggio, ribadendolo nella STC 154/2002, ancora a seguito di *recurso de amparo*, per recuperare questa dottrina di recente, risolvendo una questione di incostituzionalità, sollevata dal Tribunale Supremo, nella STC 99/2019, del 18 luglio. Il *recurso de amparo* deciso con la STC 141/2000 fu proposto da un padre in difesa della sua libertà religiosa, poiché, in un procedimento ordinario sopra il regime di tutela e custodia dei suoi figli dopo una rottura matrimoniale, si limitarono giuridicamente le sue facoltà nel fare proselitismo religioso con i minori. In questo contesto, il Tribunale ha posto l'esercizio dei diritti dei bambini come limite implicito all'esercizio dei diritti del padre su di loro. Si veda a questo proposito M. Fernández De Frutos, *Titularidad*

sono titolari pieni dei loro diritti fondamentali, il che significa che l'esercizio di tali diritti e la facoltà di disporre di essi non vengono meno per la mera soggezione dei minori alla potestà genitoriale (STC 141/2000, del 29 maggio, FJ 5).

Sebbene si riconosca a coloro i quali viene attribuita la tutela e la custodia dei minori, o la patria potestà che possono incidere sul godimento da parte del minore di suoi diritti fondamentali, tale incidenza "si modulerà in funzione della maturità del bambino e dei diversi stadi in cui la legislazione gradua la sua capacità di agire [...]. In tal modo, sui poteri pubblici e, in modo particolare, sui Tribunali, grava il compito di vegliare affinché l'esercizio di queste potestà dei genitori o tutori, o di coloro a cui è stata attribuita la loro protezione e difesa, si realizzi nell'interesse del minore, e non al servizio di altri interessi, che pur leciti e rispettabili, devono procrastinarsi davanti a quello "superiore" del bambino" (FJ 5, STC 141/2000, del 29 maggio).

La modulazione che la giurisprudenza costituzionale riconosce nell'esercizio dei diritti da parte dei minori implica una minore capacità di ingerenza quanto maggiore è l'età del bambino o della bambina, sempre fino ai diciotto anni, dal momento che la Costituzione fissa la maggiore età "costituzionale" al compimento del diciottesimo anno (art. 12 CE). Questo "indicatore oggettivo"¹³ coincide con la previsione della CDB (art. 1) ed è confermato dall'indicazione dell'art. 1 della Legge Organica 1/1996, del 15 gennaio, sulla Protezione Giuridica del Minore (LOPJM), che, nel definire l'ambito di applicazione della legge, segna questa linea di demarcazione che separa un regime giuridico di massima sottomissione alla protezione e alla competenza di chi esercita le responsabilità genitoriali, da un altro regime di piena autonomia e responsabilità della persona stessa¹⁴. Pertanto, la regola generale è che finché non si raggiunga la maggiore età, né l'emancipazione civile a partire dai 16 anni, coloro che hanno la patria potestà – come regola generale i genitori – esercitano la rappresentanza legale dei minori per agire in qualsiasi ambito, anche davanti la giurisdizione, salvo che esista un conflitto di interesse tra loro, o che il minore, per il suo livello di maturità, possa esercitare da sé alcune azioni relative ai diritti della personalità (art. 162.1 CC).

Definita in questo modo la minore età e con l'eccezione legale del diritto di voto¹⁵, coloro che si trovano nei periodi vitali dell'infanzia, dell'adolescenza o della prima giovinezza, sono titolari di diritti individuali classificati come diritti fondamentali (artt. 14 a 29 e 30.2 CE), come diritti costituzionali (artt. 31 a 38 CE) o come principi guida della politica sociale ed economica (artt. 39 a 52 CE). La LOPJM conferma nel Capitolo II del Titolo I, ampliandolo, il contenuto dei diritti del minore all'onore, alla privacy e alla propria immagine (art. 4), il diritto all'informazione (art. 5), la libertà ideologica (art. 6), il diritto di partecipazione, di associazione e di riunione (art. 7) e la libertà di espressione (art. 8). Aggiunge poi espressamente il diritto, che viene preso dalla CDB, di essere sentito e ascoltato (art. 9).

Non è possibile introdurre alcuna eccezione al riconoscimento di tali diritti in capo a un minore, per il fatto che essi vengono siano esercitati in contesti digitali. E, partendo da questa premessa,

ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad: examen de la jurisprudencia constitucional, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 1/2005.

¹³ Inoltre, (tale indicatore) si proietta nella sfera civile e penale, i cui codici di riferimento introducono alcune variabili che modulano, o possono modulare, gli effetti della proclamazione della maggiore età a 18 anni. Così, l'art. 314 CC ammette la possibilità di emancipazione per chi ha più di 16 anni, per concessione di chi esercita la patria potestà o per decisione giudiziaria, il che significa che l'adolescente diventa capace e responsabile di tutti gli atti della vita civile, salvo alcune eccezioni previste dal codice stesso (ad esempio, gli artt. 323 e 324 CC), così come per comparire da solo in giudizio per la difesa dei propri interessi. Per quanto riguarda la sfera penale, l'età di 14 anni segna la possibilità di ritenere i minori responsabili in conformità con le disposizioni della Legge Organica 5/2000, del 12 gennaio, che regola la responsabilità penale dei minori (LORRPM) fino ai 18 anni.

¹⁴ Inoltre, questa disposizione, oltre a conformarsi come norma che risponde al mandato dell'art. 39 CE, stabilisce un quadro normativo che garantisce ai minori una protezione uniforme in tutto il territorio spagnolo. Si veda, in questo senso, M.C Nuñez Zorrilla, *La nueva configuración del interés superior del menor*, cit., 83.

¹⁵ Nella legislazione che sviluppa i diritti fondamentali, solo l'art. 2.1 della Legge Organica 5/1985, del 19 giugno, sul Regime Elettorale Generale (LOREG) stabilisce un'esclusione implicita, stabilendo che il diritto di voto corrisponde agli spagnoli maggiorenni.

possiamo notare che i diritti della personalità e la libertà di informazione sono stati oggetto di un'attenzione preferenziale per quanto riguarda il loro esercizio su internet da parte dei minori¹⁶. E, sebbene il focus iniziale di questo approccio fosse essenzialmente protezionistico, esso si è andato modificando gradualmente per integrare la percezione dei minori come soggetti attivi ed emancipati nell'ambiente digitale¹⁷.

A questo punto, dobbiamo quindi porci delle domande più complesse, in relazione all'esercizio del diritto alla propria immagine, che possono essere così esemplificate.

- A che età un minore può dare il proprio consenso valido, corretto e insostituibile all'utilizzo della propria immagine sui network, per pubblicare le proprie foto o i propri video?

- Fino a quale età del minore i genitori possono sostituire tale consenso ed esporre il minore nelle reti? Sarebbe possibile proibire l'esposizione dei minori nelle reti pubbliche fino a quando non sono abbastanza maturi per dare il loro consenso?

- Se si stabilisce un'età specifica e universalmente valida di manifestazione propria del consenso, chi è il responsabile per verificare che questa età sia stata raggiunta, le imprese fornitrici di servizi o i genitori? E quali sarebbero le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di controllo?

- A partire da quale età si può esercitare il diritto alla cancellazione dell'identità digitale?

Il fatto che il legislatore non prenda in considerazione questo tipo di questioni ha a che vedere, in larga misura, con la difficoltà di distaccarsi da questa visione adulto-centrica del diritto, che considera il minore come un soggetto da tutelare, ma non come un soggetto in grado di prendere decisioni autonome in relazione all'esercizio dei diritti di cui è titolare, o come un individuo che può vedere i propri diritti minati da quelli che sono stabiliti dalla legge, il cui fine è quello di assicurare, almeno sulla carta, la tutela e la garanzia dei diritti stessi.

Nella legge organica sulla Tutela Giuridica del Minore (del 15 gennaio 1996), di modifica parziale del Codice civile e della Legge di procedura civile riformata sostanzialmente negli anni 2015 e 2021, è stata inclusa, dopo la prima delle due riforme, qualche indicazione interessante riguardo la relazione dei minori con gli ambienti digitali.

i) Riconoscendo il diritto all'informazione dei minori, si prevede l'obbligo delle Amministrazioni Pubbliche di sensibilizzare i minori sull'offerta culturale di internet e sulla difesa dei diritti del *copyright* (art. 5 LOPJM).

ii) Quando i minori sono sotto la tutela delle amministrazioni pubbliche (vale a dire, delle amministrazioni autonome che sono quelle che detengono le competenze in questo ambito), si prevede che queste amministrazioni stabiliscano le "misure educative e di supervisione che garantiscono la tutela dei dati personali del minore nel momento in cui accede alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e alle reti sociali".

Si spinge ancora oltre la recente Legge Organica 8/2021, del 4 giugno, sulla tutela integrale dell'infanzia e dell'adolescenza rispetto alla violenza (LOPIVI), che affronta la questione degli ambienti digitali dalle seguenti prospettive.

iii) Strumento da utilizzare al servizio dei fini della legge, in particolare per sensibilizzare al rifiuto e all'eliminazione di ogni tipo di violenza contro i bambini e gli adolescenti (artt. 3 a), 22 LOPIVI).

iv) Oggetto della formazione a diversi livelli. Da un lato, formazione specializzata per coloro che hanno un contatto abituale con i minori, con l'obiettivo di garantire un uso sicuro di internet (artt. 5.1.

¹⁶ Infatti, i primi lavori che, dal punto di vista teorico si svilupparono in Spagna in relazione ai rapporti dei minori con internet, ebbero per oggetto, da un lato la protezione dei minori nella loro condizione di potenziali vittime delle modalità di sfruttamento sessuale che si incominciavano a sviluppare attraverso diverse applicazioni e reti sociali, dall'altro la protezione dei diritti della personalità dei quali sono titolari i minori di età (onore, intimità e immagine propria). Molti autori pongono l'accento sul secondo di questi elementi, indipendentemente dalla gravità che presenta il primo tipo di situazione, data la difficoltà di cancellare la "identità digitale" e per il fatto che, nei casi di esposizione pubblica dei più piccoli, sono spesso i responsabili della loro tutela a incidere, limitandoli, sui diritti dei minori.

¹⁷ A tal riguardo, si veda J. Solé Resina, *Emancipación digital y potestad parental*, in J. Solé Resina, V. Almada Mozetic (coord.), *Protección de los menores en la era digital*, Vila Nova de Gaia, 2020.

c) e 45 LOPIVI); dall'altro, formazione per i minori in materia di diritti, di sicurezza e responsabilità digitali (artt. 33 e 45 LOPIVI); in terzo luogo, formazione e sostegno alle famiglie (art. 45.1 LOPIVI).

v) Oggetto della ricerca e dello scambio di informazioni tra il settore pubblico e il settore privato (art. 8 LOPIVI) o di diagnosi e controllo dei contenuti (art. 46 LOPIVI).

vi) Oggetto di controllo in quanto strumento di trasmissione di contenuti illeciti (artt. 19 e 52 LOPIVI e sesta disposizione finale, commi 12, 14, 23 e 32 LOPIVI, che riformano diverse disposizioni del Codice penale).

Tra questi due dettati normativi, la Legge organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali, riconosce l'obbligo di genitori, tutori, curatori o rappresentanti legali di proteggere i minori in riferimento all'utilizzo degli ambienti digitali, assicurando che ne facciano un uso appropriato e avvertendo che la diffusione di immagini o informazioni di minori sotto la loro tutela può comportare un'intromissione illecita nei diritti relativi alla personalità di questi ultimi (art. 84 LOPD); e, allo stesso modo, attribuisce obblighi di protezione dei dati dei minori su internet ai centri educativi e alle persone fisiche o giuridiche che svolgono attività alle quali partecipano minori (art. 92 LOPD).

Allo stesso tempo, la LOPD stabilisce l'obbligo del Governo, in collaborazione con le Comunità Autonome, di sviluppare politiche di promozione dei diritti digitali, includendo tra queste politiche misure educative che, sebbene non specificamente rivolte ai minori, dovrebbero comunque essere indirizzate a tale categoria di persone (art. 97 c) LOPD). Questa legge organica contiene il mandato di presentare al Congresso dei Deputati, entro un anno dalla sua entrata in vigore, un progetto di legge specificamente volto a garantire i diritti dei minori di fronte all'impatto di internet (Disposizione aggiuntiva 19° LOPD). Tuttavia, questa disciplina non ha avuto ancora seguito.

Ciò che appare evidente dalla breve descrizione normativa sopra riportata è che l'ordinamento giuridico attenua progressivamente la prospettiva adulto-centrica al fine di definire uno specifico regime giuridico del minore utente di internet, definendo i diritti e le proprie politiche pubbliche. Tuttavia, la visione protezionista è ancora così presente che il sistema di garanzie non va di pari passo con il riconoscimento materiale del suddetto regime giuridico. A tale riflessione è dedicato il paragrafo seguente.

3. Potenziamento del sistema di garanzie vs. il consolidamento delle barriere di accesso agli ambienti digitali

Internet si evolve ad una velocità vertiginosa: il 1983 è l'anno che segna l'inizio di "Internet" come strumento di lavoro interno al Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti; nel 1991 e nel 1992 è stato aperto agli utenti e c'erano circa cinquanta siti web pubblici; nel corso degli anni 1990 sono stati pubblicati i primi lavori giuridici che analizzavano i legami tra diritto e internet. Nel 2004 è stato creato Facebook; nel 2006, Twitter; Whatsapp nel 2009 e Instagram l'anno successivo; Tiktok, nella sua versione cinese (chiamata Douyin), è stato lanciato nel 2016; infine, con l'arrivo della pandemia da COVID-19, le applicazioni di e-learning sono proliferate, diventando uno strumento di teledidattica per milioni di minori (e adulti) in tutto il mondo.

In meno di quarant'anni, dunque, si è sviluppato un mondo virtuale in cui si svolgono attività che comportano l'esercizio di diritti (fondamentali e soggettivi) o che possono comportare interferenze illegittime nell'esercizio dei diritti. L'accesso dei minori a questo universo è praticamente globale se parliamo di adolescenti (dai 16 anni in su) e in percentuali molto alte se parliamo di bambini più piccoli. Questo mondo virtuale, questo spazio e tempo in cui le persone (molte delle quali minorenni) interagiscono, non appartiene a uno Stato, né è controllato dallo Stato o da altre organizzazioni inter o transnazionali che esercitano il potere pubblico, cosicché le relazioni di potere e l'esercizio dei diritti che si sviluppano in questo contesto operano secondo dinamiche estranee a quelle tipiche dello Stato di diritto.

L'evoluzione di queste dinamiche, gli ambienti in cui si producono, le applicazioni che ne consentono lo sviluppo, agiscono secondo un modello di crescita esponenziale, che si è accentuato negli ultimi anni. Esistono più scenari di interazione e ci sono più utenti. Questi ultimi sono sempre più giovani. E gli Stati non sono in grado di assumere il controllo giuridico di questi ambienti, perché si tratta, in un'alta percentuale di casi, di media imprenditoriali.

Per questo motivo, quando pensiamo a come garantire il corretto esercizio dei diritti dei minori negli ambienti digitali, possiamo classificare le opzioni normative in due grandi gruppi, che non necessariamente si escludono a vicenda.

a) Da un lato, si può prendere in considerazione la necessità di stabilire barriere di accesso dei minori all'uso di determinate risorse digitali, ma, tenendo conto che la proprietà di queste risorse è privata, sarebbe necessaria la collaborazione delle società che le gestiscono.

Per il momento, la velocità dell'evoluzione dello scenario su cui dovrebbe agire una legge che reagisce troppo lentamente (rispetto alle necessità) giustifica che parte della dottrina sostenga l'autoregolamentazione o la co-regolamentazione¹⁸. Non si tratta di un intervento obbligatorio nelle aziende, né dell'imposizione di regole per proteggere i minori o semplicemente per garantire l'autonomia dei minori quando agiscono online.

Il fatto è che anche queste opzioni non sono in grado di tenere il passo con la progressione delle dinamiche degli ambienti digitali, delle reti sociali, delle applicazioni che facilitano tutti i tipi di servizi, dell'economia elettronica, etc. Sarebbe quasi necessario che ogni azienda che sviluppa un'applicazione avesse un proprio sistema di autoregolamentazione, ma ciò non è né possibile, né rispettoso di un principio minimo di certezza del diritto. È quindi necessario iniziare a pensare a una normativa di applicazione generale che garantisca la libera prestazione di un servizio che, nella misura in cui può interferire con l'esercizio dei diritti fondamentali o dei diritti soggettivi, sia comunque rispettoso di essi. Tuttavia, questa opzione – al di là delle considerazioni relative all'effettiva possibilità di realizzare questo controllo senza incrociare i dati con i registri pubblici che permettono di certificare in modo affidabile l'età – è la più complessa da mettere in pratica nel breve periodo, perché siamo a un punto di non ritorno per quanto riguarda l'utilizzo delle reti e degli ambienti digitali da parte dei giovani. A indicarlo è anche l'indagine dell'Istituto spagnolo di statistica (INE) su "Dotazione e Uso delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione nelle Famiglie" per l'anno 2021¹⁹. Negli ultimi dieci anni l'uso di internet è aumentato dal 69,5% al 93,9%, l'uso quotidiano di internet dal 49,8% all'85,8% e il numero di acquirenti in rete dal 21,7% al 55,2%. L'indagine afferma inoltre che le persone di età compresa tra i 16 e i 24 anni utilizzano il telefono cellulare in una proporzione vicina al 100% (99,7%), sempre con una connessione a internet, sicché è questa la fascia d'età che utilizza maggiormente internet su base giornaliera, insieme alla terza fascia d'età che effettua il maggior numero di acquisti online: dopo le fasce d'età tra i 25 e i 34 anni (74,3%) e tra i 35 e i 44 anni (68,7%); il che, tenendo conto del loro potere d'acquisto, è estremamente significativo.

Nelle statistiche appaiono anche come la fascia d'età che si protegge di più, questione questa che si misura nel numero di azioni intraprese per gestire l'accesso all'informazione personale su internet (mentre la media indica che il 75,9% degli intervistati intraprende qualche tipo di azione per proteggersi, in questa fascia d'età la percentuale sale sino all'89,4%). Per quanto riguarda la generazione più giovane (fascia d'età compresa tra i 10 e i 15 anni), l'uso di internet si attesta in media al 95%, aumentando con l'età, ma non scendendo al di sotto dell'89,7% di utenti di internet all'età di 10 anni, con una media di un telefono ogni cinque bambini in questa fascia d'età (il 21,6% dei bambini di 10 anni possiede un telefono cellulare, salendo questa percentuale al 96,3% all'età di 15 anni).

Pertanto, l'uso di internet tra gli adolescenti e i giovani è quasi universale; la loro autoprotezione è abbastanza elevata rispetto al resto delle fasce d'età e la loro fiducia nelle reti è la più alta di tutte (il 62,6% ha un grado di fiducia abbastanza elevato in internet e il 5,9% ha un grado di fiducia elevato).

¹⁸ M. Palop Belloch, *Autorregulación de los prestadores de servicio de la información*, in *Dereito*, 28/2019, 263.

¹⁹ I dati dell'indagine sono disponibili in rete sul sito ufficiale dell'INE.

Come si potrebbe sottoporre quest'intera popolazione a un controllo a posteriori che subordini il proprio accesso a determinate risorse digitali alla concessione del consenso, che deve essere necessariamente informato e che i minori hanno dato a suo tempo, probabilmente attraverso l'intermediazione dei genitori o dei tutori, senza la minima verifica di veridicità? Per esempio, si potrebbero espellere da Tiktok tutti i minori di 13 anni, così come previsto dal suo regolamento, se avessero mentito al momento della registrazione all'app, se fosse stato loro richiesto di fornire il numero del documento di riconoscimento? Come si può verificare che questo numero corrisponda ad un minore? E come impedire che tale minore utilizzi un account creato da un maggiorenne? In effetti, domande molto simili potrebbero essere poste ai futuri utenti, ma forse si potrebbe proporre al riguardo un efficiente sistema di controllo degli accessi. Quello che è più difficile immaginare è un sistema ragionevolmente efficace.

b) Se, prima di tentare una disciplina, si ipotizza una sconfitta in termini di controllo sugli accessi o sulla permanenza, e anche se si lavorasse in questo senso, sarebbe necessario rafforzare i meccanismi di garanzia dei diritti a disposizione dei minori. Ciò consentirebbe una riflessione sull'accesso ai meccanismi di garanzia non giurisdizionali e, naturalmente, una specifica attenzione sulla necessità di migliorare l'accessibilità ai meccanismi di protezione giurisdizionali.

Sebbene i bambini e gli adolescenti siano titolari del diritto a un'effettiva tutela giurisdizionale (art. 24 CE), unitamente a tutte le facoltà associate a questo diritto, tuttavia essi non si vedono riconosciuta la capacità processuale necessaria per agire in un procedimento giurisdizionale e ciò, in pratica, può diventare un ostacolo per l'accesso al sistema di garanzie e, indirettamente, un limite al pieno godimento dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

La mancanza di capacità processuale dei minori non emancipati è solitamente supplita da chi ne detiene la rappresentanza legale, che, nella maggior parte dei casi, è associata a chi ne detiene la tutela, ossia i loro genitori, i tutori o i curatori di fatto²⁰. Nei casi di abbandono, saranno le amministrazioni pubbliche²¹ o le organizzazioni del terzo settore a cui è stata assegnata la tutela o la custodia a ricoprire questo ruolo (art. 7.1 della Legge 1/2000, del 7 gennaio, di Procedura Civile).

Nei casi in cui il minore sia sufficientemente maturo per esprimere la propria opinione e se gli interessi del bambino o della bambina non coincidono con quelli dei genitori, dei tutori o dei curatori, l'art. 8 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 7 gennaio 2000 (LECiv), prevede la nomina di un difensore legale che rappresenti in giudizio gli interessi del minore. La stessa disposizione è contenuta nell'art. 10.1 LOPJM che, accogliendo il diritto dei minori ad un'effettiva tutela giurisdizionale, dispone che essi possano richiedere l'assistenza legale e la nomina di un difensore per poter intraprendere, in tal caso, le necessarie azioni giudiziarie e amministrative finalizzate alla protezione e alla difesa dei loro diritti e interessi. Un difensore che non è necessariamente un avvocato, dovendosi distinguere chiaramente tra l'istituzione del tutore legale e l'assistenza legale (avvocato) o la rappresentanza processuale in senso stretto (procuratore). A sua volta, l'art. 18 della Legge 29/1998, del 13 luglio, che regola la giurisdizione del contenzioso amministrativo (LRJCA), stabilisce che detengono la capacità processuale "dinanzi all'ordine giurisdizionale del contenzioso amministrativo, oltre alle persone che ne

²⁰ Questo caso, particolarmente raro, si rinviene nel ricorso di amparo risolto dalla STC 221/2002, del 25 novembre, che ammette la legittimazione dei tutori di fatto dei minori a ricorrere in amparo contro una decisione giudiziaria che ritengono lesiva dei diritti fondamentali del minore di cui sono responsabili.

²¹ È il caso, invece, anch'esso del tutto eccezionale, emerso nella STC 260/1994, del 3 ottobre, che ha respinto diversi ricorsi di amparo presentati dalla *Generalitat* di Catalogna, in qualità di ente tutore di 24 minori, la cui tutela era stata revocata a diverse famiglie membri della comunità religiosa "Figli di Dio", per non aver scolarizzato i minori in centri autorizzati e averli formati all'interno del gruppo religioso. Una volta che la tutela è stata restituita ai genitori per ordine dell'autorità giudiziaria, la *Generalitat* si è rivolta al Tribunale per difendere gli interessi dei bambini e il loro diritto fondamentale a ricevere un'istruzione completa, sostenendo che i bambini non erano legittimati e che, poiché gli interessi dei genitori erano opposti a quelli dei bambini, era l'amministrazione a dover agire per conto di questi ultimi. Il Tribunale, in questo caso, tenendo conto del diritto invocato (art. 27 CE), ha ritenuto che la *Generalitat* possa garantire il rispetto del diritto fondamentale in un altro modo, senza la necessità di revocare la tutela dei bambini ai genitori. In questo caso, è l'Amministrazione che assume la difesa degli interessi dei minori contro quelli dei genitori, ma il Tribunale ritiene, implicitamente, che il modo scelto per difendere tali interessi non è stato il più appropriato.

sono titolari ai sensi della Legge di procedura civile, anche i minori d'età ai fini della difesa di quelli che sono i loro diritti ed interessi legittimi, la cui attuazione è consentita dall'ordinamento senza necessità di assistenza da parte di chi esercita la potestà genitoriale, la tutela o la curatela". Pertanto, anche se i loro genitori, tutori o rappresentanti legali possono presentarsi davanti ai Tribunali in difesa degli interessi del minore e in sua rappresentanza, questa attivazione dei meccanismi di garanzia dei diritti sarà adeguata solo quando gli interessi dei minori coincidano con gli stessi di quelli che hanno la loro rappresentanza processuale. Se esiste una divergenza di interessi, l'accesso dei bambini, delle bambine e degli adolescenti si complica oltremodo, nonostante esistano meccanismi legali che prevedono questa eventualità e a cui si è già fatto riferimento. Questi meccanismi, nella pratica, sono scarsamente utilizzati, perché esigono una conoscenza che i minori non sono soliti possedere o un ruolo proattivo da parte delle Amministrazioni pubbliche e del Pubblico Ministero, che di solito non si realizza.

Inoltre, è necessario concepire le politiche per l'infanzia come politiche per la promozione e lo sviluppo dei diritti fondamentali dei minori e come implementazione degli obblighi positivi degli Stati a garanzia dei diritti, perché altrimenti assoceremo i diritti dei minori ai diritti di prestazione, e non come diritti di libertà in senso stretto, quali effettivamente sono. I minori non possono godere del pieno esercizio dei loro diritti senza azioni specifiche che consentano loro di superare situazioni di vulnerabilità. Tra queste azioni è essenziale prestare attenzione alla promozione di meccanismi specifici per la difesa e la tutela dei diritti. L'art. 14 della LOPIVI riconosce il diritto all'assistenza legale gratuita per i minori nell'ambito di determinati procedimenti e la LOPJM (art. 10.2.e) prevede la possibilità di nominare un difensore legale a favore del minore "per intraprendere le azioni giudiziarie e amministrative necessarie, finalizzate a proteggere e difendere i loro diritti ed interessi". Da un altro punto di vista, la modifica delle norme procedurali o sostanziali contribuisce, al fine di contemplare le peculiarità legate all'infanzia, anche a migliorare il pieno godimento dei diritti dei bambini e delle bambine (si veda il caso dei nuovi articoli 109 bis, 110 o 132 del Codice penale spagnolo).

4. Rafforzamento dei meccanismi di protezione e rafforzamento della autonomia

Il rafforzamento dell'autonomia passa attraverso il riconoscimento della capacità di gestire i diritti di cui si è titolari ed eventualmente di definirne i limiti. La formula per riconoscere questa capacità deve essere la valutazione della maturità (del minore), che non può essere presupposta, nonostante la formula più comune sia la determinazione dell'età, segnata dal determinante biologico della data di nascita, che presuppone un certo grado di maturità dei minori così da acconsentire, ad esempio, all'uso di certe applicazioni o all'accesso a determinati contenuti.

La maturità e la conoscenza, tuttavia, non sono necessariamente collegate sempre all'età, anche se questa è un indicatore oggettivo. Inoltre, i fornitori di servizi (digitali) non attivano meccanismi efficaci per verificare che l'età dichiarata dall'utente sia realmente la sua età biologica.

In larga misura, la protezione e l'autonomia finiscono per dipendere dalla capacità di controllo e dal margine di azione che i genitori consentono ai minori o dalla capacità dei minori di sottrarsi al controllo dei genitori. In realtà, non si tratta di nulla di nuovo rispetto ad altri ambiti della vita dei bambini e degli adolescenti; con la differenza che, in questo caso, le conseguenze di un uso inappropriato degli ambienti digitali possono non solo compromettere i diritti di terzi, ma anche l'eventuale violazione dei diritti dell'utente minore.

L'impatto, ad esempio, sul diritto all'onore o alla *privacy* dei bambini è stato studiato a fondo da un cospicuo numero di autori²². Questo è l'esempio paradigmatico della necessità di regolare adeguatamente la prestazione del consenso. L'art. 3.1 della Legge Organica 1/1982, del 5 maggio, sulla protezione civile del diritto all'onore, alla *privacy* personale e familiare e alla propria immagine (approvata quando internet non esisteva ancora), stabilisce che "il consenso dei minori e degli incapaci dovrà essere dato dagli stessi se le loro condizioni di maturità lo consentono, in conformità

²² Tra tutti, Jordá Capitán *et al.*, *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, Madrid, 2012.

con la legislazione civile". Questa legge, indubbiamente obsoleta e basata su una concezione dei diritti della personalità non più valida né per i minori, né per gli adulti, ammette la possibilità che i minori maturi possano acconsentire ad eventuali limitazioni o concessioni dei diritti della personalità. Ciò potrebbe valere, ad esempio, per l'uso dei *social network*. Tuttavia, questa norma non ci fornisce indicazioni per valutare il grado di maturità, né per standardizzarlo, né attribuisce alle persone giuridiche-private – che controllano la fornitura dei servizi di informazioni o la creazione di forum per lo scambio di idee – alcuna responsabilità nella valutazione di tale maturità. Allo stesso modo, neppure fornisce ai genitori del minore gli strumenti per agire quando il minore consenziente opera contro i propri interessi.

È vero, tuttavia, che l'articolo 4.2 LOPJM migliora la situazione quando stabilisce che "la diffusione di informazioni o l'utilizzazione di immagini o nomi di minori nei mezzi di comunicazione che possano implicare un'illegittima violazione della loro privacy, del loro onore o della loro reputazione, contraria ai loro interessi, determinerà l'intervento del Pubblico Ministero, che richiederà immediatamente le misure cautelari e protettive previste dalla Legge e chiederà il corrispondente risarcimento dei danni causati". Nella pratica, però, il ricorso a questo rimedio è molto scarso; il regime di responsabilità civile per danni richiede il ricorso o alla obsoleta LO 1/1982, o alla Legge 34/2002, dell'11 luglio, sui servizi della società dell'informazione e del commercio elettronico, che si limita a chiedere che le amministrazioni pubbliche promuovano codici di condotta volontari da parte di società, associazioni o organizzazioni commerciali, professionali e di consumatori, che tengano conto della tutela dei minori (art. 18). Però, in quest'ultima disposizione non si dice nulla sul consenso dei minori che permetta di capire che esiste un regime applicabile diverso da quello previsto dall'art. 1.262 del Codice civile.

Ancora una volta, ci troviamo di fronte all'idea di autoregolamentazione o co-regolamentazione alla quale si è prima fatto riferimento. Ciò, però, pone l'utente, minore d'età, in una posizione di notevole subordinazione rispetto alle aziende che forniscono i servizi. Il conflitto giuridico con queste ultime, data l'esistenza di un consenso formale come quello che si richiede per accedere come utente agli ambienti digitali, è una contrapposizione destinata, molto probabilmente, al fallimento. Con o senza riferimento ad un codice di condotta.

Per questo motivo, sarebbe necessario lavorare o sulla definizione di uno standard unificato che applichi una presunzione sull'età del consenso, basata su uno stretto criterio cronologico, o sulla definizione appropriata del grado di maturità necessario a dare il consenso da parte dei bambini e degli adolescenti, comprendendo che un grado sufficiente di maturità "implica la conoscenza del contenuto dei diritti che vengono esercitati, oltre che degli effetti e delle conseguenze di questo esercizio"²³.

Nell'ordinamento spagnolo sembra potersi applicare un criterio misto. Così come afferma Cadenas Osuna, "sebbene per alcuni atti tanto il CC, quanto le diverse leggi speciali stabiliscano età specifiche a partire dalle quali si presume *iuris tantum* che il minore abbia la maturità sufficiente per compierli ("scala legale delle età"), rispetto ad altri atti, invece, bisogna valutare nello specifico se il minore ha il grado di maturità necessario per realizzarli (es.: gli atti relativi ai diritti della personalità, ex art. 162.1º CC), il tutto tenendo come punto di partenza il diciottesimo anno, che implica l'inizio della maggiore età". Tuttavia, continua ad esistere una lacuna per quanto riguarda gli strumenti di valutazione della maturità. Nell'ambito del consenso per i trattamenti medici, è stata sviluppata la teoria della competenza di Gillick²⁴, che richiede una valutazione della capacità del minore di comprendere le conseguenze delle sue decisioni quando dà il consenso a eseguire o a opporsi a un trattamento medico.

²³ J. Alventosa Del Río, *El derecho a la autonomía de los pacientes*, in A. Cabanillas Sánchez *et al.* (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Madrid, 2003, p. 197.

²⁴ Sentenza della House of Lords del 17 ottobre del 1985 in *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1986] 1 A.C. 112. Questa decisione è analizzata dettagliatamente in D. Cadenas Osuna, *El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la Reforma de 2015 estudio comparado con el common law*, in *Anuario de derecho civil*, 71-3/2018, p. 789 ss.

Si dovrebbe considerare se una prova di maturità simile possa essere applicata all'uso degli ambienti digitali, valutando se il minore comprende le conseguenze delle sue decisioni di interagire in rete, di esporre la propria privacy, di fare uso della propria libertà di espressione o di utilizzare determinate applicazioni. Se si ipotizza che sia possibile valutare la maturità, ad esempio prima della decisione di assumere contraccettivi, allora si dovrebbe ipotizzare che è possibile valutare – ovviamente con altri strumenti metodologici – anche la maturità di una persona ad agire come soggetto autonomo nell'ambiente digitale.

Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche in riferimento al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di essi²⁵, prevede un modello di consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione.

Così, per quanto riguarda il trattamento dei dati e il rilascio della loro autorizzazione, il Regolamento considera lecito il consenso a partire dai 16 anni, cioè una barriera oggettiva che presuppone una maturità sufficiente per concedere tale consenso. Tuttavia, se il minore ha meno di 16 anni, il trattamento dei dati “sarà considerato lecito se il consenso sia dato o autorizzato dal titolare dell'autorità genitoriale o della tutela sul minore, e solo nella misura in cui sia stato dato o autorizzato”. In altre parole, non è consentito il rilascio del consenso al di sotto di tale età, a meno che, come autorizza il Regolamento, lo Stato membro non abbia stabilito un'età inferiore tra i 13 e i 16 anni. In Spagna esiste una disposizione che fissa l'età del consenso ai 14 anni, ai sensi dell'art. 7 della Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali.²⁶

Fissando un'età oggettiva, si articola un principio di presunzione di maturità che non sembra ammettere eccezioni, né nel senso di riconoscere la capacità del consenso ad un bambino di 13 anni, né nel senso di limitare tale capacità ad uno di 15 che non sia sufficientemente maturo. E, soprattutto, stabilendo la presunzione *iuris et de iure*, il fornitore di servizi è sollevato dalla quasi totale responsabilità in questo ambito.

L'art. 7, par. 2, del Regolamento UE prevede che il responsabile del trattamento compia sforzi ragionevoli per verificare, in caso di consenso dei genitori per conto del minore, che tale consenso sia stato dato o autorizzato dal titolare della patria potestà o della tutela sul minore, tenendo conto della tecnologia disponibile. Ma quale sia questo “ragionevole sforzo di verifica”, a quanto pare, è lasciato alla decisione del fornitore del servizio, poiché non viene citato nulla al riguardo. Di nuovo si ritorna all'idea della autoregolamentazione. Di nuovo si registra uno spazio eccessivo senza controllo.²⁷

5. Sintesi

È necessario rivedere l'approccio con cui si analizza la vulnerabilità dei bambini e degli adolescenti negli ambienti digitali.

La vulnerabilità dei minori non si misura in funzione delle difficoltà di accesso all'esercizio dei diritti, né in termini di divario digitale, né in termini di accesso agli strumenti digitali. Si valuta in termini di povertà, di deficit educativi di ogni tipo, si calibra in termini di maggiore o minore capacità mediatica e di controllo dell'uso degli strumenti digitali da parte dei genitori o di chi ne fa le veci, oltre

²⁵ Questo regolamento abroga la Direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati); così come la Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 Aprile 2016 – relativa alla protezione delle persone fisiche per ciò che si riferisce al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti con il fine di prevenzione, investigazione, detenzione o perseguimento di reati penali o di esecuzione di condanne penali e alla libera circolazione di detti dati – abroga la Decisione Quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

²⁶ La norma lascia la porta aperta al carattere eccezionale di questa età, nelle “situazioni in cui la legge esige l'assistenza dei titolari della patria potestà o la tutela per la celebrazione dell'atto o del negozio giuridico al cui interno si chiede il consenso per il trattamento”.

²⁷ Sul controllo dei fornitori dei servizi, A. Moreno Bobadilla, *Intimidación y Menores*, Madrid, Centro de Estudios. Políticos y Constitucionales, 2017, in particolare p. 195.

a valutarsi in funzione della capacità di formazione di un consenso libero ed informato (e quindi di maturità).

Da questo punto di vista, la legislazione è estremamente carente e poco utile. Essa stabilisce una barriera oggettiva ai 14 anni per il trasferimento dei dati e il regime generale della contrattazione civilistica in tutti gli altri casi, senza tenere conto della maturità specifica di ciascun minore, il che impedisce di valutare l'interesse superiore del bambino che, invece, deve sempre basarsi su una valutazione individualizzata, sollevando, peraltro, i fornitori dei servizi da qualsiasi obbligo.

Si parte dalla presunzione di una autoregolamentazione da parte delle aziende, ma questa è chiaramente insufficiente, sia per quanto riguarda la fissazione dei limiti di età cronologicamente oggettivi – perché molte applicazioni non rispettano nemmeno l'età dei 14 anni previsti dalla legislazione nazionale –, sia per quanto riguarda il controllo della veridicità dei dati offerti quando una persona accede ai servizi, in quanto possono verificarsi casi di falsa dichiarazione dell'età oggettiva, o casi di utilizzo di dati dei genitori senza che esista una loro reale autorizzazione. Il sistema è basato sull'esistenza di un consenso liberamente concesso, senza attivare le possibilità tecniche esistenti per verificare chi si cela dietro la richiesta del consenso, nonché il reale grado di maturità della persona che, in forma reale o figurata, sta prestando il consenso.

Un sistema di valutazione del grado di maturità circa l'uso delle risorse digitali sarebbe relativamente semplice e consentirebbe di adattare meglio i servizi all'interesse superiore del minore, oltre a garantire che quest'ultimo, o l'adulto in sua rappresentanza, siano pienamente consapevoli, assumendosene il rischio, che l'uso di determinate applicazioni presuppone un'interferenza con i propri diritti. Un semplice test, che richieda un'attenta lettura di questi rischi o delle regole di utilizzo, potrebbe essere sufficiente, e l'unico inconveniente si misurerebbe in termini di tempo necessario per installare o iniziare a utilizzare un programma. Si tratta di un sacrificio certamente accettabile se si tiene conto della necessità di rafforzare il sistema di garanzie per la tutela dei diritti dei minori.

Sono quindi dell'opinione che sia migliore un modello di tutela che controlli l'accesso ai servizi basandosi sul sistema, quando possibile, di concessione del consenso del minore, senza la necessità di intermediazione dei genitori, e che permetta di valutare il grado di maturità dell'individuo, tenendo presente l'idea che la ricerca dell'interesse superiore del minore può rendere opportuno, in molti casi, un accesso anticipato e, in altri, un accesso ritardato, a seconda delle circostanze personali, del grado di conoscenza e della capacità di discernimento del bambino o dell'adolescente che sceglie di accedere agli ambienti digitali.

Nei casi in cui l'accesso si sia già realizzato e si verifichi la lesione dei diritti del minore in questi ambienti, è necessario assicurare meccanismi di garanzia extra-giurisdizionali o giurisdizionali veloci ed efficaci, nei quali si ascolti il minore come requisito *sine qua non*, così da individuare l'interesse superiore dello stesso nel processo di risoluzione della controversia. L'efficacia di questi procedimenti assicurerebbe l'autonomia del bambino o dell'adolescente rispetto agli interessi di coloro che si sostituiscono alla sua incapacità di agire, di modo che, in caso di interessi contrastanti per qualsiasi motivo, gli interessi del minore non siano mai subordinati a quelli degli adulti che, in questi casi, anche in qualità di tutori e genitori, possono occupare la posizione di soggetti attivi della limitazione dei diritti dei minori. Tutto ciò potrebbe avvenire, per esempio, esponendo la loro immagine da parte degli adulti sulle reti social, o utilizzando i minori in attività commerciali sulla rete senza essere soggetti al regime generale che limita la partecipazione dei minori alle attività commerciali o a quelle che comportano un certo ritorno economico.²⁸

La protezione dei minori richiede anche un'adeguata valutazione del rischio a cui sono esposti su internet, che accerti se sono proprio i minori a rappresentare un rischio per sé stessi, nel qual caso dovrebbe essere presa in considerazione una modulazione dell'autonomia riconosciuta a queste persone, tenendo conto: se il rischio risiede nei fornitori che non realizzano un adeguato controllo o filtro d'accesso ai minori per determinati servizi; se il rischio è in capo a chi possiede la potestà genitoriale

²⁸ Sul rendimento economico dell'attività infantile-giovanile in rete, C. Florit Fernández, *Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet*, in *Actualidad civil*, 2/2021.

sui bambini e sulle bambine, perché sono proprio queste persone ad utilizzare l'immagine dei minori, ad esempio, senza tenere conto dell'identità digitale o dell'impossibilità di prestare o meno il consenso per queste attività da parte dei minori; oppure se il rischio proviene da utenti terzi, adulti o minori, che devono essere controllati da chi fornisce il servizio o, eventualmente, dalle autorità pubbliche.

Abstract

Il contributo si articola intorno ad alcune idee fondamentali, quali: il sistema di garanzia del diritto dei bambini e delle bambine in internet è basato su una prospettiva adulto-centrica del regime giuridico dei minori che è necessario riformare; il rafforzamento del sistema di garanzia non può basarsi su una restrizione dell'accesso dei minori agli ambienti digitali; la vulnerabilità dei bambini, delle bambine e degli adolescenti richiede un sistema di protezione che, in modo inadeguato, non limiti l'autonomia dei bambini utenti di internet; la previsione di un modello di protezione dei diritti dei minori in internet deve passare per un processo di elaborazione normativo partecipato dai minori.

Parole chiave: ambiente digitale, minori, garanzie

*

The paper is structured around some fundamental ideas, which are as follows the guarantee system of children's rights on the Internet is based on an adult-centric perspective of the legal regime of minors that needs to be reformed; the strengthening of the guarantee system cannot be based on a restriction of minors' access to digital environments; the vulnerability of children, girls and adolescents requires a protection system that, inadequately, does not restrict the autonomy of children Internet users; the provision of a model of protection of children's rights on the Internet must go through a process of normative elaboration participated by minors.

Keywords: digital environment, minors, protections

Il diritto fondamentale alla salute e la digitalizzazione dei servizi sanitari nell'epoca della pandemia: una prospettiva multilivello

Roberto MICCÙ*

Sommario: 1. Introduzione 1.1. I punti centrali della proposta della Commissione 1.2. Trasformazione digitale: opportunità e sfide 1.3. Il digital single market al centro dell'evoluzione della società digitale 1.4. Gli esseri umani al centro della trasformazione digitale 1.5. La sorveglianza democratica sulla società digitale 1.6. Una dichiarazione "politica", ma di peso 1.7. Recuperare il gap UE nel digitale: pregi e limiti della strategia Ue 1.8. Conclusioni 2. La crescita multifattoriale dell'e-Health e le indicazioni metodologiche da essa sussumibili 3. Digitalizzazione sanitaria e principio solidaristico in un contesto multilivello 4. ... e le ricadute prospettive 4.1. La natura anche sociale del dato sanitario nel quadro normativo sulla privacy 4.2. La digitalizzazione sanitaria e la condivisione dei rischi sanitari tra gli Stati membri 4.3. Il possibile impatto del coordinamento europeo nella digitalizzazione sanitaria sulla ripartizione delle competenze verticali tra Stato e Unione Europea 4.4. La compatibilità tra implementazione delle infrastrutture digitali sanitarie e i principi di coesione e di non discriminazione territoriale

1. Introduzione

L'emergenza sanitaria, determinata dal diffondersi del virus SARS-COV-2, ha provocato, tra gli altri effetti, una accelerazione di quei processi, in atto da diversi anni, di "digitalizzazione" o "telematizzazione" della tutela della salute, come diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività (come recita l'art. 32 Cost. it.).

La digitalizzazione della salute consiste non solo nell'esigenza di garantire lo svolgimento di alcune attività sanitarie, unitamente all'esigenza di rispettare il distanziamento fisico tra le persone, ma soprattutto si tratta di inquadrare il tema dell'*e-Health* nel più pregnante campo della tutela del diritto alla salute sul piano sostanziale e valoriale, nei termini di una nuova e diversa configurazione del *Welfare* 'nella' e 'per' la società europea. La stessa importanza e il potenziale di innovazione della "telemedicina" ha visto nella pandemia da Covid-19 enormemente ampliarsi il proprio spazio e la propria legittimazione nell'ambito del più ampio campo della "salute telematica" ovvero, più specificamente, della "sanità digitale" (e-Health).

Le principali tematiche collegate alle innovazioni nella salute digitale, da ricomprendere in una rilettura dello stesso art. 32 Cost., sono numerose e complesse, concernendo non soltanto profili di tipo scientifico e di programmazione di specifici investimenti nel settore, ma anche di tipo giuridico e strettamente costituzionale. Fra queste ultime vanno annoverate, ad es., la questione della compatibilità della telemedicina con le fondamentali dimensioni della relazionalità del diritto alla salute e della personalità della prestazione erogata dal personale sanitario; la garanzia della tutela dei diritti fondamentali del paziente, tra cui la tutela del diritto all'autodeterminazione, che trova nel consenso informato, ove sia previsto come necessario, la sua espressione; la garanzia di un accesso equo – non condizionato dalla disponibilità e/o accessibilità delle tecnologie stesse – alle cure telematiche; infine, la tutela della riservatezza del paziente nei processi tecnologici di trasmissione e condivisione di dati sensibili.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza".

Su alcuni di questi aspetti si è concentrato anche lo sforzo della recente proposta della Commissione Europea del 26 gennaio 2022¹.

1.1. I punti centrali della proposta della Commissione

Volendo riassumere ora i punti centrali della dichiarazione proposta dalla Commissione, giova dire che essi riguardano:

- la riaffermata centralità della persona umana, meritevole di tutela ancor maggiore nella società digitale;
- la necessità di operare in modo che la tecnologia unisca, e non divida, le persone e i gruppi sociali;
- la necessità di assicurare che l'ambiente online sia equo e ispirato a principi di giustizia e legalità;
- il bisogno che le persone siano protette anche nella realtà online da contenuti illeciti o dannosi;
- l'obbligo, in conformità coi principi di protezione dei dati personali, di assicurare sempre alle persone interessate il controllo sui dati personali che le riguardano;
- l'impegno a garantire la sicurezza del mondo online sia ai giovani che agli anziani, trapassando quindi anche gli aspetti generazionali che possono limitare le competenze individuali;
- l'adeguata garanzia della sostenibilità ambientale anche del mondo on-line e quindi delle nuove tecnologie digitali e dei trattamenti di dati che le caratterizzano.

Ovviamente, la proposta riguarda una Dichiarazione sottoposta contemporaneamente al Parlamento e al Consiglio.

1.2. Trasformazione digitale: opportunità e sfide

Come è chiarito nel Preambolo della Proposta, la Commissione muove dalla consapevolezza che la trasformazione digitale riguarda tutti gli aspetti della vita dei popoli e offre grandi opportunità per una migliore qualità della vita, dell'innovazione, della crescita economica e della sostenibilità dell'evoluzione tecnologica ma, allo stesso tempo, presenta nuove sfide per le strutture, la sicurezza e la stabilità delle nostre società e delle nostre economie.

Per questo, secondo la Commissione, è venuto il momento, per l'Unione Europea, di precisare e specificare come i valori e i diritti fondamentali dell'Unione debbano essere tutelati anche nel mondo on line (cfr. punto 1 del Preambolo).

1.3. Il digital single market al centro dell'evoluzione della società digitale

Richiamati i principali documenti con i quali il Parlamento europeo ha chiesto nel tempo di garantire che l'approccio all'evoluzione digitale garantisca il rispetto dei principi di inclusività e non discriminazione delle nuove tecnologie insieme con il rispetto della "net neutrality", e ricordate la Dichiarazione di Tallin sull'e-Government e quella di Berlino "on Digital Society and Value-based Digital Government" e ricordato che il Parlamento europeo ha già chiesto, con la Dichiarazione di Lisbona "Digital Democracy with a Purpose", che l'evoluzione della società digitale avvenga in modo da costruire un ecosistema digitale che avesse al centro il "Digital Single Market" e che il Consiglio ha anche chiesto che la transizione digitale avvenga con tecnologie che supportino il bisogno di proteggere l'ambiente e tutelare il clima (cfr. punto 2 del Preambolo), la Commissione sottolinea che la transizione digitale deve mettere al centro le persone e rafforzare le opportunità degli individui e di attività di business innovative. La Commissione ricorda inoltre di aver recentemente presentato la proposta di una Decisione per un "Path to Digital Decade" che indica un set di obiettivi concreti organizzati intorno a quattro temi forti quali gli skills digitali, le infrastrutture digitali, la digitalizzazione delle relazioni di affari e dei servizi pubblici, che possono, tutti insieme, aiutare a raggiungere l'obiettivo.

¹ COM(2022) 27 final., "relativa alla definizione di una dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali".

Aggiunge ancora la Commissione che la strada dell'Unione per la trasformazione digitale della società europea deve comprendere l'attenzione e la tutela della sovranità digitale, dell'inclusione, dell'eguaglianza, della fiducia, della sostenibilità, della resilienza, della sicurezza, della fiducia, della qualità della vita, del rispetto dei diritti e delle aspirazioni della gente e deve contribuire alla costruzione di una economia e società europea dinamica, efficiente nell'uso delle risorse e leale (Punto 4 del Preambolo).

1.4. Gli esseri umani al centro della trasformazione digitale

In questo quadro, la Dichiarazione mira a definire obiettivi e finalità politiche condivise in modo da costituire anche un punto di riferimento per gli operatori business e altri importanti attori che concorrano allo sviluppo e al dispiegamento di nuove tecnologie.

Inoltre, sempre secondo la Proposta dalla Commissione, la Dichiarazione mira anche a indicare obiettivi politici condivisi dai Paesi membri della UE. Obiettivi che dovranno essere tenuti presenti dai futuri decisori politici della UE e degli Stati membri che saranno chiamati a decidere sugli sviluppi delle nuove tecnologie. In particolare, questi decisori dovranno sempre tenere presente che gli esseri umani sono al centro della trasformazione digitale, la quale, proprio per questo, dovrà essere finalizzata alla inclusione e alla solidarietà garantendo, inoltre, la libertà di scelta dei cittadini, la loro partecipazione agli spazi digitali, la sicurezza e la sostenibilità delle innovazioni (Punto 5 del Preambolo).

1.5. La sorveglianza democratica sulla società digitale

Inoltre, sempre secondo la proposta della Commissione, dovrà essere sempre più rafforzata la sorveglianza democratica sulla società digitale nel pieno rispetto dei principi di legalità, giustizia e law enforcement. La proposta precisa, poi, che la Dichiarazione non pone alcun limite al rispetto dei diritti già affermati dall'Unione e che attraverso la sua approvazione l'Unione intende contribuire anche a orientare gli altri partner internazionali a mettere sempre gli esseri umani al centro della trasformazione digitale nel mondo (punto 6 del Preambolo). Inoltre, la Dichiarazione deve essere vista sempre come rispettosa delle norme già vigenti nell'ambito del diritto dell'Unione e in particolare del Trattato e della Carta dei diritti dell'Unione. In questo senso, inoltre, la Dichiarazione completa il c.d. "terzo Pilastro", dedicato ai diritti sociali, fermo restando che tutta la Dichiarazione ha natura dichiarativa e non modifica il contenuto delle norme legali in vigore né la loro applicazione (punto 7 del Preambolo).

Lo sviluppo nel tempo dei principi contenuti in essa dovrà essere assicurato dall'Unione e dagli Stati membri nell'ambito delle loro rispettive competenze e nel quadro del nuovo assetto di governance istituito dalla Dichiarazione stessa. La Commissione, inoltre, prevede una relazione annuale sullo "State of the Digital Decade" da inviare al Parlamento e al Consiglio in modo che questi organi possano verificare annualmente lo sviluppo della "Digital Decade" (punto 8 e ultimo del Preambolo).

1.6. Una dichiarazione "politica", ma di peso

La Dichiarazione vera e propria è allegata alla Proposta sotto forma di Comunicazione che, a sua volta, richiama altre precedenti Dichiarazioni della Commissione, prima delle quali lo "Europe's Digital Decade: Digital Targets for 2030", presentato il 9 marzo 2021 e articolato intorno a 4 punti principali: *skills, government, infrastructures, business*.

Va inoltre tenuto presente che la Dichiarazione proposta dalla Commissione fa seguito a breve tempo alla proposta di due Direttive sempre nel settore dell'innovazione digitale, a conferma dell'estrema attenzione che la Commissione, tanto più ora nel periodo di presidenza francese, attribuisce alla regolazione e allo stimolo per uno sviluppo digitale umano-centrico e coerente coi principi fondativi della UE.

Non vi è dubbio dunque che, al contrario delle due Direttive in materia presentate nei mesi passati, questa proposta ha contenuto meramente dichiarativo e la sua approvazione esercita un effetto essenzialmente “politico” e, se si vuole, anche amministrativo sia per gli organi comunitari, che per gli Stati membri che la sottoscriveranno.

Tuttavia, questo non diminuisce affatto il suo valore ma caso mai lo esalta.

È evidente, infatti, lo scopo della Commissione di offrire punti di orientamento sicuri agli ambienti economici e produttivi dell’Unione oltre che una linea politica chiara per continuare nello sforzo finanziario impressionante che l’Unione ha già messo in campo col Recovery Fund per promuovere la digitalizzazione del Mercato Unico europeo.

Proprio per questo, però, l’approvazione della proposta della Commissione, che speriamo la Presidenza francese assicuri possa avvenire in tempi rapidi, assume particolare importanza.

1.7. Recuperare il gap UE nel digitale: pregi e limiti della strategia Ue

La necessità maggiore dell’Unione è oggi quella di colmare il più rapidamente possibile il ritardo impressionante accumulato negli anni nel mondo: un ritardo che riguarda innanzitutto le strutture digitali, l’apparato industriale europeo, la capacità di interconnessione delle reti che collegano il Mercato Unico e in genere proprio gli sviluppi tecnologici e produttivi.

Proprio perché questo è il nodo centrale del problema della UE nella Digital Age che ormai si è aperta, e caratterizza la competizione globale, è evidente che lo strumento regolatorio, arma cardine della Unione Europea fin dal suo sorgere, è sempre meno in grado di garantire all’Unione una sovranità digitale e una capacità competitiva adeguata.

Moltiplicando la regolazione si può – forse – sperare di rallentare lo sviluppo degli altri Paesi ed ecosistemi impegnati nella competizione globale. Certamente, però, non si può pensare di colmare il divario industriale e tecnologico accumulato negli anni.

Per questo la UE ha varato il Recovery Plan mettendo in luce fin dall’inizio la volontà di usare i fondi promessi agli Stati anche per incentivare la tecnologia e gli apparati produttivi dei Paesi membri come via regia per aumentare la capacità competitiva dell’ecosistema UE nel quadro globale.

È evidente, però, che anche la strategia dei finanziamenti e della messa a disposizione di fondi ha i suoi limiti se non è sorretta da un’adeguata strategia decisionale che renda sicuri i privati della redditività nel tempo degli investimenti che sono chiamati a realizzare anche grazie ai finanziamenti e agli stimoli della UE.

Non solo: una chiara e definita strategia è necessaria anche agli stessi decisori statali e dell’Unione, i quali devono essere ragionevolmente sicuri che le decisioni assunte oggi siano confermate anche dalle scelte e dalle strategie di domani affinché non siano vanificati gli sforzi, sprecate le risorse e delusi i cittadini e le imprese.

Per questo, la strategia di promuovere la approvazione di documenti politici comuni è così importante, e per questo la proposta della Commissione va vista col massimo favore.

1.8. Conclusioni

Forse sarebbe stato opportuno, però, anche un livello di concretezza, anche temporale, maggiore, mentre invece il focus della proposta è tutto di carattere valoriale e basato all’obiettivo di assicurare cittadini e imprese sulla vivibilità della Digital Age europea e sull’apertura politico-giuridica della UE di domani alla tutela e difesa dei valori e principi che la caratterizzano e ne fanno un ecosistema di eccellenza.

Per ora accontentiamoci, dunque, di questo ma prepariamoci sia ad esigere una tempistica rapida da parte dei governi e dei decisori della UE, sia una crescente concretezza nei documenti strategici futuri.

La UE non può più permettersi di attardarsi solo sulla difesa – che, isolata, rischia sempre di essere un poco retorica – dei valori – per quanto fondamentali essi siano – se non opera congiuntamente e

rapidamente anche sul piano concreto del colmare il gap tecnologico che la differenzia dagli altri ecosistemi digitali planetari.

Bene, dunque, l'iniziativa della Commissione purché ora si proceda velocemente e si allarghi sempre di più la strategia anche al piano delle effettive innovazioni tecnologiche e imprenditoriali.

La cd. sanità digitale rappresenta a sua volta un capitolo centrale dell'Agenda digitale europea (predisposta dalla Commissione europea in attuazione del piano Europa 2020 e pubblicata il 19 agosto 2010) e nazionale (cd. Patto per la sanità digitale del 2016), la cui compiuta realizzazione costituisce tuttora un importante obiettivo per gli anni futuri.

È opportuno qui distinguere fra sanità digitale, la salute telematica e il capitolo più specifico della telemedicina che ne costituisce una delle applicazioni, ponendosi in rapporto di genere a specie. La sanità digitale concerne prevalentemente singoli sviluppi tecnologici di strumenti e procedure sanitarie, mentre la "salute telematica" costituirebbe un campo distinto che risulta dalla telematizzazione della dimensione sostanziale della tutela della salute. Si considera la "salute telematica" come *genus* rispetto alla *species* telemedicina poiché riteniamo che le azioni in questo campo, in virtù delle rapide evoluzioni tecniche e culturali in corso possano incidere su tutti i settori di tutela della salute, sino alla promozione della salute come benessere psico-fisico e sociale e sui principali determinanti della salute.

2. La crescita multifattoriale dell'e-Health e le indicazioni metodologiche da essa sussumibili

La sanità digitale o *Digital Health* ha conosciuto un crescente sviluppo per un concorso di cause molteplici e di diversa natura. Alcuni di questi fattori causali sono individuabili nei dati demografici e sanitari che variano nel tempo, come l'incremento anagrafico della popolazione, la maggiore incidenza di comorbilità o di patologie croniche in Italia. Altri, invece, sono riconducibili ad accadimenti imprevedibili per esordio, durata ed evoluzione, come la crisi epidemiologica ancora in corso. A questo elenco causale va aggiunto, poi, il fattore costituito dal progresso tecnologico applicato anche ai servizi pubblici (cd. *e-government*). Rispetto a questo ultimo fattore, l'indice DESI², che fotografa lo stato della digitalizzazione dell'economia e della società in Europa, premia per il 2021 nell'ambito strategico 4 – dedicato ai "Servizi pubblici digitali" – Stati come Estonia, Danimarca, Finlandia e Malta, mentre colloca l'Italia al 20° posto, in risalita di cinque posizioni rispetto all'anno passato.

In generale, la situazione pandemica ha generato una maggiore sensibilità al tema della sanità digitale da parte dell'Unione europea e dei governi nazionali. Oggetto di attenzione istituzionale sono stati gli aspetti sia di regolazione³ e sia di ammodernamento dei SSN, anche nell'ottica della maggiore sostenibilità finanziaria dei costi che i servizi digitali di cura offrono in prospettiva futura. I dati elaborati dall'Osservatorio Innovazione Digitale in Sanità della *School of Management* del Politecnico di Milano parlano infatti di una crescita della spesa per la Sanità Digitale nel 2020 pari al 5% rispetto all'anno precedente, proprio sulla spinta della pandemia da Covid⁴.

Il ricorso maggiore alla digitalizzazione anche in ambito sanitario si è tradotto a livello nazionale in alcune *best practices*. Il reparto di reumatologia dell'ospedale Maggiore di Bologna, ad esempio, ha avviato la buona prassi della *working visit*, che consente al lavoratore di effettuare visite sanitarie a distanza in telemedicina direttamente presso la sua sede lavorativa e senza necessità di recarsi presso

² Indice DESI pubblicato il 21 novembre 2021 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/QANDA_21_5483).

³ Con particolare riguardo alla situazione italiana precedente al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, meritano un richiamo le "Linee guida sulla Telemedicina" approvate nel dicembre 2020 in sede di Conferenza Stato-Regioni e inserite tra le attività fruibili a distanza nel quadro del Sistema sanitario nazionale. L'adozione delle linee guida costituisce un passaggio rilevante giacché consente l'introduzione della telemedicina nei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) e per questa via garantisce l'erogazione attraverso il Sistema sanitario nazionale (con relativo sistema di tariffazione), delle varie tipologie di attività, tra cui la televisita, il teleconsulto medico, la teleconsulenza medico-sanitaria, la teleassistenza e la telerefertazione.

⁴ La spesa ha raggiunto il valore di 1,5 miliardi di euro, ossia dell'1,2% della spesa sanitaria pubblica, che ammonta a circa 25 euro per ogni cittadino. I dati sono stati presentati presentata all'incontro studi "Sanità Digitale oltre l'emergenza: piú connessi per ripartire" (maggio 2021).

la struttura ospedaliera. Ancora, nello specifico settore della diagnostica per immagini, presso l'Istituto ortopedico Galeazzi di Milano, da cinque anni è in corso un progetto di ricerca di *machine learning* applicato all'ortopedia. L'obiettivo è quello di "addestrare" un personal computer a refertare un'immagine senza alcun supporto umano, coadiuvando il personale medico nell'attività di consultazione di radiografie, tac e risonanze magnetiche.

Tornando alle cause che incidono sul maggior ricorso alla sanità digitale, il quadro multifattoriale descritto non solo lascia emergere l'impossibilità per la regolazione di prescindere dalla tecnica, ma condiziona anche la metodologia analitica con cui approcciarsi al tema dell'*e-Health*. L'area vasta della sanità digitale, infatti, "vive" e "muta" in una dimensione orizzontale, fatta di trasversalità e contaminazione tra saperi diversi, e in una verticale, di tipo multilivello. Nella presente sede tenterò di tracciare alcuni spunti per la ricostruzione di questa duplice dimensione, intersettoriale e verticale, non prima di aver collocato il tema della digitalizzazione sanitaria entro l'attuale contesto assiologico sovranazionale.

3. Digitalizzazione sanitaria e principio solidaristico in un contesto multilivello

La digitalizzazione sanitaria è stata di recente definita una "componente essenziale di efficienza del governo clinico"⁵. Accanto a questa indicazione ne aggiungerei un'altra, in chiave istituzionale multilivello. La sanità digitale rappresenta oggi anche un segmento costitutivo e di rilevanza economica per l'attuazione dell'*Unione europea per la salute* che è stata annunciata dalla Commissione europea un anno fa⁶.

Nella prospettiva unionale, il contrasto pandemico ha infatti segnato un passaggio di consolidamento nel settore sanitario. Si è infatti passati da interventi statali di tipo unilaterale – in carenza di un vero e proprio servizio sanitario europeo⁷ – a interventi coordinati a livello sovranazionale e finalisticamente orientati al principio europeo di solidarietà sociale, che come noto è stato definitivamente consacrato nel Consiglio europeo del luglio 2020⁸. A riguardo è doveroso richiamare le osservazioni lungimiranti quando non premonitrici del Prof. Beniamino Caravita di Toritto, da poco scomparso, che in un *Editoriale*⁹ scritto all'indomani dello scoppio della pandemia richiamava a una lettura completa degli artt. 2, 3 e 4 TUE, che collocano accanto alla valorizzazione del mercato unico europeo, l'impegno dell'Unione per un'economia "sociale di mercato", sostenibile, fondata su "un elevato livello di tutela" e, appunto, sulla "solidarietà tra gli Stati membri" (par. 3). Ora in questo quadro, contraddistinto da una forte azione europea di coordinamento sanitario¹⁰ resa ancora più strutturale dalla gestione della

⁵ Così il Presidente dell'Autorità garante Privacy, Pasquale Stanzone, "Audizione, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali nell'ambito dell'indagine conoscitiva in materia di semplificazione dell'accesso dei cittadini ai servizi erogati dal Servizio Sanitario Nazionale", 25 maggio 2020.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Costruire un'Unione europea della salute: rafforzare la resilienza dell'UE alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero", 11 novembre 2020 (COM (2020) 724 final).

⁷ Sull'uso delle fonti atipiche di diritto europeo (in particolare comunicazioni e orientamenti) fatto dalla Commissione durante l'emergenza epidemiologica, in riflesso alla competenza di sostegno e coordinamento dell'Unione nel settore della protezione della salute, cfr., ancora, G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani*, in "I Post di AISDUE" (sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione"), 11/7, 2020, p. 86 ss.

⁸ Su cui, per una ricostruzione, cfr. C. Fasone, *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *Diritti comparati*, 29 luglio 2020.

⁹ B. Caravita di Toritto, *Basta incertezze. Serve coraggio e lungimiranza*, in "Il dubbio", 23 marzo 2020.

¹⁰ È noto che l'UE possiede un ruolo di sostegno nella materia della salute, che è riservata per lo più agli Stati membri ai sensi dell'art. 168, § 7 TFUE (su cui Corte di giustizia, *Commissione c. Germania*, ord. 19 dicembre 2013, causa C-426/13 P). Tuttavia, nel diritto originario europeo si rinvengono disposizioni che promuovono in modo trasversale la tutela della salute e di conseguenza amplificano l'azione dell'Unione nel settore, anche con il conforto della giurisprudenza della Corte di giustizia (v. per tutte la decisione *The Queen e Secretary State for Health, ex parte British American Tobacco*, causa 491/01, ECLI:EU:C:2002:741; 5 ottobre 2000, §§ 124 e 179-182). Nello specifico, il principio di *health in all policies* (HIAP) consente all'Unione di intervenire anche in ambiti che sarebbero rimessi alla competenza esclusiva degli Stati membri (artt. 9 TFUE e 35 CDFUE). In tema, cfr. lo studio a più voci di B. Harris-Roxas, F. Viliani, A. Bond, B. Cave, M. Divall, P. Furu, P. Harris, M. Soeberg, A. Wernham, M. Winkler, *Health impact assessment: the state of the art*, in *Impact Assessment and Project Appraisal*, 30(1)/2012, p. 43 ss., nel quale si sottolinea la necessità di promuovere a livello internazionale un aggiornamento degli

pandemia¹¹ e del fronte vaccinale, anche la digitalizzazione sanitaria intesa quale insieme di strumenti e servizi serventi la tutela del diritto alla salute può essere declinata nella prospettiva europea del principio solidaristico.

Tale ultima e diversa ottica sembra poter offrire almeno tre vantaggi. Un vantaggio anzitutto di *riavvicinamento del tema della sanità digitale al polo della decisione politica*, con un contestuale allontanamento dello stesso da quello della decisione economica del mercato globale che in genere governa le tecnologie digitali. In altri termini, incentrare la sanità digitale nel discorso sui diritti vuol dire, per dirla con Bauman¹², erodere porzioni decisionali al potere economico che vive e si alimenta dallo spazio tecnologico extraterritoriale.

Il secondo vantaggio è di tipo *comunicativo*. La corretta allocazione dell'*e-health* nel prisma degli artt. 35 CDFUE e 168 TFUE (*right to health*), e ora dell'art. 2 TUE sulla solidarietà, contribuisce a riequilibrare le argomentazioni che di solito vengono spese nel dibattito pubblico a proposito dell'opportunità di potenziare la sanità digitale da parte dell'Ue e degli Stati. La sensazione, infatti, è che in relazione a questo tema si tenda ad accentuare i vantaggi economici in termini di risparmio di spesa che derivano dal ricorso alle tecnologie sanitarie e quindi a intendere la sanità digitale soprattutto come scelta di sostenibilità economica. Questa lettura, che pure evidentemente ha il pregio di evidenziare uno¹³ tra i molteplici vantaggi dell'*e-Health*¹⁴, tende però a mettere in ombra il nesso sostanziale che esiste tra il diritto alla salute e la digitalizzazione sanitaria, e a valorizzare, in modo paradossale, l'argomentazione contraria alla "buona digitalizzazione della sanità", ossia quella che la vuole uno strumento qualitativamente inferiore rispetto alla medicina tradizionale e necessitato dalle esigenze di *austerità*.

Diversamente, invece, la digitalizzazione sanitaria va configurata anche nella comunicazione pubblica come una modalità ulteriore e additiva di erogazione delle prestazioni sanitarie, e quindi una specifica scelta dettata dalla tutela del diritto alla salute non solo dalla sostenibilità economica, cui debbono corrispondere decisioni organizzative il più possibile coerenti¹⁵, tra cui, ad esempio, l'individuazione di un dipartimento, con relativo direttore/responsabile che garantisca l'organizza-

standard su cui si fonda l'attuazione del principio HIAP, e il più recente contributo di L. Green, K. Ashton, M. A. Bellis, Ti. Clemens, M. Douglas, 'Health in All Policies'- A Key Driver for Health and Well-Being in a Post-COVID-19 Pandemic World, in *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 18(18)/2021, p. 9468.

¹¹ L'attività di monitoraggio e coordinamento dell'Ue durante la fase pandemica trova la sua base legale nel paragrafo 5 dell'art. 168 TFUE, che autorizza l'Ue a effettuare attività di sorveglianza, allarme e prevenzione per la protezione della salute umana, in particolare dai flagelli e dalle gravi minacce alla salute di livello transfrontaliero. Più in generale, sulla rilevanza del metodo del coordinamento nel sistema europeo di gestione delle emergenze, la cui attivazione è prevista ad esempio dal *Meccanismo unionale di protezione civile* ex art. 196 TFUE (decisione n. 1313/2013/UE) su richiesta di uno Stato membro o terzo a fronte del verificarsi di una calamità, cfr. F. Casolari, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *Rivista Eurojus*, 1/2020, p. 95 ss.

¹² Z. Bauman, *Città di paure, città di speranze* (trad.), Roma, 2003.

¹³ A riguardo cfr. il *Patto per la sanità digitale* di cui all'intesa tra Governo, Regioni e Province autonome (7 luglio 2016) in cui la digitalizzazione è indicata quale mezzo funzionale alla programmazione sanitaria per la sostenibilità economica dei servizi resi, la trasparenza del funzionamento democratico garantita e la tutela di livelli prestazionali adeguati alle esigenze dell'utenza.

¹⁴ Che garantisce, tra gli altri, l'intelligibilità e l'uniforme elaborazione di informazioni tra sistemi sanitari differenti; quindi l'attuazione di sistemi sanitari resilienti, caratterizzati dalla "capacità di adattarsi a contesti in evoluzione e di affrontare sfide significative con risorse limitate; infine prestazioni medico-assistenziali il più possibile omogenee, accessibili e veloci.

¹⁵ Con riguardo alle problematiche gestionali e amministrative, va ricordato anzitutto che le strutture sanitarie, siano esse del SSN o accreditate o ancora private, costituiscono una organizzazione di servizi di tipo complesso, in cui da *Centri erogatori* effettuano prestazioni sanitarie in favore degli utenti/pazienti attraverso gli strumenti tecnici approntati e gestiti dai *Centri servizi*, ossia da strutture che gestiscono il sistema informativo relativo alle prestazioni rese in telemedicina, nonché l'installazione e la manutenzione degli strumenti presenti nei cc.dd. siti remoti, come l'abitazione del paziente. Nello specifico, il Centro servizi è chiamato a gestire le informazioni sanitarie generate dall'utente che devono pervenire al Centro erogatore della prestazione sanitaria e gli esiti della prestazione che devono essere trasmessi dal Centro erogatore all'utente. Laddove un Centro servizi non sia configurato, le sue funzioni devono essere assolte dal Centro erogatore, oltre che la fornitura, la gestione e manutenzione dei mezzi di comunicazione digitale.

zione tecnico-sanitaria per le attività di telemedicina¹⁶. In tal modo si veicolerebbe nel dibattito pubblico un'informazione corretta, rispetto a un settore, quello sanitario, che sembra già soffrire di carenza informativa, ad esempio in tema di diritti dei fruitori dei servizi sanitari e assistenziali resi in forma digitale. A riguardo, appare paradigmatica la *querelle* sulla negazione di consenso al trattamento dati per l'alimentazione del Fascicolo sanitario elettronico (art. 12, d.l. n. 179 del 2012), sviluppata dopo la modifica recata dall'art. 11 comma 1 lett. d) del decreto-legge cd. rilancio (d.l. 19 maggio 2020 n. 34). Dalle notizie distorsive diffuse via *web*, l'intervento normativo avrebbe modificato la disciplina relativa all'alimentazione dell'FSE, fissando alla data dell'11 gennaio 2021 il termine perentorio per l'esercizio del dissenso al trattamento dei dati. Secondo questa lettura errata, la novella avrebbe determinato un meccanismo di assenso implicito nel caso in cui l'interessato non avesse negato in via espressa ed entro il termine previsto il proprio consenso al trattamento dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario raccolti nel fascicolo (art. 12, comma 1, d.l. n. 179). In detta prospettiva, dalla mancata attivazione dell'interessato sarebbe discesa l'autorizzazione all'alimentazione automatica del Fascicolo sanitario elettronico da parte dei sistemi sanitari regionali e all'accesso e alla visibilità dei dati per tutti gli esercenti delle professioni sanitarie¹⁷. Non mi soffermo oltre su questo episodio che ho approfondito in un mio recente lavoro¹⁸, ma mi limito solo a rilevare l'esigenza istituzionale (da parte del Ministero della Sanità e del Garante) di bilanciare le informazioni legate alla salute nel campo della sanità digitale, per ridurre la asimmetria informativa che, specie nell'attuale contesto pandemico, rende maggiormente appetibili agli utenti della rete le *fake news* rispetto ai diritti sanitari.

Il terzo vantaggio di un esame della sanità digitale in chiave anche sostanziale corrisponde a una ragione di *coerenza*, se si vuole di tipo *congiunturale*, con la cornice assiologica del *Quadro finanziario pluriennale europeo* (MFF 2021-2027) e con la sua principale linea di finanziamento, ossia il *Next Generation EU*. Come è messo in luce nella proposta di regolamento "che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza"¹⁹, la creazione di Stati digitali costituisce uno strumento per migliorare i sistemi di welfare nazionali, ma anche per promuovere la coesione economica, sociale e territoriale²⁰ su cui si basa anche dal punto di vista strettamente giuridico (art. 175 TFUE, § 3) il Piano di ripresa e resilienza.

4. ... e le ricadute prospettiche

Dal breve inquadramento tematico che tenta di portare l'*e-Health* sul più pertinente campo della tutela del diritto alla salute che si è tracciato, sembrano potersi sviluppare almeno quattro prospettive problematiche nuove, di rilievo multilivello se non propriamente costituzionale (multilevel).

¹⁶ Ma anche un piano di formazione periodico; misure per la sicurezza, la riservatezza, conservazione e l'integrità dei dati; adeguati sistemi per la gestione della *cybersecurity*; piani di valutazione dei rischi; piani destinati a garantire la continuità di cura in presenza di problemi di natura tecnica.

¹⁷ Per vero, il d.l. 19 maggio 2020 n. 34 ha modificato il regime del Fascicolo sanitario elettronico secondo una duplice direttiva di *valorizzazione* della raccolta informatica di dati raccolti e di *semplificazione* del trattamento, accogliendo i rilievi avanzati dal Garante. Nell'ottica di semplificazione, la nuova disciplina opera una distinzione tra le attività di *alimentazione*, quelle di *accesso* e *consultazione* delle informazioni cliniche relative alla vita del paziente. Diversamente dal passato, a partire dal maggio 2020 il legislatore ha ritenuto non più necessario il consenso espresso ai fini dell'inserimento dei dati nel fascicolo da parte di tutte le strutture sanitarie, sia pubbliche sia private (art. 12, comma 3, d.l. n. 179). Detta dispensa tuttavia non si estende anche alla consultazione dei sanitari ai dati contenuti nell'FSE (art. 12, comma 5). Pertanto, allo stato, l'interessato è tenuto a manifestare la volontà di rendere accessibili le informazioni personali legate alla salute al personale medico e assistenziale, fatta salva la libertà di revocare in ogni momento detto consenso. D'altra parte, il personale sanitario e assistenziale autorizzato alla consultazione del fascicolo è tenuto a prendere conoscenza delle sole informazioni necessarie all'assolvimento delle funzioni cui è preposto e che risultano strettamente connesse all'erogazione della prestazione sanitaria.

¹⁸ *Questioni attuali intorno alla digitalizzazione dei servizi sanitari nella prospettiva multilivello*, in R. Miccù, M. Ferrara, C. Ingenito (cur.), *La digitalizzazione dei servizi sanitari, il diritto alla salute e la tutela dei dati personali*, in *federalismi.it*, num. spec. 5, 12 febbraio 2021.

¹⁹ COM (2020) 408 final.

²⁰ Proposta di regolamento "che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza" (COM (2020) 408 final), cit., p. 22.

I. Anzitutto il tema della valorizzazione in senso sociale del dato sanitario, che emerge già dal sistema europeo sulla *privacy*.

II. A livello europeo, l'implementazione crescente della digitalizzazione sanitaria sotto la guida della Commissione UE e nel quadro del NGEU apre poi al tema della condivisione dei rischi sanitari tra gli Stati membri.

III. Proprio l'attuale ruolo di coordinamento europeo nella salute e, più nello specifico, nell'area della digitalizzazione sanitaria, potrebbe inoltre avere una qualche incidenza sulla ripartizione delle competenze verticali tra Stato e Unione Europea, anche alla luce della *Conference on the future of Europe*, in corso di svolgimento.

IV. A livello nazionale, invece, dovrà valutarsi se l'implementazione delle infrastrutture digitali sanitarie attesa e destinata a condizionare anche l'attribuzione delle risorse economiche provenienti PNNR all'Italia, potrà essere compatibile con i principi di coesione e di non discriminazione territoriale.

Di ciascuno dei piani ora individuati si effettuerà a seguire una breve descrizione, finalizzata a individuare quanto meno i rispettivi nuclei problematici essenziali, rinviando sin d'ora al contributo scritto per i relativi approfondimenti.

4.1. *La natura anche sociale del dato sanitario nel quadro normativo sulla privacy*

Sul versante dei dati legati alla salute dei pazienti e prodotti da ciascuna prestazione, il binomio digitalizzazione e solidarietà implica una valorizzazione della natura del dato sanitario nella sua interezza. Accanto, infatti, alla natura personale del dato, in quanto proiezione dativa dello stato psico-fisico dell'interessato come previsto nel Regolamento (UE) 2016/679 (*Considerando* 35²¹ e art. 4, p.to 15²² GDPR), va riconosciuta la natura anche sociale del dato²³ nella misura in cui quest'ultimo contribuisce anche attraverso l'uso delle tecnologie sanitarie ICT (*Information and Communication Technologies*) allo sviluppo della ricerca scientifica. Sul punto, il regolamento generale già evidenzia la funzione servente del trattamento dei dati personali alle esigenze umane e ne dichiara la sua funzione sociale, bilanciabile con altri diritti fondamentali (*Considerando* 4)²⁴. Sul piano della prassi, costituisce un esempio della natura sociale del dato sanitario l'attuale utilizzo pubblico che di esso viene fatto in forma anonimizzata a fini di prevenzione sanitaria nel caso della rilevazione delle varianti del virus SARS-CoV 2.

4.2. *La digitalizzazione sanitaria e la condivisione dei rischi sanitari tra gli Stati membri*

La digitalizzazione sanitaria come strumento solidale per la creazione di modelli di welfare resilienti e reciprocamente intellegibili pone una prima e rilevante questione sul versante intergovernativo. La messa in rete dei dati sanitari implica infatti per gli Stati membri la condivisione

²¹ A tenore del quale i dati personali relativi alla salute comprendono: i *dati riguardanti lo stato di salute* dell'interessato atti a rilevare informazioni connesse al suo stato di salute fisica o mentale, passata, presente o futura; le *informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione* al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione; un *numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica* per identificarla in modo univoco a fini sanitari; le *informazioni risultanti da esami e controlli* effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; *qualsiasi informazione* riguardante, a titolo esemplificativo, una patologia, una disabilità, l'esposizione al rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato.

²² Che, specificando il *Considerando* 15, sottolinea l'attinenza del *dato personale* alla salute fisica o mentale di una persona fisica, nonché alla fruizione di prestazione di servizi di assistenza sanitaria, idonea a rivelare le informazioni relative al suo stato di salute.

²³ Del resto, è pacifica in letteratura la proiezione collettiva del diritto alla salute come diritto anche della collettività. Su tale aspetto mi sia consentito ancora una volta richiamare un lavoro datato di B. Caravita di Toritto, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, p. 23, in cui si sottolinea l'obbligo in capo ai pubblici poteri di bilanciare situazioni giuridiche soggettive, collettive e pubblici interessi.

²⁴ Art. 9, § 2 reg. (UE) 2016/679.

dell'*health risk sharing*, ossia l'assunzione *pro quota* dei rischi sanitari, che risultano evidentemente acuiti nelle fasi di crisi epidemiologica. La condivisione del dato tra differenti entità, private o pubbliche, necessita infatti di accordi, partnership nonché della delineazione di nuovi istituti e forme giuridiche in grado di assicurare da un lato la *governance* dei dati sanitari secondo adeguati standard di sicurezza, e dall'altro la prevenzione e correzione delle eventuali problematiche derivanti dalla condivisione stessa. È il caso, ad esempio, dei rischi in termini di privacy e di certificazione delle applicazioni collegati alla diffusione delle soluzioni di *m-Health*²⁵ e dei sensori *Internet of Things* (IoT), che sono particolarmente esposti a manomissioni dolose e violazioni della riservatezza dei dati.

Ora, è evidente che il tema condivisione dei dati sanitari digitali incontra una forte resistenza negli Stati, che già faticano, ad esempio, a convergere verso un modello unitario di cartella sanitaria elettronica. La problematica della condivisione dei rischi informatici legati alla sanità non può che acuire questo scetticismo di fondo, che si alimenta della logica protezionistica e della posizione di quasi monopolio sul mercato sanitario posseduta dagli Stati. Così facendo, tuttavia, si favorisce la creazione di sistemi interoperabili di dati sanitari tra pochi sistemi sanitari nazionali, che mettono in comunicazione i dati dei propri iscritti e creano modelli consensuali di digitalizzazione sanitaria e di condivisione dei rischi. CIRCOSTANZA, quest'ultima, che di certo non può essere vista con favore dall'Unione, come dimostra la vicenda dello sviluppo del *Green pass*, in cui la Commissione si è auto-investita di un ruolo attivo di promozione di un documento autorizzatorio unitario e riconosciuto dagli SM, proprio al fine di bloccare lo sviluppo di sistemi limitati di circolazione sicura dei pazienti all'interno della zona unionale.

Proprio l'esperienza positiva di coordinamento europeo sul *green pass* potrebbe invece riattivare, come suggerito da alcuni²⁶, la riattivazione del dossier sull'adozione delle cartelle sanitarie elettroniche, o *Electronic Health Records* (EHR), che dopo l'adozione della raccomandazione UE 2019/243²⁷ risultava fino a poco tempo fa sopito. Nel quadro della continuità assistenziale transfrontaliera, la raccomandazione del 2019 ha introdotto un primo quadro assiologico sui principi che dovrebbero regolare il formato di cartella sanitaria digitale riconosciuto dai sistemi sanitari degli Stati membri. Allo stato, l'Unione ha predisposto delle linee di finanziamento 2021-27²⁸, Digital Europe e Horizon Europe, nonché finanziato nel 2020 attraverso Horizon 2020 il progetto strategico *X-eHealth* (ossia *eXchanging Electronic Health Records in a common framework*)²⁹, che mira a sviluppare dal punto di vista tecnico una rete sanitaria sicura e interoperabile per lo scambio di cartelle cliniche elettroniche tra gli Stati europei³⁰. Il progetto, che unisce diversi sistemi sanitari nazionali in un consorzio sotto il coordinamento del ministero della salute portoghese, ha una durata di 24 mesi ed è in corso di svolgimento³¹.

4.3. *Il possibile impatto del coordinamento europeo nella digitalizzazione sanitaria sulla ripartizione delle competenze verticali tra Stato e Unione Europea*

Con riguardo agli eventuali effetti che la spinta verso la digitalizzazione sanitaria transfrontaliera potrebbe recare sull'attuale riparto di competenze normative tra Unione e Stati membri qualsiasi valutazione appare prematura, visti i lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa che sono in corso

²⁵ Che consistono in applicazioni presenti nei dispositivi mobili o di strumenti sensoristici indossabili dal paziente, allo scopo di monitorarne le condizioni basali.

²⁶ M. Ferrara, *Il "certificato verde digitale" sulla vaccinazione e l'attuale ruolo dell'Unione europea nel settore dell'e-Health*, in *Orizzonti del diritto pubblico*, 23 marzo 2021.

²⁷ *Relativa a un formato europeo di scambio delle cartelle cliniche elettroniche*.

²⁸ Il progetto prevede espressamente la diffusione dell'European eHealth Record.

²⁹ In <https://www.x-ehealth.eu/>.

³⁰ Nello specifico il progetto punta allo scambio di specifiche informazioni inerenti al diario clinico del paziente, quali diagnostica per immagini, risultati di laboratorio, lettere di dimissione ed eventuali malattie rare.

³¹ Iniziato il 1° settembre 2020, è destinato a concludersi entro il 31 agosto 2022.

di svolgimento. Al tema dell'*health*, la Conferenza dedica il panel III³², in cui si fa riferimento in modo particolare alla creazione di un'Unione europea della salute³³, con maggiori poteri di coordinamento a livello europeo e una più adeguata prevenzione per eventuali crisi future. Tuttavia, qualche indizio su una possibile revisione in senso sociale delle competenze unionali così come oggi cristallizzate nel diritto originario europeo si rinviene leggendo tra le righe dello *speech* sullo Stato dell'Unione 2020 tenuto dalla Presidente della Commissione alla plenaria del Parlamento europeo³⁴. In quell'occasione, la Presidente ha sottolineato la necessità di rivedere le competenze tra Unione e Stati membri in materia sanitaria all'interno di una generale discussione sul futuro del progetto europeo post-Covid 19, riprendendo il dibattito su una possibile modifica dei trattati tesa al potenziamento delle prerogative unionali nel settore dei diritti sociali. Peraltro, questa ipotesi trova anche un'adesione nella pubblica opinione, come dimostra l'iniziativa dell'appello, "Prominent Europeans for EU answer to coronavirus threat" (marzo 2020), dove si richiede l'attribuzione di competenze condivise nelle materie di salute pubblica e lotta contro le epidemie tra Stati e Unione, fornendo a quest'ultima risorse fiscali proprie³⁵.

4.4. *La compatibilità tra implementazione delle infrastrutture digitali sanitarie e i principi di coesione e di non discriminazione territoriale*

Un'altra importante ricaduta del binomio digitalizzazione/solidarietà europea afferisce al piano nazionale, così come ridisegnato dal Piano nazionale di ripresa e resilienza approvato dalla Commissione europea. In particolare, l'attuazione dei pilastri indicati all'art. 3 (§1) del reg. (UE) 241/ 2021 e relativi alla transizione digitale (*lett. b*) e alla salute e resilienza economica, sociale e istituzionale (*lett. e*) deve essere finalizzata al perseguimento dell'obiettivo generale di promozione della coesione economica, sociale e territoriale (art. 4, reg.). Ne deriva che l'inserzione strutturale dell'*e-health* nelle prestazioni sanitarie per essere compatibile con il paradigma di coesione deve necessariamente essere coerente con il principio di non discriminazione. Un'implementazione disomogenea delle infrastrutture digitali a livello regionale, che trascuri ad esempio le aree interne, rischia infatti di enfatizzare il già esistente divario tra regioni virtuose e regioni tecnologicamente svantaggiate dal punto di vista sanitario.

Accanto al nodo infrastrutturale che è oggetto del programma "Italia digitale 2026"³⁶, il canone di coesione sociale richiede però anche un indirizzo centralizzato in materia di gestione dei dati e alimentazione dell'FSE, che superi la gestione dei dati sanitari che si presenta nell'ecosistema sanitario attuale eccessivamente frammentata. A riguardo, la situazione pandemica ha di certo inciso positivamente sull'implementazione e sul ricorso da parte dei cittadini iscritti al SSN del fascicolo sanitario elettronico, che come noto raccoglie documenti e dati computabili inerenti alla vita del paziente. Il più frequente accesso al Fse ha una spiegazione di facile intuizione: la necessità di acquisire il green pass. Tuttavia, ad oggi, posto che tutte le Regioni hanno aderito al Fse, sussistono 20 diversi modelli di fascicolo con altrettante differenziate modalità di compilazione, codifica e interoperabilità dei dati caricati dalle singole ASL regionali.

³² Si tratta invero di un contenitore tematico che ospita i temi sia del Cambiamento climatico, sia di ambiente e salute, per cui si rinvia a "Conferenza sul futuro dell'Europa: panel europei di cittadini. Guida ai panel".

³³ Il cui primo atto è consistito nel potenziamento del ruolo dell'EMA in tema di prevenzione e monitoraggio su medicinali e dispositivi medici in caso di emergenze sanitarie (cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un ruolo rafforzato dell'Agenzia europea per i medicinali nella preparazione alle crisi e nella loro gestione in relazione ai medicinali e ai dispositivi medici, 11 novembre 2020 (COM/2020/725 final)).

³⁴ Testo dell'intervento, tenuto il 16 settembre 2020 (ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_20_1655).

³⁵ Tra i primi firmatari Romano Prodi, Enrico Letta e José Luis Rodríguez Zapatero. Il testo dell'appello è consultabile all'indirizzo: www.euractiv.com/section/future-eu/opinion/prominent-europeans-call-for-a-european-answer-to-the-coronavirus-threat/.

³⁶ Che si propone di digitalizzare 280 strutture ospedaliere e di fornirle di un Centro di elaborazione dati (DPC) con un progetto allo stato attuale ancora da avviare e da terminare entro il dicembre 2025 (<https://italiadomani.gov.it/it/investimenti/ammodernamento-ecnologico-degli-ospedali.html>).

Abstract

L'emergenza sanitaria, determinata dal diffondersi del virus SARS-COV-2, ha provocato, tra gli altri effetti, una accelerazione di quei processi, in atto da diversi anni, di "digitalizzazione" o "telematizzazione" della tutela della salute, come diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività (come recita l'art. 32 Cost. it.). La digitalizzazione della salute consiste non solo nell'esigenza di garantire lo svolgimento di alcune attività sanitarie, unitamente all'esigenza di rispettare il distanziamento fisico tra le persone, ma soprattutto si tratta di inquadrare il tema dell'e-Health nel più pregnante campo della tutela del diritto alla salute sul piano sostanziale e valoriale, nei termini di una nuova e diversa configurazione del Welfare 'nella' e 'per' la società europea.

Parole chiave: emergenza sanitaria, pandemia, diritto alla salute, digitalizzazione della salute, e-Health, diritti fondamentali europei

*

The health emergency, brought about by the spread of the SARS-COV-2 virus, has caused, among other effects, an acceleration of those processes, which have been underway for several years, of "digitalization" or "telematization" of health protection, as a fundamental right of the individual and an interest of the community (as stated in Art. 32 of the Italian Constitution). The digitalization of health consists not only in the need to guarantee the performance of certain health activities, together with the need to respect the physical distancing between people, but above all it is a matter of framing the issue of e-Health in the more pregnant field of the protection of the right to health on the substantive and value level, in the terms of a new and different configuration of Welfare 'in' and 'for' European society.

Key words: health emergency, pandemic, right to health, digitalization, e-health, European fundamental rights