

Allegato A
al Documento di sintesi sulla Dichiarazione dei diritti in Internet

Indice dei contributi

M. BASSINI

Le tecnologie avanzano, le norme passano ma le costituzioni rimangono p. 3

M. BELLEZZA

Carta dei diritti di Internet: la complessità del presente e le opportunità del futuro p. 7

L. BELLÌ

Dichiarazione dei diritti in Internet: cuius regio eius religio? p. 10

C. BLENGINO

Non i diritti in Internet, ma Internet nei diritti p. 13

C. MELZI D'ERIL – G.E. VIGEVANI

Ancora sulla Dichiarazione dei diritti di Internet. Riflessioni sparse in tema di anonimato p. 17

M.A. SENOR

La forma della Dichiarazione dei diritti in Internet p. 19

N. ZINGALES

Diritti e piattaforme: mettiamo la Dichiarazione dei Diritti in Internet in prospettiva p. 21

La Commissione per i diritti e i doveri in Internet, nota anche come “Commissione Boldrini”, istituita su volontà del Presidente della Camera, ha licenziato la prima bozza della carta dei diritti sulla quale si erano concentrati i suoi lavori nei mesi scorsi.

Si tratta di un primo passo in avanti, senz'altro apprezzabile, nel tentativo di gettare luce su una dimensione, quella della rete, dove, accanto a nuove opportunità per l'esercizio dei diritti umani hanno fatto la loro comparsa anche forme di minaccia inedite rispetto al passato. Troppo spesso lo scenario si è così rivelato incerto, sollevando interrogativi sull'opportunità (*rectius*: necessità) di istituire regole ad hoc per quest'ambito.

A un primo esame, del tutto preliminare, due paiono i problemi che ancora possono inficiare la riuscita dei propositi, senz'altro lodevoli, sottesi alla Dichiarazione.

Da un lato, l'incertezza sulla “forza” normativa che la Dichiarazione è destinata a rivestire, trattandosi di un documento che -anche per la sua attuale conformazione- appare destinato a essere relegato nell'ambito delle fonti di soft law più che di hard law, e dunque condannato a svolgere una funzione prevalente di moral suasion, e non quella di vera e propria normativa.

Dall'altro lato, oltre ai dubbi sulla forza giuridica e dunque sull'*enforcement*, si palesa il problema di una tecnica normativa assai carente, che emerge in modo piuttosto evidente dall'analisi delle previsioni contenute nella Dichiarazione. Un contenuto che, sotto il profilo strettamente giuridico, si palesa talora deficitario, forse per effetto del necessario compromesso politico di cui la Dichiarazione costituisce il risultato.

Il rilievo è ovviamente connesso alle ambizioni del progetto: una enunciazione di principi molto valida e opportuna, se tale aspira a rimanere; una carta dei diritti molto debole, se questo è l'obiettivo della Commissione.

Il Preambolo della Dichiarazione offre certamente un quadro di sintesi sulle opportunità create da Internet e sulla sua dirompente portata nel campo sociale, economico, politico. Dato atto dei “meriti” ascrivibili a questo nuovo mezzo, il Preambolo sembra volersi soffermare sulla necessità di approntare un impianto di regole funzionale ad assicurare che le nuove opportunità offerte dalla tecnologia siano effettive ed effettivamente garantite e non si trasformino invece in forme di discriminazione.

Non appare tuttavia esente da criticità la formulazione impiegata dal Preambolo, laddove compare un riferimento all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali, che afferma il diritto alla protezione dei dati personali. Ebbene, tale norma viene indicata dal Preambolo come “il riferimento necessario per una specificazione dei principi riguardanti il funzionamento di Internet, anche in una prospettiva globale”. Sfugge invero il senso di questo inciso, nè esso giova all'argomento della Commissione poiché il diritto alla *data protection* costituisce senz'altro uno dei principali diritti umani interessati dall'avvento di Internet, ma non certo l'unico né probabilmente il principale, né il più adatto, ad avviso di chi scrive, a racchiudere l'essenza dei principi sul funzionamento di Internet. A ciò si aggiunga che se c'è, nell'era digitale, una declinazione del diritto alla privacy che sembra non poter ambire ad una protezione globale è proprio la tutela “europea”, in vero quasi assoluta, che l'art. 8 della Carta accorda al diritto alla protezione dei propri dati personali. Tutela che si scontra, come anche recentemente è nitidamente emerso, con la concezione, molto meno *fundamental right based*, che dello stesso diritto ha l'esperienza, anche costituzionale, statunitense.

Improprio appare altresì un altro inciso, frutto di una mediazione perlopiù ideologica: la Dichiarazione, recita il Preambolo, si fonda sul riconoscimento di “libertà, uguaglianza, dignità e diversità” di ogni persona. Perché parlare di diversità, se viene tutelata l'uguaglianza?

* Pubblicato su www.diritticomparati.it il 3 novembre 2014.

L'uguaglianza è proprio ciò che consente di preservare la diversità, come valore costituzionalmente rilevante, e di impedire al contempo che essa divenga fonte di iniqua discriminazione.

Ma l'affermazione più problematica contenuta nel Preambolo è senz'altro quella conclusiva, con la quale la Dichiarazione si auto afferma come "strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale". Si tratta di una sortita che risulta criticabile per almeno due ordini di motivi.

Il primo. Sotto un profilo strettamente giuridico, in termini di *enforcement*, non si comprende come un documento, comunque collocato nella gerarchia delle fonti o relegato al campo della soft law, possa assurgere a strumento di protezione di un set di principi e diritti a livello sovranazionale. E' del tutto evidente che su Internet sono destinate a scontrarsi, per via dell'aterritorialità che le è propria, diverse sensibilità "costituzionali" e diverse visioni dei diritti in gioco. Pretendere che un documento di incerta forza giuridica possa fondare un riconoscimento costituzionale nella dimensione sovranazionale di tali diritti appare, se non una petizione di principio, quantomeno un'ambizione peregrina.

Il secondo. Prescindendo dagli aspetti inerenti all'efficacia sovranazionale di un documento concepito a livello nazionale, viene da interrogarsi se la Dichiarazione non abbia sottovalutato in primo luogo il catalogo di diritti fondamentali tuttora vigente nel contesto europeo, che è frutto del combinarsi tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non è casuale che l'attività delle due corti europee, quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo, abbia offerto (in modo tendenzialmente brillante) prova della capacità di farsi interprete di una nuova sensibilità nell'applicazione dei diritti fondamentali in gioco nella dimensione di Internet. Il tutto senza che fosse necessaria la definizione di norme ad hoc, che considerassero segnatamente le peculiarità di Internet, ma riconducendo piuttosto le situazione di tutela di volta in volta rilevanti ai parametri di giudizio più conferenti, primo fra tutti la libertà di espressione.

Qui si giunge a un altro aspetto, che interessa l'intero impianto della Dichiarazione e conduce direttamente all'esame dei suoi articoli: è necessario pensare a una carta dei diritti per Internet? Non bastano cioè le regole a tutela dei diritti fondamentali già vigenti? La risposta a questo interrogativo, ad avviso di chi scrive, deve confrontarsi con il rapporto che intercorre fra diritto e tecnologia. Ogni avanzamento di stadio tecnologico ha da sempre creato nuove opportunità e nuove minacce sul piano giuridico, senza tuttavia rendere necessaria l'istituzione di regole appositamente pensate per fronteggiare la novità del mezzo. Per esempio, la disponibilità di nuovi mezzi di trasporto ha certamente ampliato la possibilità di un effettivo esercizio della libertà di circolazione, che trova tutela nell'art. 16 della Costituzione, senza tuttavia rendere necessario ripensare questa norma. Occorre allora riflettere sull'effettiva necessità di introdurre un diritto di accesso a Internet, quando lo stesso diritto potrebbe senz'altro essere riconosciuto come appendice della possibilità di esercitare, grazie alle nuove tecnologie, le libertà costituzionalmente tutelate in un "ambiente" nuovo, digitale.

Proprio per questo desta dubbi la formulazione dell'art. 2 della Dichiarazione, che se per un verso si riferisce all'accesso come un diritto fondamentale, per altro lo riguarda come un vero e proprio diritto sociale, imponendo la realizzazione degli interventi pubblici necessari "per il superamento di ogni forma di divario digitale". Ma anche qui, non basterebbe il nostro art. 3 della Costituzione, specie nel suo c. 2?

Analogo problema si riversa nell'art. 4, che si concentra sulla tutela dei dati personali. La norma appare come una summa, una sintesi a volte un po' confusa di principi già consolidati nello scenario europeo nella direttiva 95/46/CE sul trattamento di dati personali. Per quale motivo ribadire in questa sede quanto è già parte della legislazione europea e in quella interna di recepimento? Ve ne era la necessità? Forse no, tant'è vero che la norma non menziona mai Internet.

Discorso identico si applica al successivo art. 5, sull'autodeterminazione informativa: anche qui, infatti, non si ha riscontro di nulla di innovativo, ma solo della rielaborazione testuale di principi che già sono affermati e già hanno efficacia nel panorama interno ed europeo. Lo stesso dicasi per l'art. 7, che parla di trattamenti automatizzati.

L'art. 6 è una norma ancora più curiosa, che mira a estendere (ove mai fosse necessario) la riserva di giurisdizione (ossia la necessità inderogabile di un provvedimento dell'autorità giudiziaria) all'ambito delle intercettazioni dei flussi di comunicazioni elettroniche e alle interferenze con il domicilio informatico. Nulla di più scontato nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ha interessato l'art. 14 e soprattutto l'art. 15 della Costituzione. *Cui prodest* un'affermazione (peraltro dalla formulazione davvero infelice) di queste garanzie, che appare davvero ultronea?

Si passa poi a un trittico di norme che appaiono inestricabilmente connesse, dedicate rispettivamente all'identità, all'anonimato e all'oblio.

Sembra anzitutto inopportuna la scelta di scindere in due disposizioni distinte due profili che sembrano riconducibili a unità. Da un lato, infatti, l'art. 8 (diritto all'identità) enuncia il diritto a una rappresentazione integrale e aggiornata della propria identità su Internet. Dall'altro, l'art. 10 codifica il diritto all'oblio come mero diritto alla rimozione di dati dagli indici dei motori di ricerca. Non sarebbe forse il caso di parlare più propriamente di un diritto all'oblio come corollario del diritto all'identità personale, che la giurisprudenza costituzionale ha già riconosciuto trovare fondamento nell'art. 2 della Costituzione?

Entrambe le norme sono inappaganti.

Dapprima, l'art. 8 fa riferimento al concetto di "rappresentazione integrale e aggiornata" della propria identità. Aggiunge, poi, che "la sua definizione riguarda la libera costruzione della personalità" (il che appare scontato) "e non può essere sottratta all'intervento e alla conoscenza dell'interessato".

Che cosa significa istituire un diritto alla rappresentazione "integrale e aggiornata" dell'identità? La norma non prevede alcuna forma di bilanciamento rispetto ad altri diritti, come la libertà di informazione. Un'affermazione in termini così radicali sembra poter aprire a conseguenze che sul piano di alcune attività come quella giornalistica sono di sicuro detrimento. Soprattutto, rivendicare il controllo dell'interessato sulla costruzione della sua identità in rete significa trascurare l'esistenza di dati e informazioni di rilevanza o interesse pubblico, il cui ingresso nella sfera pubblica non può essere condizionato dal consenso dell'interessato.

L'art. 10 invece aderisce alla nozione (impropria) di diritto all'oblio elaborata dalla Corte di giustizia nel caso *Google Spain*. Ma non si tratta di un vero e proprio diritto all'oblio, che è concetto altro rispetto a quanto la Corte di giustizia ha affermato, riconducendolo ai principi enunciati dalla direttiva 95/46. Oltretutto, nell'utilizzare la formula "dati che, per il loro contenuto o per il tempo trascorso dal momento della loro raccolta, non abbiano più rilevanza" la Dichiarazione riproduce le stesse difficoltà interpretative che connotano la pronuncia della Corte di giustizia, tutt'altro che cristallina nell'indicare a quali condizioni la rimozione dei link possa essere assicurata. Ancora più problematico è quanto segue: l'art. 10 precisa che il diritto può essere esercitato "dalle persone note o alle quali sono affidate funzioni pubbliche solo se i dati che le riguardano non hanno alcun rilievo in relazione all'attività svolta o alle funzioni pubbliche esercitate". Qui si introduce un primo criterio (appena accennato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Google Spain*) molto debole per distinguere le varie situazioni in cui è richiesta la rimozione di link dai risultati di ricerca. Si parla di persone "note": quale corrispondente ha questo concetto empirico sul piano del nozionismo giuridico? Appare chiaro che la norma intende alludere alla persistente esistenza di un interesse pubblico alla conoscenza di una notizia, e conseguentemente alla sua indicizzazione sui motori di ricerca. Ma la formulazione è davvero infelice e appare destinata a essere foriera di innumerevoli criticità.

Un solo cenno al diritto all'anonimato, di cui all'art. 9: giusto tutelare anche la libertà di comunicare elettronicamente (meglio sarebbe stato dire "diffondere elettronicamente il proprio pensiero") come strumento di esercizio effettivo di libertà civili e politiche. Vero è, però, che l'art. 21 della Costituzione tutela la libertà di manifestare il "proprio" pensiero. Occorre forse maggiore cautela, o comunque un raccordo che permetta di leggere in armonia queste disposizioni.

Tra le ultime disposizioni, balza all'occhio la norma affidata all'art. 12: un concentrato di tutto.

Si parte con la sicurezza in rete, definita “interesse pubblico”. E fin qui, poco da discutere, sennoché le infrastrutture sono strumenti privati e forse rivendicare un intervento pubblico a tutela della sicurezza delle reti appare improprio.

Ma veniamo al punto successivo: da un lato, si afferma solennemente che non sono ammesse limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero; dall’altro si prevede la garanzia della dignità delle persone da abusi connessi a “comportamenti negativi” come l’incitamento all’odio, alla discriminazione e alla violenza. Che cosa vuole asserire questa norma? Che è tutelata ogni forma di espressione tranne il cosiddetto *hate speech*? Sono queste le uniche limitazioni ammesse? E quelle previste dall’art. 21 della Costituzione e dalle altre disposizioni dell’ordinamento che codificano i cosiddetti “limiti impliciti”? Ma poi, quali strumenti per limitare –in questi casi- la libertà di espressione? Occorre comunque un set di garanzie, considerando che si incide su una libertà costituzionalmente tutelata? Mistero assoluto.

Il commento all’ultima delle norme previste dalla bozza di Dichiarazione permette di trarre, anche sulla base di quanto si è finora argomentato, alcune conclusioni.

La norma è dedicata ai “criteri per il governo della rete” ed evoca, quali condizioni per la tutela dei diritti in rete: la costruzione di regole conformi alla dimensione universale della rete, che ne garantiscano il carattere aperto e democratico; la partecipazione dei vari *stakeholders* anche in forme di autoregolamentazione in grado di preservare la capacità innovativa della rete; la costituzione di autorità nazionali e sovranazionali.

Si tratta indubbiamente di un novero di strumenti, alcuni dei quali già efficacemente collaudati (si pensi alle autorità indipendenti in materia), che risultano funzionali ad assicurare maggiori possibilità per un effettivo *enforcement* di quel set di diritti che la Dichiarazione stessa proclama. E, tuttavia, occorre riflettere, muovendo da quanto si è già ampiamente evidenziato riguardo all’opportunità di regole pensate ad hoc per Internet, se un’ulteriore compartimentazione giovi al proposito di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali in rete. La frammentazione del reticolato giuridico che deriva dall’adozione di strumenti che riflettono la sensibilità squisitamente domestica su problematiche di dimensione globale, in altri termini, appare invero più un ostacolo che uno strumento utile alla causa dei diritti in rete. Quantomeno se la Dichiarazione, come sembra, pare volersi ritagliare un ruolo da protagonista e forse da traino rispetto ad analoghe iniziative in altri stati, trascurando però che molti dei risultati cui essa aspira sono già stati raggiunti attraverso la valida opera interpretativa delle corti. Se invece l’obiettivo è quello, più modesto e meno ambizioso, di voler guidare l’interpretazione delle disposizioni già esistenti e forse stimolare alcune riforme che rafforzino la tutela di alcuni valori in gioco, con i miglioramenti del caso la Dichiarazione potrà senz’altro aver pregio.

Le tecnologie si succedono, le norme forse passano ma le costituzioni rimangono.

Carta dei diritti di Internet: la complessità del presente e le opportunità del futuro*

MARCO BELLEZZA

Paolo Grossi nel descrivere l'esperienza della legalità costituzionale nel diritto moderno, in un discorso di qualche anno fa in occasione della chiusura dall'anno accademico dell'Accademia dei Lincei, sviluppando le intuizioni contenute in un suo fortunato volume (*Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007), rilevava come «[...] le cosiddette 'carte dei diritti', espressioni fedeli del primo costituzionalismo sei-settecentesco, nella loro struttura di cataloghi di diritti, indicano con precisione il carattere garantistico delle studiatamente ricercate fondazioni giusnaturalistiche», ed ancora, riferendosi all'esperienza giuridica citata, non mancava di sottolineare come: «Tutto si misurava [...] non su uomini in carne ed ossa, ma su modelli disincarnati, su soggetti virtuali più simili a statue museali che a creature viventi. Il vizio stava soprattutto nella astrattezza del paesaggio disegnato, un vizio che costituiva il perno essenziale di una occhiuta strategia, diventando un pregio inestimabile per conseguire in modo indolore una precisa finalità. Il lavorare su modelli astratti permetteva, infatti, di dare a ciascuno il lievito della speranza lasciando intatte le disuguaglianze economiche e sociali del mondo presente».

Dalla lettura della "Dichiarazione dei diritti in Internet" elaborata dalla c.d. "Commissione Boldrini" insediata presso la Camera dei Deputati prima dell'estate, il rischio che si stia tratteggiando un paesaggio astratto, non sembra poter essere escluso.

La Dichiarazione elaborata da una Commissione composta da una rappresentanza parlamentare e da una componente di tecnici/esperti della materia, è attualmente, e lo sarà fino al 27 febbraio 2015, sottoposta a consultazione pubblica sulla piattaforma CIVICI, non prima di essere stata comunque presentata in sede europea, come la risposta italiana al brasiliano Marco Civil, in occasione di una riunione interparlamentare tenutasi lo scorso mese di ottobre.

Non è ragionevole dubitare sulle intenzioni, senza dubbio meritorie, che hanno animato l'iniziativa, che almeno auspicabilmente è destinata a ravvivare il dibattito pubblico anche in Italia su temi centrali sotto tanti punti di vista (seppure i risultati in termini di partecipazione in queste prime settimane di consultazione non appaiono entusiasmanti). Ma l'impressione complessiva che si coglie è quella di un documento statico e rivolto a cogliere solo una faccia (la dimensione individuale) di quel meraviglioso prisma che è rappresentato dalla rete Internet.

In questo breve contributo non ci si soffermerà su due aspetti pure rilevanti ai fini di una valutazione complessiva della Dichiarazione, vale a dire la sua forza giuridica e la tecnica normativa utilizzata, aspetti già puntualmente sviscerati da Marco Bassini in una recente analisi. L'intento del presente contributo è, infatti, piuttosto quello di rintracciare ciò che manca nella Dichiarazione, nel tentativo di offrire taluni spunti di riflessione nella consultazione in corso.

1. *Internet come strumento di organizzazione e partecipazione*

Come anticipato, la bozza di Dichiarazione sembra cogliere in via esclusiva la rete Internet in una dimensione individuale, quasi intimistica, elencando un set di diritti "riconosciuti" ai cittadini della rete, la maggior parte dei quali, occorre avvertire, come pure rilevato dal Bassini, risultano già da tempo presenti nell'esperienza giuridica positiva europea e nazionale.

Infatti, dei 14 articoli che compongono la Dichiarazione ben 12 si riferiscono alla dimensione individuale fotografando una serie di diritti riconosciuti in capo ai cittadini in rete (si va dal diritto all'oblio, al diritto all'educazione digitale, al diritto di accedere ad una rete neutrale), mentre i restanti 2 si possono considerare come di carattere ordinamentale o programmatico (il riferimento è all'art. 12 sulla "Sicurezza in rete" e all'art. 14 recante "Criteri per il governo della rete")

* Pubblicato su www.medialaws.eu il 12 novembre 2014.

Eppure nel preambolo della Dichiarazione non mancano puntuali riferimenti al ruolo della rete quale motore per nuove forme di organizzazione sociale e politica, nonché quale strumento per una più diretta partecipazione dei cittadini alla vita democratica, in un periodo peraltro connotato da un progressivo restringimento degli ambiti di rappresentanza politico-sociale ai più vari livelli.

In tale direzione, nel preambolo si afferma come da un lato, Internet «*ha ampliato le possibilità di intervento diretto delle persone nella sfera pubblica*» e, sotto altro e concorrente profilo avrebbe «*[...] consentito lo sviluppo di una società più aperta e libera*». Infine, sempre secondo gli estensori della Dichiarazione, Internet si configura come «*[...] uno strumento essenziale per promuovere la partecipazione individuale e collettiva ai processi democratici [...]*».

Da tali premesse ci si poteva ragionevolmente attendere l'introduzione nel corpo della Dichiarazione di disposizioni volte quantomeno a "fotografare" la realtà e la dimensione sociale della rete, se non a introdurre obbligazioni positive a carico dei pubblici poteri.

Sotto il primo profilo considerato sarebbe auspicabile, pertanto, che nella versione finale della Dichiarazione fosse dedicato uno spazio adeguato al riconoscimento della piena dignità delle organizzazioni sociali e politiche che svolgono le proprie attività in rete o partendo dalla rete, riempiendo di contenuto e specificando le garanzie già implicite nel nostro ordito costituzionale (il riferimento non può che essere all'art. 2 della nostra Carta fondamentale).

In un'ottica promozionale e venendo al secondo profilo evidenziato, la versione finale della Dichiarazione potrebbe contenere disposizioni volte a declinare nuovi diritti di partecipazione in rete, attraverso la previsione di obblighi positivi a carico delle istituzioni pubbliche. In tale direzione potrebbero essere previsti impegni a carico delle istituzioni nazionali e locali di prevedere forme di consultazione obbligatoria anche online, in relazione all'adozione di decisioni strategiche per la popolazione in quanto incidenti direttamente o indirettamente sull'esercizio e la protezione di diritti fondamentali e sociali (salute, sicurezza, informazione etc.).

2. Il ruolo dei provider e l'art. 11 della Dichiarazione

Accanto ai correttivi sopra proposti, e sempre nel tentativo di giungere ad una Dichiarazione che, per quanto possibile, sia in grado di cogliere la complessità della rete e dei suoi protagonisti oltre che di valorizzarne gli aspetti promozionali, appare opportuno integrare l'art. 11 recante "Diritti e garanzie delle persone sulle piattaforme"¹ prevedendo specifiche garanzie anche in favore delle c.d. "piattaforme" nei confronti dei pubblici poteri.

Nell'ottica di migliorare la disposizione citata, sarebbe auspicabile anzitutto definirne con maggiore precisione l'ambito di applicazione soggettivo. Il riferimento alle "piattaforme" oltre che a-tecnico (considerando che nessuna disposizione normativa vigente parla di piattaforme ma piuttosto il riferimento è rivolto ad *access, caching e hosting provider*), appare, infatti, eccessivamente generico non consentendo una precisa individuazione dei soggetti tenuti al rispetto degli obblighi previsti.

Sempre in quest'ottica occorrerebbe definire con maggiore precisione cosa si intende per fornitori che prestano «*[...] servizi essenziali per la vita e le attività delle persone*». Sul punto è agevole, anzitutto, considerare come la previsione attuale della norma sembra porre sullo stesso

¹ La disposizione citata prevede che: «*I responsabili delle piattaforme digitali sono tenuti a comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti. Ogni persona ha il diritto di ricevere informazioni chiare e semplificate sul funzionamento della piattaforma, a non veder modificate in modo arbitrario le condizioni contrattuali, a non subire comportamenti che possono determinare difficoltà o discriminazioni nell'accesso. Ogni persona deve in ogni caso essere informata del mutamento delle condizioni contrattuali. In questo caso ha diritto di interrompere il rapporto, di avere copia dei dati che la riguardano in forma interoperabile, di ottenere la cancellazione dalla piattaforma dei dati che la riguardano. Le piattaforme che operano in Internet, qualora si presentino come servizi essenziali per la vita e l'attività delle persone, favoriscono, nel rispetto del principio di concorrenza, condizioni per una adeguata interoperabilità, in presenza di parità di condizioni contrattuali, delle loro principali tecnologie, funzioni e dati verso altre piattaforme*».

piano un valore supremo come la vita umana con altri valori che pure possono essere insiti nello svolgimento delle "attività" umane.

Inoltre nell'ambito di tale definizione, se questa fosse stata l'intenzione originaria degli estensori, sarebbe opportuno utilizzare la congiunzione disgiuntiva "o" piuttosto che la congiunzione coordinativa proposta nella versione in consultazione, considerando che, ad esempio, potrebbe essere auspicabile garantire l'interoperabilità di un servizio di posta elettronica che certamente non appare essenziale per la "vita" delle persone, ma lo è o lo può essere con riferimento alle attività esercitate dalle stesse.

Oltre alle imprecisioni testè evidenziate, la norma in commento appare carente anche sotto il profilo del riconoscimento del ruolo svolto dai *provider* nelle dinamiche di funzionamento della rete. Non è, infatti, revocabile in dubbio che prima che dalle istituzioni pubbliche l'attuale architettura della rete e il successo del suo sviluppo siano stati dovuti essenzialmente alle intuizioni dei grandi player globali che hanno, nel tempo, plasmato Internet come la conosciamo oggi. Tale considerazione, da non intendersi come un giudizio di valore in relazione alle caratteristiche delle rete oggi (aperta, libera, scalabile?), quanto piuttosto come una mera fotografia dell'attuale, dovrebbe indurre ad inserire nel corpo della Dichiarazione, non solo obblighi variamente modulati, ma il riconoscimento del ruolo svolto da tali soggetti, nonché precise garanzie in favore degli stessi nelle relazioni con i pubblici poteri.

Anche sotto tale profilo il c.d. Datagate può insegnare molto: in assenza di precise garanzie in favore dei *provider* gli stessi sono destinati/obbligati a concorrere, consapevolmente o meno, negli attentati ai diritti fondamentali che pubblici poteri possono porre in essere per il perseguimento delle più varie finalità.

Facendo tesoro, dunque, e sviluppando anche le acquisizioni cui è giunta di recente la Corte di Giustizia dell'Unione europea (il riferimento è alle sentenze gemelle SABAM del 2012/2013), sarebbe opportuno integrare la disposizione in commento prevedendo accanto agli obblighi previsti nella versione in consultazione anche precise garanzie in favore dei *players* della rete.

La breve analisi sopra condotta, nel tentativo di mettere in luce le principali mancanze della Dichiarazione sottoposta a consultazione, non vuole essere una critica senza proposta, ma piuttosto uno stimolo a non ridurre quest'iniziativa meritoria ad ennesimo strumento idoneo ad alimentare il "lievito della speranza", piuttosto che a cogliere la complessità della rete, cogliendo e valorizzando le opportunità che la stessa offre in termini sociali oltre che individuali.

Dichiarazione dei diritti in Internet: *cuius regio eius religio?*^{*}

LUCA BELLI

La Dichiarazione dei diritti in Internet attualmente oggetto di consultazione pubblica ha un grande potenziale. Tuttavia, la questione che sembra ad oggi irrisolta – o forse ignorata – è la definizione del sistema giuridico che si presterà ad accoglierla e, conseguentemente, dell'entità che se ne farà garante, allorché la versione finale sarà approvata.

Un'ambizione condivisibile

La Dichiarazione si prefigge un obiettivo non poco ambizioso: conferire “fondamento costituzionale” ai diritti degli utenti di Internet e garantire i principi in virtù dei quali Internet ha permesso la proliferazione di idee, informazioni ed innovazione a livello globale e grazie ai quali la Rete possa continuare stimolare e la “corretta competizione e crescita in un contesto democratico.” In effetti, la diffusione capillare di Internet in ogni aspetto della vita sociale, economica, culturale e politica fa sì che l'individuo diventi gradualmente dipendente dal buon funzionamento della Rete al fine di poter godere pienamente dei propri diritti fondamentali. In tal senso, Internet ha acquisito un vero e proprio valore di servizio pubblico, come ha sancito il Consiglio d'Europa¹, e pertanto i principi tecnici su cui si fonda la Rete, così come i diritti fondamentali che permettono ad ogni individuo di partecipare attivamente ad Internet e di goderne i frutti, meritano di essere protetti.

Tuttavia, è ben noto che l'emergenza di Internet non ha determinato esclusivamente nuove opportunità di autodeterminazione individuale, ma ha offerto altresì nuove possibilità di commettere illeciti e porre in essere comportamenti abusivi. La natura globale e la crescente ubiquità della Rete, per esempio, fanno sì che essa si dimostri un incredibile vettore di comunicazione e offra ad ogni utente un mercato a dimensione mondiale ma, al contempo, si presti a potenziali violazioni massive della privacy od alla concentrazione di potere in capo ad attori privati, evocando spettri a carattere feudale.² Parallelamente, la dipendenza da intermediari privati al fine di accedere ad Internet e di utilizzare qualsivoglia tipo di servizio fa sì che la regolazione contrattuale definita da tali intermediari – tramite contratti di adesione, le cui condizioni non sono negoziabili – incida direttamente sullo spettro dei diritti dell'utente. In tal senso, sembra spontaneo supporre che il comportamento naturale di un'entità privata, in misura di definire unilateralmente le proprie condizioni generali di contratto, propenderà per una regolazione suscettibile di massimizzare il proprio profitto, piuttosto che massimizzare la protezione dei diritti fondamentali dell'utente.

Per tali motivi, l'ambizione della Dichiarazione dei diritti in Internet è indubbiamente condivisibile ed uno sforzo in tal senso è meritevole di incoraggiamento. In effetti, il conferimento di “fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale” sembra strumentale non soltanto al fine di proteggere diritti e libertà esistenti dagli eventuali abusi di poteri emergenti, ma altresì al fine di preservare principi “naturalisti” della Rete, come la sua neutralità, che rischiano di essere sovvertiti³ e necessitano dunque l'intervento positivo del legislatore al fine di essere attuati pienamente.

In tal senso, interventi volti alla salvaguardia dei diritti dell'individuo sono necessari quando, come amava ricordare Norberto Bobbio, «l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico – cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la

* Pubblicato su www.medialaws.eu il 19 febbraio 2015.

¹ Si v. la Raccomandazione CM/Rec(2007)16 del Comitato dei Ministri agli Stati membri relativa alle misure volte a promuovere il valore di servizio pubblico di Internet.

² Si v. B. SCHNEIER, *Power in the Age of the Feudal Internet*, in MIND #6, 2013.

³ In merito ai rischi per la neutralità della rete determinati da pratiche discriminatorie di gestione del traffico Internet in Europa, si v. e.g.: BEREC, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, BoR (12) 30.

natura e gli altri uomini – crea o nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza». ⁴ Al fine di comprendere il possibile valore aggiunto della Dichiarazione, occorre dunque effettuare una distinzione tra quei diritti e libertà che già godono di una tutela di rango costituzionale o pattizio – la quale è applicabile online così come offline⁵ – e quei principi i quali, ad oggi, non godono di tale protezione. In tal senso, sono fulgidi esempi il sopraccitato principio di neutralità della Rete (para. 3 della Dichiarazione), la cui garanzia è strumentale al fine di permettere il pieno godimento dei diritti fondamentali degli utenti di Internet⁶ ed al fine di preservare la generatività di Internet, ed il principio della partecipazione del maggior numero di soggetti interessati alla *governance* di Internet (para. 14), il quale è condiviso da un crescente numero di organizzazioni internazionali⁷ ma scarsamente applicato a livello nazionale.

Una dimensione sovranazionale..

Nonostante qualche dubbio possa sorgere in relazione alla necessità – od utilità – di reiterare principi e valori già consacrati da testi costituzionali e fonti di diritto internazionale, il *quid pluris* di una compilazione di diritti e principi costituzionali nell'ambito di Internet può rivelarsi nel conferimento di carattere internazionale – o “sovranazionale”, nei termini della Dichiarazione – ad un tale esperimento, ponendo dunque le basi per un “Patto internazionale dei diritti in Internet” che possa, in un domani, completare l'*International Bill of Rights*, formato dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 e dai Patti internazionali del 1966.

La dimensione territoriale e, conseguentemente, la dimensione sociale più appropriata al fine di attuare pienamente il “dispositivo normativo” della Dichiarazione sembra dunque essere particolarmente rilevante al fine di valutare l'opportunità di un tale esperimento.

Alla luce dell'esplicito riferimento alla “dimensione sovranazionale” nel preambolo della Dichiarazione ed in ragione della natura essenzialmente globale della Rete, sembrerebbe opportuno esplorare la possibilità di elevare la Dichiarazione a rango internazionale. Una tale opzione potrebbe rivelarsi problematica, per quanto concerne la realizzazione dell'ambizione al contempo “sovranazionale” e partecipativa della Dichiarazione.

Occorre ricordare che i Patti internazionali del 1966 furono elaborati dall'allora Commissione ONU per i diritti umani – predecessore dell'attuale Consiglio ONU per i diritti umani – in uno sforzo congiunto con l'Assemblea Generale dell'ONU, nel quadro di un processo volto a tradurre i principi della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani in disposizioni pattizie. Benché un tale processo istituzionale sia *in abstracto* replicabile, sembra invero contraddittorio ed eccessivamente ottimista supporre che la Dichiarazione dei diritti in Internet possa divenire uno “standard comune da raggiungersi da tutti i popoli e tutte le Nazioni,”⁸ per il solo tramite del Consiglio dei diritti umani e dell'Assemblea Generale dell'ONU. In effetti, seppur si volesse ipotizzare che il contenuto della Dichiarazione possa cristallizzare il consenso degli Stati membri dall'ONU – i quali hanno notoriamente opinioni alquanto divergenti in materia di Internet – sembra velleitario pensare che un processo posto in essere in seno ad organi ONU tradizionalmente riservati alla partecipazione di sole delegazioni governative possa permettere la partecipazione di “tutti gli interessati”, condizione posta – a giusto titolo – a fondamento del

⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. XV.

⁵ Si v. Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, Risoluzione A/HRC/20/L.13 *La promozione la tutela e il godimento dei diritti umani su Internet*. A livello europeo, si v. la Raccomandazione CM/Rec(2014)6 del Comitato dei Ministri agli Stati membri relativa a una Guida dei diritti umani per gli utenti di Internet.

⁶ Cfr. L. BELLÌ – M. VAN BERGEN, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users' Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, Council of Europe, CDMSI(2013)misc 19 E.

⁷ Si v., e.g.: OECD, *The Seoul Declaration for the Future of Internet Economy*, 2008; Consiglio d'Europa, *Dichiarazione del Comitato dei Ministri sui principi della governance di Internet*, 2011; ITU, Resolution 140 (REV. BUSAN, 2014), *ITU 's role in implementing the outcomes of the World Summit on the Information Society and in the overall review by United Nations General Assembly of their implementation*.

⁸ Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, UN Resolution 217 A (III) of 10 December 1948.

“governo della Rete” dalla Dichiarazione stessa.

Diversamente, la discussione di un tale progetto nell’ambito dell’Internet Governance Forum delle Nazioni Unite permetterebbe il coinvolgimento di uno spettro di soggetti interessati ben più ampio e variegato, conferendo una maggiore legittimità alla Dichiarazione e permettendo alla comunità internazionale di valutarne il merito ed, eventualmente, di appropriarsene. La discussione della Dichiarazione al prossimo IGF globale – che si terrà in Brasile dal 10 al 13 novembre – rappresenterebbe il prolungamento naturale di un iter iniziato con la discussione di questo *Internet Bill of Rights* allo scorso IGF Italia, organizzato sotto l’egida della Camera dei Deputati. In aggiunta, un dibattito a dimensione *multi-stakeholder* della Dichiarazione, in seno all’IGF globale, si rivelerebbe strategico al fine d’incoraggiare una sinergia tra la Dichiarazione e le altre iniziative ampiamente discusse nel corso delle ultime edizioni dell’IGF, come la Carta dei diritti umani e dei principi per Internet della Internet Rights and Principles Coalition⁹, la Guida dei diritti umani per gli utenti di Internet del Consiglio d’Europa¹⁰ ed il tentativo di elaborazione di una Magna Carta per Internet¹¹, promosso da Sir Tim Berners-Lee, inventore del World Wide Web. Parimenti, lo European Dialogue on Internet Governance (EuroDIG) – che avrà luogo a Sofia il 4 e 5 giugno – potrebbe offrire un’eccellente occasione per estendere gradualmente la portata territoriale del dibattito concernente la Dichiarazione, stimolando l’interesse della comunità internazionale e tentando di cristallizzare progressivamente un consenso intorno al potenziale di una tale iniziativa.

.. *od un Internet Bill of Rights*

Visto l’ostentato carattere costituzionale a cui assurge la dichiarazione, sembra opportuno ricordare che il conferimento di tale rango alla Dichiarazione potrebbe avvenire con apposita legge costituzionale, trasformando l’attuale bozza in un autentico *Internet Bill of Rights*. Tuttavia, più che dal celebre *Bill of Rights* statunitense, un tale procedimento potrebbe trarre ispirazione dall’esperienza costituzionale posta in essere dai “Cugini d’oltralpe” al fine di integrare la disciplina della *Charte de l’environnement* nel Preambolo della Costituzione francese¹². Infatti, il processo di integrazione della *Charte* nel “blocco di costituzionalità” francese fu il risultato di un’evoluzione durata diversi anni ed alimentata da una serie di dibattiti pubblici, volti ad implicare la società francese nella definizione delle norme fondamentali concernenti la protezione dell’ambiente. Un tale processo sembra essere riproposto dall’attuale sforzo di consultazione in merito alle sfide economiche e sociali legate ad Internet, orchestrato dal *Conseil National du Numérique* al fine di concretizzare l’*ambition numérique* francese¹³. Inutile dire che una serie di dibattiti pubblici su modello francese, che permettano ad ogni soggetto interessato di comprendere l’importanza dei punti elencati dalla Dichiarazione, al fine di poter formare la propria opinione ed esprimerla liberamente, sarebbe particolarmente auspicabile e rappresenterebbe un vero e proprio esercizio di cittadinanza attiva.

Un tale processo partecipativo rappresenta il punto di partenza di una *governance* di Internet aperta, trasparente, responsabile e “*multi-stakeholder*” che è esplicitamente sollecitata dalla Dichiarazione. Un disegno di legge costituzionale risultante da un tale processo sarebbe frutto di un vero e proprio esercizio di democrazia partecipativa e, benché il procedimento di adozione di una legge costituzionale sia tortuoso e dall’esito tutt’altro che scontato, un risultato favorevole attribuirebbe un’indiscutibile legittimità democratica alla Dichiarazione.

⁹ Si v. <http://internetrightsandprinciples.org/site/charter>.

¹⁰ Cfr. <http://coe.int/en/web/internet-users-rights/guide>.

¹¹ Si v. <http://w3.org/blog/2014/09/crowdsourcing-a-magna-carta-for-the-web-at-the-internet-governance-forum>.

¹² Si v. <http://legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Charte-de-l-environnement-de-2004>.

¹³ Si v. <http://contribuez.cnumerique.fr>.

Non i diritti in Internet, ma Internet nei diritti*

CARLO BLENGINO

Parto dalla domanda che molti si sono posti leggendo la bozza presentata dalla Commissione: quale lacuna dovrebbe essere colmata nei nostri ordinamenti nazionali o fin anche in una cornice sovranazionale dalla Dichiarazione dei Diritti in Internet?

Un possibile equivoco

Per rispondere alla domanda è opportuno sciogliere un primo possibile equivoco.

Dalla lettura del preambolo sembra emergere una sovrapposizione di due diversi beni giuridici oggetto della Dichiarazione. Da un lato Internet è individuato come una risorsa globale meritevole in sé di regolamentazione quale straordinario prodotto della tecnologia, tanto che nell'ultimo capoverso del preambolo la Dichiarazione non è più "dei diritti *in* Internet", ma diviene la Dichiarazione "dei diritti *di* Internet"; dall'altro, oggetto di tutela sono chiaramente i diritti fondamentali che tramite Internet hanno trovato nuova ed inedita declinazione. I due profili sono ovviamente connessi, e ben possono convivere, ma è fondamentale non confonderli, ed individuare correttamente il bene giuridico a cui si vuol di volta in volta prestar tutela.

Per tornare alla domanda iniziale, diverso è valutare quale tutela possa/debba essere concessa dall'ordinamento ad un mezzo tecnologico qual è Internet (e perché no, in generale ai sistemi informativi sulle reti di comunicazione elettronica), altro individuare quali diritti, creati o potenziati dal mezzo Internet, siano oggi negati o compressi e non sufficientemente tutelati nell'ordinamento tanto da richiederne una nuova definizione nella Dichiarazione.

La tutela di Internet in sé, quale mero strumento frutto di innovazione tecnologica mi pare operazione sbagliata, soprattutto in una Dichiarazione di principi che aspira a porsi ad un livello para-costituzionale e che vorrebbe vincolare nel futuro i tanti soggetti, pubblici e privati, che in fatto (col codice) o in diritto (con leggi e regolamenti) influiranno sul governo (*rectius*: sull'uso) della rete. Credo sia velleitario pensare di tutelare, per come la percepiamo oggi, una risorsa tecnologica in continua mutazione, tant'è che, saggiamente, la Commissione ha evitato di definire cosa sia Internet. E d'altra parte anche quei diritti che nella Dichiarazione paiono essere propri del mezzo in quanto tale (penso all'art. 12 sulla sicurezza in Rete, intesa come l'integrità delle infrastrutture, o all'art.14 sui criteri per il governo della rete, o alla stessa *net neutrality* di cui all'art.3) sono comunque (almeno parzialmente) declinati come diritti degli utenti. Il che è corretto, perché Internet trova ragione di tutela solo là dove sia fondamentale per l'esercizio di diritti: è tutelando i diritti degli utenti che tuteliamo Internet.

Paradossalmente però, nella Dichiarazione, Internet è troppo centrale nelle formulazioni dei singoli principi proclamati ed il documento prodotto dalla Commissione rischia di inseguire forzatamente una sorta di legge del cavallo evocata a proposito della *cyber law* dal giudice Easterbrook nel lontano 1996.

Il punto non è creare una "costituzione" per Internet, ma creare le condizioni affinché le Costituzioni dei paesi democratici siano in grado di tutelare i diritti fondamentali (anche) al tempo di Internet. Tutelando i diritti degli utenti, sarà tutelato anche Internet, là dove il mezzo è fondamentale al loro esercizio (e dove così non è, non merita tutela costituzionale).

Non i diritti in Internet, ma Internet nei diritti

E' probabile che tra qualche anno non percepiremo più alcuna differenza tra on line e off line. Internet sparirà come luogo virtuale a sé stante: già oggi è in realtà parte integrante del nostro mondo fisico. Dobbiamo prendere atto che la rivoluzione digitale ed Internet hanno generato nuove declinazioni di diritti acquisiti e forse nuovi diritti, e dunque, per converso, hanno generato

* Pubblicato su www.medialaws.eu il 15 febbraio 2015.

aree di non-libertà: per dirla con Bobbio <<la non-libertà nasce continuamente nel seno stesso della libertà e a egual titolo si può dire che la libertà rinasce continuamente nel seno stesso della non-libertà>>. Dunque una ridefinizione dei principi fondamentali può esser necessaria, ma sarebbe un errore pensare di isolare e “dichiarare” le libertà e i diritti in Internet partendo dal mezzo in sé, per come lo percepiamo oggi, dando ad essi una specifica declinazione “in rete” staccata dai diritti fondamentali “analogici”. Da un lato si rischia di creare norme apparentemente inutili e ridondanti perché già presenti nell'ordinamento, dall'altro di non cogliere le reali aree di non-libertà che il mezzo ha generato o genererà in futuro. Nella Dichiarazione i diritti paiono una conseguenza, o al più un attributo di Internet mentre ne sono premessa indispensabile per una efficace tutela. L'errore prospettico tra la tutela di Internet e la tutela dei diritti al tempo di Internet è la causa, credo, delle critiche di coloro che accusano il documento della Commissione di esser ridondante ed inutile, come delle osservazioni di coloro che ne evidenziano le carenze.

Lacune ed eccessi: la libertà d'espressione

Per render concreto quanto sin qui sostenuto, e per rispondere alla domanda iniziale, proviamo a valutare uno dei diritti fondamentali di questo tempo, la libertà d'espressione, raffrontando l'area di libertà prodotta da Internet, la tutela costituzionale oggi cogente ed i principi presenti o assenti nella Dichiarazione. Sebbene la Dichiarazione abbia aspirazioni globali mirando, a detta della Presidente Boldrini, a porsi come base per una discussione a livello europeo o addirittura mondiale, credo sia utile “abbassare il tiro” e valutare lo stato dell'arte in Italia. Questo non per disconoscere la necessità di regole transnazionali nelle nostre società connesse, quanto per render tangibile l'errore prospettico di una Dichiarazione *ad hoc* dei diritti in/di Internet.

Nella bozza della Dichiarazione la libertà d'espressione compare unicamente come inciso all'art. 12 sulla sicurezza in rete: davvero poco per un principio che, tra tutti i diritti fondamentali, è quello maggiormente scosso ed ampliato da Internet ed in generale dalle tecnologie digitali. Inutile ripetere quanto la creazione, la diffusione e la fruizione delle informazioni, delle idee ed in generale dei prodotti del libero pensiero sia radicalmente mutata grazie al digitale ed alla rete. E a poco vale affermare che detto principio sia saldamente consolidato nei nostri ordinamenti, tanto da poter esser dato per scontato. Grazie ad Internet il concetto stesso di libera manifestazione del pensiero è profondamente mutato. Non è più solo «*il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*» consacrato all'art. 21 della nostra Costituzione, ma è diventato il diritto di ciascuno di noi di essere partecipe nell'attuale società dell'informazione, di informare e soprattutto di esser informato, che vuol dire, oggi, riconoscere il diritto di accesso ad Internet (art. 2 della Dichiarazione). La libertà d'espressione oggi è il diritto di fruire, a parità di condizioni, di ogni servizio sia reso disponibile per veicolare idee, informazioni e contenuti. Ed a ben guardare, su Internet, la libertà di espressione trascina con sé la tutela della neutralità della rete (art. 3 della Dichiarazione). Come più volte affermato dalla Corte di Giustizia Europea, ogni nuovo servizio della società dell'informazione (un aggregatore, una piattaforma di condivisione o una nuova modalità di fruizione dei contenuti) è esso stesso esercizio di libertà di espressione, e come tale va tutelato da discriminazioni, filtri e blocchi. E la neutralità della rete come declinazione della libertà d'espressione si lega anche alla tutela della concorrenza e della libertà economica. Sul punto è interessante l'interpretazione resa dal TAR del Lazio nell'ordinanza 25/06/2014 sul regolamento AGCOM, ove si afferma che «*il diritto di informare, da una parte, come profilo passivo, è posto a tutela dei singoli utenti, ai fini di una loro effettiva partecipazione alla vita democratica, dall'altra, come profilo attivo, è teso a proteggere coloro che operano nel sistema dei media, per assicurare che le informazioni immesse nel circuito economico contribuiscano alla crescita del mercato, oltretutto a garantire ai singoli utenti la possibilità di scelta tra una molteplicità di fonti informative*». E prosegue: «*Diventa, pertanto, obbligata una lettura congiunta dell'art. 21 con le libertà economiche dell'art. 41 della Costituzione, inteso in senso ampio non come mera libertà di attività di impresa, ma come copertura costituzionale di ogni atto con cui il soggetto scelga il fine economico da perseguire, in linea con la configurazione della libertà economica come di un diritto di libertà proprio della persona*».

Ben prima di Internet, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, emerge con chiarezza la coesistenzialità tra la libertà di espressione usata a fini informativi, la libertà d'impresa e in ultimo la forma di stato democratico, la cui natura implica «*pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei alla circolazione delle notizie e delle idee*» (C. Cost. n. 105 del 1972). Questa visione ha condotto da tempo ad accentuare il carattere fondamentale dell'art. 21 Cost., inteso come «*pietra angolare della democrazia*» (C. Cost n. 94 del 1977). Ma oggi, con Internet, la libertà d'espressione appare con chiarezza come diretta emanazione del più generale diritto alla dignità della persona umana, che anima l'art. 2 della nostra Costituzione e permea di sé l'intero ordinamento.

Così interpretata la libertà d'espressione, diventerebbe facile applicare all'accesso ad Internet ed alla neutralità della rete quel solenne impegno contenuto al comma 2 dell'art.3 della Costituzione secondo cui è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti (e non solo dei lavoratori, perbacco) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Le ricadute su molti principi enunciati nella Dichiarazione sono evidenti.

Ma la visione esposta è frutto del faticoso lavoro di interpretazioni della magistratura e necessita oggi di esser esplicitata con chiarezza e con valore cogente, per dispiegare i propri effetti sulle nuove modalità di esercizio della libera manifestazione del pensiero in rete. Per ragioni storiche l'art. 21 della nostra Carta fondamentale è oggi quanto di più inadatto ed obsoleto sia offerto al giurista per difender la libera manifestazione del pensiero in Internet. Per una scelta in allora comprensibile, in vero non dissimile da quella compiuta oggi con la Dichiarazione, l'art.21 si addentra in una minuta difesa del mezzo, la stampa tipografica ieri Internet oggi, così che a 50anni di distanza la forza precettiva del principio è affidata alla buona volontà dell'interprete. Piccoli segnali giurisprudenziali consentono di adeguare l'art.21 Costituzione al tempo del web (mi riferisco ad esempio alla recente Sentenza delle Sezioni Unite sulla sequestrabilità per oscuramento delle testate online), ma è innegabilmente necessaria una nuova formulazione dell'art. 21 Costituzione ed una complessiva riscrittura dei principi a questo collegati.

Come da più parti osservato la Dichiarazione non si sofferma sulla libera manifestazione del pensiero, quasi a dar per scontata quella libertà fondamentale le cui nuove declinazioni in rete sono però tutt'altro che consolidate nel nostro ordinamento. Nell'equivoco di enunciare principi legati al mezzo, ad uso esclusivo di Internet, la Dichiarazione detta diritti degli utenti (l'accesso) o disegna caratteristiche del mezzo (la neutralità) che poggiano su deboli basi e che seppur condivisibili, risultano orfani, sganciati dal bene giuridico da cui derivano. Senza una tutela forte della libertà d'espressione non ha molto senso garantire il diritto d'accesso, né lottare per un astratto concetto di neutralità della rete, le cui argomentazioni a contrario appaiono tutt'altro che pretestuose se non sono valutate sulla base di chiari principi costituzionali.

Non dissimili considerazioni potrebbero farsi riguardo ai diversi principi presenti nella Dichiarazione in tema di protezione dei dati e di riservatezza sulle reti di comunicazione: aspetti questi gravemente carenti nella nostra vigente Costituzione, che richiederebbero, prima di addentrarsi in specifiche discipline a tutela di Internet, una chiara formulazione a livello dei principi fondamentali sovraordinati.

Una proposta

Per tornare alla domanda iniziale, preso atto del profondo mutamento che la rivoluzione digitale ha prodotto nell'esercizio delle libertà proprie della persona, non possono esservi dubbi sulla necessità di una nuova definizione dei diritti fondamentali nelle società dell'informazione del XXI secolo: solo così si potranno scongiurare aree di non-libertà e si potrà tutelare qualsiasi mezzo tecnologico, presente e futuro, che risulti essenziale al loro esercizio.

Molti dei principi enunciati nella Bozza di Dichiarazione sono condivisibili, e la discussione che l'iniziativa ha suscitato è fondamentale, ma la Commissione, per dare un segno di concretezza, potrebbe affiancare al documento su Internet una proposta da avanzare ai parlamentari italiani volta a modificare alcuni dei principi contenuti nella prima parte della nostra

Costituzione. Sarebbe un segnale forte, anche a livello internazionale, e davvero segnerebbe un significativo e concreto passo per la tutela dei diritti in rete. Almeno in Italia.

Provo, senza alcuna pretesa, a mero titolo esemplificativo e conscio dei limiti di una tale operazione, ad immaginare Internet in alcuni articoli della nostra Carta Costituzionale.

Immaginiamo se al comma 2 dell'art. 3 si leggesse oggi:

*«È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico, **tecnologico** e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica, culturale e sociale del Paese».*

Il Digital divide diverrebbe una priorità costituzionale.

O se all'art. 14 fossero inserite due parole:

*«Il domicilio, **fisico ed informatico**, è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali».*

L'art. 6 della Dichiarazione sarebbe di per sé attuato.

O ancora, solo per render concreto quanto in precedenza affermato, e senza l'ardire di ergersi a padre costituente, perché non immaginare un nuovo art. 21 della nostra Carta Costituzionale che reciti ad esempio:

*«Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. **Tale diritto include la libertà di ricevere o di comunicare informazioni e idee con ogni mezzo, senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.***

Tutti hanno eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. L'accesso deve esser consentito alle persone con disabilità.

Tutti hanno il diritto di scegliere liberamente i sistemi informativi e di accedere ai servizi della società dell'informazione attraverso reti di comunicazione neutrali, sulle quali i dati trasmessi e ricevuti non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, in relazione a scelte legittime dell'utente.

La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati.

Si può procedere a sequestro ed alla rimozione di contenuti digitali soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria o delle autorità di vigilanza a ciò espressamente autorizzate, nei soli casi e con le modalità tassativamente previste dalla legge».

Ancora sulla Dichiarazione dei diritti di Internet. Riflessioni sparse in tema di anonimato*

CARLO MELZI D'ERIL – GIULIO ENEA VIGEVANI

Qualche considerazione in generale sullo strumento utilizzato e sulla efficacia che tale strumento ha e può anche avere in futuro. A questo proposito, la questione ci sembra non sia se, come pure è stato scritto, ci troviamo davanti a un esempio di *soft law* o di *hard law*. Riteniamo, infatti, che in questo caso non si tratti di *law*, e per la verità nemmeno di *bill*; in altri termini non siamo di fronte a un testo normativo da poter inserire in un punto qualunque nel sistema delle fonti e nemmeno ad un progetto di un simile testo normativo. Allo stato, quello in commento è un articolato scritto da persone certamente competenti, alcune anche di indubbia autorevolezza, ma senza alcuna altra legittimazione se non quella di essere preparati sulla materia. Dunque l'approccio alla materia, a nostra volta, crediamo non possa essere altro che quello di realizzare una sorta di recensione a un elaborato compiuto da studiosi, e non un commento a un testo normativo. Vi sono stati esempi di scritti redatti da esperti che poi hanno ricevuto per così dire "dignità normativa" e non è escluso che anche questo possa avere la medesima sorte, tuttavia per poterlo fare dovrebbe, da un punto di vista anche solo linguistico avere meno parole. Talune disposizioni, infatti, più che regole sembrano dichiarazioni auspicabili.

Sempre in termini generali, ma sotto un altro profilo, questa carta parrebbe avere la pretesa di affiancarsi ed integrare la prima parte della Costituzione, aggiungendo alcuni diritti *ad hoc* per Internet al catalogo dei diritti e dei doveri già previsti dagli artt. 13 – 54 Cost. Se è così, si potrebbe anzitutto discutere dell'opportunità o meno di seguire tale "strada"; su una simile opzione nutriamo più di una perplessità, sembrandoci le norme costituzionali più che capaci di garantire anche in rete i diritti che trovano tutela nelle disposizioni tradizionali. Ma, pur volendo tralasciare una simile indecisione "di fondo", se si vuole perseguire comunque questo disegno, pare quantomeno indispensabile che le nuove disposizioni si armonizzino e non vadano in contrasto con quelle oggi vigenti.

In quest'ottica, l'art. 9 della Dichiarazione, che esalta il diritto di manifestare il pensiero in forma anonima, non pare del tutto in linea con lo spirito di più di una disposizione della Costituzione. Infatti, l'art. 21 Cost. collega il diritto di manifestare il pensiero con i principi di responsabilità e di trasparenza. E così, in modo non del tutto diverso anche l'art. 18 Cost., vietando le associazioni segrete, impone che il confronto pubblico avvenga alla luce del sole. Insomma, in entrambi i casi presi ad esempio ci sembra che libertà assai ampie siano riconosciute, purché esercitate "a volto scoperto".

Questo è un altro punto che, per di più, rischia di creare contrasto con il dettato dell'ordinamento vigente: la norma in esame realizzerebbe una sorta di doppio regime di cui non si comprende la ragionevolezza, nel quale sarebbe vietato vietare l'anonimo in rete, mentre la stampa clandestina è vietata.

Nel merito, poi, ci si permette di sottolineare quello che potrebbe sembrare un paradosso: il diritto all'anonimato può essere affermato solo nello Stato democratico, poiché quello autoritario mira a controllare ogni ambito della vita dei cittadini e dunque, quasi per sua natura, è portato a vietare ogni barriera che consenta di nascondere l'identità di chiunque e in particolare di coloro che si esprimono nel dibattito pubblico. Ma proprio nello Stato democratico non dovrebbe esserci ragione alcuna per sostenere la necessità dell'anonimato al fine di difendere il dissenziente, poiché lo Stato democratico si basa anche sul principio secondo cui costui deve poter esprimere senza rischi anche l'opinione discordante da quella comune.

E allora, un documento che ha l'aspirazione a far parte dell'orizzonte costituzionale dell'ordinamento potrebbe semmai prevedere una riserva di legge che garantisca il diritto a esprimere il proprio pensiero in forma anonima qualora ciò sia indispensabile per godere

* Pubblicato su www.medialaws.eu l'11 febbraio 2015.

effettivamente esercitare tale diritto. Una simile norma consentirebbe di rimanere coerenti con l'impostazione della Costituzione, secondo cui la trasparenza è la regola e l'anonimato l'eccezione.

Nella stessa ottica, invece di "consacrare" una sorta di incompressibile diritto all'anonimato, sarebbe ben più necessario affermare *expressis verbis* la estensione delle garanzie previste dai commi 2-4 dell'art. 21 Cost. anche alle manifestazioni del pensiero in rete che abbiano le caratteristiche degli stampati. In altri termini, sarebbe auspicabile ricondurre nel perimetro di tutela verso il sequestro preventivo, quelle pagine web che, in un'interpretazione evolutiva dell'art. 2 legge stampa, rechino ben evidente un responsabile della pubblicazione e il momento di inserimento in rete, precisando quindi che solo in assenza di queste caratteristiche il sequestro preventivo dei contenuti *on-line* sarebbe quindi sempre ammissibile, in presenza ovviamente dei presupposti codicistici. È vero che la Cassazione penale a Sezioni Unite, in una sentenza di cui si conosce al momento il dispositivo ma non ancora le motivazioni, sembra essere andata in questa direzione, ma non sarebbe comunque sbagliato che il principio venga statuito. Se il legislatore dovesse far proprio l'articolato, magari con qualche rimaneggiamento, avremmo disciplina di settore abbia una riforma razionale realizzata, finalmente dal potere politico, nel senso auspicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Come se fossimo in un Paese normale.

Venendo alla seconda disposizione, quella riguardante il *diritto all'oblio*, anche qui ci pare necessario formulare alcune considerazioni. La disposizione sembra una parafrasi non sempre coerente al suo interno di alcune idee maturate nel tempo nella riflessione di studiosi e giudici e che hanno trovato in particolare una concretizzazione nella sentenza *Google Spain*.

Qui di seguito cerchiamo di formulare qualche esempio concreto: non si capisce bene perché si debba limitare l'applicazione del diritto all'oblio alla sola deindicizzazione e non anche alla pubblicazione sul sito sorgente. È vero che la fruizione delle informazioni in rete viene ormai veicolata pressoché interamente dai motori di ricerca, tuttavia ciò non toglie che l'eventuale totale assenza di interesse pubblico sopravvenuto alla conoscenza del dato potrebbe giustificare, in alcune occasioni, la vera e propria cancellazione del medesimo. Non si comprende nemmeno con la necessaria chiarezza quale bilanciamento venga stabilito con la libertà di ricerca e con il diritto dell'opinione pubblica a essere informata. A una prima lettura, sembra che il primo non possa limitare i secondi. Tuttavia, una riflessione più approfondita porta a ritenere che in verità la sola posizione di un diritto all'oblio, con il suo inevitabile contenimento della libertà di diffusione dei dati, per definizione costituisce un vincolo e implica una restrizione alle libertà di ricerca e di manifestazione del pensiero. Trattandosi di diritti per così dire "confinanti", se si intendesse davvero evitare ogni limitazioni a tali ultime libertà, ciò significherebbe far scomparire il diritto di cui si tratta. Come per le maree, l'espansione dell'uno determina inevitabilmente una contrazione dell'altro.

Altro aspetto che merita forse un cenno è la apparente limitazione dell'applicabilità della norma in commento, alle persone «note» e ad altre categorie di soggetti non sempre facilmente identificabili. L'introduzione di elementi i cui contorni sono difficilmente delineabili non sembra possa contribuire alla formazione di indirizzi interpretativi univoci, dato che invece ci pare molto importante, in una materia come quella del trattamento dei dati personali a scopi giornalistici in cui sono già numerose, perché a volte davvero inevitabili, i riferimenti a parametri obiettivamente un po' sfuggenti.

Infine, tra gli altri punti che pure meriterebbero un cenno, ci pare necessario spendere due parole a proposito dell'ultima disposizione dell'art. 10, secondo cui qualora la richiesta di deindicizzazione sia stata accolta è statuito un generalizzato «diritto di conoscere» tali casi e un'altrettanto generalizzata legittimazione attiva ad impugnare davanti all'autorità giudiziaria le decisioni in questione. È comprensibile la *ratio* alla base della regola che consente questa sorta di controllo diffuso sulla cancellazione, tuttavia in concreto ciò rischia di illuminare ancora di più proprio quei dati che, ritenuti non più meritevoli di essere "sotto gli occhi" della collettività, si era deciso di deindicizzare. E questa assomiglia molto ad una beffarda eterogenesi dei fini.

La forma della Dichiarazione dei diritti in Internet*

MONICA ALESSIA SENOR

«Qual è la forma dell'acqua?».

«Ma l'acqua non ha forma!» dissi ridendo: «Piglia la forma che le viene data»

Andrea Camilleri, *La forma dell'acqua*, Sellerio, 1994.

La Dichiarazione dei diritti in Internet non è acqua.

Innanzitutto, perché, va detto, l'impegno profuso dalla Presidente della Camera e dai membri della Commissione dalla stessa istituita su di un tema così imprescindibile per la società in cui viviamo merita grande rispetto ed un doveroso riconoscimento.

Per contro, tuttavia, non può sottacersi che il principale limite della Dichiarazione sia rappresentato dalla sua assoluta mancanza di forma, mancanza a cui non è, né sarà, possibile sopperire *a posteriori*.

La questione è squisitamente giuridica, ma essenziale.

E pur parlandosi di forma, non è argomento meramente formale.

Vediamo perché.

Il nostro ordinamento giuridico, come ogni sistema di *civil law*, si fonda su di un rigoroso sistema di fonti del diritto, che si distinguono in fonti di produzione e fonti sulla produzione: con le prime si intendono gli atti idonei a produrre effetti giuridici, mentre le seconde definiscono i soggetti, le procedure ed i poteri che generano le fonti di produzione.

Le due categorie sono strettamente interconnesse.

Dal sistema delle fonti di diritto discendono due importanti corollari (cfr. G. Zagrebelsky, *Diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, UTET):

1) nessuna fonte può disporre della propria efficacia;

2) nessuna fonte può creare altre fonti aventi efficacia uguale o maggiore alla propria.

La Dichiarazione è carente sotto entrambi i punti di vista: non solo non è dato sapere se voglia assurgere a legge ordinaria, costituzionale o norma internazionale, ma neppure (soprattutto) non è definito quale sia la sua fonte sulla produzione di riferimento.

In sintesi, però, la Dichiarazione non può auto generarsi, né decidere essa stessa il valore della propria efficacia.

Non solo.

Sebbene molto spesso il nostro Legislatore abbia dato prova di pessime capacità tecniche nella stesura delle norme, il previo inquadramento di un atto nel sistema delle fonti di produzione ne determina la più confacente tecnica redazionale.

Infatti, è assai diverso scrivere una proposta di legge di revisione costituzionale da una proposta di legge ordinaria.

Nella prima ipotesi il testo sarà breve e conciso in quanto si tratterà precipuamente dell'enunciazione di principi generali, a cui sono sottesi dei diritti fondamentali: tale era, ad esempio, la proposta del prof. Rodotà di inserire nella nostra Carta fondamentale l'art. 21-bis relativo al diritto di accesso ad Internet.

Nel secondo caso, invece, il testo sarà sicuramente più fluente ma dovrà necessariamente coordinarsi con le altre norme già in vigore: in tal senso, la Dichiarazione è sicuramente inidonea ad assumere *tout court* la veste di un disegno di legge sia per il linguaggio eccessivamente discorsivo utilizzato, sia perché gran parte dei diritti ivi enunciati, specie quelli in tema di tutela dei dati personali sono riproposizioni di concetti giuridici già presenti nel nostro ordinamento, in particolare nel D. Lgs. 196/03.

Il 25 novembre scorso, inaugurando l'Internet Governance Forum Italia 2014, la Presidente della Camera ha precisato che la Dichiarazione dei diritti in Internet è una dichiarazione di principi e non una legge, ma rappresenta comunque un documento fondamentale perché libertà,

* Pubblicato su www.medialaws.eu il 30 dicembre 2014.

uguaglianza, dignità e diversità delle persone siano garantite anche in Internet ed ha auspicato che la stessa diventi una mozione che inviti il Governo a portare queste regole e questi principi in Europa e, magari, anche nella sede delle Nazioni Unite.

In merito all'aspirazione internazionale della Dichiarazione, due sono i profili critici.

In primo luogo, occorre rilevare che le raccomandazioni dell'ONU in materia di diritti dell'uomo, nel cui ambito possiamo immaginare si potrebbero inserire quelli proclamati dalla nostra Dichiarazione, sono atti non vincolanti per gli Stati contraenti, la cui rilevanza giuridica consiste principalmente nel c.d. effetto di liceità, per cui il comportamento di chi vi si conforma non può mai costituire una violazione del diritto internazionale (cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica).

Dunque, salvo ipotizzare che la Dichiarazione confluisca in un vero e proprio trattato internazionale, si rimarrebbe comunque nell'ambito della *soft law*.

In secondo luogo, il contenuto della Dichiarazione pare poco compatibile con una dimensione giuridica sovra europea. Limiti in tal senso sono ravvisabili da un lato nel fatto che i principi richiamati nella Dichiarazione in tema di *data protection* rispecchiano fedelmente la matrice europea della materia (dal consenso della persona interessata al diritto all'oblio), matrice non condivisa da tanti altri Stati membri delle Nazioni Unite, dall'altro nel fatto che la Dichiarazione non prende minimamente in considerazione la libertà di espressione.

Quest'ultimo aspetto è sicuramente quello che più lascia il segno.

Anche a non voler accedere all'impostazione americana, in cui la libertà di parola protetta dal Primo Emendamento costituisce caposaldo attorno a cui gravita l'intero sistema paese, la libera manifestazione del pensiero è diritto umano fondamentale imprescindibile per ogni democrazia (dichiarata tale o effettiva).

Lo stesso Marco Civil da Internet, all'art. 3, nell'elencare i principi a cui deve attenersi la disciplina dell'uso di Internet in Brasile, al primo posto individua la garanzia della libertà di espressione, comunicazione e manifestazione del pensiero.

Parimenti, la risoluzione 68/167 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, intitolata "The right to privacy in the digital age", stabilisce non solo che il diritto alla privacy è importante per la realizzazione stessa del diritto alla libertà di espressione, ma sottolinea anche l'importanza del pieno rispetto dell'importanza del «*full respect for the freedom to seek, receive and impart information, including the fundamental importance of access to information and democratic participation*».

Non menzionare la libertà di espressione in un mondo caratterizzato per metà da paesi totalitari e per l'altra metà da paesi democratici, ma che ricorrono senza indugi a mezzi di sorveglianza massiva è, a parere di chi scrive, il *vulnus* più grave, oltre alla forma, della Dichiarazione dei diritti in Internet.

Diritti e piattaforme: mettiamo la Dichiarazione dei Diritti in Internet in prospettiva*

NICOLO' ZINGALES

Per un pieno apprezzamento dell'attuale bozza di Dichiarazione dei Diritti in Internet, non si può prescindere da una fondamentale questione ontologica: qual è la funzione di questo documento?

Una prima opzione, per cui pare di potersi propendere alla luce del profilo mediatico e del nome con cui talvolta ci si riferiva alla Dichiarazione (Magna Carta), è quella di "costituzionalizzare" Internet: ovverosia, raccogliere e sancire in un unico documento una serie di norme e principi di generale accettazione e cruciale importanza all'interno di un determinato sistema giuridico, ai fini della definizione di un quadro generale per la *governance* di Internet. Questa "Magna Carta" formerebbe dunque un quadro di principi e norme di carattere primario, allo stesso tempo fondamento e limite delle eventuali norme secondarie adottate per la loro implementazione.

Una seconda opzione, invece, che sembra più calzante alla luce di un esame del contenuto degli articoli e del titolo stesso che è stato scelto, è quella di fornire una serie di principi e norme di natura esortativa, col fine di guidare qualsiasi attività regolatoria dei diritti sulla rete. In questo secondo caso, a differenza del primo, la mancanza di un vero e proprio processo costituente consente agli autori del documento di esulare dalla necessità di forte consenso, lasciando più spazio ad interpretazioni progressiste.

Sotto questo profilo, la funzione della Dichiarazione non è molto diversa dalle relazioni presentate annualmente dai Relatori Speciali delle Nazioni Unite, incaricati di valutare il livello di protezione di determinati diritti ed avanzarne la portata a livello globale. Giusto per fare un esempio, nel 2011 il rapporto del Relatore Speciale per i Diritti Umani e le Imprese definiva per la prima volta il concetto di responsabilità delle imprese nel rispetto dei diritti umani, e quello del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla Promozione e la Protezione della Libertà di Opinione ed Espressione affermava la necessità di provvedimento giudiziale per imporre restrizioni di contenuti o richiedere dati degli utenti ai cosiddetti "intermediari di Internet". Trattasi in entrambi i casi di contributi fondamentali per la crescita dei concetti di diritti umani e di libertà di espressione, che i relatori espandevano oltre il loro tradizionale campo di applicazione e interpretavano alla luce delle caratteristiche della società odierna.

In questo senso, la Dichiarazione potrebbe seguire le orme di altre note "fonti atipiche" nel diritto internazionale, quali per es. la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e la Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, che sono servite da pietra miliare nel percorso di adozione delle successive Convenzioni (in particolare, la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici; la Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali; e la Convenzione Internazionale sui Diritti dell' Infanzia). Con la differenza fondamentale che, riconoscendo la crescente importanza del modello "*multistakeholder*" nella definizione della *governance* di Internet, questa Dichiarazione si prepone di abbandonare le classiche procedure intergovernative, adottando una procedura aperta che consenta di prendere in considerazione l'apporto di chiunque abbia interesse a contribuire. E' per questo motivo che la presente consultazione riveste particolare importanza, e che una partecipazione nutrita è quanto meno auspicabile ai fini del riconoscimento e della legittimazione collettiva di questo passo strategico compiuto dalla Commissione.

* Pubblicato su www.medialaws.eu il 12 febbraio 2015.

Posto dunque che non si tratta semplicemente di una raccolta di norme già esistenti, ma piuttosto di un'affermazione di linee guida per la futura *governance* della rete, alcune delle scelte fatte dagli autori della bozza possono essere meglio comprese se messe in tale prospettiva: quella della necessità di promuovere una presa di coscienza e di posizione in merito a temi fondamentali per il rispetto dei diritti in quella società connessa con la quale ci troviamo (e troveremo sempre di più) a dover fare i conti. Le disposizioni della Dichiarazione possono allora essere viste come affermazioni mirate a generare dibattito, proposizioni per un incrementale lavoro di definizione del quadro normativo del futuro.

Una di queste scelte lungimiranti è ad esempio quella di definire, all'interno di un quadro di natura prevalentemente pubblicistica, una serie di diritti e garanzie che sono esercitabili nei confronti di soggetti privati (i responsabili delle piattaforme digitali). In *primis*, va detto che è strategica l'identificazione nell'ordinamento di questi soggetti, le cui attività costituiscono inevitabilmente punti nevralgici per qualsiasi intervento, pubblico o privato che sia, volto ad avere un risvolto immediato ed effettivo sull'esercizio dei diritti degli utilizzatori. Tuttavia, non può non rilevarsi la mancanza di ulteriore specificazione del concetto di "piattaforma". Sebbene a tal proposito non sia necessario stilare un elenco delle attività tipiche che conducono a ricomprendere determinati siti o applicazioni all'interno della disciplina dell'art. 11, l'identificazione dei tratti caratterizzanti della fattispecie appare quanto meno raccomandabile visto l'addossamento di specifici obblighi in capo ai soggetti responsabili. Una soluzione può forse essere trovata nell'inquadramento delle piattaforme di comunicazione, definite dall'interattività tra utenti e costituenti pertanto un forum di discussione di carattere semi-pubblico, nel quale è necessario assicurare la protezione della libertà di espressione.¹ In ogni caso, non può che rilevarsi l'asimmetria del quadro risultante in virtù dell'assenza di specifiche limitazioni di responsabilità delle suddette piattaforme. Considerato il cruciale ruolo di queste ultime nel generare creatività e innovazione, salta all'occhio la mancanza d'inclusione di specifiche condizioni per assicurare la limitazione di responsabilità per le illegalità commesse dagli utenti (sulla scorta di quanto fatto per esempio, dagli articoli 14 e 15 della Direttiva UE 2000/31 e dall'art. 19 del "Marco Civil de Internet" recentemente approvato in Brasile).

In secondo luogo va lodata, vista l'imprescindibilità nell'utilizzo di tali piattaforme per la comunicazione tra utenti e la mancanza di equilibrio nel potere contrattuale tra utenti e responsabili delle stesse piattaforme, l'iniziativa di menzionare esplicitamente l'applicabilità del principio di buona fede –ovverosia il dovere di lealtà e correttezza. Quest'iniziativa si colloca nella direzione di una teoria sviluppata recentemente da due accademici statunitensi, non necessariamente ispirati dal principio di buona fede di matrice civilistica, secondo la quale alcuni intermediari di Internet dovrebbero essere considerati veri e propri fiduciari degli utenti per le informazioni rilasciate da questi ultimi, e pertanto obbligati sia a non utilizzarle contro gli interessi degli stessi sia a proteggerle contro possibili invasioni della privacy.²

Una questione discutibile sull'applicazione di tale principio è se valga, come previsto dalla Dichiarazione, non solo nei confronti di utenti e fornitori (con i quali i responsabili delle piattaforme sono vincolati da una relazione contrattuale) ma anche per quanto riguarda i concorrenti. Sebbene nel codice italiano trovi maggior sviluppo nella disciplina contrattuale, il principio di buona fede è stato ripetutamente considerato applicabile anche a situazioni da c.d. contatto sociale, in cui sebbene manchi la stipulazione di un contratto, vi è un'aspettativa di comportamento diligente da parte di chi è intento nell'offerta di beni o servizi (si veda ad esempio, il caso di responsabilità del proprietario di un supermercato per infortunio occorso al

¹ Si v. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, 127 *HARV L. REV.* 2296 (2014); M. ANMORI, *The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter*, *HARV.L. REV. SYMPOSIUM* (2014); J. ROSEN, *Lecture, The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, 80 *FORDHAM L. REV.* 1525, 1529 (2012).

² Si v. J. BALKIN, *Information Fiduciaries in the Digital Age*, <http://balkin.blogspot.be/2014/03/information-fiduciaries-in-digital-age.html>; J. ZITTRAIN, *Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out*, <http://www.newrepublic.com/article/117878/information-fiduciary-solution-facebook-digital-gerrymandering>.

cliente in seguito a crollo di uno scaffale; o a quella dell'ente ospedaliero per danni causati al paziente dal medico impiegato). Non solo, ma il raggio d'azione dello stesso principio, la cui *ratio* è quella di proteggere il più debole da possibili abusi di potere della controparte, si espande fino alla disciplina di quelle pratiche commerciali che sono contrarie alla diligenza professionale e che (essendo ingannevoli o aggressive) possono alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole. In tal senso dunque, sono tutelati i concorrenti nella misura in cui sono perseguite quelle condotte che tendono ad offuscare l'esatta conoscenza delle offerte dei concorrenti. Si tratta pertanto di una tutela diversa da quella accordata dalla normativa antitrust, che si incentra sulle condotte che possono arrecare un pregiudizio economico ai consumatori. E in questa direzione continua infatti la seconda disposizione dell'articolo, facendo riferimento al diritto dei consumatori alla ricezione di informazioni chiare e semplificate, così come a non veder modificate in modo arbitrario le condizioni contrattuali. Tuttavia, desta qualche sorpresa veder la stessa frase concludersi con l'affermazione di un generico diritto a «*non subire comportamenti che possono determinare difficoltà (sic!) o discriminazioni nell'accesso*». A quali comportamenti si farebbe riferimento? Può qualificarsi come tale, ad esempio, il cominciare ad offrire a pagamento un servizio che si era precedentemente offerto gratuitamente? O forse il limitare l'accesso o far pagare un prezzo maggiore per la fruizione dei contenuti da parte di coloro che vivono al di fuori di una determinata area geografica? Al di là della vaghezza nella formulazione della norma, non può essere trascurato il fatto che essa non è semplicemente riconducibile all'applicazione del principio di buona fede, agnostico riguardo alla possibilità di praticare distinzioni tra diverse categorie di consumatori e di utilizzare misure tecniche per impedirne l'aggrimento. Piuttosto, questa disposizione sembra combinare la *ratio* della normativa antitrust con quella di regolazione di servizi essenziali, unica circostanza nella quale sarebbe forse ammissibile una generale limitazione alla capacità di "determinare difficoltà nell'accesso". La questione che la Dichiarazione ci pone velatamente è dunque: "Possiamo considerare le piattaforme servizi essenziali al punto tale da proibire qualsiasi deviazione dal principio del libero ed indiscriminato accesso?". Domanda alla quale logicamente la risposta varia, a seconda di quello che si definisce come legittima discriminazione e della misura in cui si consideri il parallelo mercato generato dal commercio dei dati degli utenti.

Più perplessità desta l'*incipit* della frase successiva dell'art. 11, ove si limita ad una sola circostanza l'applicazione del diritto degli utenti di interrompere il rapporto e di ottenere una copia dei propri dati: nel caso di mutazione delle condizioni contrattuali. Vale la pena di chiedersi qui il motivo per il quale tale diritto non sia stato esteso a fasi non patologiche del rapporto, concedendo all'utente di esercitare quella facoltà di obiezione all'ulteriore trattamento dei suoi dati personali che è universalmente riconosciuta come parte integrante del diritto alla protezione dei dati personali (si veda per es., l'art. 8b della riformata Convenzione 108 del Consiglio D'Europa). Per contro, la Dichiarazione si spinge oltre i diritti minimi riconosciuti per la protezione di dati personali, proponendo un vero e proprio diritto ad ottenere tali dati in forma interoperabile. Trattasi qui della forma più attenuata di quel diritto alla portabilità dei dati previsto all'art. 15 della proposta di regolamento generale UE sulla protezione dei dati, che afferma addirittura l'obbligo dei responsabili delle piattaforme di attuare (dietro richiesta dell'interessato) il trasferimento di tali dati su altre piattaforme. In una società basata sempre più su collezionamento ed utilizzazione dei dati personali degli individui, la prescrizione di interoperabilità costituisce un necessario accorgimento del diritto di ottenere una copia dei propri dati: in assenza di interoperabilità, l'effettività della protezione rischia di essere vanificata dalla prospettiva di inutilizzabilità delle risorse investite nella creazione e fruizione del proprio profilo sulla piattaforma.

Diversa è invece la nozione di interoperabilità che sembra essere incoraggiata dall'ultima disposizione dell'art. 11, diretta più specificamente alle piattaforme «*che si presentino come servizi essenziali per la vita e l'attività delle persone*». Qui il riferimento implicito è forse quello alla c.d. "*essential facilities doctrine*", che individua un'eccezione alla regola per cui persino un monopolista è libero di scegliere se e con chi contrattare per la concessione dei suoi servizi (e pertanto, libero di negare l'interoperabilità a prodotti e servizi di eventuali concorrenti). Tale eccezione si configura però solamente alla presenza di 4 condizioni, tre delle quali (n. 1, 2 e 4)

sono cospicuamente assenti nell'attuale art. 11: (1) il controllo di una struttura essenziale da parte di un monopolista; (2) l'inabilità di un potenziale concorrente di replicarla in maniera pratica o ragionevole; (3) il diniego dell'utilizzo della struttura; e (4) la fattibilità della condivisione della struttura.

Va concesso anche che tale dottrina non è mai stata esplicitamente accettata nel diritto antitrust europeo, ove un rifiuto di contrattare (per esempio tramite diniego di interoperabilità) da parte di un'impresa operante a diversi livelli (a monte e a valle) della catena di produzione di prodotti o servizi può costituire un abuso di posizione dominante qualora ricada sotto diverse condizioni, ovvero: (1) l'input oggetto del rifiuto è obiettivamente indispensabile per una concorrenza effettiva nel mercato a valle; (2) il rifiuto comporterà probabilmente l'eliminazione di concorrenza effettiva nel mercato a valle; e (3) il rifiuto arrecherà probabilmente danno al consumatore, per esempio per ostruzione all'innovazione tecnologica o allo sviluppo di un nuovo prodotto o servizio per cui vi è potenziale domanda di mercato. Tuttavia, l'art. 11 esula anche dalla considerazione dei criteri suddetti, adottando un criterio più ampio di "essenzialità", e rimanendo pertanto sconnesso dall'attuale disciplina europea. Poco cambia ai fini di questa analisi che la direttiva UE 2009/24 all'art. 6 preveda la facoltà per gli Stati membri di garantire a determinati soggetti il diritto di decompilare un *software* per ottenerne l'interoperabilità con un altro *software* creato autonomamente: tale ipotesi è applicabile solo in circostanze limitate, dettagliate dall'articolo stesso, ove si trova anche la precisazione che la norma non può essere interpretata in modo tale da arrecare indebito pregiudizio agli interessi legittimi del titolare del diritto, o entrare in conflitto con il normale impiego del programma.

A conti fatti dunque, è evidente che l'art. 11 della Dichiarazione cerca di promuovere l'interoperabilità in sé e per sé, a prescindere dalle varie condizioni restrittive che sono identificate da legge e giurisprudenza in materia. Sebbene non si tratti di uno sforzo isolato³, è bene ricordare che la possibilità di creare sistemi chiusi consente l'ottimale sfruttamento di economie di scopo ed esternalità positive derivanti dall'interazione dei mercati operanti all'interno dello stesso sistema (come ben documentato dalla produzione scientifica del recente premio Nobel Jeanne Tirole), e costituisce pertanto un importante incentivo per l'investimento e l'innovazione delle imprese. Per questi motivi, ad avviso di chi scrive la proposta di interoperabilità avanzata dalla Dichiarazione trarrebbe sostanziale beneficio da un allineamento con la teoria economica.

³ Si v. in proposito U. GASSER – J. PALFREY, *Breaking Down Digital Barriers: When and How ICT Interoperability Drives Innovation*, Berkman Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/interop/pdfs/interop-breaking-barriers.pdf>.