

Ricerche giuridiche

288

*nuovissima serie*

**Ricerche giuridiche**  
**Collana diretta da**

A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI

**Comitato Scientifico**

D. Amoruso, I. Caracciolo, M. Delfino, L. Fernandez Del Moral Dominguez  
M. Di Francesco Torregrossa, M. D'Onghia  
F. Galgano, L. Gatt, A. Guardiano, M. Iovane, V. Luciani  
R. Mastroianni, G. Montedoro, M. Orlandi, A. Papa  
A. Patroni Griffi, S. Prisco, R. Spagnuolo Vigorita, A. Zito

# L'INDIVIDUO E LA REALTÀ DIGITALE

Una questione costituzionale e democratica  
oltre la virtualità

a cura di

Marco Ladu, Nadia Maccabiani

EDITORIALE SCIENTIFICA

Il presente volume è stato realizzato grazie al prezioso contributo di:



*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-5976-625-0

*La tecnologia è prodiga di promesse.  
Alla democrazia offre strumenti per combattere l'efficienza declinante,  
e arriva a proporre addirittura una rigenerazione,  
[ma porta] anche alla riscoperta o alla rivitalizzazione  
delle più tradizionali forme dell'agire politico,  
che l'avvento delle innovazioni sembrava aver definitivamente relegato  
tra gli attrezzi non più utilizzabili*  
Stefano Rodotà



## INDICE

<i>Presentazione</i>	9
MARCO LADU, NADIA MACCABIANI	

### RELAZIONE INTRODUTTIVA

<i>L'ordinamento giuridico fondato dalle piattaforme</i>	13
MICHELA MANETTI	

## PARTE I

### LA PERSONA NEL PROCESSO DI TRASFORMAZIONE TECNOLOGICA

<i>Libertà di manifestazione del pensiero in Rete</i>	25
LICIA CALIFANO	

<i>Costituzionalismo transatlantico alla prova del "digitale". L'importanza del linguaggio metaforico e della migrazione di idee costituzionali. Il caso della lotta contro la disinformazione online</i>	43
ORESTE POLLICINO	

<i>Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali</i>	61
CARLO COLAPIETRO	

<i>La decisione algoritmica: tra risk-based approach e tecniche regolatorie</i>	95
NADIA MACCABIANI	

## PARTE II

## DEMOCRAZIA E SOVRANITÀ NELL'ERA DIGITALE

- Democrazia digitale, comunicazione politica e formazione dell'opinione pubblica: quali regole, quali tutele* 113  
ANNA PAPA
- Digitale e "governo" della società* 139  
ANDREA MORRONE
- Partiti politici e rivoluzione digitale: nuovi strumenti e nuove forme della rappresentanza* 153  
MARIO GORLANI

## PARTE III

## INTERVENTI PROGRAMMATI

- Quando le nuove tecnologie possono essere utilizzate a servizio dei principi costituzionali: la proposta di digitalizzazione della tessera elettorale* 169  
LORENZO SPADACINI, MARCO PODETTA
- Democrazia e trasformazione digitale: le sfide della rappresentanza e della partecipazione politica* 181  
MARCO LADU
- I test di "posizionamento elettorale": di buone intenzioni è lastricato l'inferno?* 195  
ALESSANDRO LAURO

## CONCLUSIONI

- L'argine costituzionale al "compulsivismo" digitale* 205  
ANTONIO D'ANDREA
- Ringraziamenti* 211
- Notizie sugli autori* 213



## PRESENTAZIONE

Il presente volume raccoglie gli atti dell'iniziativa convegnistica intitolata "L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità", che si è svolta presso il Dipartimento di Economia e Management dell'Università degli Studi di Brescia. La giornata di studio, inizialmente in programma per il 22 maggio 2020, ha tuttavia subito le conseguenze dell'emergenza sanitaria ed è stata posticipata, a plurime riprese, in attesa di poter essere svolta in presenza, come poi è stato, con oltre due anni di ritardo, in data 14 ottobre 2022.

A fronte dell'oggetto del convegno, focalizzato sulla transizione digitale, la ferma convinzione sulla necessità di mantenere l'iniziativa in presenza potrebbe apparire un ossimoro. In realtà, attesta, sin dalle modalità di impostazione della giornata di studio, il *fil rouge* che, nel merito e con più vasta portata, lega gli interventi pubblicati nel volume. Nello specifico, l'esistenza di principi e valori non negoziabili, anche laddove si sia "fautori" della transizione digitale. Tra questi, per gli organizzatori dell'iniziativa convegnistica, la convinzione del valore aggiunto offerto dallo scambio di opinioni in presenza, quanto a vivacità ed efficacia del dibattito.

Nel merito, il convegno ha ripercorso il tema dei riflessi prodotti dal processo di transizione digitale sulle tradizionali categorie giuridiche. Da qui l'articolazione in due distinte sessioni: l'una, qualificata dal rapporto tra i diritti fondamentali e la realtà digitale, che pone il principio personalista al centro del dibattito; l'altra, dedicata agli istituti di democrazia rappresentativa, che tiene conto dei repentini cambiamenti di contesto, dai quali pare emergere il deformarsi del nucleo originario e delle dinamiche tipiche delle forme di Stato e di governo.

Si è ben consapevoli del fatto che il fenomeno di digitalizzazione della società e delle istituzioni, nell'ottica proposta, non esaurisce la sua "carica euristica" entro i confini della prospettiva giuridico-costituzionale. Vi è, tuttavia, la convinzione che quest'ultima debba costituire il tessuto connettivo dal quale prendere le mosse per ragio-

nare e confrontarsi sulle principali criticità, sfide e problematiche emergenti nell'era della virtualità, allo scopo di allargare il dibattito anche in ottica multidisciplinare e interdisciplinare.

Brescia, 6 aprile 2023

I curatori

*Marco Ladu, Nadia Maccabiani*

## RELAZIONE INTRODUTTIVA



## L'ORDINAMENTO GIURIDICO FONDATO DALLE PIATTAFORME

MICHELA MANETTI

1. Negli anni tumultuosi seguiti all'avvento di Internet abbiamo assistito dapprima al trionfo dell'idea della assoluta libertà della Rete e poi al suo declino, innegabile di fronte alle trasformazioni che sono state ricondotte, in rapida successione, alle parole d'ordine del web 2.0, 3.0, 4.0.

A queste trasformazioni tecnologiche, che hanno permesso l'interattività e la pratica dei social network, non è corrisposta una piena consapevolezza delle implicazioni che esse stavano comportando: è rimasta, in sostanza, la convinzione che le piattaforme abbiano interessi coincidenti con quelli degli utenti. Gli uni come le altre mirerebbero – sia pure per motivi diversi, che nel caso delle piattaforme riguarda l'ottenimento di un profitto – al pieno esercizio della libertà di pensiero (e di comunicazione privata), tanto più che l'ordinamento continua ad accordare alle piattaforme una (quasi) piena irresponsabilità per i contenuti immessi in Rete dagli utenti.

È sfuggito in tal modo all'osservazione giuridica un fatto decisivo, che si è andato compiendo poco a poco sotto i nostri occhi: la formazione progressiva di un ordinamento giuridico nuovo, basato sulle decisioni sovranamente compiute dalle piattaforme tanto riguardo alle proprie finalità e all'organizzazione con la quale perseguirle, quanto riguardo allo statuto degli utenti. Si sono in tal modo prodotte le norme che tipicamente presiedono alla creazione di un ordinamento originario, che certo non ignora l'esistenza degli ordinamenti statali e dell'ordinamento internazionale (al quale anzi come vedremo si richiama, ove lo ritenga opportuno), ma che se ne proclama indipendente.

Questa indipendenza diventa tangibile laddove si vada a considerare il valore fondante del nuovo ordine, che è solo ed esclusivamente il profitto delle piattaforme – com'è logico che sia, vista la loro natura

imprenditoriale –; valore al quale sono subordinate e finalizzate tutte le strategie normative, organizzative, sanzionatorie sviluppate all'interno dell'ordinamento, ivi incluse le scelte riguardanti la c.d. moderazione (o flitraggio) dei contenuti, ovvero il modo e la misura concessi all'esercizio delle libertà individuali degli utenti.

In tal senso può dirsi che tutti noi siamo parte dell'ordinamento virtuale, nel quale spesso siamo entrati volontariamente ed entusiasticamente, senza renderci conto di dover sottostare integralmente a regole che non sempre conosciamo, e di dover subire altresì – ed è forse l'aspetto più preoccupante – l'intimo rimodellamento dei nostri bisogni e dei nostri desideri. Come è stato notato, la libertà di manifestazione del pensiero è stata rivendicata nei secoli sul presupposto che ciascuno sia libero di formare dentro di sé le proprie convinzioni<sup>1</sup>; ma questa libertà naturalistica della coscienza, già messa in discussione dagli strumenti di persuasione occulta escogitati nel Novecento, si rivela sempre meno tutelabile di fronte all'esposizione alla realtà virtuale, la quale rischia spesso di diventare – almeno per i più fragili – l'unica realtà rilevante.

In ogni caso, si tratta di riconoscere che Internet non costituisce un ordinamento anarchico e spontaneo nel quale le regole nascono dalle migliori prassi degli utenti (come si è ritenuto un tempo per la c.d. netiquette), finalizzate esclusivamente a consentire che l'esercizio della libertà dell'uno non limiti quella degli altri<sup>2</sup>. Al riguardo è appena il caso di notare che quando si parla di diritto spontaneo, vale a dire capace di imporsi senza ricorrere alla coercizione statale, si allude sempre al *diritto dei più forti*, che di diritto o di fatto hanno a disposizione gli strumenti con i quali riescono a farsi valere. Questi non hanno bisogno di essere protetti, perché lo fanno da sé; la Costituzione invece è scritta per i più deboli, che sono i soli ad averne bisogno.

<sup>1</sup> Cfr. C. PINELLI, in C. HASSAN, C. PINELLI, *Disinformazione e democrazia*, Venezia, Marsilio 2022, 110 ss. V. anche A. MORRONE, *Digitale e forma di governo*, in questo volume, XXXXX ss., secondo il quale l'algoritmo spiega un'efficacia performativa sull'identità umana in quanto tale.

<sup>2</sup> Secondo la nota tesi di G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Torino, B. Mondadori, 2012, sulla quale v. F. RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Dir. pubbl.* 2012, 357 ss.

La Rete è un sistema giuridico gerarchizzato nel quale si scontrano autorità e libertà. Laddove, si noti, *l'autorità* è incarnata da soggetti che nell'ordinamento statale sono considerati titolari di libertà (o al massimo poteri di fatto), e a sua volta lo status giuridico degli utenti non è quello di titolari della libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero, e nemmeno della libertà contrattuale, secondo quanto prevede l'ordinamento statale, ma piuttosto *la mera soggezione* a termini e condizioni d'uso impossibili da negoziare – salvo il ricorso ai Tribunali statali –.

Al riguardo vale la pena di notare che l'attivabilità in ultima istanza della giurisdizione statale non fa venir meno la natura indipendente dell'ordinamento internettiano: analogamente a quanto accade per l'ordinamento sportivo, dove la prevalenza dei valori statali – *id est* costituzionali – su quelli interni si realizza assai raramente, e si limita a casi eclatanti<sup>3</sup>.

2. Non sembra dunque da condividere l'ottimismo con il quale si è scorto l'incedere di un "costituzionalismo digitale" che starebbe trionfalmente piegando l'arcaica sovranità statale<sup>4</sup>. La Rete appare – all'opposto – il luogo nel quale domina ancora incontrastato l'antisovrano, piegando al suo volere i diritti e le libertà che gli ordinamenti statali, e per la sua parte l'ordinamento internazionale, vorrebbero continuare a proteggere.

L'errore può essere frutto, almeno in parte, di un'accorta strategia adottata dalle stesse piattaforme, che da ultimo si sono spinte a mimare le norme e gli istituti che quegli ordinamenti contemplano a tutela delle libertà. L'esempio più chiaro di tale strategia è rappresentato a mio avviso dalla pronuncia che l'*Oversight Board* (Comitato di controllo) di Meta ha reso riguardo alla famosa sospensione di Donald Trump dall'uso di Facebook e di Twitter. Leggendo questo documento si è

<sup>3</sup> V. al riguardo le classiche pagine di F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. dir. sport.* 1993, 327 ss.

<sup>4</sup> Sul quale v. da ultimo G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism*, Cambridge U. P. 2022. Per un severo *caveat* sull'uso del termine v. G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto costituzionale* 1/2023, 41 ss.

colti in effetti da un senso di vertigine, perché non si riesce a capire se si tratti della manifestazione di volontà di un soggetto privato – dato che il Comitato in questione è un'articolazione organizzativa di Meta, ed è stato chiamato a valutare la correttezza della misura adottata nei confronti di Trump alla stregua degli standard della comunità – o della sentenza di una Corte internazionale di giustizia.

Nel suo giudizio, il Comitato ha invero fatto scrupolosa applicazione di tutte le Carte e di tutti gli annessi documenti che regolano nel diritto internazionale le situazioni oggetto di valutazione<sup>5</sup>, e ha insieme richiamato tutta la giurisprudenza che si è formata negli ordinamenti statali – *in primis* in quello statunitense – riguardo alle controverse fattispecie nelle quali (come si diceva un tempo) “il pensiero si fa azione”<sup>6</sup>.

Si noti che il Comitato non potrebbe qualificarsi neppure come un vero e proprio arbitro: i suoi membri infatti sono scelti e retribuiti da Meta, anche se sono chiamati a svolgere le proprie funzioni in modo indipendente. Inoltre, almeno nel caso *de quo*, non è stato il soggetto passivo della sanzione a richiederne l'intervento, ma la stessa azienda che la sanzione aveva irrogato. Ciò nonostante, il Comitato ha voluto presentarsi come un vero e proprio tribunale, travestendo da giustizia pubblica quella che non è altro se non una forma di controllo interno, messo in opera da un'azienda privata ai propri ed esclusivi fini.

La differenza è tuttavia ben percepibile. Innanzi tutto, Trump non viene guardato come Presidente degli Stati Uniti in carica, se non per il fatto che, in quanto tale, ha o può avere un numero di *follower* molto

<sup>5</sup> In particolare, per il diritto alla libertà di espressione: il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), Articoli 19 e 20; come interpretato dal Commento generale n. 34 del Comitato per i Diritti Umani (2011) (Commento generale 34); il Piano d'azione di Rabat, UNHRC (2012); il Report del relatore speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di opinione e di espressione A/HRC/38/35 (2018); la Dichiarazione congiunta sul COVID-19 degli osservatori internazionali della libertà di espressione (marzo 2020). Similmente per il diritto alla vita; il diritto alla sicurezza della persona; il diritto alla non discriminazione; la partecipazione agli affari pubblici; il diritto di votare e infine, per il diritto di porre rimedio.

<sup>6</sup> In particolare, ha ricordato sette criteri rilevanti per la valutazione, quali il contesto, lo status dell'autore, l'intenzione, la forma, il contenuto, la portata o diffusione, la pericolosità imminente.



elevato. Quindi l'ordinamento di Meta non ignora la qualifica rilevante nell'ordinamento statale, ma la riveste di un altro significato. Dal suo punto di vista non vi è sostanziale differenza tra i soggetti politici, da un lato, e i c.d. *influencer*, dall'altro, in quanto entrambi si caratterizzano per l'enorme popolarità o seguito che riscuotono; entrambi possono del resto diffondere messaggi che hanno un contenuto o una valenza politica, sì da risultare più meritevoli di tutela<sup>7</sup>.

Sul punto mi sembra necessario denunciare l'egemonia imposta da Meta a tutta la sfera pubblica. Tutti coloro che si sono espressi (e sono stati numerosissimi) sul caso Trump – fossero esponenti dei media professionali, accademici di chiara fama, come uomini e donne della strada – hanno dato per scontato che Trump, quando arringava la folla a rovesciare anche con la forza il risultato elettorale, agisse non come Presidente degli Stati Uniti, ma come normale utente della Rete, cui la piattaforma doveva garantire la stessa libertà riconosciuta a tutti gli altri<sup>8</sup>.

In tal modo si è palesato il trionfo dei criteri di valutazione adottati dalle piattaforme su quelli adottati dall'ordinamento statale. Alla stregua di quest'ultimo il comportamento di Trump integrava il crimine di alto tradimento, ovvero era un colpo di Stato (come dimostra l'avvio della procedura di *impeachment*, sia pure infruttuosa), non certo una semplice istigazione a commettere atti illegali, della quale qualunque cittadino avrebbe potuto macchiarsi. Il Comitato di controllo, al contrario, ha preso in esame la fattispecie comune della istigazione, cui si è limitato ad applicare la regola generale secondo la quale la maggiore o minore gravità del pericolo creato dal messaggio dipende dal grado di diffusività che esso presenta (diffusività che come si è appena ricordato accomuna i messaggi delle cariche di vertice dello Stato a quelli degli *influencer* più seguiti).

Il mito della libertà di pensiero disponibile per tutti in eguale mi-

<sup>7</sup> V. il nuovo Approccio ai contenuti rilevanti, cit. *infra*, nota 11.

<sup>8</sup> Sia consentito rinviare a M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quad. cost.* 2021, 427 ss. Per altro verso E. DOUECK, *The Meta Oversight Board's First Term*, paper, 2023, rileva che il Board non spieghi affatto perché le norme internazionali valide per i poteri pubblici debbano applicarsi anche ai privati come Facebook.

sura, tradizionalmente associato alla Rete, si è insomma dimostrato resistente a qualsiasi considerazione di semplice buonsenso, determinando il successo della strategia seguita dalle piattaforme. Queste ultime, infatti, hanno interesse ad avvalorare il mito in esame, che nasconde la ben più cruda realtà rappresentata dalla soggezione alle regole di moderazione dei contenuti da esse stesse create.

In definitiva, Meta – con una memorabile operazione di *storytelling* – ha fatto valere le sue regole e la sua giustizia, facendo vista di sottomettersi a principi e stilemi cui siamo abituati e che siamo naturalmente inclini ad accettare. Poco importa se il Comitato di controllo non è e non può essere veramente indipendente e imparziale, poco importa se la fattispecie oggetto del giudizio è stata ricostruita erroneamente, ciò che conta è che la sua decisione risulti praticamente indistinguibile da quella di un Tribunale statale o internazionale.

3. Nel merito, la pronuncia del Comitato di controllo, pur ritenendo corretta la decisione di sospendere gli account di Trump in quanto i suoi messaggi incitavano alla violenza, ha ritenuto non rispettosa degli standard della comunità una sospensione a tempo indeterminato<sup>9</sup>. A seguito di tale pronuncia Meta ha stabilito le nuove regole in materia di sanzioni, ed ha disposto per il caso di Trump la sanzione massima, ovvero due anni di sospensione a partire dalla data del 7 gennaio 2021, giorno nella quale era stata inizialmente irrogata. L'azienda si è comportata in altri termini in modo da rispettare il *rule of law*: come un vero Stato di diritto, ha provveduto a prevedere in via generale ed astratta le misure applicabili.

La società ha inoltre adottato un Protocollo normativo per le situazioni di emergenza (*Crisis Policy Protocol*), che disciplina le misure da adottare nelle circostanze straordinarie di disordini civili, precisando che la sanzione nei confronti di Trump non sarebbe stata ritirata se allo scadere dei due anni fossero ancora riscontrabili circostanze del genere<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> V. il testo della decisione, adottata il 5 maggio 2021, in <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ> (disponibile anche in lingua italiana).

<sup>10</sup> Cfr. N. CLEGG, *Ending Suspension of Trump's Accounts With New Guardrails to*

Infine, è stato perfezionato l'Approccio ai contenuti rilevanti (*Newsworthy Content Approach*)<sup>11</sup>, che assicura una relativa trasparenza<sup>12</sup> dei criteri adottati dall'azienda nei confronti di messaggi riguardanti temi oggetto di dibattito pubblico. Da notare che tale documento si basa dichiaratamente sul “confronto tra interesse pubblico e rischio di danno”, giocando ancora una volta sull'imitazione parassitaria delle strutture e delle procedure statali: in questo caso, di quelle amministrative<sup>13</sup>.

Alla surrogazione che le piattaforme pretendono di svolgere nei confronti dell'ordinamento giuridico dello Stato – sotto il sottile velo di formule che ne riecheggiano i principi e valori fondanti – si oppone finalmente, a partire dall'anno 2022, l'Unione europea; ma vi sono chiari sintomi del fatto che anche negli Stati Uniti stia maturando una inversione di tendenza rispetto all'assoluto astensionismo sinora praticato nei confronti della Rete.

In tal senso rileva, come è stato notato, la *concurring opinion* sottoscritta dal giudice Thomas nell'*order* che la Corte Suprema ha reso il 5 aprile 2021 nella causa *President of the U.S. v. Knight First Amendment Institute*, riguardo al potere delle piattaforme di “remove any person from the platform” “at any time for any or no reason” sulla base dei propri termini o condizioni di servizio. Il giudice sottolinea infatti che le piattaforme danno luogo ad un controllo privato sui messaggi diffusi nella Rete, concentrando nelle proprie mani un potere enorme, sicché dovrebbero essere sottoposte ad una regolamentazione pubblica che ne delimiti le prerogative, come è accaduto per i soggetti che svolgono analoghe funzioni di trasmissione delle informazioni (i *common carriers*) o per i luoghi aperti al pubblico dove i cittadini possono incontrarsi anche per discutere o protestare (i *public fora*)<sup>14</sup>.

*Deter Repeat Offenses*, 25 gennaio 2023, <https://about.fb.com/news/2023/01/trump-facebook-instagram-account-suspension/>

<sup>11</sup> <https://transparency.fb.com/en-gb/features/approach-to-newsworthy-content/> versione aggiornata al 25 agosto 2022.

<sup>12</sup> Relativa in quanto i criteri sono formulati genericamente ed elencati senza indicare precise gerarchie.

<sup>13</sup> Appare veramente assurdo che una multinazionale si erga ad interprete dell'interesse pubblico.

<sup>14</sup> Cfr., anche per la ricostruzione della intricata vicenda, che riguardava il blocco imposto dall'account Twitter di Trump a diversi soggetti, tra cui il Knight First

Tornando all'Unione europea, va notato l'ampio e variegato arsenale cui si è fatto ricorso, nel quale spiccano tre principali strumenti di disciplinamento: il Regolamento sui mercati digitali, il Regolamento sui servizi digitali e il Codice rafforzato per la lotta alla disinformazione<sup>15</sup>. Le avvisaglie già si coglievano peraltro nella Direttiva 1808/2018/UE, che per la prima volta rompeva il divario incolmabile che aveva diviso sino ad allora l'attività delle piattaforme da quelle dei mass-media, assoggettando le (sole) piattaforme di video-sharing alle misure previste per i servizi di media audiovisivi<sup>16</sup>.

L'intento generale è stato evidentemente quello di rivendicare la competenza a disciplinare la vita della Rete, e in quest'ambito a delineare sovranamente (*id est* indipendentemente da ciò che ne pensano le piattaforme) le valutazioni di interesse pubblico che vi attengono. Non a caso il DSA contiene una lunga e articolata previsione relativa alle misure da adottare in caso di crisi, destinata a sovrapporsi al protocollo già ricordato, opera di Meta. In questa disciplina – che scatta quando si verifichi una seria minaccia alla sicurezza o alla salute pubblica all'interno dell'Unione – è la Commissione UE a poter imporre alle piattaforme l'adozione di tutte le misure necessarie a impedire che i loro servizi contribuiscano a tale minaccia<sup>17</sup>.

Allo stesso modo, il DMA contiene una stringente classificazione delle piattaforme in cinque diverse categorie, basate sul numero di aderenti, a ciascuna delle quali corrisponde una mole di obblighi sempre più ampi e pervasivi.

In molti altri casi, peraltro, la concreta disciplina degli aspetti più critici per l'interesse pubblico (ivi incluso ovviamente l'esercizio dei

Amendment Institute, R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *osservatoriosullefonti.it* 3/2021, 1370 ss.

<sup>15</sup> Lo Strengthened Code of Practice on Disinformation è stato firmato il 16 giugno 2022 da 34 soggetti privati che hanno partecipato alla revisione del Code of Practice on Disinformation del 2018. IL DMA è stato approvato assieme al DSA il 5 luglio 2022.

<sup>16</sup> Il divario era ed è tuttora basato sul fatto che le piattaforme non sono considerate editori, ovvero soggetti corresponsabili dei contenuti diffusi assieme a coloro che li hanno creati.

<sup>17</sup> Cfr. art. 36, intitolato "Meccanismi di risposta alle crisi".

diritti e delle libertà) è rimessa allo svolgimento di una procedura nella quale le piattaforme e il potere pubblico – assieme agli altri *stakeholder* – possano individuare congiuntamente la soluzione più adeguata. Ad esempio, si cercherebbe inutilmente nel Codice rafforzato la definizione dei “messaggi di propaganda politica”, poiché questa è rimessa alla co-regolamentazione che dovrà avere luogo in futuro.

Anche quando non sfociano in una disciplina immediatamente vincolante, i documenti citati impongono tuttavia alcuni obblighi strumentali molto importanti, che si possono riassumere nella parola d'ordine della trasparenza<sup>18</sup>. Le piattaforme sono infatti tenute a svelare i segreti del proprio mestiere, come gli algoritmi utilizzati, le tecniche mediante le quali i messaggi vengo processati, le metodologie di indicizzazione<sup>19</sup>. E non è inutile ricordare che l'assenso strappato alle piattaforme medesime non era affatto scontato, considerando che esse si sono sempre trincerate dietro l'impraticabilità tecnologica per sottrarsi agli obblighi che il potere pubblico di volta in volta provava a far valere<sup>20</sup>.

Il presupposto di qualsiasi disciplina della Rete che sia adeguata alla complessità dei problemi è rappresentato infatti dalla conoscenza di tutti questi meccanismi, che sono rimasti sinora sostanzialmente ignoti. Solo quando verranno disvelati sarà possibile assoggettare pienamente l'ordinamento di Internet alle regole dello Stato costituzionale.

<sup>18</sup> Cfr. O. POLLICINO, *Sulla disinformazione arriva un nuovo codice UE*, in *isole24ore.com*, 16 giugno 2022 (l'A. è stato il coordinatore della redazione del Codice medesimo).

<sup>19</sup> Ne è simbolo il *Transparency Center* (che il Codice rafforzato impone sia finanziato dalle stesse piattaforme), cui tutte queste informazioni dovranno affluire per essere riviste e valutate da ricercatori e *fact-checker* indipendenti.

<sup>20</sup> V. la famosa vicenda *LICRA c. Yahoo!*, decisa dal *Tribunal de Grande Instance de Paris* il 20 novembre del 2000, nella quale la piattaforma ha preteso di sottrarsi al divieto di vendere cimeli nazisti opponendo l'impossibilità tecnica di bloccare l'accesso da parte dei soggetti stanziati sul territorio francese. Cfr. al riguardo la nota assai scettica di P. COSTANZO, *La magistratura sfida Interbet*, in *Dir. inf. inf.* 2001, 223 ss. In seguito, Yahoo! ha agito contro la Francia davanti ai giudici statunitensi, ma questi nel 2004 hanno negato la propria giurisdizione (*Yahoo!, Inc. v. LICRA*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, Case no. 01-17424).



PARTE PRIMA

LA PERSONA NEL PROCESSO  
DI TRASFORMAZIONE TECNOLOGICA





## LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO IN RETE

LICIA CALIFANO

SOMMARIO: 1. Innovazione tecnologica e libertà di espressione: considerazioni introduttive e metodologiche. – 2. Comunicazione riservata e manifestazione del pensiero: un confine sempre più sfumato. – 3. Fake news e libertà di pensiero. – 4. Fake news e diritto alla protezione dei dati personali. – 5. La complessità del fenomeno e le forme di regolazione possibili.

### 1. *Innovazione tecnologica e libertà di espressione: considerazioni introduttive e metodologiche*

Se si parte dalla considerazione che il pensiero umano non debba essere in alcun modo limitato e che la sua configurazione come diritto soggettivo sia conquista relativamente recente dei moderni ordinamenti giuridici, allora si può comprendere non solo quanto l'innovazione tecnologica influisce sulla libertà di espressione, ma altresì che la stessa è inevitabilmente destinata a intrecciare tanto la dimensione esistenziale dell'uomo, quanto la struttura sociale istituzionalizzata.

Di qui lo stretto legame fra libertà di manifestazione del pensiero e democraticità stessa di un sistema che, garantendo e concretamente attuando il libero confronto fra opinioni, giudizi e convinzioni diverse in campo politico, religioso, culturale, economico, etc., realizza un circuito di comunicazione aperta e trasparente fra società civile e Stato.

Sul piano della teoria costituzionale, dunque, sappiamo bene quanto la disciplina costituzionale della sfera dell'inviolabilità dei diritti e delle libertà rappresenti un fattore determinante nella costruzione dei rapporti tra Stato e società civile; in questo senso le trasformazioni delle concezioni dello Stato incidono nella definizione dell'ambito di applicazione (oggettivo e soggettivo) delle garanzie costituzionalmente sancite. Osservazione che ci consente anche di comprendere la profonda incidenza svolta dalla giurisprudenza, in particolare proprio nella modulazione del perimetro oggettivo e soggettivo di esercizio del diritto, così come delle forme di "bilanciamento" nei rapporti "conflittuali" fra diritti.

Premesso che il pensiero e la sua esternazione coinvolgono tanto il profilo della comunicazione privata con altri in condizione di riservatezza (esaurendosi così nell'ambito dei rapporti privati, della sfera intima di ciascun individuo e trovando tutela nell'art.15 Cost.), quanto la dimensione della manifestazione del proprio pensiero a tutti in forma pubblica (producendo così una interazione con il resto della collettività e trovando garanzia nell'art. 21 Cost.), le riflessioni che seguiranno cercheranno di chiarire quanto l'innovazione tecnologica abbia inciso sulla linea di demarcazione fra l'art.15 Cost., che definisce il paradigma costituzionale dell'espressione del proprio pensiero in forma intenzionalmente riservata ad un numero determinato e individuabile di soggetti e, dunque, sottratta alla conoscenza dei terzi, e l'art. 21 Cost. cui corrisponde la tutela costituzionale delle espressioni che il soggetto intende diffondere ad un numero indeterminato di destinatari.

Ne risulterà un processo di progressiva attenuazione dei confini, una crescente difficoltà a definirne e individuarne i contorni applicativi proprio in ragione dei nuovi rapporti comunicativi che l'innovazione tecnologica ci mette a disposizione. Una rilevanza costituzionale delle trasformazioni in atto, che ha condotto la dottrina ad interrogarsi sulla necessità di una lettura evolutiva delle norme costituzionali, quando non addirittura a proporre una modifica delle stesse.

Una innovazione, va detto subito, che trova nelle piattaforme digitali (soggetti di natura privatistica che operano in un regime di sostanziale oligopolio) i nuovi poteri (una nuova forma di sovranità) che sovrintendono al processo di produzione e di distribuzione dei flussi informativi, creando e applicando in maniera del tutto discrezionale il "loro" diritto (regole stabilite in documenti contrattuali variamente denominati: "termini di servizio", "condizioni d'uso", "standard della comunità").

Soggetti che, dunque, agiscono nelle forme del diritto privato, ma che incidono sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli (così, ad esempio, se da un lato grazie all'uso degli algoritmi il rischio è quello di condizionare le scelte degli individui, limitando l'accesso a determinate informazioni, dall'altro la diffusione virale di informazioni riguardanti una determinata persona incide sulla proiezione della sua identità personale all'interno dello spazio sociale).

Oggi è dunque la rete, unitamente alla enorme diffusione dei social, a caratterizzare la circolazione delle informazioni, con una facilità

di produzione (siamo al contempo produttori e comunicatori) ed una velocità (inimmaginabile anche solo nel recente passato e con le enormi potenzialità future), cui si coniuga una capacità di raggiungere un numero incalcolabile, potenzialmente indeterminabile, di utenti.

Una rete che non solo nella rappresentazione collettiva è divenuta il centro di un grande motore di democrazia, luogo in cui la libertà di pensiero di ciascuno trova accoglienza e amplificazione – associata soprattutto alle piattaforme di *social networking* – ma che ha cambiato profondamente le coordinate culturali, sociali, politiche e le scelte economiche di ampi strati della popolazione.

Se la diffusione di internet ha rafforzato la possibilità di esercizio della libertà di manifestazione e comunicazione del pensiero tanto nel suo profilo attivo (inteso nella dimensione individuale del soddisfacimento del proprio bisogno di espressione e crescita della personalità e nella dimensione pubblica di partecipare alla vita sociale e politica) quanto nel profilo passivo del diritto all'informazione, per altro verso impone un primo livello di riflessione legato all'influenza sociale che l'uso dei social network produce con l'idea di libertà e autodeterminazione.

Non meno complessa la riflessione sull'incidenza che l'utilizzo delle nuove tecnologie inevitabilmente produce sulla definizione dei limiti alla libertà di pensiero, nella misura in cui può alimentare la diffusione virale di notizie sbagliate, distorte, manipolative, quando non addirittura violente e di incitamento all'odio.

Un'incidenza sull'ordinamento democratico, sulla concezione stessa dello Stato liberal-democratico costruito sulla libertà di pensiero come libera circolazione di tutte le idee in nome della sua capacità intrinseca di produrre gli anticorpi necessari, evitando così il rischio di un intervento normativo produttivo di una surrettizia forma di censura.

In questo senso il tema delle *fake news* e dell'*hate speech* se propone all'interprete l'alternativa tra totale libertà di espressione, a fronte della difesa dai possibili danni prodotti tanto alla coesione sociale, quanto al processo di decisione politica, per altro verso introduce il dibattito sul ruolo e sulle responsabilità dei social.

Un quadro complesso che richiede una ricostruzione ordinata.

2. *Comunicazione riservata e manifestazione del pensiero: un confine sempre più sfumato*

A ben vedere la prima questione proposta dall'alternativa fra applicabilità dell'art. 15 Cost. o ricorso alla disciplina generale dell'art. 21 Cost. (e la sua diversa disciplina quanto ai poteri d'urgenza dell'autorità pubblica e il limite del buon costume) presenta aspetti problematici di non poco momento anzitutto in ragione della oggettiva difficoltà di fornire parametri distintivi certi che consentano di mantenere differenziate le due fattispecie e, al tempo stesso, di coprire (e quindi fondare e delimitare) costituzionalmente l'intero spettro delle attività di interconnessione comunicativa tra due o più soggetti.

I *social network* sono infatti un esempio emblematico della difficoltà di utilizzare queste categorie più tradizionali.

Si registra, infatti, un incremento del ricorso a forme di comunicazione che, seppur destinate ad un numero più ampio di destinatari – come avviene per alcune tipologie di social network – muovono da un *animus* comunque di tipo comunicativo, piuttosto che da una volontà di esprimere liberamente un'opinione o un pensiero.

Qual è, allora, il rapporto fra il concetto di comunicazione e quello di manifestazione del pensiero in una società tecnologica che produce un costante aggiornamento delle forme di comunicazione?

Può concordarsi con l'interpretazione che attribuisce al concetto di comunicazione un contenuto più ampio di quello di manifestazione del pensiero, potendosi così attribuire alla prima, e non alla seconda, carattere generale e residuale?

Ne emergerebbe un quadro ricostruttivo che consente l'adeguamento delle forme espressive e dei mezzi di comunicazione che le contengono al carattere "aperto" della formula costituzionale, capace di ricomprendere nella tutela costituzionale qualsiasi strumento che attribuisca alla comunicazione il carattere della riservatezza secondo l'intenzione dei protagonisti del rapporto.

Impostazione che non comporta una svalutazione dell'idoneità tecnica del mezzo a mantenere la segretezza, ma considera tale idoneità non in termini assoluti ma anche con riferimento alle effettive intenzioni ed esigenze di riservatezza dei soggetti del rapporto comunicativo.

In questo senso, pur nella consapevolezza di una linea di confine a volte sfumata, piuttosto che considerare la distinzione fra comunicazione riservata e manifestazione del pensiero superata dal processo tecnologico, è possibile accogliere la prospettiva metodologica che, senza mettere in contrapposizione fra loro le due previsioni costituzionali, accolga e valorizzi la segretezza del rapporto comunicativo e la conseguente applicazione delle relative garanzie costituzionali.

Una nozione di segretezza che, ad una valutazione della idoneità tecnica del mezzo utilizzato (intesa non in senso assoluto ma, convenzionalmente, secondo aspettative obiettivamente ragionevoli) accompagni la valutazione, caso per caso, legata alla effettiva volontà dei soggetti del rapporto comunicativo, alla determinatezza (in senso quantitativo) dei destinatari, nonché alla fungibilità o commutabilità del rapporto, quale astratta possibilità che il destinatario diventi a sua volta mittente all'interno del medesimo rapporto comunicativo.

Un punto di equilibrio possibile, insomma, fra l'idoneità tecnica del mezzo a garantire la segretezza della comunicazione e l'intenzione soggettiva di chi invia e riceve il messaggio.

In questa prospettiva, malgrado una giurisprudenza di merito non ancora consolidata, la valutazione della norma costituzionale applicabile può risultare facilitata, a fronte di una casistica in cui, con sempre maggiore frequenza, le forme di comunicazione utilizzate risultano di difficile collocazione sistematica.

Così, ad esempio, una *mailing list* che presenti un numero altissimo di destinatari perde il requisito della determinatezza e scivola sul terreno della manifestazione del pensiero; analogamente il video *on demand* privo del requisito dell'infungibilità.

Osservo, per inciso, quanto la complessa linea di demarcazione fra comunicazione pubblica e privata svolga un ruolo centrale anche nel rapporto fra segretezza della comunicazione e protezione dei dati personali.

### 3. *Fake news e libertà di pensiero*

Chiediamoci ora se sia possibile regolare il fenomeno delle *fake news* senza limitare la libertà di pensiero.

Risposta non facile che attraversa anzitutto la concezione stessa, la qualifica della natura del diritto in senso funzionale o individuale.

Questione interpretativa (che vede opinioni fra loro contrastanti) legata alla circostanza che, a differenza degli altri diritti di libertà (così la già ricordata corrispondenza di cui all'art. 15 Cost.) il diritto in questione pur soddisfacendo un'esigenza individuale adempie, al contempo, ad una funzione sociale, assicurando alla collettività il contributo del proprio pensiero, la libera discussione e il confronto fra idee (l'idea di fondo che la convivenza fra uomini liberi ed eguali si alimenta dal confronto di opinioni diverse).

Peraltro, all'alternativa fra il vantaggio per il corpo sociale e l'esercizio individuale, in ragione di finalità lasciate al libero apprezzamento di ciascuno, si coniuga la considerazione del ruolo strumentale dei mezzi di diffusione e di informazione non solo alla libera manifestazione del pensiero, ma al più generale buon funzionamento del sistema sociale e politico nel suo complesso.

Una alternativa che, in relazione alla configurazione dei limiti (solo esterni e sempreché la Costituzione espressamente li consenta o, viceversa, ulteriori in assenza di una esplicita previsione costituzionale), ha spinto la migliore dottrina a interpretare il termine "funzionalizzazione" non in senso proprio, quanto puramente metodologico, allusivo ad una esigenza ideale o morale che esclude ogni menzione dell'interesse dell'ordinamento o della collettività quale elemento idoneo a condizionare la libertà del singolo.

Va poi sottolineato che se lo schema della libertà in parola nasce come libertà dalle possibili ingerenze del potere statale (è, insomma, una classica libertà negativa che ha come interlocutore il potere pubblico), oggi la principale minaccia alla libertà di informare e di essere informati proviene da soggetti privati che operano attraverso la rete in posizione di oligopolio e che, come ormai da più parti si sottolinea, anziché garantire il libero confronto, tendono a rafforzare le convinzioni degli utenti lasciandoli (o costringendoli) "essenzialmente all'ascolto dell'eco assordante delle loro stesse voci" (esemplificativo in tal senso il marketing commerciale che, peraltro, sempre più si è esteso alla comunicazione politica).

Nell'epoca dei social media il pericolo, apparentemente paradossale, dell'immenso *social marketplace of ideas* è l'isolamento rispetto ai punti di vista divergenti.

Resta da stabilire cosa intendiamo con il termine *fake news*, quali, cioè, ne siano gli elementi definatori.

Rientrano in questa categoria le notizie che riguardano fatti o vicende false perché mai avvenute così come, pur riferendosi a vicende realmente accadute, ne distorcono il contenuto in maniera tale da indurre in errore di valutazione o di comprensione chi ne venga a conoscenza.

Il falso può dunque venire in rilievo per un duplice profilo: oggettivo e soggettivo.

Se il primo attiene alla non veridicità della notizia in sé, quale non corrispondenza alla realtà fattuale, il secondo va ricondotto alla convinzione di tale corrispondenza da parte del soggetto che divulga la notizia: oggettivamente falsa, ma soggettivamente vera. Tale ultima circostanza, peraltro, trova frequente riscontro e merita particolare attenzione (esempio tipico il dibattito attuale sulla pericolosità dei vaccini).

Limitiamoci qui a considerare che alla falsità della notizia e alla personale consapevolezza della sua falsità deve legarsi – quale elemento necessario a configurare la nozione di *fake news* – il dolo specifico consistente nella volontà, scientemente perseguita, di diffondere notizie ingannevoli. Elemento, quest'ultimo che, con tutta evidenza, complica ulteriormente ogni tentativo definitivo.

È così possibile arrivare al tema centrale di queste riflessioni, chiedendoci se sia conforme al dettato costituzionale prevedere che chiunque, prima di manifestare il proprio pensiero, e a prescindere dal carattere in concreto offensivo dello stesso, sia tenuto a fare ricerche più o meno approfondite sulla veridicità delle notizie che diffonde.

Non sfugge, peraltro, che l'idea stessa di un generalizzato dovere di verità si rivelerebbe profondamente problematico e, soprattutto, finirebbe con il sottrarre alla garanzia dell'art. 21 Cost. una considerevole quantità di manifestazioni del pensiero, opponendo alla libertà, costituzionalmente garantita, la tesi che la verità rappresenterebbe un valore superiore.

In realtà, tanto la Costituzione, quanto le norme che a vario titolo regolano la libertà di espressione non prevedono che il falso ricada automaticamente nell'illecito; anche la menzogna (da sempre parte della storia umana) è espressione del pensiero, sempre che il fine

dell'inganno non contrasti con altri principi costituzionali. E conformemente a tale impostazione l'art. 21 Cost. non annovera il diritto a ricevere informazioni corrette o veritiere.

Se non vi è alcun dubbio in merito all'assenza di una protezione costituzionale del falso in sé e per sé, al contempo nemmeno possono esservi dubbi sul fatto che la Costituzione non tutela soltanto le manifestazioni oggettivamente veritiere, bensì tutte le manifestazioni del pensiero, compresi dunque quei fatti oggettivamente errati, qualora in buona fede vengano ritenuti veri da chi ne affermi l'esistenza.

Ma le notizie che circolano in internet, specie tramite *social network*, possono (e spesso è così) non avere una paternità evidente, trattandosi di *meme*, articoli anonimi, estratti di *blog*, i cui contenuti vengono divulgati mediante strumenti quali la condivisione o il *retweet* che consentono di perpetuare l'anonimato.

Nei casi di contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti si unisce alla pervasività del messaggio, la sua autoriproduzione all'infinito; da qui la questione di come conciliare con il dettato costituzionale la previsione di strumenti di analisi e valutazione delle modalità di diffusione e delle fonti origine dei suddetti contenuti in relazione alla attribuzione delle responsabilità.

Semplificando una serie di passaggi che non è possibile affrontare in questa sede, limitiamoci a ricordare che limiti impliciti alla libertà di manifestazione possono apporsi in rapporto alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti.

Non amplio le riflessioni alla ammissibilità di limiti impliciti alla libertà fondati sulla tutela dell'ordine pubblico di cui la Costituzione non fa menzione, cui però si ispirano fattispecie penali mirate a punire forma di incitamento e di istigazione a commettere reati.

Solo riassuntivamente, le situazioni giuridiche idonee a giustificare limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero sono da individuare da un lato nell'ambito dei c.d. diritti della personalità (diritto all'onore, alla riservatezza, alla reputazione, alla dignità sociale) e dall'altro nell'ambito di interessi di natura pubblicistica (amministrazione della giustizia e sicurezza dello Stato) legati, cioè, alla tutela di beni collettivi costituzionalmente protetti (quale eccezione al principio di pubblicità e di trasparenza cui deve informarsi, come regola prevalente, il corretto funzionamento di un sistema democratico).



Limite oggettivo, che trova applicazione riferito tanto alla libertà di manifestazione del pensiero in generale quanto al diritto di cronaca in particolare, può rinvenirsi nella tutela dell'onore e della reputazione, dedotto prevalentemente dalla previsione della pari dignità sociale dei cittadini contenuta nel II *comma* dell'art. 3 Cost, ma, secondo alcuni, rinvenibile nello stesso primo comma dell'art. 21 Cost. che, tutelando come si è già notato anche il diritto al silenzio, garantirebbe la pretesa a che non siano diffusi fatti e valutazioni disonorevoli.

D'altra parte, è intuitivo come la libertà di manifestare il proprio pensiero non possa giungere ad offendere l'onore altrui (in questo senso ben si può affermare che la tutela dell'onore prevale sulla libertà di manifestazione del pensiero), anche se si tratta di una prevalenza che nel caso della cronaca giornalistica tende a ridursi significativamente qualora la divulgazione rimanga contenuta nel rispetto di determinati requisiti che ne circoscrivano l'esplicazione.

Ed è in applicazione di tale limite, è bene sottolinearlo, che trovano legittimazione le previsioni del codice penale che puniscono il falso solo in alcuni casi tassativi: la sostituzione di persona (chi crea su un *social network* un profilo che riproduce l'effigie di un'altra persona e nel conseguente utilizzo), l'ingiuria e la diffamazione, con l'aggravante nel caso in cui avvenga attraverso l'utilizzo dei *social network* considerato l'alto numero di persone raggiunto e il procurato allarme (è noto un caso verificatosi nel 2015 di una mamma che al solo scopo di impedire alla figlia minorenni di uscire la sera le comunicò la falsa notizia di un attentato imminente nella capitale. La ragazza diffuse la notizia in chat e il giorno seguente tutti i giornali parlarono del rischio).

#### 4. *Fake news e diritto alla protezione dei dati personali*

Da quanto finora considerato vi è certamente un ulteriore profilo, che emerge all'attenzione e merita una autonoma riflessione: in che misura, occorre chiedersi, l'uso in rete delle *fake news* (e del linguaggio violento, *hate speech*) può scontrarsi in maniera diretta con il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, quale diritto di natura costituzionale posto a garanzia della dignità della persona.

Una tutela costituzionalmente fondata che trova nel Codice in ma-

teria di protezione dei dati personali (D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196), riformato dopo il Regolamento UE 679/2016 (General Data Protection Regulation-GDPR) il rafforzamento di un diritto che ha le sue radici più profonde nella dignità della persona coniugata al rispetto delle libertà fondamentali; una normativa di matrice europea che sollecita sempre più l'attenzione del giurista in ragione del complesso legame fra utilizzo crescente dei dati personali nella società dell'informazione e rischi per il costituzionalismo democratico.

E se da più parti si è evidenziato quanto il controllo esclusivo di enormi quantità di dati si possa tradurre in una deriva pericolosa del potere sociale e, in fondo, una diversa dislocazione della sovranità (è sufficiente ricordare il caso *Cambridge Analytica*), chiediamoci quanti e quali effetti produca la diffusione in rete di contenuti falsi, esagerati o tendenziosi.

Il dibattito intorno alle *fake news* e all'*hate speech* risulta particolarmente concentrato sulla possibilità di responsabilizzare i titolari dei siti, categoria molto vasta nella quale si fanno rientrare, convenzionalmente, non solo i *blogger* ma anche i gestori delle principali piattaforme social: il problema è se sia possibile, e in che misura, imputare loro un obbligo di vigilanza sui contenuti che gli utenti pubblicano tramite i propri profili personali.

Un obbligo di vigilanza che, peraltro, in astratto potrebbe assumere due forme: quella del controllo preventivo, cioè essere esercitato nel momento in cui i contenuti illeciti vengono caricati dall'utente sul sito web, portando all'impossibilità di concludere la procedura di caricamento (*upload*), oppure quella del controllo successivo, cioè essere attivato quando ormai la notizia è entrata nella Rete, a partire da una segnalazione di un utente, e che comporti per il titolare del sito la rimozione del contenuto indicato.

In proposito, nonostante sia passato qualche anno, risulta ancora utile ricordare che il Tribunale di Milano aveva pionieristicamente provato a intraprendere la strada del controllo preventivo nella nota sentenza con cui aveva condannato i manager di Google per il reato di trattamento illecito dei dati (2010).

Il riferimento è al noto caso "Google Vivi Down", Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, n. 1972.

L'imputabilità di tale reato ai gestori della piattaforma presuppone

neva, infatti, l'idea di un necessario controllo preliminare da parte degli stessi (nel caso di specie, come si ricorderà, il problema non era la divulgazione di informazioni false bensì la pubblicazione di un video gravemente lesivo della dignità di un minore).

Questo “esperimento giurisprudenziale” si era arenato prima in Corte d'Appello (2012)<sup>1</sup> e poi in Cassazione (2014)<sup>2</sup>: la Suprema Corte assolveva i vertici di Google affermando che il sito che ospita i contenuti caricati direttamente dagli utenti «*non ha alcun controllo sui dati memorizzati né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione*».

Principio di diritto, questo, che come noto affondava le proprie radici nella normativa sul commercio elettronico, in Italia rappresentata dal d.lgs. 70/2003, frutto di una direttiva europea, la 2000/31/CE, tesa a non imbrigliare eccessivamente gli operatori del web. Ma siamo in un periodo in cui l'attenzione ad Internet è rivolta soprattutto alle sue potenzialità, trascurando il profilo dei possibili rischi, in ragione anche della volontà di aprire il mercato europeo agli investimenti nel digitale.

A normativa vigente gli unici casi in cui emerge la responsabilità in capo al gestore del sito si rinvencono in relazione a specifiche azioni compiute dallo stesso gestore: così in particolare quando sia egli stesso a generare direttamente il contenuto, a selezionare il destinatario di un contenuto comunque prodotto da altri o, infine, a modificare il contenuto medesimo.

In altre parole, quando il portale si rende protagonista di un intervento di tipo manipolatorio.

Per altro verso i limiti che ostacolano la strada della vigilanza a priori o “a monte”, tesa a filtrare i contenuti ospitati, sono da rinvenire anzitutto nel quadro costituzionale vigente, che abbiamo sopra descritto, e che esclude forme, anche surrettizie, di censura preventiva; nella disciplina europea, ancora fondata su regole improntate ad un generale esonero di responsabilità per gli operatori della Rete; nelle incognite dovute agli strumenti da utilizzare per effettuare questo controllo preventivo.

<sup>1</sup> Corte d'appello di Milano, 21.12.12, n. 8611.

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2013 (dep. 3 febbraio 2014), n. 5107.

Se, per un verso, non è pensabile realizzare una verifica della veridicità di quanto dichiarato affidato a personale specificamente addetto, da più parti si è parlato dell'elaborazione di un algoritmo *ad hoc*: soluzione questa che se ha trovato qualche applicazione pone più di qualche dubbio, anzitutto per l'effetto indotto di produrre a monte un'archiviazione massiccia di informazioni (anche di carattere personale) necessarie per la costruzione della formula matematica più efficace.

Va poi considerato che qualsiasi forma di regolazione è destinata a confrontarsi con un fenomeno che non ha più caratteristiche nazionali o sovranazionali: se, in forza del web, il problema ha assunto una natura globale, è facilmente ipotizzabile il caso di un utente che, ad esempio, pubblica un *post* su un *social network* nel rispetto della normativa vigente nel proprio paese, ma in contrasto con diverse regolazioni della materia nei Paesi in cui quel contenuto diventa visibile.

##### 5. *La complessità del fenomeno e le forme di regolazione possibili*

Se la strada della vigilanza preventiva incontra le difficoltà suesposte, diventa inevitabile concentrarsi anzitutto sull'opzione del controllo successivo.

Soluzione che si traduce nell'affidare, ai titolari delle piattaforme web, il potere/dovere di rimuovere i contenuti che, a seguito di segnalazione da parte degli stessi interessati, vengano considerati illeciti, in quanto in grado di lederne la reputazione.

Nella ormai famosa sentenza *Google Spain*<sup>3</sup> la Corte di giustizia ha demandato al gestore del motore di ricerca il compito di decidere, in relazione al caso concreto, se l'informazione meriti o meno di restare in rete, oppure debba essere deindicizzata.

Il presupposto di tale richiesta di intervento è che la Corte ritiene che il motore di ricerca abbia un ruolo attivo per alcuni trattamenti di dati personali, tanto da giungere a configurarlo come titolare del trattamento e, dunque, incardinare in questi termini una responsabilità in materia di protezione dei dati personali.

Se poi il gestore non si attiva, l'interessato può esercitare il suo di-

<sup>3</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 13 maggio 2014, causa C-131/12.

ritto di fronte all'autorità pubblica, che a quel punto fungerà da terzo soggetto imparziale in grado di valutare se quella notizia rappresenta legittimo esercizio della libertà di espressione o volgare veicolo di offesa e discredito.

Un'applicazione di questo meccanismo, introdotto per via giurisprudenziale e che ha prodotto risultati eccellenti, si è avuta in materia di "diritto all'oblio": infatti, partendo proprio dalla procedura dei ricorsi già disciplinata dalla direttiva e dal Codice privacy, l'interessato che mira a limitare la rintracciabilità sul web di contenuti ritenuti lesivi della propria dignità – non tanto perché non veritieri in origine quanto perché non più attuali – può in prima istanza interpellare i gestori dei motori di ricerca (autonomi titolari del trattamento) e, solo a fronte di un diniego o di una inadempienza da parte di questi ultimi, può poi rivolgersi all'Autorità di protezione dati.

Quest'ultima potrà ordinare la rimozione dell'URL o degli URL nell'ambito della funzionalità di ricerca associata al nome e cognome dell'interessato.

Una procedura non dissimile è quella che la legge sul cyberbullismo<sup>4</sup> prevede per gli interventi a tutela di minori vittime di atti di questo tipo.

Una sorta di interpello preventivo che il minore ultraquattordicenne o i genitori del minore possono rivolgere prima di tutto al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media al fine di chiedere l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale dello stesso minore, diffuso nella rete internet.

Nel caso in cui tali soggetti non intervengano al massimo entro 48 ore dalla segnalazione, allora il minore o i genitori possono rivolgersi all'Autorità di protezione dati tramite un reclamo o una segnalazione, attivando così i poteri del Garante.

Questo tipo di controllo, successivo su istanza, non soltanto è costituzionalmente percorribile ma ha prodotto e, si spera, produrrà anche soluzioni rapide e con effettive possibilità di successo.

Va precisato che il potere di rimozione affidato all'Autorità non investe l'intero documento che veicola il contenuto illecito, bensì si traduce nella cancellazione dei dati personali che sono presenti al suo

<sup>4</sup> Legge 29 maggio 2017, n. 71.

interno: un'operazione di "ritaglio", volta ad anonimizzare nella maniera più assoluta possibile i contenuti, che rimangono senza però possibilità di attribuzione ad alcuno.<sup>5</sup>

Se questo è il limite del potere di intervento giuridico, l'effetto indotto comunque potrebbe essere quello della rimozione fattuale dell'intera notizia da parte del titolare del sito destinatario del provvedimento del Garante: infatti, se la *fake news* riguarda un particolare personaggio, oscurare l'identità di quest'ultimo renderebbe del tutto inutile la permanenza online dell'intera notizia.

Soluzione che, di fatto, oggi molti editori scelgono, risolvendo il problema alla radice.

Un'altra strada percorribile a legislazione invariata, sulla carta forse meno incisiva ma nei fatti parimenti efficace, sarebbe quella di esplicitare la "non esattezza" dei dati personali riprodotti in una *fake news*: una sorta di "bollino nero" sulle *fake news* che riportano dati personali inesatti e distorti, con un meccanismo non dissimile a quanto il Garante già impone agli editori di giornali in merito alla segnalazione degli aggiornamenti sugli articoli (si veda Corte di Cassazione n. 5525 dell'aprile 2012).

Definito il tipo di intervento che può essere effettuato, si tratta di ragionare su "chi" esattamente intervenire.

Il tema sottostante è stabilire chi debba considerarsi titolare del trattamento o, meglio, in quali casi una tale titolarità, con conseguente assunzione di responsabilità, sia attribuibile al gestore del sito.

Nessun dubbio, infatti, che si possa intervenire direttamente nei confronti dei soggetti (persone fisiche) che sui propri profili social commettono delle violazioni del Codice in materia di protezione dei dati personali, rivestendo loro in prima persona la qualifica di "titolare del trattamento".

Così, ad esempio, in un provvedimento a seguito di ricorso del 23

<sup>5</sup> È interessante notare come le segnalazioni pervenute al Garante abbiano riguardato non solo la rimozione di contenuti e/o immagini di carattere offensivo e denigratorio, fotografie, anche a carattere intimo, ma anche la denuncia dell'esistenza di falsi profili attivati a nome del segnalante. Si veda in tal senso, da ultimo, la relazione annuale per il 2020 del Garante per la protezione dei dati personali, reperibile al seguente link <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9676435>.

febbraio 2017, il Garante privacy ha ordinato a una donna la rimozione dalla propria pagina Facebook del testo di due sentenze, sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio, in cui erano riportati delicati aspetti di vita familiare che riguardavano anche la figlia minore<sup>6</sup>. Il Codice vieta infatti la pubblicazione “con qualsiasi mezzo” di notizie che consentano l’identificazione di un minore coinvolto in procedimenti giudiziari, nonché la diffusione di informazioni che possano rendere identificabili, anche indirettamente, i minori coinvolti e le parti in procedimenti in materia diversa da quella penale (art. 50).

Rimane poi valido, in secondo luogo, l’approccio che mira a implementare e rafforzare la responsabilizzazione dei motori di ricerca e dei social network, da coniugare ad un’educazione all’utilizzo consapevole di internet da parte degli utenti. Un profilo di riflessione più generale, di ordine sociale e culturale.

Non va dimenticata, infatti, l’importanza di un controllo di tipo diffuso, affidato a tutti noi, e che presuppone una educazione digitale e la scelta individuale di non veicolare notizie false.

Da questo punto di vista la collaborazione tra le piattaforme digitali, le associazioni di categoria, l’Ordine dei giornalisti e le istituzioni è cruciale.

Per altro verso è certamente auspicabile l’individuazione di alcuni indicatori in grado di “far insospettare” l’utente, dando indicazioni riguardo al livello di scarsa attendibilità della notizia o di scarsa attendibilità del profilo social che la diffonde.

Indicatori di questo tipo (per esempio, l’indicazione da parte dell’Ordine dei giornalisti di agenzie di stampa di rilievo internazionale, certamente affidabili; oppure l’indicazione agli utenti di diffidare di profili Fb non individuali ma riferiti a sigle di vario genere) contribuirebbe a diffondere una consapevolezza tra gli utenti della rete e limiterebbe la diffusione virale di notizie false.

Meno convincenti infine appaiono le indicazioni che da più parti emergono sull’opportunità di introdurre nuove fattispecie penali, volte a punire chi pubblica “notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi” (secondo il d.d.l. AS-2688 Gambaro et al. diventerebbe il nuovo art. 656-*bis* c.p.),

<sup>6</sup> doc. web n. 6163649, reperibile sul sito [www.gpdp.it](http://www.gpdp.it).

nonché chi diffonde o comunica “voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme, o svolge comunque un’attività tale da recare nocumento agli interessi pubblici o da fuorviare settori dell’opinione pubblica, anche attraverso campagne” (art. 265-*bis*), nonché chi promuove il cd. *hate speech* (art. 265-*ter*).

La proliferazione di fattispecie penalistiche, del resto, non sembra aggiungere alcun elemento qualitativo in più rispetto al già esistente reato di diffamazione (art. 595 c.p.), che, nel punire chiunque “offende la reputazione di una persona non presente”, sembra avere già di suo delle maglie abbastanza larghe da ricomprendervi in via ermeneutica anche situazioni nuove come quelle legate ai nuovi utilizzi del web.

Al contrario, legiferando in questo senso si rischierebbe di andare limitare la libertà di manifestazione del pensiero in misura superiore a quanto costituzionalmente consentito dal corretto bilanciamento con altri diritti come l’onore, la reputazione, ma anche la riservatezza e la protezione dei dati personali, la cui efficacia è garantita da una lunga, robusta ed equilibrata giurisprudenza.

La strada da percorrere è certamente ancora lunga, ma la disciplina in materia di protezione dati e gli annessi concetti di “titolare del trattamento” e “trattamento di dati personali” nonché le nuove disposizioni circa l’acquisizione del consenso dei minori nella società dell’informazione sembrano andare decisamente verso una responsabilizzazione dei gestori delle grandi piattaforme social.

È ben vero che i social network non sono entità astratte ed inafferrabili e già adesso, quantomeno con riferimento alle problematiche connesse alla gestione degli account e dei dati (tematiche dunque collegate al concreto funzionamento della piattaforma) è già loro ampiamente riconosciuta la funzione di “titolari del trattamento” rispetto ai dati degli utenti.

In questo senso depongono una serie di indici normativi e di interventi giurisprudenziali.

Si pensi, ad esempio, all’importante sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 5 giugno 2018: il cd. caso *Fanpage*.

Pur non trattandosi di un caso connesso alla libertà di manifestazione del pensiero, è bene ricordare che in questa occasione i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto Facebook, al pari di un amministratore di una *fanpage* attiva proprio su quel social network (dunque



di un soggetto che caricava contenuti sul social network), titolare del trattamento dei dati degli utenti.

In questa sentenza, dunque, la Corte di giustizia osserva, innanzitutto, che non è neanche in dubbio che la società americana Facebook e, per quanto riguarda l'Unione, la sua filiale irlandese Facebook Ireland debbano essere considerate quali «responsabili del trattamento» (leggi “titolari del trattamento” nel linguaggio del RGPD) dei dati personali degli utenti di Facebook, nonché delle persone che hanno visitato le *fanpage* presenti su Facebook.

Infatti, tali società determinano, in via principale, le finalità e gli strumenti del trattamento di tali dati e, dunque, sono titolari a tutti gli effetti.

Sebbene questa sentenza abbia destato molto clamore soprattutto per il riconoscimento di responsabilità in capo all'amministratore della *fanpage* in questione e sebbene essa si riferisca ad una specifica problematica, quale quella del trattamento tramite *cookies* (dunque un problema “strutturale” più che di contenuto), non va sottovalutata l'affermazione della Corte di giustizia circa il riconoscimento in capo a Facebook della qualifica di titolare del trattamento.

Non è, dunque, da escludersi che proprio attraverso la relativa “elasticità” di tale concetto, anche alla luce delle rafforzate garanzie del GDPR, le Autorità di controllo o, in una fase successiva, i giudici possano giungere ad estendere le maglie di una responsabilizzazione delle piattaforme social non solo e non tanto in relazione ai problemi connessi all'utilizzo delle piattaforme stesse (su questo la responsabilità, come si diceva, è già chiaramente definita e ampiamente riconosciuta), quanto piuttosto anche al contenuto e alla portata delle comunicazioni rese dagli utenti attraverso quelle piattaforme.

Infine, vale la pena ricordare proprio il “nuovo” obbligo in capo ai titolari del trattamento di verificare l'età minima prevista dalla legge per accedere ai servizi della società dell'informazione (art. 8 GDPR e art. 2, *quinquies* del Codice – 14 anni in Italia).

In proposito va ricordato il recente intervento del Garante privacy nei confronti del noto social network cinese Tik Tok (piattaforma di condivisione video), diffusissimo tra i più giovani, che ha bloccato immediatamente il trattamento dei dati personali (dunque ha imposto al titolare il blocco degli account) di tutti quegli utenti rispetto ai quali

il social non era stato in grado di accertare con sicurezza l'età anagrafica e, dunque, l'età minima prevista dal GDPR, di 13 anni.

In ultimo, la crescente diffusione di *fake news* e messaggi d'odio ha aperto anche ad una riflessione sulla possibilità di affiancare all'attività di rimozione di tali contenuti una attività di ripristino delle informazioni dal "contenuto veritiero", affidando ai motori di ricerca la valutazione del carattere veritiero delle informazioni presenti sulle proprie piattaforme.<sup>7</sup> Proposta che suscita non poche perplessità se solo si considera il rischio di attribuire a operatori privati un ulteriore e più penetrante potere di manipolazione, e conseguente incremento della capacità di plasmare le informazioni.

Meglio pensare di attribuire questa attività di monitoraggio e controllo ad una Autorità amministrativa indipendente che potrebbe intervenire in maniera imparziale e più speditamente di un organo giurisdizionale.

<sup>7</sup> Tale ipotesi deriva da un recente caso giurisprudenziale in cui l'Avv. Generale della Corte di Giustizia, ha offerto delle conclusioni in merito a una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof, la Corte federale di giustizia tedesca, nell'ambito della causa C-460/20 e che ha coinvolto di nuovo (a distanza di quasi 10 anni dalla celebre sentenza Google Spain) il motore di ricerca Google.

Il rinvio pregiudiziale ha avuto origine dalla lamentata pubblicazione su un sito informativo di articoli che esprimevano opinioni fortemente critiche e significative perplessità circa la serietà di alcune società finanziarie e ha riguardato due elementi: la corretta interpretazione dell'art. 17, par. 3, lett. a) del Regolamento 2016/679 con riferimento alla richiesta di deindicizzazione dei link che riportano ai contenuti e la rimozione di alcune immagini ritraenti i ricorrenti sotto forma di miniature ricollegate agli articoli, cd. "thumbnails".

COSTITUZIONALISMO TRANSATLANTICO  
ALLA PROVA DEL “DIGITALE”. L’IMPORTANZA  
DEL LINGUAGGIO METAFORICO E DELLA MIGRAZIONE  
DI IDEE COSTITUZIONALI. IL CASO DELLA LOTTA  
CONTRO LA DISINFORMAZIONE ONLINE

ORESTE POLLICINO

SOMMARIO: 1. Linguaggio metaforico e tutela dei diritti nel contesto digitale.  
– 2. Asimmetrica valoriale del costituzionalismo transatlantico e sue ricadute sulle modalità di protezione dei diritti nel cyberspazio. – 3. La rilevanza costituzionale della disinformazione e le strategie per contrastarne il fenomeno in una prospettiva transatlantica.

1. *Linguaggio metaforico e tutela dei diritti nel contesto digitale*

Per provare a fare emergere la connessione, solo apparentemente tenue, tra linguaggio metaforico, creatività giurisprudenziale e tutela dei diritti fondamentali in ambito digitale è utile mettere a confronto due brani.

Il primo. «Osserva il Collegio che l’art. 1 della legge n. 47 del 1948 si limita a definire esplicitamente il concetto di stampa nella sua accezione tecnica di riproduzione tipografica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici. Il termine stampa, però, ha anche un significato figurato e, in tal senso, indica i giornali, che sono strumento elettivo dell’informazione e lo erano soprattutto all’epoca in cui entrarono in vigore la Carta Fondamentale e la richiamata legge n. 47 del 1948, quando cioè gli altri *mass media*, in particolare la televisione e i siti di informazione *on line*, non erano operativi. Questo concetto di stampa in senso figurato definisce il prodotto editoriale che presenta i requisiti ontologico (struttura) e teleologico (scopi della pubblicazione) propri di un giornale».

Il secondo. «*Now you can see the meaning of my title cyberspace and the Law of the Horse. When asked to talk about Property in Cyberspace, my reaction was, “Isn’t this just the law of the horse?” [...] This*

*leads directly to my principal conclusion: Develop around law of intellectual property, then just apply it to computer networks».*

I due brani apparentemente hanno pochissimo in comune. Nel primo caso si tratta di giudici italiani (la Cassazione a Sezioni Unite)<sup>1</sup> che si pronunciano, nel gennaio 2015, su una specifica questione legata all'applicazione ad Internet (e in particolare alle riviste telematiche ed elettroniche) di regole originariamente previste per la carta stampata.

Nel secondo caso, si tratta di un altro giudice, Frank Easterbrook<sup>2</sup>, che però scrive nella sua "capacità accademica", in occasione di un convegno a Chicago, dedicato al nascente *cyberspace* (ritornere-mo su questa metafora costitutiva), e si chiede ironicamente, nel 1995, alle origini del *web*, che senso abbia parlare di "diritto dei cavalli" quando basterebbe riferirsi al genere "diritto degli animali", e propone di non adottare alcun *novum* regolamentare per il mondo dei *bit* ma, semplicemente, di applicare al nuovo ambiente tecnologico, secondo una scelta di buon senso, le regole giuridiche tradizionali del mondo degli atomi.

In realtà, però, pur nella loro diversità, i due brani evidenziano il medesimo dilemma in cui si trovano operatori, interpreti, ma anche legislatori quando devono "trasferire" alcune categorie, non solo giuridiche, dal campo analogico a quello digitale. La scelta è fra la traslazione e la traduzione *sic et simpliciter* delle categorie tradizionali al nuovo contesto tecnologico e la necessità di ripensare e rimodulare le stesse categorie per l'esigenza di adeguarle (manipolandole) ad uno scenario tecnologico completamente differente.

Le opzioni adottate nei due passi sopra citati sembrano suggerire due risposte diametralmente opposte.

Nel primo caso, le Sezioni Unite della Cassazione propongono un ripensamento «in senso figurato» di quanto (la nozione di stampa) finora era stato definito in senso tecnico, in modo che tale nozione possa aprirsi all'evoluzione tecnologica e, in particolare, all'impatto di Internet.

Nel secondo caso, invece, emerge nelle parole di Easterbrook una

<sup>1</sup> Cass. pen., SS. UU., 17 luglio 2015 (ud. 29 gennaio 2015), n. 31022.

<sup>2</sup> F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, University of Chicago Legal Forum 207, 1996.

cornice valoriale, un *frame* di resistenza alla tecnologia emergente che si concretizza nella proposta di una mera traslazione applicativa dello strumentario giuridico tradizionale allo scenario digitale.

Ma, tanto in un caso quanto nell’altro, sia quando si propone una rilettura (anche manipolativa) delle regole esistenti in forza del mutamento del fattore tecnologico<sup>3</sup>, sia invece quando si propende per una semplice traslazione di dette regole dal piano materiale a quello immateriale, l’interprete, e specialmente il giudice, non può fare a meno di esercitare la sua *legal imagination*, per dirla con James Boyd White<sup>4</sup>. Di più, qualsiasi sia la strada prescelta, elemento necessario di quell’operazione di trasferimento o traslazione cui si faceva prima riferimento delle categorie “classiche” dal mondo materiale a quello immateriale, è l’utilizzo del linguaggio metaforico. Si realizza quella che, come si è visto, è la dinamica tipica della concettualizzazione metaforica, ossia, per dirla con Winter<sup>5</sup>, quel processo di «*carry over, transfer knowledge across domain*».

Da questo punto di vista, il riferimento alla metafora diviene uno strumento, se non necessario, sicuramente elettivo, nel percorso argomentativo dell’interprete che si interroghi sull’impatto dell’evoluzione tecnologica sulla “tenuta” delle categorie giuridiche tradizionali.

Tali operazioni argomentative di trasferimento concettuale dal mondo degli atomi al mondo dei *bit* non sono neutrali ma, in base all’opzione assiologica o cornice valoriale che ne costituisce il fondamento, hanno un determinato impatto sull’esito del bilanciamento in concreto operato dal giudice e, in ultima istanza, sul livello di protezione dei diritti in gioco.

In questo scenario, il giudice costituzionale (o supremo) sembra avere un ruolo ancora più delicato, perché deve scegliere, per usare le

<sup>3</sup> P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, Relazione al convegno annuale AIC, Salerno, 23-24 novembre 2012 “Costituzionalismo e globalizzazione”, Associazione Italiana Dei Costituzionalisti, Jovene, Napoli 2014, pp. 43-82.

<sup>4</sup> J.B. WHITE, *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, 2ed edition, Chicago-London 1985.

<sup>5</sup> S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, The University of Chicago Press, Chicago-London 2001.

parole di Sunstein<sup>6</sup>, tra «*constitutional traslation and constitutional caution*», ovvero decidere se tradurre i valori costituzionali originari attraverso un'interpretazione tecnologicamente orientata dei parametri rilevanti, in modo da consentirne un'estensione alle nuove esigenze emerse con l'evolvere della evoluzione tecnologica o se, invece, preferire un approccio di *self-restraint*, lasciando questo compito al decisore politico.

Nell'ambito qui considerato, appare utile il già richiamato concetto di *frame* proposto da Lakoff, che esprime un uso costitutivo della metafora in forza del quale quest'ultima è il punto focale di un *contesto* che ne costituisce l'indispensabile *cornice*.

L'utilità ai nostri fini della nozione di *frame* è evidente: trasferendo tale concetto dall'ambito della teoria del linguaggio e delle scienze cognitive a quello delle teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione, e quindi individuando, come sottocategoria del *frame*, quella del «*judicial frame*», è possibile fare emergere quali opzioni valoriali di base facciano da cornice all'utilizzo di una specifica metafora da parte delle Corti e costituiscano il fondamento di una determinata operazione di *judicial balancing*.

Apparentemente sembrerebbero esserci due sole opzioni argomentative: da una parte quella di ricontestualizzare i parametri rilevanti, creando nuovi *frames*, alla luce del nuovo ambiente tecnologico; dall'altra parte, quella di adottare un atteggiamento di *judicial deference* nei confronti del legislatore. Quest'ultima è la soluzione sostenuta, ad esempio, da Lessig: «*My sense is that, knowing nothing, or at least not very much, terrified by the threats of which they don't know, these judges will defer to democratic authority*»<sup>7</sup>.

Rimane però un problema: il giudice deve decidere il caso che gli è sottoposto, non ha molta scelta. Emblematico a questo proposito quanto Justice Kennedy scrive nella sua *dissenting opinion* nel caso *Denver Area Educational Telecommunications Consortium*<sup>8</sup>, avente ad

<sup>6</sup> C.R. SUNSTEIN, *Constitutional Caution*, in *University of Chicago Legal Forum*, Iss. 1, Article 11, 1996.

<sup>7</sup> L. LESSIG, *Reading the Constitution in Cyberspace*, in *Emory Law Journal* 45(3), 1996, p. 874.

<sup>8</sup> *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

oggetto la regolamentazione della televisione via cavo e deciso nel 1996 dalla Corte suprema statunitense. Quest'ultima, nel caso di specie, è arrivata quasi a dire, con riferimento al fattore tecnologico (a quel tempo nuovo), «*we don't know yet, but here's the best we can*». Kennedy incalza i giudici di maggioranza sostenendo che «*doubt and caution may be reasons for the Supreme Court not to take a case, but once taken, it is hard to accept the attitude of the Court to not decide. This is why metaphors and analogies to other areas of our First Amendment case law become a responsibility, rather than the luxury the plurality considers them to be*». In altri termini, il caso va deciso, in qualche modo il fattore tecnologico va affrontato, ed è qui che il *frame*, elaborato dagli scienziati del linguaggio, quale struttura cognitiva designata per facilitare la comprensione, diventa *judicial frame* e tecnica argomentativa grazie a cui argomentare attraverso metafore o applicazioni analogiche consente uno spostamento dal prototipo familiare ad un nuovo contesto tecnologico.

La distinzione che sembra doversi applicare, al riguardo, è quella tra un *frame* di resistenza alla tecnologia, da una parte, e uno di apertura al fattore tecnologico, dall'altra. Cornici valoriali che possono sintetizzarsi in ostilità o inclinazione a riconoscere, per un verso, o a negare, per un altro, il *novum* della tecnologia in oggetto rispetto al passato, quindi ragionare, rispettivamente, in termini di discontinuità o di continuità rispetto allo *status quo*.

In ogni caso, qualunque sia il *frame* prescelto, sia che vada nel senso del riconoscimento di una continuità o in quello di una discontinuità rispetto all'assetto tecnologico preesistente, l'operazione in esame non è mai neutrale, perché condizionata da un'altra importante alternativa spesso sottovalutata nella ricostruzione della rappresentazione del giudice di fronte al fattore tecnologico: la possibilità che egli adotti, per riprendere la contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno di matrice hartiana (ma nella più pregnante accezione di McCormick), una prospettiva interna alla nuova tecnologia o invece una esterna a quest'ultima. Una tale contrapposizione tra punto di vista esterno ed interno al *novum* tecnologico, emerge già, *ante litteram*, rispetto alla nascita di Internet, con riguardo al mezzo telefonico, nella

decisione *Olmstead*<sup>9</sup>, della Corte suprema e, in particolare nella *dissenting opinion* di Justice Brandeis. Secondo l'opinione di maggioranza, l'utilizzo di intercettazioni telefoniche ottenute da agenti federali senza alcuna autorizzazione da parte del giudice e poi utilizzate quali prove in dibattimento non violava il IV Emendamento in quanto «*listening to a private telephone conversation did not require a physical search or entry into a person's private space*». Il *judicial frame* che caratterizza la *dissenting opinion* di Brandeis è invece di natura contraria e insiste per un riconoscimento della discontinuità tecnologica tra l'allora nuovo mezzo e lo *status quo* e quindi propende per una interpretazione tecnologicamente orientata di *seizure* e *search*, alla base, come è noto del IV Emendamento<sup>10</sup>.

Se la possibile contrapposizione tra prospettiva esterna e interna, con riguardo alla identificazione del “*novum*” tecnologico emerge sicuramente prima di internet, è con l'esplosione del web che tale contrapposizione trova il suo *habitat* tecnologico privilegiato per ulteriormente evidenziare la dialettica tra apertura e resistenza a detto *novum*.

Il che non può stupire. Non è un caso che internet sia l'unico medium con sua metafora spaziale costitutiva: *cyberspace*. Questo perché, a differenza delle altre tecnologie, il contesto, la cornice di riferimento, ha una natura talmente costitutiva, talmente autosufficiente da poter competere con la realtà fisica e quindi consentire in capo al giudice una scelta tra quale prospettiva caratterizzare il suo *judicial frame*, quella interna o esterna, quando si trova ad applicare il diritto di internet.

Il linguaggio metaforico gioca dunque un ruolo fondamentale nel nostro ambito di indagine, con particolare riferimento al rapporto tra potere e tecnologia in quando il processo migrazione di “metafore costituzionali” ha delle conseguenze significative sulle opzioni di politica del diritto e quindi, sul rafforzamento o attenuazione del potere in

<sup>9</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

<sup>10</sup> Il IV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*».



mano ai soggetti privati nell’ecosistema digitale. Più specificatamente lo strumento privilegiato, se non necessario, per le operazioni di traslazione e di trasferimento delle categorie “classiche” dal mondo materiale a quello immateriale, è proprio l’utilizzo del linguaggio metaforico.

In fondo, la metafora, quasi geneticamente, e sicuramente etimologicamente, ha in sé quel *meta-pherein*, trasferire “oltre”, attraverso campi di esperienza diversi.

Bisogna riconoscere ad Alessandro Giuliani il grande merito di aver per primo (ancor prima degli studiosi nordamericani) fatto emergere l’importanza del linguaggio metaforico: «tutta la storia del pensiero giuridico potrebbe essere studiata, dal punto di vista del linguaggio, come un susseguirsi di metafore»<sup>11</sup>.

Il passaggio ulteriore è compiuto con la pubblicazione, nel 1980, del volume *Metaphors We Live by* di Lakoff e Johnson<sup>12</sup>. Secondo tale prospettiva, ogni metafora avrebbe un «campo d’origine» («*a source domain*»), un «campo di destinazione» («*a target domain*»). Il che implica e implica, per dirla con Winter<sup>13</sup>, quel processo di “carry over, transfer knowledge across domain”.

Questa premessa teorica è importante per poter meglio comprendere il processo che ha portato alla migrazione (e di rigetto) dal contesto statunitense a quello europeo della metafora, già più volte richiamata, del libero mercato delle idee, con particolare riferimento alla strategia per contrastare quello che oggi è uno dei campi elettivi per alimentazione del potere digitale e del suo abuso, ovvero il fenomeno dilagante della disinformazione on line.

Si è aperto infatti, da qualche anno, un dibattito se, ed in caso di risposta affermativa, quale possa essere la reazione giuridica rispetto

<sup>11</sup> A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, p. 379, il quale aggiunge che «basterebbe esaminare una qualsiasi delle controversie della scienza giuridica per vedere come le diverse soluzioni siano condizionate dalle metafore accettate, dalle similitudini, dal ricorso all’esempio», per il cui il lavoro del giurista non sarebbe altro che «correzione di metafore, chiarificazione del linguaggio».

<sup>12</sup> G. LAKOFF-M. JOHNSON, *Metaphors We Live by*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, trad. it. ID., *Metafora e vita quotidiana*, Bompiani, Milano 1998.

<sup>13</sup> S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2001, p. 12.

ad un fenomeno che, i casi della stagione pandemica e quella bellica sono esemplari al riguardo, è in grado di influenza ed inquinare il dibattito pubblico fino, con riferimento al momento elettorale, incidere sugli esiti dello stesso.

È proprio in questo contesto che la metafora del free market place of idea, o meglio, di internet quale new *freemarket place of ideas*, espressione coniata, come si visto, dalla Corte suprema riadattando all'ecosistema digitale l'intuizione di Holmes, è rilevante.

Quando, infatti, nel 2018 in Commissione europea decide di adottare una strategia, a livello comunitario, e quindi di tendenzialmente unitaria, per fronteggiare il fenomeno della disinformazione, l'opinione prevalente, a cui, membro del gruppo di lavoro, chi scrive si oppone, fu proprio quella di importare in Europa, dall'humus del costituzionalismo statunitense, in cui era nata e cresciuto, la metafora di internet quale il "nuovo mercato delle idee", ancora più libero, secondo quell'orientamento che abbiamo definito di *digital trust*, rispetto a quello degli atomi. Quindi una fiducia cieca nella capacità auto-correctiva del "mercato" a fare emergere, attraverso una *free competition* di idee e opinioni (anche quelle false), la verità, o comunque ad isolare la disinformazione senza la necessità di alcun intervento che prevedesse il coinvolgimento di istituzioni pubbliche. Il che si traduce nel meccanismo di autoregolamentazione come unica opzione di politica del diritto disponibile. Un orientamento questo che, sicuramente conforme alle radici culturali e costituzionali americane, per cui, come è stato sostenuto dalla stessa Corte suprema "*Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact.*"<sup>14</sup>.

Il che però è tutt'altro che in armonia con le tradizioni costituzionali europee e con il livello di concorrenzialità del pluralismo del dibattito pubblico in internet che ha caratterizzato il modello continentale.

<sup>14</sup> Corte suprema, *Gertz contro Robert Welch, Inc.*, 418 U. 323.

2. *Asimmetrica valoriale del costituzionalismo transatlantico e sue ricadute sulle modalità di protezione dei diritti nel cyberspazio*

È necessaria a questo punto una breve parentesi relative all'asimmetria valoriale che caratterizza il costituzionalismo transatlantico. Asimmetria che non può non giocare un ruolo cruciale sulle opzioni di politica del diritto relative alla regolazione del fenomeno, sempre più preoccupante, della disinformazione on line.

Come è fin troppo noto, ed è forse inutile premetterlo, esiste una profonda frattura di fondo che oppone alla visione nordamericana incentrata sull'esaltazione del Primo emendamento una rappresentazione squisitamente europea fondata sul predominio assiologico della protezione dei dati. Dello squilibrio di vedute su entrambi questi orizzonti si è già fatto cenno in precedenza ma è bene approfondire alcuni passaggi critici.

La libertà di espressione è stata interpretata da sempre nel diritto costituzionale statunitense come la stella polare, il diritto che segna la caratterizzazione di quell'ordinamento giuridico.

Questo atteggiamento trova emersione nella cornice valoriale adottata dalla Corte Suprema, incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in materia l'inedita dimensione libertaria del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte Suprema statunitense, Internet, *the new free marketplace of ideas*, offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno v. ACLU*, di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes l'utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui perdurante rilevanza, come si dirà anche oltre, potrebbe essere messa in discussione alla luce dei cambiamenti che hanno interessato Internet nel corso dei suoi primi anni di vita.

La sentenza, che risale al 1997, reagisce al primo tentativo del governo statunitense di limitare l'accesso a contenuti vietati ai minori in Internet, a fronte delle preoccupazioni legate all'impossibilità di replicare, in rete, come ben descritto da Lessig, quelle dinamiche di *zoning* e di *age verification* che prendono corpo nel mondo degli atomi, impedendo ai minori di ottenere la disponibilità di materiali vietati. A questo scopo nel 1996 fu approvato il *Communication Decency Act*

(CDA)<sup>15</sup>, che mirava a colpire, in particolare, contenuti definiti come «indecenti» e «manifestamente offensivi». La Corte Suprema, tuttavia, ne dichiarò l'incostituzionalità per contrasto con il Primo emendamento, in quanto le restrizioni previste dal CDA risultavano troppo vaghe e indeterminate, non rispettose dello *strict scrutiny* cui ogni limitazione della libertà di parola dovrebbe essere soggetta secondo l'approccio della Corte Suprema: in altri termini, la compressione della *free speech* non era contenuta entro i margini di stretta necessità per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, ossia la tutela dei minori.

Dopo la pronuncia della Corte Suprema in *Reno v. ACLU*, altri tentativi si sono susseguiti da parte delle autorità statunitensi per regolare la circolazione di contenuti ritenuti dannosi per i minori. Nessuno di questi tentativi è però uscito indenne dallo scrutinio della Corte Suprema. Al 1998 risale il *Child Online Protection Act*<sup>16</sup>, che recepiva alcune indicazioni della sentenza *Reno*. Secondo la Corte Suprema, però, la definizione di «materiali nocivi per i minori», fondata su un generico rinvio agli standard della comunità di riferimento, non si conformava ai criteri necessari a circoscrivere le limitazioni su base legittima della libertà di espressione.

Analoga sorte ha caratterizzato il terzo e ultimo capitolo della battaglia tra Governo statunitense e Corte Suprema per bandire da Internet i contenuti osceni dannosi per i minori, che aveva a oggetto il *Child Pornography Prevention Act*<sup>17</sup>: anche in questo caso, secondo la Corte Suprema, le restrizioni introdotte per vietare la diffusione di immagini di minori illustrati nel compimento di condotte sessuali o di ogni forma evocativa di atti sessuali risultavano eccessive e prive del necessario carattere di proporzionalità. Si trattava, secondo la Corte, di norme la cui portata attingeva a un ambito ben più ampio di quello sul quale il legislatore avrebbe potuto legittimamente incidere per il raggiungimento dell'obiettivo di tutela dei minori.

Queste pronunce sono indicative di una chiara attitudine a salvaguardare l'esercizio del *free speech*, e di conseguenza garantire una sorta di «carta bianca» agli *internet service provider* tramite uno strumento

<sup>15</sup> Communications Decency Act 1996.

<sup>16</sup> Child Online Protection Act 1998.

<sup>17</sup> Child Pornography Prevention Act 1996.

ritenuto in grado di assicurare una straordinaria espansione del loro margine di manovra. Una tale cornice valoriale ha evidentemente portato ad una amplificazione del potere privato digitale, specialmente nella stagione fondativa del cyberspace.

Muovendoci adesso al *judicial frame* che ha caratterizzato la giurisprudenza rilevante delle Corti europee, dal punto di vista parametrico, l'ordinamento europeo ha, come si è avuto modo di anticipare più volte, una cornice valoriale diversa quanto a tutela della libertà di espressione.

Possiamo dire, semplificando, che tale libertà in Europa si gioca la sua partita “alla pari” con altri diritti fondamentali e non gode di quella prevalenza assiologica che caratterizza la posizione e l'interpretazione del Primo emendamento nell'ordinamento statunitense.

Ci sono almeno due elementi che confermano questo quadro, e sono rintracciabili entrambi all'interno del quadro convenzionale. Innanzitutto, l'art. 10<sup>18</sup> della Convenzione al suo secondo comma prevede un qualcosa di assolutamente “irricevibile” per il costituzionalismo statunitense. Ovvero la codificazione espressa, come del resto per tutte le altre libertà e diritti previsti dal medesimo testo convenzionale, di limiti e quindi di restrizioni alla stessa libertà, giustificate alla luce della stella polare del costituzionalismo europeo, ovvero il principio di proporzionalità.

In secondo luogo, altro concetto sconosciuto al diritto costituzio-

<sup>18</sup> L'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma 4 novembre 1950) (CEDU) recita: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'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. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

nale d'Oltreoceano, la CEDU (ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) prevede espressamente la possibilità dell'abuso del diritto<sup>19</sup>, a conferma di quell'ottica di non assolutezza, bilanciamento e pari-ordinazione tra diritti quali caratteristiche delle tradizioni costituzionali comuni europee. Proprio questa impostazione più moderata, che considera la libertà di espressione in modo analogo ad altri diritti pari-ordinati, ha permesso di gettare le fondamenta per interventi normativi più moderni; non soltanto le recenti iniziative, legate alla Direttiva Copyright e alla revisione della direttiva UE n. 2013/10 e alle proposte di riforma (DMA e DSA) di ormai prossima approvazione, che saranno analizzate successivamente

Non può quindi stupire, che partendo da contesti valoriali con sfumature (e non solo) così differenti, da un'analisi della giurisprudenza rilevante si colga un *judicial frame* tendenzialmente opposto a quello che ha contraddistinto le corti statunitensi. Cornice valoriale che, anziché cavalcare Internet come volano della libertà di manifestazione del pensiero, ne percepisce e soppesa soprattutto la portata critica per l'esercizio di diritti concorrenti.

L'atteggiamento di maggior cautela si è tradotto non a caso in pronunce giurisprudenziali che ammoniscono sui possibili rischi per altri diritti altrettanto meritevoli di tutela. Questo approccio trova del resto giustificazione nella visione più laica di cui gli Stati europei sono portatori, soprattutto al confronto con gli Stati Uniti, di cui sembrano traccia visibile, come si accennava, anche le disposizioni rilevanti della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU.

Guardando alle decisioni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di ricorsi occasionati da presunte violazioni della libertà di espressione in Internet, si nota un'inclinazione a rimodulare quella portata espansiva che, almeno a parole, aveva contraddistinto la precedente giurisprudenza sulle applicazioni dell'art. 10 in ambiente analogico<sup>20</sup>. Questa nuova modula-

<sup>19</sup> Art. 17 CEDU.

<sup>20</sup> C. eur. dir. uomo, plen., 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72. In tale decisione e nella giurisprudenza che seguirà emergono chiare indicazioni in favore di una portata espansiva della libertà di manifestazione del pensiero, il cui perimetro sembrerebbe giungere ad abbracciare, nell'interpretazione della Corte

zione dell’ambito e della portata della libertà di espressione in rete sembra radicarsi nel convincimento che l’utilizzo delle tecnologie digitali presenti un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi con cui l’esercizio della libertà di parola deve confrontarsi<sup>21</sup>. Beninteso, il carattere “relativo” e “cedevole” rispetto a operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU non costituisce certo una novità, ma questo carattere appare accentuato nella giurisprudenza relativa alla dimensione di Internet, con conseguenze immediate sui tentativi di contenimento della portata espansiva della tecnologia digitale e anche del potere algoritmico che si porta dietro.

Questa lettura per così dire “restrittiva” conosce i suoi prodromi nella pronuncia *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*<sup>22</sup> del 2011, e trova delle conferme in varie decisioni, tra cui vanno ricordate almeno *KU c. Finlandia*<sup>23</sup> e *Delfi AS c. Estonia*<sup>24</sup>, una decisione della Grande Camera del 2015 che pure conferma la linea di tendenza descritta finora, incline a validare, con maggior favore, possibili limitazioni della libertà di espressione *online*.

Volendo sintetizzare e per forza di cose semplificare il portato, rispettivamente, del *judicial frame* statunitense e di quello europeo rispetto alla regolazione del web e quindi, all’esercizio di contenimento del potere digitale, esso appare animato da presunzioni di segno opposto. Il versante statunitense, animato da una ferma convinzione che il fattore digitale sia, geneticamente, un amplificatore delle libertà (*digital trust*) presume che una *content regulation* non sortisca maggiori be-

europea, anche quelle espressioni che non offrono un significativo contributo allo sviluppo democratico e alla formazione dell’opinione pubblica e che presentano un contenuto raccapricciante e disturbante.

<sup>21</sup> O. POLLICINO e M. BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis*, in *Research Handbook On EU Internet Law*, a cura di A. SAVIN e J. TRZASKOWSKI, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2014, pp. 508 ss.

<sup>22</sup> C. eur. dir. uomo, sez. V, 5 maggio 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, ricorso n. 33014/05.

<sup>23</sup> C. eur. dir. uomo, sez. IV, 2 dicembre 2008, *KU c. Finlandia*, ricorso n. 2872/02.

<sup>24</sup> C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 16 giugno 2015, *Delfi AS c. Estonia*, ricorso n. 64569/09.

nefici per la libertà; l'approccio europeo più sospettoso nei confronti della nuova tecnologia (*digital distrust*) ritiene verosimile che il mezzo generi pericolo per gli altri diritti e, dunque, afferma la necessità, oltre che la legittimità, di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*.

A differenza, dunque, della sfiducia nella nuova tecnologia che emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è evidente come il *frame* alla base della giurisprudenza richiamata della Corte Suprema sia di fiducia incondizionata nel mezzo che viene considerato in grado di ulteriormente amplificare il portato di libertà insito nel Primo emendamento<sup>25</sup>.

### 3. *La rilevanza costituzionale della disinformazione e le strategie per contrastarne il fenomeno in una prospettiva transatlantica*

Alla luce dell'asimmetria fatta emergere in relazione alle coordinate assiologiche di riferimento, è evidente come il sistema statunitense non possa per definizione, attribuire una rilevanza costituzionale significativa alla disinformazione, in forza del sistema appena descritto che si fonda sulla capacità autocorrettiva del "mercato delle idee" e per quelle caratteristiche peculiari proprie del costituzionalismo americano che si sono analizzate in precedenza. Predominio assiologico del Primo emendamento, fiducia nello strumento tecnologico come "amplificatore" delle libertà preesistenti, grande rilevanza di profilo attivo, con riguardo alla libertà di espressione, di chi diffonde il proprio pensiero.

In Europa, al contrario, visto il sistema valoriale assai differente sia per quanto riguarda, come già richiamato, il ruolo giocato "alla pari" della libertà di espressione con le altre libertà fondamentali, sia riguardo al concetto di abuso del diritto e all'attenzione al profilo passivo del diritto ad essere informato se non in modo veritiero, quanto meno verificabile, chiaramente un'importazione dell'idea di internet quale *new*

<sup>25</sup> Il Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».



*free market place of ideas* come bussola di orientamento per (non regolare) il fenomeno della disinformazione non poteva che comportare una crisi di rigetto.

Crisi dovuta anche ad un errato esercizio di trasferimento o traslazione di campi di esperienza che abbiamo visto caratterizzare, anche etimologicamente, il concetto di metafora. Si è infatti prima ricordato come tale concetto abbia due elementi costitutivi, il campo di provenienza della metafora e quello di destinazione. Nel caso della metafora oggetto di importazione nel nostro caso, il libero mercato delle idee, il campo di provenienza della stessa è, evidentemente, quello relativo al libero gioco di mercato tipico del diritto alla concorrenza e quello di destinazione fa invece riferimento al pluralismo di idee che dovrebbe caratterizzare lo spazio pubblico, nel mondo analogico ed in quello digitale. Ebbene, è altrettanto evidente che, affinché l'esercizio dell'importazione di una metafora possa funzionare, gli elementi costitutivi dei due campi rilevanti (di provenienza e di destinazione) non possano essere stravolti. In questo caso invece si ha un netto stravolgimento del campo di provenienza, c.d. source domain, tra i periodi in cui la metafora è elaborata per la prima volta da Holmes nel 1919 e poi ripresa dalla Corte suprema nel 1997 e quello in cui, molto tempo dopo, nel 2018, la metafora è stata poi presa in prestito dalla Commissione europea nella sua prima strategia, ed il suo primo codice di condotta, contro la disinformazione. Quando Holmes scriveva la sua dissenting opinion, il sistema statunitense era caratterizzato da un periodo di *laissez faire*, a forte traino liberale, in cui effettivamente vi erano tutte le caratteristiche, quanto al campo di provenienza della metafora, di un mercato libero e concorrenziale. Così come, quando nella traslazione dal mondo degli atomi a quello dei bit, la Corte suprema riprendeva la metafora definendo a fine anni 90 internet *the new market place of ideas*, faceva effettivamente riferimento al momento fondativo per la nascita e lo sviluppo del cyberspazio, un “mercato” ai quei tempi davvero libero, che aveva fatto illudere, come si è visto, i pionieri del web potesse davvero essere indipendente dal mondo reale. Al contrario, quando nel 2018 la metafora è importata forzatamente dalla Commissione europea nel vecchio continente per formulare l'opzione di politica del diritto più adeguata per fronteggiare la disinformazione, l'assetto economico (campo di provenienza della metafora) che carat-

terizzava (e continua a farlo) il web era (ed è) tutt'altro che libero, per via dell'emersione e consolidamento di quei poteri prima economici e poi "politici" il cui processo di evoluzione si è cercato di descrivere in precedenza.

Alla luce di tali premesse, non è un caso che il codice di condotta del 2018 contro la disinformazione, che pure rappresentava un unicum a livello mondiale quale modello di impegno volontario di self-regulation, da parte del potere digitale privato, ad adottare tutta una serie di misure che contenessero il fenomeno, è stato deludente quanto a vaghezza degli obblighi assunti da parte delle stesse piattaforme e l'assenza quasi completa di criteri per la verificabilità e la misurabilità degli impegni.

Si è quindi deciso, in sostanza, a partire dall'autunno dello scorso anno, di riscrivere, sotto coordinamento di chi scrive alla luce delle linee guida della Commissione che erano nel frattempo state adottate<sup>26</sup>, un nuovo Codice di condotta che potesse colmare le lacune del precedente ed essere uno strumento assai più efficace per contrastare un fenomeno che, intanto, era diventato di una gravità assoluta per gli effetti di inquinamento e di polarizzazione del discorso pubblico, che sempre più caratterizza le digital agorà ospitate dalle grandi piattaforme. Rispetto al 2018 si avevano almeno quattro elementi aggiuntivi che non potevano cambiare in meglio quanto elaborato con il primo Codice di condotta. In primo luogo, la varietà e diversità di provenienza dei firmatari che non sono, più, come nel 2018, soltanto i grandi giganti del web ma anche esponenti della società civile e comunità dei fact-checkers; in secondo luogo, la consapevolezza che bisognava trovare, dopo il fallimento dell'importazione statunitense del concetto di libero mercato delle idee, una risposta prettamente europea conforme all'assetto valoriale del vecchio continente; in terzo luogo, le linee guida della Commissione che fissavano la linea rossa al sotto alla quale, in termine di protezione dei diritti, non si doveva andare; in quarto luogo, e specialmente, la prossima entrata in vigore del *Digital Service Act* che farà dei codici di condotta, compreso quello appena presentato

<sup>26</sup> *Guidance on Strengthening the code of practice on disinformation*, adottate dalla Commissione il 26-4-2021 e consultabili qui <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-strengthening-code-practice-disinformation>.

sulla disinformazione, strumenti privilegiati di co-regolamentazione. Il che, in soldoni vuol dire che in caso di inadempimento da parte dei firmatari degli impegni assunti, ci saranno delle sanzioni dalla parte delle istituzioni europee. Questo *cocktail* esplosivo ha fatto sì che ci fosse un clima costruttivo all'interno delle numerosissime sessioni di drafting tra i vari firmatari, che le piattaforme si siano aperte a molti dei suggerimenti provenienti dalla società civile e che si arrivasse ad un codice che ha sicuramente dei punti di forza rispetto a quello precedente. A volere riassumere, quelli che sembrano più rilevanti sono i seguenti. In primo luogo, innalzare il livello di sicurezza, innanzitutto con riguardo agli spazi, sempre più, di fatto, digital agorà, ospitati dai giganti del web, contro tecniche, procedure e strategie di disinformazione. In secondo luogo, rafforzare la posizione degli utenti, attraverso nuovi strumenti che siano in grado sia identificare con più facilità informazioni false, sia di mitigare il rischio di un inquinamento del dibattito. In terzo luogo garantire un accesso ai ricercatori, ovviamente in conformità a quanto previsto dal GDPR, ai dati necessari per poter condurre una ricerca anche empiricamente valida sui processi di disinformazione; in quarto luogo prevedere impegni, misure e criteri di misurazione per una effettiva “demonetizzazione” dei propagatori della disinformazione, vale a dire fare il possibile per evitare che i professionisti delle fake news possano avere un serbatoio economico a cui attingere, specialmente riguardo, ovviamente, ai proventi pubblicitari; in quinto luogo, garantire un dialogo costante tra piattaforme e fact-checkers che hanno diritto ad una remunerazione equa. Infine, una attenzione particolare a identificare subito quel tipo di pubblicità in rete che non ha solo fini commerciali, ma anche, in senso lato, politici. È stato il primo paese europeo – viste le elezioni del 25 settembre 2022 – a cui si sarebbero potute applicare almeno in teoria, le disposizioni, assai innovative, in tema di *political advertising*, presenti nel Codice. È vero che quest'ultimo concede ai firmatari un periodo di sei mesi per implementare le misure che si sono impegnati a realizzare, ma vista la codificazione (mai avvenuta prima) di tali impegni, che, anche se non formalmente vincolanti, giocano sicuramente un ruolo di *moral suasion* piuttosto significativo, sarebbe stato forse il caso di aprire un Osservatorio che potesse (melius: avrebbe potuto) assicurare un monitoraggio rigoroso e continuativo sul rispetto di tali disposizioni. Ne va della

democrazia, che oggi passa (anche) da una seria lotta alla disinformazione, specie quella che, come è accaduto molte volte, in altri ordinamenti anche dalle forti tradizioni liberali, ha influito sull'esito del momento fondativo di ciascuna democrazia: quello elettorale.

C'è, in conclusione, anche alla luce del meccanismo di co-regolamentazione prima descritto, un potenziale davvero innovativo in questo nuovo codice che potrebbe fornire una risposta finalmente adeguata, a livello europeo ed in conformità, questa volta, alle radici costituzionali del vecchio continente al fenomeno della disinformazione, nella consapevolezza che *verità* e potere siano strettamente connessi<sup>27</sup>. A patto però, si cominci a lavorare per rendere effettivi gli impegni presi. Non è una coincidenza che lo stesso codice preveda la creazione di un centro indipendente di valutazione e di monitoraggio della trasparenza e serietà delle azioni intraprese. Si tratta in ogni caso del primo meccanismo, a livello globale, di co-regolamentazione del fenomeno della disinformazione sulla base di un codice di condotta che impegna tutte le principali parti in causa. Questa è già una buona notizia. La lezione che emerge dall'analisi che precede è, ancora una volta, è la delicatezza del linguaggio metaforico, e del processo di migrazione delle metafore nel tentativo di importarle in un contesto valoriale assai diverso dall'humus giuridico e culturale in cui sono nate e fiorite. Il caso appena descritto della importazione (e rigetto) in Europa di una delle più fortunate metafore del costituzionalismo statunitense è emblematico.

<sup>27</sup> J. COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford University Press, 2019.

# GLI ALGORITMI TRA TRASPARENZA E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

CARLO COLAPIETRO

SOMMARIO: 1. L'impiego degli algoritmi nell'attività dello Stato: un breve stato dell'arte. – 2. Gli inscindibili legami tra trasparenza algoritmica e il GDPR. – 3. La necessità di bilanciare la trasparenza algoritmica con altri diritti e interessi. – 4. Trasparenza degli algoritmi e protezione dei dati personali: una convivenza possibile. – 5. Le innovazioni previste nella proposta di *Artificial Intelligence Act*. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. *L'impiego degli algoritmi nell'attività dello Stato: un breve stato dell'arte*

L'automazione di una grande quantità di attività, un tempo svolte esclusivamente dall'uomo ed oggi demandate, invece, ai sistemi “intelligenti” fa sorgere la necessità di indagare il rapporto esistente tra uomo e macchine, sia al fine di comprenderne l'attuale impatto sulle decisioni – anche nel settore pubblico – che ne derivano, sia al fine di analizzarne i futuri sviluppi ed imprimere la direzione da perseguire<sup>1</sup>.

L'acquisto di una sempre maggiore “autonomia”<sup>2</sup> da parte delle

<sup>1</sup> Sul tema è stato determinante il contributo scientifico di Stefano Rodotà, il quale, tra i primi, comprese la necessità di indagare sul rapporto uomo-macchina, con il fine di vedere sempre garantiti i diritti ad esso costituzionalmente riconosciuti: cfr. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino, 1973; ed ancora S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, II edizione, a cura di G. ALPA, M. R. MARELLA, G. MARINI, G. RESTA, Il Mulino, Bologna, 2021.

<sup>2</sup> La *Carta della Robotica*, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, definisce l'autonomia di un robot «come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui in-

macchine<sup>3</sup> pone molteplici questioni di ordine ontologico e morale. Di rilievo nel novero dei profili problematici prospettati è, appunto, quello riguardante la direzione da imprimere alle ricerche e all'implementazione delle macchine stesse, nello specifico, se rivolgersi verso una concezione tecnocentrica oppure antropocentrica<sup>4</sup>.

In altri termini, occorre decidere se privilegiare l'efficientismo delle tecnologie al fine di una migliore resa in termini economici e sociali, ovvero porre l'uomo al centro del sistema che si va delineando nell'età dell'informazione e delle macchine, proteggendone i diritti fondamentali.

Va da sé, che ciò implica il rispetto di principi giuridici esistenti nel nostro ordinamento, quali l'accessibilità, la trasparenza, l'affidabilità, la non discriminazione, ma anche – e soprattutto – la dignità delle persone, come singoli e nelle collettività, la riservatezza, l'identità, la coesione sociale e il pluralismo.

Pertanto, proprio in quest'ottica, sembra opportuno chiedersi quali attività possano essere demandate ad una macchina – ed al ragionamento algoritmico sotteso al suo funzionamento<sup>5</sup> – e quali no. Ciò non è un elemento indifferente per il diritto, dal momento che da una sempre maggiore automazione delle attività – dalle più comuni alle più complesse e sensibili – derivano, infatti, problemi giuridici assai rile-

combe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati».

<sup>3</sup> Per macchine si fa riferimento sia a realtà fisiche che a realtà non fisiche, differenziandosi rispettivamente tra *robot* e *bot*, così come sottolineato da M. C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DI MININ, G. MONTEMAGNI, *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2019, p. 245.

<sup>4</sup> Sul tema dello sviluppo tecnologico antropocentrico o tecnocentrico si veda, con particolare favore per l'approccio antropocentrico, L. VIOLANTE, A. PAJNO, *Diritto e etica dell'Intelligenza Artificiale. Presentazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2019.

<sup>5</sup> Così come sottolineato da G. TAMBURRINI, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di filosofia*, n. 2/2017, il quale ricorda come «l'interesse filosofico per i sistemi autonomi è in buona misura alimentato da una questione etica: in quali circostanze sia moralmente permesso o proibito far svolgere autonomamente a una macchina qualcosa che ha implicazioni significative sul piano delle responsabilità, dei doveri morali e dei diritti fondamentali delle persone».

vanti<sup>6</sup>, i quali si sospingono finanche alla possibilità di ricondurre alle macchine una qualche forma di soggettività giuridica<sup>7</sup> e, soprattutto, all'eventuale attribuzione di responsabilità in caso di illeciti.

Per esempio, nel caso si verificasse un incidente in cui fossero coinvolte auto a guida autonoma, ancora non è chiaro come garantire il risarcimento del danneggiato, anche se sono state nel tempo prospettate molteplici ipotesi: dall'applicazione del regime di responsabilità del produttore (*ex art. 114 c. cons.*), all'esercizio di attività pericolose (*ex art. 2050 c.c.*); dalla responsabilità per la custodia di animali (*ex art. 2052 c.c.*), alla responsabilità *in vigilando* e *in educando* di genitori e maestri d'arte (*ex art. 2048 c.c.*)<sup>8</sup>, così come l'applicazione delle altre norme in tema di responsabilità oggettiva o indiretta previste dal Codice Civile.

Tuttavia, le tesi prospettate non sempre garantiscono di raggiungere una soluzione, poiché non vi è una legislazione specifica al riguardo e le norme richiamate concernono atti su cui l'uomo è chiamato a mantenere un controllo. Questo non sempre è possibile nel caso dell'Intelligenza Artificiale, data la capacità dell'algoritmo di migliorarsi e modificarsi, sino, in casi estremi, di collocare la macchina al di fuori delle possibilità di controllo umano.

Come per l'intero settore delle nuove tecnologie, tentativi di rispo-

<sup>6</sup> Per ripercorrere i passaggi che hanno caratterizzato il dibattito relativo all'Intelligenza Artificiale si veda G. DE MICHELIS, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, in *Sistemi intelligenti*, n. 3/2017, pp. 562 ss.

<sup>7</sup> Sul punto A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, pp. 91 ss.

<sup>8</sup> In tema si vedano M. RATTI, *Responsabilità e riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contr. e imp.*, n. 3/2020, pp. 1174 ss.; P.G. CHIARA, *Sistemi intelligenti autonomi e responsabilità civile: stato dell'arte e prospettive nell'esperienza comunitaria*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, n. 1/2020, pp. 105 ss.; A. LA TORRE, *I robot fra responsabilità e assicurazione*, in *Assicurazioni*, n. 3/2019, pp. 323 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2019, pp. 1675 ss.; U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning: dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una "responsabilità da algoritmo"?*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1 ss.

sta regolatoria provengono, invece, dal legislatore europeo<sup>9</sup>. Si fa riferimento alla “*Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di Intelligenza Artificiale*”<sup>10</sup>, ma ancora più rilevante per l’interesse rispetto al tema della trattazione risulta essere la recentissima proposta di “*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’Intelligenza Artificiale*”<sup>11</sup>. Nel prevedere un’armonizzazione delle norme nazionali in tema di responsabilità civile, il legislatore intende facilitare le domande risarcitorie a fronte della complessità ed opacità dei sistemi algoritmici, anche istituendo (all’art. 3 della proposta) il diritto del danneggiato di chiedere all’autorità giudiziaria, prima di incardinare il giudizio, un provvedimento che ordini ai soggetti coinvolti nel funzionamento del sistema di IA la divulgazione degli elementi di prova pertinenti alla futura domanda risarcitoria e riguardanti, quindi, anche le informazioni relative al funzionamento del sistema di IA. Pur essendo l’ordine limitato ai soli elementi necessari e proporzionati a sostenere la domanda risarcitoria, nonché corredato da misure tecniche volte a tutelare la riservatezza delle informazioni coinvolte, l’istituto sembra latamente riconducibile al principio di trasparenza di cui si darà conto nel prosieguo di questo lavoro.

Sembra, dunque, che occorra poter indagare sul funzionamento

<sup>9</sup> Quanto all’attività legislativa fino ad ora svolta in sede europea per la regolamentazione della responsabilità per danno derivante dall’IA, si veda D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell’Artificial Intelligence Act dell’Unione europea*, in *Riv. it. inf. e dir.*, n. 2/2022.

<sup>10</sup> La proposta è stata allegata alla *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l’Intelligenza Artificiale (2020/2014(INL))*: il testo, che non ha avuto attualmente ancora seguito, predispone un doppio regime di responsabilità incentrato sulla sola figura dell’operato dei sistemi di IA, riconosciuto quale centro di imputazione facilmente individuabile, il quale risponderrebbe secondo un regime di responsabilità oggettiva nel caso di danni derivanti da sistemi ad “alto rischio” e secondo un regime di imputazione per colpa negli altri casi.

<sup>11</sup> *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’Intelligenza Artificiale (direttiva sulla responsabilità da Intelligenza Artificiale)*, del 28 settembre 2022, COM (2022) 496 final.



dell'algoritmo, quale parte dell'intero sistema di Intelligenza Artificiale, per verificare se quanto eseguito da una macchina sia attribuibile allo sviluppatore, al programmatore, al produttore, all'utente, finanche, qualora fosse riconosciuta soggettività e capacità giuridica<sup>12</sup>, alla macchina stessa nel caso avesse agito superando il linguaggio di programmazione originale<sup>13</sup>.

Di fatto, ragionare sulla possibilità di "scrutare" all'interno dell'algoritmo per capirne il funzionamento e quindi comprendere le decisioni adottate dalla macchina (e le correlate responsabilità) significa necessariamente prospettare la necessità di giungere ad un contemperamento dei diritti costituzionalmente garantiti<sup>14</sup> che vengono in rilievo.

<sup>12</sup> Sul punto, diffusamente, A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, cit. Esprimono una posizione positiva G. TADDEI ELMI, *I diritti dell'Intelligenza Artificiale tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il Meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 685-710 e G. SARTOR, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/2003, pp. 23 ss.; ID., *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contr. impr.*, vol. 18, n. 2/2002, pp. 465 ss.; G. TADDEI ELMI, S. MARCHIAFAVA, A. UNFER, *Responsabilità civile e personalità giuridica della Intelligenza Artificiale*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, n. 2/2021, pp. 100 ss. In merito al riconoscimento della soggettività giuridica finalizzata alla risoluzione dei problemi di responsabilità civile, cfr. M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e Intelligenza Artificiale*, in *Juscivile*, n. 1/2021, pp. 18 ss. e G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e responsabilità*, in *Contr. e impr.*, n. 2/2020, p. 730.

<sup>13</sup> Non manca chi autorevolmente sostiene la superiorità dell'AI rispetto all'uomo, dovuta al "rumore di fondo" che inficerebbe l'intelletto umano causato dai sentimenti, i condizionamenti esterni, il proprio vissuto. Talché si è arrivati paradossalmente anche a sostenere come sarebbe preferibile escludere l'uomo da determinate decisioni preferendo le macchine, in quanto esuli da tali condizionamenti. Si veda al riguardo quanto esposto da Daniel Kahneman (psicologo premio Nobel per l'economia nel 2002) al World Business Forum di New York nel novembre 2018, riportato da *La Stampa* del 16 novembre e richiamato da C. CASONATO, *Costituzione e Intelligenza Artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, volume speciale, n. 2/2019, p. 21. La teoria del "rumore di fondo" è oggi descritta anche in D. KAHNEMAN, O. SIBONY, C. R. SUNSTEIN, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown & Company, 2021.

<sup>14</sup> C. CASONATO, *Intelligenza Artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, 2019, pp. 101-130.

Se da una parte, infatti, la possibilità di conoscere il modo in cui l'algoritmo "pensa"<sup>15</sup> potrebbe garantire il diritto di una persona ad essere assoggettato a decisioni incidenti sulla sua sfera giuridica adeguatamente motivate e conformi alla legge, dall'altra ciò comporta, ad esempio, la necessità di conoscere informazioni, quali appunto i codici di programmazione, che potrebbero essere oggetto di diritti altrui e tutelati quali opere dell'ingegno.

Infine, la necessità di garantire una tutela giuridica relativa al funzionamento degli algoritmi incontra forti punti di intersezione con la tutela dei dati personali (ma anche non personali), i quali, come sappiamo, garantiscono il funzionamento dell'algoritmo. Esso, infatti, si basa sull'analisi di dati e, nei sistemi di *machine learning*<sup>16</sup>, sul continuo

<sup>15</sup> Interessante spunto sul tema è il noto "test di Turing". Il *test* è stato efficacemente spiegato dallo stesso Turing in un dibattito radiofonico trasmesso il 10 gennaio 1952 dal Terzo Programma della BBC. «Mi piacerebbe suggerire un tipo particolare di *test* che si potrebbe applicare ad una macchina. Potreste chiamarlo un *test* per vedere se la macchina pensa, ma sarebbe meglio evitare di dare per dimostrata, con questo modo di esprimersi, la questione e dire che le macchine che lo superano sono (poniamo) macchine da "dieci". L'idea del *test* è che la macchina deve provare a fingere di essere un uomo, rispondendo alle domande che le vengono poste, e lo supera solo se la simulazione è ragionevolmente convincente. Dev'essere ingannata dalla finzione una parte consistente della commissione, che non dovrebbe essere pratica di macchine. Non è consentito vedere la macchina – sarebbe troppo facile. Pertanto, la macchina viene tenuta in una stanza distante e si permette alla commissione di farle domande che le sono comunicate: la macchina invia a sua volta una risposta dattiloscritta». Cfr. anche A. M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind, New Series*, n. 236/1950.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, in *The Georgetown law journal*, 105/2017, pp. 1176 ss.; J. BURREL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & society*, 3/2021; P. LANGLEY, *The Changing Science of Machine Learning*, in *Mach Learn*, 82, 2011, pp. 275 ss.; ID, *Elements of machine learning*, Morgan Kaufmann, San Francisco, 1996; K.HAO, *What is machine learning? Machine-learning algorithms find and apply patterns in data. And they pretty much run the world*, in *MIT technology review*, 2018, consultabile al link <https://www.technologyreview.com/2018/11/17/103781/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/>. Per una analisi dal punto di vista tecnico del fenomeno si vedano: G. D'ACQUISTO, *Machine learning*, in G. D'ACQUISTO (a cura di), *Intelligenza Artificiale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 125 ss.; G. BARONE, *Machine learning e Intelligenza Artificiale. Metodologie per lo sviluppo di sistemi automatici*, Dario Flaccovio Editore, Palermo, 2021.

apprendimento garantito da un flusso continuo di informazioni incrementate da altrettante nuove informazioni.

Del resto, dal punto di vista del diritto costituzionale, l'interrelazione uomo-macchina è oggi sempre più interessante, nonostante essa sia talmente complessa, da rendere, in taluni casi, arduo comprendere ove finisca la condotta di natura umana e dove cominci quella riconducibile alla macchina stessa. Se può risultare più semplice comprendere quando sia l'uomo stesso a delegare a sistemi tecnologici l'esecuzione di una determinata attività, quale ad esempio l'assunzione di una decisione, diversamente accade quando una azione (o una decisione), apparentemente umana, derivi in realtà da informazioni fornite da sistemi tecnologici automatizzati<sup>17</sup>. In questo caso, dunque, l'apporto "non umano" è ancor più ingerente, in quanto derivante da un'attività della macchina stessa, in grado anche di distorcere la volontà umana e di limitarne, in un certo senso, la libertà.

E, d'altra parte, non si possono neanche ignorare le possibili ricadute in termini politici dell'impiego degli algoritmi e degli eventuali effetti discriminatori o, in ogni caso, lesivi di diritti ed interessi legittimi dei singoli che possono scaturirne. In tal senso, non si può non citare il caso delle dimissioni del governo dei Paesi Bassi per via delle conseguenze perniciose provocate dall'algoritmo SyRI (*Systeem Risico Indicatie*), che ha erroneamente etichettato come "truffatrici delle autorità fiscali" migliaia di persone, nell'ambito del "project 1043", volto a contrastare condotte fiscalmente illecite mediante meccanismi di profilazione<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sul punto si veda A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: Intelligenza Artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, pp. 69-71.

<sup>18</sup> Il caso riportato risulta essere, almeno alla cronaca, il primo caso conosciuto in cui l'errato funzionamento di un sistema algoritmico ha determinato la caduta di un governo (Prime Minister Rutte tenders resignation of the government | News item | Government.nl). Ripercorrendo i fatti, a determinare le dimissioni del governo olandese è stato lo scandalo derivante dalle ammissioni, da parte dell'esecutivo, degli errori che l'uso del sistema algoritmico SyRI aveva determinato nell'escludere dal beneficio dei sussidi sociali ben 20 mila famiglie che, invece, ne avrebbero avuto diritto. Causa di esclusione era stata, in particolare, l'analisi delle dichiarazioni dei redditi dei cittadini da parte del sistema, il quale, mediante un procedimento decisorio opaco, ne ave-

Peraltro, il tema dell'impiego di *software* e algoritmi nell'ambito di fondamentali attività dello Stato è già stato oggetto di ampie discussioni nella dottrina italiana, stimulate da casi giudiziari ormai "di scuola". Tra le varie vicende che hanno avuto ad oggetto gli algoritmi impiegati dalle amministrazioni pubbliche, le quali hanno interessato Uffici giudiziari e Autorità amministrative indipendenti<sup>19</sup>, ve ne sono due, in particolare, che hanno sollevato un certo clamore, una svoltasi negli Stati Uniti e l'altra in Italia:

- il caso "Loomis vs. Wisconsin", relativo al sistema Compas<sup>20</sup>;

va qualificati molti come "sospettati di frode". Dal caso ne era derivato anche il ricorso al Tribunale distrettuale dell'Aia, il quale, pur considerando positivamente l'utilizzo di sistemi intelligenti da parte delle istituzioni pubbliche, ha qualificato il sistema SyRi come troppo invasivo, in violazione dell'art. 8 CEDU e dei principi cardine della *data protection* previsti dal GDPR.

<sup>19</sup> Si veda quanto affermato da parte del Garante della privacy italiano nel *Parere sullo schema di decreto attuativo dell'art. 1, comma 683, della legge 27 dicembre 2019, n. 160*, 22 dicembre 2021, [doc. web n. 9738520] e nel *Parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottare, su proposta del Ministro della salute e del Ministro dell'economia e delle finanze previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sull'Anagrafe nazionale degli assistiti (ANA)*, 24 febbraio 2022, [doc. web n. 9751939]. In particolare, nel primo dei due pareri, l'Autorità ha ricordato la necessità di garantire la trasparenza ed ha sottolineato le misure da adottare nell'utilizzo di un sistema IA, quali: «la registrazione del grado di coinvolgimento umano nel processo decisionale; la comprensione, da parte degli operatori alle quali è affidato l'intervento umano, delle capacità e dei limiti del processo decisionale automatizzato, monitorandone debitamente il funzionamento, in modo che i segnali di anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese possano essere individuati e affrontati quanto prima; la consapevolezza degli operatori della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'*output* prodotto da un processo decisionale automatizzato utilizzato per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche; la corretta interpretazione dell'*output* del processo decisionale automatizzato, tenendo conto in particolare delle caratteristiche del sistema e degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili; la possibilità per gli operatori di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il processo decisionale automatizzato o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'*output* dello stesso».

<sup>20</sup> Al riguardo si rimanda ai contributi scientifici di: M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, pp. 872 ss.; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'Intelligenza Artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, pp. 87 ss.; F. DONATI, *Intelligenza Artifi-*

- il caso “Buona Scuola”, legato alle procedure di mobilità degli insegnanti *ex* legge n. 107/2015<sup>21</sup>.

*ciale e giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, pp. 422 ss.; L. M. GARAY, *Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State v Loomis*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20/2018, pp. 485 ss.

La fattispecie vedeva un cittadino americano, Eric Loomis, che nel febbraio 2013 fu arrestato per non essersi fermato allo stop di un poliziotto, il quale gli contestò di trovarsi alla guida di un autoveicolo senza il consenso del proprietario. Per aver commesso tale illecito Loomis fu condannato a sei anni di prigione e cinque di libertà vigilata, in quanto le autorità, mediante l'uso del software “Compas”, decretarono che l'imputato fosse un soggetto altamente pericoloso. Loomis, dunque, ricevette una pena ben più grave di quella prevista per l'illecito commesso, a causa della decisione che “Compas”, sulla base di un algoritmo segreto, aveva prodotto analizzando i dati a disposizione. A nulla valse la difesa del condannato, il quale chiese di avere accesso ai codici del *software* per comprendere la decisione e le sue motivazioni. Sia la Corte d'Appello che la Corte Suprema, infatti, respinsero le richieste del condannato, antepponendo la necessità di tutela della proprietà intellettuale del *software* (e dell'algoritmo), ed affermando che nessuna violazione del diritto al “giusto processo” fosse avvenuta.

<sup>21</sup> Per l'attribuzione delle sedi degli insegnanti, di prima assegnazione o in mobilità, il Ministero della Pubblica Istruzione, al fine di dare seguito all'enorme quantità di richieste, decise di utilizzare un *software*, di proprietà privata, che avrebbe attribuito le sedi in base sia alla normativa in vigore sia alle particolari richieste degli insegnanti. Il risultato tradì le attese iniziali, comportando assegnazioni molto lontane dalle richieste degli insegnanti, in molti casi venendo largamente meno al requisito del luogo di residenza. Un gran numero di insegnanti, dunque, mediante un sindacato, decise di chiedere l'accesso *ex* art. 22 della l. n. 241/1990, al fine di conoscere le motivazioni (ossia l'algoritmo) sottostanti le decisioni. Il Ministero, tuttavia, negò l'accesso, sostenendo che l'algoritmo non potesse essere considerato un documento amministrativo né un atto amministrativo informatico; inoltre, il *software* utilizzato soggiaceva alla tutela prevista per le opere dell'ingegno. A seguito del diniego da parte del Ministero, gli istanti sono ricorsi al TAR del Lazio (TAR Lazio, Sez. III-*bis*, n. 3769 del 2017), il quale, invece, ha ribaltato la decisione del Ministero, affermando che l'algoritmo, informatizzando il procedimento amministrativo, consente il diritto di accesso *ex* l. n. 241/1990, il quale non può essere escluso ai fini di tutela delle opere dell'ingegno, non essendo questa fattispecie prevista dall'art. 24, l. n. 241/1990 in tema di esclusione del diritto di accesso. Per approfondimenti sulla vicenda si vedano A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2019, pp. 1149 ss.; D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019; M. CAVALLARO, G. SMOR-

Ebbene, il tema della trasparenza dell'algoritmo si impone con forza sia rispetto alle decisioni giudiziarie<sup>22</sup>, sia rispetto a quelle amministrative, stante da una parte l'obbligo di motivazione di e, dall'altra, il diritto di impugnarle e difendersi per i soggetti destinatari. Ciò, infatti, è possibile solo se si conosce la *ratio decidendi* sottesa al provvedimento<sup>23</sup>, così come avviene rispetto ai provvedimenti di matrice umana.

Si ricordi in questa sede che rispetto al caso "Loomis" – il quale aveva posto la questione della possibilità di conoscere l'algoritmo in base al quale era stata presa la decisione giudiziaria – la Corte Suprema del Wisconsin aveva respinto le difese dell'imputato, sostenendo sì che l'algoritmo fosse protetto dal diritto di proprietà intellettuale, ma che, in realtà, conoscerlo non fosse necessario qualora la decisione giudiziaria non fosse basata esclusivamente (principio di c.d. esclusività) sulla decisione algoritmica, ma fosse, invece, ricondotta al filtro costituito dall'intervento umano.

Diversa, invece, la fattispecie italiana, che ha visto l'assegnazione delle sedi di competenza agli insegnanti mediante un *software* impiegato da parte del Ministero dell'Istruzione, in applicazione della legge n. 107/2015. Dalla conseguente *querelle*, la giustizia amministrativa<sup>24</sup> ha

TO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, pp. 10-11; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2019; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, Intelligenza Artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, n. 7/2021; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020.

<sup>22</sup> Per approfondimenti si veda F. DONATI, *Intelligenza Artificiale e giustizia*, cit. Si pensi allo strumento chiamato "MoCAM" adottato nel 2007 dal Tribunale di Firenze per il calcolo dell'assegno di mantenimento e attualmente oggetto di un profondo aggiornamento. Questo strumento, per quanto attualmente obsoleto, è in grado di calcolare, grazie ad uno specifico algoritmo, l'assegno di mantenimento spettante al beneficiario, sulla base di molteplici variabili, quali la normativa vigente e il tenore di vita.

<sup>23</sup> Ampiamente sul tema vedi A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, Napoli, 2018.

<sup>24</sup> Si veda anche TAR Lazio, Sez. III-bis n. 9224-9230 del 2018, il quale è tornato con maggiore forza sulla questione, affermando che «gli istituti di partecipazione di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri, non

avuto modo di evidenziare la prevalenza degli istituti dell'accesso e della trasparenza algoritmica<sup>25</sup>.

Occorre notare come tale requisito corrisponda, in realtà, a garanzie costituzionali già esistenti, quali la necessaria motivazione, sia del provvedimento giudiziario (*ex art. 111 Cost.*) sia del provvedimento amministrativo (*ex art. 3, legge n. 241/1990*), al fine di consentire un controllo effettivo sull'esercizio della funzione giudiziaria e amministrativa. Inoltre, la trasparenza dell'algoritmo mira a verificare la titolarità della decisione, non solo al fine di approntare, se necessario, adeguata difesa, ma, anche e preliminarmente, per avanzare richieste di chiarimenti e, in ogni caso, garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo.

In quest'ultimo ambito, garantire la trasparenza dell'algoritmo, dunque, vuol dire dare all'interessato la possibilità di indagare sui motivi che hanno portato alla decisione, rompendo quelle mura che danno forma al fenomeno della c.d. "black-box"<sup>26</sup> (l'inspiegabilità di taluni meccanismi di decisione prese dalle macchine) e che, in quanto tale, configura una decisione come l'esito di un procedimento segreto che ripropone lo *status quo ante* all'introduzione di innovazioni legislative, quali il diritto di accesso, il responsabile del procedimento, gli uffici di relazione con il pubblico, la comunicazione dell'avvio del procedimento e del provvedimento amministrativo, il preavviso di rigetto.

possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche».

<sup>25</sup> Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018>, 2018.

<sup>26</sup> Al riguardo cfr. E. FALLETTI, *La formazione delle black box: garanzie della privacy e tutela antidiscriminatoria*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI, ANTONIO P. MIRAS, E. C. RAFFIOTTA, S. ROMBOLI, G. M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Europa, società aperta. Problemi attuali e prospettive future*, ESI, Napoli, 2022, pp. 507 ss.; G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 16/2021, pp. 114 ss.; F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard Univ. Pr., Cambridge, 2015.

## 2. *Gli inscindibili legami tra trasparenza algoritmica e il GDPR*

Vale la pena ricordare che, al di là della disciplina della trasparenza amministrativa, a dare una qualche forma corporea al principio di trasparenza algoritmica contribuisce anche la normativa europea in materia di protezione dei dati personali, così come ricordato in parte anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa italiana. Dato l'inscindibile legame esistente tra i sistemi algoritmici e i dati, il GDPR è attualmente l'aggancio normativo più esplicito nel quale è possibile rintracciare l'origine dell'istituto della trasparenza algoritmica e sulle cui declinazioni si avrà modo di approfondire<sup>27</sup>.

È anzitutto l'obbligo informativo sotteso a qualsiasi trattamento di dati personali – più volte evidenziato nel corpo normativo del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) – ad imporre che il soggetto interessato sia informato di essere oggetto di un trattamento di dati personali automatizzato, in questo caso effettuato mediante lo strumento dell'algoritmo. Gli artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. g) del GDPR, infatti, a seconda se i dati siano o meno acquisiti direttamente dal soggetto interessato, impongono al titolare del trattamento di rendere noto l'esistenza di un trattamento decisionale automatizzato, specificando, inoltre, le «informazioni significative sulla logica utilizzata», nonché la rilevanza delle conseguenze che un simile trattamento può avere nei confronti dei soggetti interessati. Nel dettato normativo riportato negli artt. 13 e 14 GDPR è possibile, pertanto, riscontrare due diversi principi atti a dare un significato concreto alla trasparenza algoritmica: se il «principio di conoscibilità»<sup>28</sup> si propone l'obiettivo di

<sup>27</sup> Sul punto si veda F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018; G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, II Edizione, Wolters Kluwer, Milano, 2022, pp. 279 ss.; F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, cit.; G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 11 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2017.

<sup>28</sup> «Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati



rendere edotto l'interessato, ponendo uno specifico obbligo a carico del titolare del trattamento, circa la sussistenza di un trattamento decisionale automatizzato cui i propri dati sono oggetto, il "principio di comprensibilità" si propone di dare effettività alla conoscibilità, comportando la necessità di illustrare all'interessato la logica di funzionamento dell'algoritmo sottostante la decisione<sup>29</sup>. La comprensibilità della logica algoritmica, è evidente, potrà essere garantita fintanto che il procedimento logico avanzato dalla macchina sia quanto più simile ai procedimenti logici tipicamente umani, divenendo, invece, sempre più complessa, se non impossibile, nel caso in cui i procedimenti logici algoritmici e quelli umani siano diversi tra loro.

Fondamentale è poi il ruolo rivestito dall'art. 15 GDPR, che, insieme all'art. 13 e 14, fa parte di quella che viene definita come la "Magna Charta" del diritto dell'interessato di essere informato<sup>30</sup> e che,

selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, 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, sia per i cittadini che per il giudice» (Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270).

<sup>29</sup> In dottrina si riscontra un ampio dibattito sull'esistenza di un vero e proprio *right of explanation* presente nel GDPR, che si basi su un concetto di *explanation* per molti profili vicino a quello di "conoscibilità" in termini di "comprensibilità" sancito dal Consiglio di Stato nella sent. n. 8472/2019, in relazione al quale si rinvia, tra i tanti, a G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, cit., p. 285. Cfr. da una parte la posizione di S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 76 ss., a cui si rimanda per una più ampia ricostruzione dell'oggetto e dei profili rilevanza del concetto di *explanation*; dall'altra parte, v'è chi sostiene l'esistenza del diritto come G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation in International Data Privacy Law*, 2017, pp. 224 ss; ma anche A.D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, pp. 233 ss.

<sup>30</sup> Così F. SCHMIDT-WUDY, *DSGVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Per-*

prevedendo il “diritto di accesso” dell’interessato, consente al destinatario di una decisione algoritmica di conoscere non solo quali siano i dati implicati nel trattamento, ma anche l’esistenza di un procedimento decisionale automatizzato cui i propri dati sono sottoposti. Al riguardo, si noti come l’ambito di applicazione dell’art. 15 rispetto a quello degli artt. 13 e 14 sia differente: mentre questi ultimi si riferiscono ad un momento antecedente all’inizio del trattamento, e quindi giustificano la richiesta di informazioni relative esclusivamente ai dati e ai processi in quel momento in atto, l’art. 15 fa riferimento ad una fase successiva a quella dell’inizio del trattamento, legittimando quindi la richiesta di informazioni ulteriori, le quali non potranno essere le medesime previste dagli artt. 13 e 14, ma che invece potranno coincidere, ad esempio, con informazioni relative ai nuovi dati generati dall’algoritmo, nonché informazioni relative al funzionamento, nel momento della richiesta, dell’algoritmo stesso, limitate a «quanto necessario sul piano giuridico per tutelare la persona in un processo di eterodeterminazione tecnologica della sua identità»<sup>31</sup>.

Dunque, diviene opportuno chiedersi in che misura sia possibile basare una decisione su un procedimento algoritmico. In proposito, il legislatore europeo sembra chiaro, prevedendo quello che viene generalmente definito come “principio di non esclusività”, in virtù del quale, qualora una decisione automatizzata produca effetti giuridicamente rilevanti su una persona, questa ha diritto a che la decisione non sia il mero prodotto di un calcolo matematico, quale quello algoritmico, e sia, invece, il risultato dell’intervento umano. L’art. 22 GDPR<sup>32</sup> prende

*son*, in H. A. WOLFF, S. BRINK (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2016, Commentario *online*. Sul punto sia consentito rimandare anche a C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in *Osservatoriosullefonti.it*. n. 2/2021, p. 837.

<sup>31</sup> R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l’Intelligenza Artificiale. Potere decisionale dell’apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/2019, p. 885, la quale ricostruisce il dibattito relativo all’origine dell’istituto della trasparenza algoritmica, differenziando la portata degli artt. 13, 14 e 15 del GDPR.

<sup>32</sup> Cfr. F. LAGIOIA, G. SARTOR, A. SIMONCINI, *Commento art. 22*, in D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della Privacy e data protection*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 378 ss.; R. BIFULCO, *Intelligenza Artificiale, Internet e*

una posizione precisa sul dibattito relativo alla prevalenza dell'uomo sulla macchina o viceversa: colui che interviene a validare la decisione artificiale, quale persona umana, può indagare sulle ragioni della decisione algoritmica e, ancora prima, può conoscere il funzionamento del codice di programmazione. Se così non fosse, infatti, non si vede come l'intervento umano possa essere discrezionale al fine di non rendere la decisione esclusivamente meccanica, finendo, invece, per essere pericolosamente relegato ai margini, quale mera finzione sulla base della quale il legislatore avrebbe creduto di rendere lecite le decisioni algoritmiche<sup>33</sup>.

È pur vero che l'art. 22 prevede anche eccezioni che derogano al principio generale del divieto di decisioni interamente algoritmiche, nei casi in cui ricorrano le basi giuridiche del consenso, del contratto o della norma di legge, quasi finendo per soverchiare il rapporto tra norma generale e norma speciale, atteso l'ampio novero di eccezioni alla regola<sup>34</sup>. Tuttavia, la possibilità di consentire una decisione interamente algoritmica al di là dell'intervento umano e nei casi summen-

*ordine spontaneo*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit. pp. 393 ss; A. CAIA, *Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, cit., pp. 219, ss.; O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 573 ss. V. sul punto anche GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 (WP29), *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adottato il 3 ottobre 2017, revisionato e adottato il 6 febbraio 2018 (WP251rev.01); GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29 (WP29), *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, adottato il 28 novembre 2017, revisionato e adottato il 10 aprile 2018.

<sup>33</sup> Si veda come, al contrario, l'intenzione del legislatore europeo fosse tutt'altra: il considerando 71 del GDPR, infatti, pur se non dotato di efficacia dispositiva ma solo esplicativa, è chiaro nell'enunciare che «l'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito *online* o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani».

<sup>34</sup> Sul punto v. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: Intelligenza Artificiale e il futuro delle libertà*, cit., pp. 80-81.

zionati non significa assoggettare definitivamente l'uomo alla macchina, resistendo pur sempre i diritti e le libertà che all'interessato sono riconosciute, dal diritto alla limitazione<sup>35</sup> del trattamento dei propri dati (nell'ipotesi in cui siano oggetto di trattamento mediante algoritmo), sino a quello più radicale di opposizione<sup>36</sup>.

Seppure non inserito nel dettato dispositivo dell'art. 22 GDPR, si ricordi che il Considerando 71 prevede il diritto dell'interessato ad ottenere la spiegazione della decisione algoritmica (c.d. "principio di spiegabilità"), quale attività che va oltre alla comprensibilità della logica dell'algoritmo, ma che richiede, invece, che la decisione e le sue motivazioni vengano rese razionalmente comprensibili a chiunque, rompendo dunque quel muro di conoscenza tecniche che potrebbe invece rivelarsi un ostacolo all'effettiva spiegazione. Orbene, come si è detto, tale principio non ha alcun valore cogente ma, quale parte di un dettato, quale un Considerando, che ha valore interpretativo, può sicuramente essere impiegato per imporre al titolare del trattamento obblighi ulteriori a quelli che discendono dal "principio di comprensibilità", qualora questo non sia sufficiente a garantire un equilibrio tra l'interesse sotteso all'impiego di un algoritmo e la tutela dell'interessato. Non, quindi, una obbligazione generale in capo al titolare ma, invece, una obbligazione che sorga dopo la valutazione del caso concreto, qualora quindi i principi già posti a tutela dell'interessato non siano sufficienti. È chiaro come, a garanzia della certezza del diritto, e in questo caso del migliore sviluppo delle tecnologie, tale principio dovrebbe auspicabilmente essere positivizzato e reso cogente dal legislatore europeo, il quale è al lavoro da tempo al Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (c.d. AIA) e sul quale forze politiche e rappresentanti del settore IT si stanno vicendevolmente confrontando. Non v'è dubbio come scelte di questa portata siano in grado di influire profondamente sulla tutela della sfera giuridica della persona, vista l'inscindibile interdipendenza tra esseri umani e Intelligenza Artificiale<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Art. 18 GDPR.

<sup>36</sup> Art. 21 GDPR.

<sup>37</sup> Si veda al riguardo l'acuta riflessione di C. CASONATO, *Intelligenza Artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit. p. 129, il quale sottolinea come «vista la forte interdipendenza e complementarità fra ambito dell'AI e ambito dell'intelligenza

Sulla scia di queste considerazioni sembra opportuno ritornare ad analizzare, in maggior dettaglio, le pronunce della giurisprudenza amministrativa nazionale. Il Consiglio di Stato ha avuto modo di approfondire l'esplicarsi del concetto di trasparenza algoritmica, stabilendo precise caratteristiche cui la regola algoritmica deve corrispondere ed elencando, tra le altre, il fatto che la regola algoritmica debba essere formulata permettendo al giudicante di valutare «la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti»<sup>38</sup>, il che sarà possibile solamente avendo egli accesso non solo ai codici dell'algoritmo, ma avendo effettiva contezza del loro funzionamento e del loro significato, come potrebbe avvenire in alcuni casi solo mediante la spiegazione da parte di esperti.

Nel silenzio normativo, rispetto alla spiegabilità dell'algoritmo, è sempre il Consiglio di Stato a prendere posizione all'interno del dibattito, sottolineando come «la “caratterizzazione multidisciplinare” dell'algoritmo [...] 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, sia per i cittadini che per il giudice»<sup>39</sup>.

In una diversa pronuncia<sup>40</sup>, sempre ascrivibile allo stesso filone<sup>41</sup>, i giudici sono tornati sul punto, esplicitando ulteriormente che, per mitigare i rischi derivanti dall'utilizzo degli algoritmi, occorre garantirne la 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».

umana, la disciplina che decideremo di adottare per la prima indicherà, allo stesso tempo, la disciplina che avremo riservato per noi stessi, in una narrazione in cui il ruolo affidato all'AI rifletterà quello riservato per l'umano. Così, se decideremo di delegare integralmente all'Intelligenza Artificiale un determinato ordine di decisioni, avremo allo stesso tempo deciso di spogliarcene».

<sup>38</sup>Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

<sup>39</sup> Cfr ancora la richiamata sentenza del Cons. St., Sez. VI, n. 2270/2019.

<sup>40</sup> Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

<sup>41</sup> Per una analisi approfondita dell'*iter* percorso dalla giurisprudenza amministrativa in tema, si veda F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, cit.

Si è avuto modo sino ad ora di evidenziare come la trasparenza dell'algoritmo possa essere la soluzione per garantire i diritti fondamentali della persona di fronte ad una decisione algoritmica altrimenti incomprensibile<sup>42</sup>; e come un'ulteriore misura per garantire i diritti fondamentali delle persone risieda in quella componente di intervento umano prevista dall'art. 22 del GDPR, in onore al principio dello *human in the loop*. Tale intervento può dirsi risolutivo sia quando il processo decisionale sia interamente automatizzato<sup>43</sup>, sia quando non lo sia, consentendo di ricondurre nell'ambito del legittimo e comprensibile una decisione la cui *ratio* sia sconosciuta. Infatti, la persona umana potrà e dovrà sempre discostarsi dalla decisione algoritmica, modificandola, qualora ritenga che questa sia ingiusta e non conforme ai parametri di legge, richiedendo, quando possibile, sempre l'intervento di una persona umana, quale un tecnico-informatico, per correggere l'algoritmo e consentirne la comprensione. La trasparenza e l'intervento umano, dunque, sono due strumenti che si coadiuvano a vicenda nel raggiungimento del medesimo obiettivo: la tutela dei diritti fondamentali della persona assoggettata ad una decisione algoritmica.

<sup>42</sup> Di diverso avviso A. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano*, in *DPCE online*, n. 1/2020, p. 204, che in alcuni casi parla dell'obiettivo della trasparenza come «soluzione ingenua», vista la difficoltà per gli stessi programmatori di conoscere e spiegare lo *status* dell'algoritmo così come modificatosi. Difatti, sostenendo l'inefficacia dell'istituto della trasparenza dell'algoritmo, propone di innalzare l'«*intervento umano by design*» a principale *standard* internazionale valutativo per assicurare la protezione dei diritti umani di fronte allo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale.

<sup>43</sup> La c.d. «Carta della Robotica» (Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica) prevede espressamente tra i «principi etici» (punto 12) che «dovrebbe sempre essere possibile indicare la logica alla base di ogni decisione presa con l'ausilio dell'Intelligenza Artificiale che possa avere un impatto rilevante sulla vita di una o più persone; ritiene che debba sempre essere possibile ricondurre i calcoli di un sistema di Intelligenza Artificiale a una forma comprensibile per l'uomo; ritiene che i robot avanzati dovrebbero essere dotati di una «scatola nera» che registri i dati su ogni operazione effettuata dalla macchina, compresi i passaggi logici che hanno contribuito alle sue decisioni».

3. *La necessità di bilanciare la trasparenza algoritmica con altri diritti e interessi*

Con riferimento alla trasparenza algoritmica occorre osservare come essa, per ovvie ragioni, possa entrare in rotta di collisione con la tutela del diritto di autore e della proprietà industriale. Nell'analizzare gli eventuali contrasti è possibile anzitutto prendere le mosse dalla dichiarazione di principio avanzata dal Considerando 63, il quale dispone che il diritto di accesso fondato nell'art. 15 GDPR (e sul quale, si è visto, è possibile basare lo stesso istituto della trasparenza dell'algoritmo) «non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il *software*», pur prevedendo anche che la tutela di tali diritti non dovrebbe «condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni».

In materia è unanimemente riconosciuto come le semplici formule matematiche non possano godere di alcuna forma di tutela, vista la loro astrattezza: infatti, mentre la normativa a tutela del diritto d'autore<sup>44</sup> prevede che siano tutelate opere dell'ingegno caratterizzate da creatività e originalità (caratteristiche non riscontrabili in una mera formula matematica), la normativa a tutela della proprietà industriale<sup>45</sup> richiede, per quanto di nostro interesse, che l'oggetto sia una invenzione o un modello, quale non può ritenersi una semplice formula matematica.

Ciò è vero ed è limitato al caso in cui l'algoritmo integri una mera formula matematica, non dotata né del carattere della originalità/creatività, né di innovatività, come è possibile rinvenire facendo riferimento agli algoritmi più comuni e basilari. Attualmente, invece, gli algoritmi sono sempre più complessi e caratterizzati da originalità, creatività e novità, tanto da essere in grado di eseguire attività che nemmeno un essere umano è in grado di svolgere. In questi casi, dunque, non si può che propendere per la sussistenza di diritti, quali quello d'autore e di proprietà industriale, a seconda della fattispecie concreta<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> L. 22 aprile 1941, n. 633.

<sup>45</sup> D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

<sup>46</sup> A propendere per una soluzione positiva è S. ALIPRANDI, *La proprietà intellet-*

Del resto, indicativo è l'inserimento all'interno della legge sul diritto d'autore della tutela del *software*, per molto tempo ritenuto escluso: l'art. 2 prevede espressamente che siano oggetto di tutela anche «i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi, purché originali, quale risultato di creazione intellettuale dell'autore», intendendosi per “programmi” anche «il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso», nel quale rientrano anche gli algoritmi, sempre ricorrendo il carattere dell’originalità”, che potrà essere intesa sia riferita al complesso dell’opera, sia in riferimento all’algoritmo stesso, da ciò derivando quindi una modulabilità della tutela collegata. Non è possibile invece rintracciare una simile disposizione nel Codice della proprietà industriale, per il quale, però, sembra potersi giungere alle medesime conclusioni: ove l'algoritmo costituisca di per sé una invenzione industriale o costituisca parte dell'invenzione, dovrà riconoscersi la possibilità di chiederne il brevetto (derivandone poi una tutela diretta o indiretta), come anche la possibilità che l'algoritmo formi oggetto di segreto commerciale qualora siano integrati i requisiti previsti dall'art. 98 del Codice della proprietà industriale.

È, però, ipotizzabile che a fronte della richiesta di conoscere l'algoritmo sotteso ad una decisione, non sia necessario svelare l'intero codice, potendone far conoscere solo la parte utile a dare seguito alla richiesta<sup>47</sup>: a tal fine si ritiene occorra nuovamente tornare a valorizzare quell'intervento umano previsto dall'art. 22 GDPR, il quale non si limiti esclusivamente ad intervenire sulla decisione, ma consista nella mediazione di un soggetto specializzato (quale un informatico) che renda conoscibile (nonché comprensibile) solo la parte di algoritmo necessario, anche prevedendo, ad esempio, misure tecniche, quali la cifra che non consentano ad altri, se non all'interessato, di prenderne visione.

*tuale sui modelli di previsione e di profilazione*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2021, al quale si rimanda per una completa riconduzione dell'algoritmo all'interno della tutela apprestata dalla legge sul diritto d'autore e dal Codice della proprietà industriale.

<sup>47</sup> È questa una soluzione di compromesso, proposta anche da R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, cit., p. 885 e F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, cit., p. 433.



#### 4. *Trasparenza degli algoritmi e protezione dei dati personali: una convivenza possibile*

Quale “materia prima” necessaria per il corretto funzionamento ed il progressivo miglioramento degli algoritmi, i dati, personali e non personali, sono alla base delle decisioni automatizzate, talché un *database* formato da dati parziali, disomogenei o errati può condurre ad effetti distorsivi e, quindi, anche a decisioni errate e discriminatorie. Affinché, invece, i dati possano garantire il migliore funzionamento dell’algoritmo occorre che ne sia certificata, dal punto di vista tecnico, consistenza, qualità, intelligibilità e quantità<sup>48</sup>, pur sempre considerando la portata dei principi posti dal GDPR in via generale relativamente al trattamento di dati personali, quali il principio di esattezza<sup>49</sup> e il principio di minimizzazione<sup>50</sup>.

L’impiego dell’Intelligenza Artificiale e degli algoritmi pone, così, lo studioso di fronte alla necessità di vagliare la tenuta dei principi fondamentali della *data protection*<sup>51</sup>, nonché l’applicazione dei diritti che il GDPR riconosce all’interessato.

Ad una prima analisi, infatti, può sembrare difficoltoso conciliare i richiamati principi di esattezza e minimizzazione con la dipendenza degli algoritmi dai *big data*<sup>52</sup>, quali enormi aggregazioni di dati nei quali figura-

<sup>48</sup> Cfr. M. C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DI MININ, G. MONTEMAGNI, *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell’Intelligenza Artificiale*, cit., p. 239.

<sup>49</sup> L’art. 5, comma 1, lett. d) del Regolamento UE 2016/679 al riguardo dispone che i dati personali sono «esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati».

<sup>50</sup> L’art. 5, comma 1, lett. c) del Regolamento UE 2016/679 dispone, invece, che i dati personali sono «adeguati. Pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati».

<sup>51</sup> Per una analisi dei principi fondanti il Regolamento UE 679/2016 sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 75 ss.

<sup>52</sup> Per un inquadramento giuridico e relativa definizione dei “*big data*”, si veda G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2019.

no informazioni di qualsiasi tipo, anche errate, molte delle quali non necessarie al raggiungimento della decisione, in quanto esulanti dal campo di applicazione richiesto, risultando quindi sovrabbondanti. Le medesime considerazioni possono mettere in crisi l'applicazione del principio di "limitazione della finalità"<sup>53</sup>, atteso che gli algoritmi più sofisticati, essendo capaci di imparare autonomamente e di accrescere le proprie capacità, potrebbero iniziare a perseguire una finalità differente rispetto a quella per cui sono stati programmati, anche all'insaputa dell'uomo.

La sfida che si pone di fronte è allora quella di trovare un contemperamento tra la necessità di rispettare i principi posti dal GDPR e il perseguimento del migliore sviluppo tecnologico e informatico.

A tal proposito, è bene notare come gli spazi di potenziale conflitto – in realtà apparente – tra le due esigenze possano essere ridotti qualora vengano adottate misure tecniche specifiche: si veda, ad esempio, l'adozione di filtri che consentano all'algoritmo di avere accesso solo ad una certa tipologia di dati (con determinate caratteristiche e inerenti ad un determinato settore). Ciò garantirebbe maggiore controllo da parte dell'uomo sul processo di autosviluppo dell'algoritmo, nonché la possibilità di vincolare le attività poi svolte dalla macchina (nel rispetto della finalità del trattamento), atteso che questa potrà eseguire solo quelle che attengono ai dati a cui l'algoritmo ha avuto accesso: in una parola, la macchina potrà fare solo ciò che ha imparato e potrà imparare solo ciò che gli è stato concesso di imparare. Ad una simile considerazione potrebbe obiettarsi che il restringere la quantità di dati cui l'algoritmo ha accesso non rappresenti altro che un enorme limite per lo sviluppo tecnologico: diversamente, invece, si ritiene che non di mera limitazione dei dati si debba trattare, ma di veicolazione dei soli dati ritenuti necessari, così che l'algoritmo potrà essere programmato e imparerà esclusivamente mediante dati specifici (per la finalità da raggiungere) e di "ottima qualità".

Maggiori perplessità, invece, provengono dal concreto estrinsecarsi dei diritti dell'interessato *versus* l'algoritmo. Si è avuto già ampiamente modo di approfondire l'importanza che il *diritto di accesso* (ex art. 15

<sup>53</sup> L'art. 5, comma 1, lett. b) del Regolamento UE 2016/679 dispone che i dati personali sono «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità [...]».

GDPR) abbia nel garantire la conoscibilità e la comprensibilità dell'algoritmo (mediante, se del caso, l'intervento umano). Non altrettanto può dirsi rispetto agli altri diritti. Quanto al *diritto di rettifica* (ex art 16 GDPR), è chiaro come garantendo a monte la qualità migliore del dato, tale diritto perda centralità ed utilità: nel caso in cui, però, ciò non avvenga, sarà comunque necessario intervenire per correggere i dati stessi, i quali, se errati, potrebbero aver dato origine a nuovi dati personali altrettanto bisognosi di intervento correttivo.

Pure il *diritto alla cancellazione* (ex art. 17 GDPR) necessita di essere calato e adattato nel contesto algoritmico, posto che qualora il dato personale sia ormai stato acquisito e fatto proprio dall'algoritmo, contribuendo a generare dati ulteriori, non immediata potrà essere la soluzione della cancellazione, se non, ove possibile e dove fosse stato previsto *by design* sempre mediante l'intervento umano.

Quanto al *diritto alla limitazione del trattamento* (ex art. 18 GDPR), il legislatore europeo ha previsto già nel Considerando 67 diverse possibilità per darvi seguito, quali il trasferimento dei dati sottoposti alla limitazione verso un altro sistema di trattamento, rendendoli inaccessibili oppure, con specifico riguardo agli "archivi automatizzati", la predisposizione di «dispositivi tecnici in modo tale che i dati personali non siano sottoposti ad ulteriori trattamenti e non possano più essere modificati. Il sistema dovrebbe indicare chiaramente che il trattamento dei dati personali è stato limitato».

Sul *diritto alla portabilità* (ex art. 20 GDPR), invece, sembra ci si possa sbilanciare in senso maggiormente positivo: infatti, la possibilità di "migrare" i propri dati da un dispositivo ad un altro (quale uno *smartphone*) è ormai previsto dagli sviluppatori degli algoritmi e dai produttori dei dispositivi nella maggior parte dei casi sin dall'inizio, quale diritto al quale l'utente/interessato può dare seguito in autonomia mediante meccanismi preimpostati<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Il rispettivo *Considerando* 68 prevede espressamente che «per rafforzare ulteriormente il controllo sui propri dati è opportuno anche che l'interessato abbia il diritto, qualora i dati personali siano trattati con mezzi automatizzati, di ricevere in un formato strutturato, di uso comune, leggibile da dispositivo automatico e interoperabile i dati personali che lo riguardano che abbia fornito a un titolare del trattamento e di trasmetterli a un altro titolare del trattamento».

Diversamente, infine, il *diritto di opposizione* (ex art. 21 GDPR) sembra legittimare la richiesta dell'interessato in maniera assoluta, lasciando al titolare la prova di avere un interesse superiore per opporvisi: pertanto, si deve ritenere che debba essere proprio il titolare a trovare il modo per darvi seguito; ciò potrà avvenire, ad esempio, prevenendo sin dall'origine tale possibilità, mediante l'espulsione dei dati dell'interessato dal sistema, nonché di tutti quelli derivati dalla lavorazione dei primi.

L'analisi appena affrontata permette di propendere, in maniera forse un po' ottimistica, per l'esistenza di un'ampia compatibilità tra i principi e i diritti posti dal GDPR e l'utilizzo degli algoritmi, seppure, in determinati casi, venga richiesto il necessario intervento umano al fine di garantirne l'effettività.

L'obiettivo di garantire una sostanziale convivenza – in un'ottica conciliativa tra il necessario sviluppo delle tecnologie algoritmiche e la tutela dei dati e delle informazioni personali – va oltre i confini della dimensione europea<sup>55</sup>, essendosi manifestata *mutatis mutandis* anche in un Paese come la Cina, che finora non aveva provveduto a fornire soluzioni in tal senso. È, infatti, recente la vasta riforma che il governo cinese ha portato avanti emanando la “legge sulla sicurezza informatica” (CSL), la “legge sulla sicurezza dei dati” (DSL), la “legge sulla protezione dei dati personali” (PIPL), nonché le “disposizioni relative alla raccomandazione e alla gestione degli algoritmi dei servizi di informazione su Internet”.

Con la “legge sulla protezione dei dati personali” il legislatore cinese sembra aver definitivamente adottato un atteggiamento di apertura verso l'Unione europea, approntando un testo normativo ispirato al GDPR, dal quale provengono i principi e gli istituti fondamentali, pur in alcuni casi adattati alla necessità di garantire un contemperamento con la “sicurezza e il controllo nazionale”. Tale normativa, come è stato sottolineato, ripropone i principi cardine del GDPR, intervenendo, per quanto di attuale interesse, in maniera profonda proprio in tema di

<sup>55</sup> Sull'impatto che il GDPR ha avuto sulle legislazioni extraeuropee si veda G. IOVANE, *L'impatto del Regolamento sulle legislazioni dei Paesi extraeuropei*, in *Diritto di Internet – Osservatorio del diritto internazionale, europeo e comparato*, 18 maggio 2020.

decisioni automatizzate (algoritmiche): al riguardo va vista con favore la previsione dell'art. 24 PIPL<sup>56</sup> nei confronti dei titolari che adottano processi decisionali automatizzati, la quale impone la massima trasparenza, nonché di spiegare il relativo procedimento e di consentire all'interessato di rifiutare la sottoposizione ad un procedimento esclusivamente automatizzato. Relativamente, poi, alla trasparenza dell'algoritmo, la normativa cinese stabilisce un diritto/dovere di "spiegabilità" il quale, nel silenzio del legislatore, sembra riguardare sia la decisione stessa, sia il procedimento (e l'algoritmo) sotteso, non prevedendosi in questo caso limiti costituiti da quei diritti altrui previsti invece dalla normativa UE.

Ancora più significativa è stata l'adozione, nel marzo 2022, delle "disposizioni relative alla raccomandazione e alla gestione degli algoritmi dei servizi di informazione su Internet", le quali hanno l'obiettivo di regolare l'utilizzo degli algoritmi da parte delle piattaforme digitali che operano in Cina. La normativa prevede un penetrante controllo dell'autorità preposta sull'utilizzo di tali algoritmi "di raccomandazione", imponendo alle piattaforme obblighi informativi e di trasparenza, nonché l'obbligo per i fornitori dei servizi di informazione che adottano algoritmi che possano avere un impatto rilevante sugli utenti di spiegarlo conformemente alla legge<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> L'art. 24 PIPL dispone testualmente che «quando i gestori di informazioni personali utilizzano le informazioni personali per condurre un processo decisionale automatizzato, è garantita la trasparenza del processo decisionale e l'equità e la giustizia del risultato del trattamento e non possono impegnarsi in un trattamento differenziato irragionevole delle persone in condizioni di negoziazione come il prezzo di negoziazione, ecc. [...] Quando l'uso di processi decisionali automatizzati produce decisioni con una forte influenza sui diritti e sugli interessi dell'individuo, questi hanno il diritto di richiedere ai gestori di informazioni personali di spiegare la questione e hanno il diritto di rifiutare che i gestori di informazioni personali prendano decisioni esclusivamente attraverso metodi decisionali automatizzati».

<sup>57</sup> L'art. 17 della normativa prevede espressamente che qualora i fornitori dei servizi di informazione «applicino algoritmi di raccomandazione di algoritmi che causano un impatto rilevante sui diritti e sugli interessi degli utenti, essi lo spiegano conformemente alla legge e si assumono la corrispondente responsabilità».

### 5. *Le innovazioni previste nella proposta di Artificial Intelligence Act*

Nel tornare, tuttavia, alla dimensione europea, è ora necessario dare conto di alcune delle perplessità relative alla adeguatezza della normativa *privacy* rispetto allo sviluppo degli algoritmi e della loro necessaria trasparenza. Garantire la trasparenza dei sistemi algoritmici, infatti, può richiedere da una parte il necessario accesso ai dati (personali) sottesi al funzionamento, dall'altra, invece, è finalizzato proprio a garantire la migliore tutela dei dati stessi mediante l'analisi delle modalità di trattamento vagliate rispetto ai parametri imposti dal GDPR.

L'inscindibile legame tra *data protection*, algoritmi e la necessità della loro trasparenza è oggi definitivamente suggellato dalla proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (*Artificial Intelligent Act – AIA*), attualmente ancora in discussione. Con tale corpo normativo il legislatore europeo continua e completa l'opera di regolamentazione di un settore<sup>58</sup>, quale quello delle nuove tecnologie e dei dati, per molto tempo lasciato all'autoregolamentazione/deregolamentazione dei grandi *player*<sup>59</sup>.

Nel tentativo di stabilire un corpo normativo di riferimento funzionale a regolare tecnologie in continua evoluzione, il legislatore europeo si è mosso su due principali linee direttrici, redigendo una disciplina flessibile<sup>60</sup> e aperta alla possibilità di adattamen-

<sup>58</sup> Fanno parte del medesimo progetto normativo di regolamentazione del mercato europeo dei dati e dei *player* del settore, al fine di plasmare il futuro digitale dell'Europa, il *Digital Market Act* (DMA), il *Digital Service Act* (DSA), il *Data Governance Act* (DGA) e il *Data Act* (DA).

<sup>59</sup> Sul tema si veda A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'Intelligenza Artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 1/2021, p. 51, secondo cui «la strada imboccata dall'Europa con questa poderosa operazione di recupero della centralità delle fonti del diritto è quella giusta, perché può consentire di affrontare correttamente il tema della sovranità e del potere nell'era digitale, che rappresenta uno dei problemi più rilevanti del costituzionalismo del XXI secolo».

<sup>60</sup> Per una analisi della disciplina si vedano C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2021; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2021; O. POLLICINO, F. PAOLUCCI, *La proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: verso una nuova governance europea*, in *Privacy&*, n.

ti<sup>61</sup>, si parla al riguardo, infatti, di una regolamentazione *future proof*<sup>62</sup>.

In primo luogo, si è individuato *un innovativo obbligo generale di aggiornamento*, conseguente alla revisione del Regolamento, previsto ogni cinque anni dalla sua entrata in vigore e successivamente con cadenza quinquennale. Tale meccanismo non è del tutto nuovo, infatti analogo sistema si è previsto anche nella *Directive on Automated Decision-Making* canadese, assoggettata ad un obbligo di revisione addirittura semestrale. Tale previsione risponde al chiaro intento di creare un diritto “*stable but not still*”, soprattutto in vista della particolare mobilità della suddetta materia, come evidenziato anche in una dettagliata ricostruzione della dottrina<sup>63</sup>.

In secondo luogo, la Proposta predispone *una classificazione dell'IA in base al livello di rischio* riscontrabile nel loro utilizzo e, soltanto relativamente a quelli ad alto rischio, richiede una peculiare procedura di verifica di conformità, prima dell'immissione sul mercato<sup>64</sup>.

3/2021; G. CONTISSA, F. GALLI, F. GODANO, G. SARTOR, *Il Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale. Analisi informatico-giuridica*, in *i-lex. Scienze giuridiche, Scienze cognitive e Intelligenza artificiale*, n. 2/2021; nonché la *Memoria del Garante per la protezione dei dati personali - COM 2021(206) Proposta di Regolamento (UE) sull'Intelligenza artificiale* (Doc-Web 9751565).

<sup>61</sup> Sul tema della necessaria redazione di normative semplici e di ampio respiro, passibili di adattarsi alla velocità dello sviluppo tecnologico, si veda quanto a più riprese messo in evidenza già da S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit. e, più di recente, da T. E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2022, p. 161.

<sup>62</sup> Si veda sul punto il contributo di S. RANCHORDÁS, M. VAN'T SCHIP, *Future-Proofing Legislation for the Digital Age*, in S. RANCHORDÁS, Y. ROZNAI (Eds), *Time, Law, and Change*, Hart, Oxford, 2020, ed anche F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, pp. 1163 ss.

<sup>63</sup> Cfr. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza Artificiale*, cit., pp. 419 ss, ove viene fatto riferimento a quanto affermato da R. POUND, *Interpretations of Legal History* (1923), Cambridge University Press, 2013, secondo cui «*Law must be stable, and yet it cannot stand still*».

<sup>64</sup> Cfr. K. STUURMAN, E. LACHAUD, *Regulating AI. A label to complete the proposed Act on Artificial Intelligence*, cit., p. 3, ove si legge: «*The underlying definition of 'AI system' is intended to be technology neutral.16 Driven by the nature of AI systems this definition is relatively open and can be amended with a view to ongoing technologi-*

La suddetta particolarità deriva dal fatto che la normativa non richiede, come di norma, il rilascio di un'autorizzazione pubblica, ma pone il controllo a carico del produttore, spostando su chi ha interesse a commercializzare il prodotto l'obbligo di verificare il rispetto dei requisiti<sup>65</sup>. Con ciò, ingenerando non poche perplessità in capo a chi ritiene che l'organo di controllo dovrebbe essere un soggetto terzo ed imparziale. Per quanto riguarda, invece, i sistemi non ad alto rischio e, dunque, non inficanti i diritti fondamentali ed i valori dell'Unione, il sistema suddetto richiede soltanto dei più lievi requisiti di trasparenza algoritmica.

Viene in rilievo, inoltre, l'istituzione di appositi spazi di ricerca e sviluppo (c.d. *regulatory sandboxes*)<sup>66</sup> finalizzati a consentire lo svilup-

*cal change (intended 'future proof'). Under Article 4 of the Act, the Commission is empowered to update the list of techniques and approaches listed in Annex I to market and technological developments.*<sup>17</sup> Furthermore, the Commission is under Article 7 of the Act empowered to adopt delegated acts to update Annex III by adding high-risk AI systems. The criterium is twofold: (a) the AI systems are intended to be used in any of the areas listed in points 1 to 8 of Annex III, and (b) the AI systems pose a risk of harm to the health and safety, or a risk of adverse impact on fundamental rights, that is, in respect of its severity and probability of occurrence, equivalent to or greater than the risk of harm or of adverse impact posed by the high-risk AI systems already referred to in Annex III. As set out in the Explanatory Memorandum<sup>18</sup>, the classification 'high-risk' is based on the intended purpose of the AI system, in line with existing EU product safety legislation. This classification hence does not only depend on the function of the system, but also on the specific purpose and modalities for which it is being used. Under the Act, systems considered 'high-risk' are permitted on the European market subject to compliance with mandatory requirements relating to<sup>19</sup> data and data governance, documentation and recording keeping, transparency and provision of information to users, human oversight, robustness, accuracy and security, as well as ex-ante conformity assessment».

<sup>65</sup> Cfr. ancora C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di Regolamento dell'Unione europea in materia di Intelligenza Artificiale*, cit., pp. 430 ss.

<sup>66</sup> Per approfondire l'argomento si veda il contributo del Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale*, 2020/C 447/01; nonché R. PARENTI, *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech. Impact on innovation, financial stability and supervisory convergence – Study for the committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*, Parlamento europeo, 24 settembre 2020.



po delle nuove tecnologie in un ambiente “protetto” e “controllato”, dove sarà possibile testare le macchine prima di introdurle nel mercato, valutandone risultati, benefici e rischi, prima della loro effettiva immissione. Ciò, con l’idea di testare, altresì, i punti di contatto e conflitto eventuale con la disciplina già operante in materia.

Ciò di cui sembra opportuno dar nota, tuttavia, è lo stretto legame che l’AIA introduce con il GDPR<sup>67</sup>, rifacendosi a principi già conosciuti: il *Considerando* 47, infatti, prevede che «per ovviare all’opacità che può rendere alcuni sistemi di IA incomprensibili o troppo complessi per le persone fisiche, è opportuno imporre un certo grado di trasparenza per i sistemi di IA ad alto rischio. Gli utenti dovrebbero poter interpretare gli *output* del sistema e utilizzarlo in modo adeguato. I sistemi di AI ad alto rischio dovrebbero pertanto essere corredati di documentazione e istruzioni per l’uso pertinenti, nonché di informazioni concise e chiare, anche in relazione, se del caso, ai possibili rischi in termini di diritti fondamentali e discriminazione».

Il principio di trasparenza viene dunque posto alla base non solo del trattamento dei dati personali (come avviene nel GDPR), ma dell’intero funzionamento dell’AI, sul quale il *Considerando* 48, nel caso di sistemi AI ad alto rischio, impone il controllo umano, così pendendo definitivamente per un approccio antropocentrico<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> È lo stesso legislatore che, introducendo il corpo normativo, stabilisce al punto 1.2 della Relazione di accompagnamento al Regolamento che «la proposta non pregiudica il Regolamento generale sulla protezione dei dati (Regolamento (UE) 2016/679) e la direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie (Direttiva (UE) 2016/680) e li integra con una serie di regole armonizzate applicabili alla progettazione, allo sviluppo e all’utilizzo di determinati sistemi di IA ad alto rischio, nonché di restrizioni concernenti determinati usi dei sistemi di identificazione biometrica remota». Al punto 3.5 la Relazione continua nel chiarire che, «definendo una serie di requisiti per un’IA affidabile e di obblighi proporzionati per tutti i partecipanti alla catena del valore, la presente proposta migliorerà e promuoverà la protezione dei diritti tutelati dalla Carta» – tra cui il - «rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (articoli 7 e 8)».

<sup>68</sup> Secondo quanto previsto dal *Considerando* 48 «I sistemi di IA ad alto rischio dovrebbero essere progettati e sviluppati in modo da consentire alle persone fisiche di sorvegliarne il funzionamento. Il fornitore del sistema dovrebbe a tal fine individuare misure di sorveglianza umana adeguate prima dell’immissione del sistema sul mercato o della sua messa in servizio. Tali misure dovrebbero in particolare garantire, ove op-

Inoltre, già l'art. 1 dell'AIA prevede che oggetto del corpo della normativa siano anche le regole di trasparenza, intese anzitutto come conoscenza per l'utente dell'essenza artificiale dell'entità con cui la persona fisica sta interagendo.

## 6. *Considerazioni conclusive*

Quanto sin qui richiamato consente senz'altro di affermare come, in materia di algoritmi e Intelligenza Artificiale, tra trasparenza e protezione dei dati personali esista, anche nel disegno del legislatore, un inscindibile collegamento. Anzitutto, la necessità di garantire la tutela di un diritto fondamentale come la protezione dei dati personali, temperato dall'esigenza di favorirne la libera circolazione all'interno dell'UE (così come previsto nel GDPR), richiede *in primis* che le regole<sup>69</sup> – non solo europee ma anche internazionali (vista l'impossibilità di perimetrare il fenomeno), poste alla base della codificazione degli algoritmi – nascano sin dall'origine rispettose e, anzi, integranti la normativa relativa alla *data protection*. Il veloce ed ingente fenomeno della circolazione dei dati personali, sempre più ambiti e valorizzati anche sotto il profilo economico<sup>70</sup>, richiede oggi una attenzione ed una tutela

portuno, che il sistema sia soggetto a vincoli operativi intrinseci che il sistema stesso non può annullare e che risponda all'operatore umano, e che le persone fisiche alle quali è stata affidata la sorveglianza umana dispongano delle competenze, della formazione e dell'autorità necessarie per svolgere tale ruolo».

<sup>69</sup> Per un'analisi a tutto campo sui problemi di regolazione connessi all'AI e, in particolare, alla tutela della *privacy* si veda F. PIZZETTI, *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit.; G. D'ACQUISTO, *Intelligenza Artificiale. Elementi*, Giappichelli, Torino, 2021. Sia inoltre consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *The impact of the information and technology revolution on constitutional rights with particular attention to personal data protection issues*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020; v. anche, A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4/5/2018.

<sup>70</sup> Per una ricostruzione del fenomeno si vedano, tra i numerosi contributi, E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, in *Riv. dir. impr.*, n. 1/2022, pp. 21 ss.; G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e*

sempre maggiore, a partire degli obblighi informativi previsti sia dal GDPR che dall'AIA, data la sinergia che, su piani diversi, unisce in un'ottica di reciproco rafforzamento entrambe le normative. Proteggere i dati personali coinvolti in trattamenti automatizzati non comporta, come si è visto, un approccio di chiusura ma, al contrario, un operare congiunto dei diversi soggetti, umani, coinvolti: sarà, dunque, necessario che gli sviluppatori di algoritmi prevedano *by design* metodi e meccanismi che siano finalizzati a garantire la tutela dei dati personali, con il pur sempre necessario intervento correttivo umano, alla luce del ruolo strumentale della macchina che la pone in una posizione servente.

Nell'intenzione di garantire, poi, anche la trasparenza di fronte alle decisioni algoritmiche (la quale passa per i principi di conoscibilità, comprensibilità e anche spiegabilità), e quindi la possibilità per gli interessati di difendere i propri diritti, ricorre, come si è avuto modo di sottolineare, un conflitto solo apparente con la normativa a tutela dei dati personali: infatti, se con strumenti quale il diritto di accesso sarà sicuramente consentita la conoscenza dei dati trattati dal sistema di Intelligenza Artificiale, questo sarà possibile, è bene dirlo, solo per i dati di cui l'interessato è titolare, non potendo egli avere accesso a dati altrui. Sarà il titolare del trattamento a dover adottare misure idonee per estrarre e far visionare solo i dati richiesti dall'interessato, anche utilizzando strumenti tecnico-informatici quali la pseudonimizzazione o l'anonimizzazione dei dati altrui. Si veda come un simile "controllo esterno", ulteriore a quello già previsto dal legislatore, non possa che essere accolto con favore in virtù della sinergia richiamata tra la normativa regolante gli algoritmi e la normativa a tutela dei dati personali.

A ben vedere, l'unico conflitto potenziale generato dall'accesso all'algoritmo non sarà, dunque, quello con la normativa *privacy*, ma, invece, quello insorto con la normativa a tutela proprietà intellettuale. L'"apertura" dell'algoritmo, infatti, consente, anche a chi non li abbia

*trattamento di dati personali*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 51 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2020, pp. 642 ss.; ID., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, n. 4-5/2018, pp. 689 ss.

sviluppati, di avere accesso ai codici di programmazione e al loro funzionamento, vanificando la tutela approntata dalla normativa a tutela del diritto d'autore o della proprietà industriale: un simile epilogo, tuttavia, non tiene conto dello sviluppo delle tecnologie, le quali, appunto, possono essere proprio la chiave per garantire quel necessario equilibrio tra il diritto a conoscere le ragioni di una decisione automatizzata e il diritto a non farle conoscere perché prodotte da un algoritmo proprietario frutto dell'inventiva del suo creatore. In altre parole, potrà essere proprio colui che ha sviluppato l'algoritmo a prevedere un sistema che consenta di sottoporre al requisito della trasparenza non l'intero algoritmo, ma solo le informazioni necessarie per conoscere e comprendere i motivi (quindi il procedimento "logico" utilizzato) sottesi alla decisione stessa. Se così non fosse, invece, sarà sempre l'intervento umano, *ex post*, a dover garantire il raggiungimento del fine, dovendosi prevedere, ad esempio, l'affiancamento di un tecnico specializzato che guidi l'interessato nell'accesso alla sola parte dell'algoritmo necessaria e che sia capace di spiegarne il funzionamento.

Nello sviluppo degli algoritmi – nel solco della normativa a tutela della *privacy* e della trasparenza – sarà dunque centrale l'intervento dell'uomo. Egli non avrà il difficile compito di decidere meglio o peggio di una macchina, ma dovrà, invece, riportare la decisione algoritmica nel mondo umano, respingendola, avallandola o migliorandola – se necessario – affinché il destinatario si veda riconosciuto il diritto imprescindibile di essere sottoposto ad una decisione umana: la decisione di un uomo che sia un suo pari. Per questo, dunque, si ritiene che il nucleo dell'intera normativa relativa agli algoritmi, e in generale allo sviluppo delle tecnologie, non debba essere rivolto alla tecnologia stessa, ma, invece, all'uomo che quella tecnologia produce ed utilizza. Occorre, quindi, «mettere al centro dell'innovazione digitale la "Persona", per promuovere un "umanesimo tecnologico" che si espliciti anche nel contrasto alle vecchie e nuove discriminazioni, in un'ottica che sia moderna e al passo coi tempi, contro una falsa realtà (quella digitale) dominata dalla cultura dell'effimero e dello scarto»<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. Fam. Pers.*, n. 3/2022, p. 1120.

Il paradigma, cui affidare il ruolo di guida e ispirazione della normativa è, dunque, necessariamente un modello antropocentrico atto a rispondere sempre all'imperativo kantiano della persona come fine e mai come mezzo. L'intento di una regolamentazione sistemica della materia, in linea con il percorso avviato dall'ordinamento europeo<sup>72</sup>, dovrà costantemente trovare la sua coerenza nel perseguimento di una normativa che non subordini mai la persona all'algoritmo e all'AI, bensì che identifichi in quest'ultima uno strumento al servizio dell'uomo.

In conclusione, dalle fantascientifiche "Tre leggi della robotica"<sup>73</sup> di Isaac Asimov – richiamate anche dal Parlamento Europeo – rivolte al robot quale "essere" subordinato all'uomo, si dovrà giungere a norme regolanti la società dell'algoritmo che siano accomunate dalla previsione di un controllo delle macchine da parte dell'uomo<sup>74</sup> e la cui applicazione sia supervisionata da una Autorità preposta<sup>75</sup>. Norme, dunque, che regolino il rapporto (di controllo) dell'uomo nei confronti

<sup>72</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation, of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts*, COM (2021) 206 final, 21.4.2021, 3. Dalla proposta del Parlamento europeo viene in rilievo un deciso orientamento verso un approccio umanistico e antropocentrico dello sviluppo tecnologico. Il riconoscimento nell'essere umano di uno *status* morale unico e inalienabile di primato in campo civile, politico, economico e sociale era già stato sottolineato dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'Intelligenza Artificiale, istituito dalla Commissione Europea, nel documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, aprile 2019, pp. 11 ss. A questo proposito si confronti anche U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2019, p. 1658.

<sup>73</sup> I. ASIMOV, *Runaround*, in *I, Robot* 41, 53 (Gnome Press 1st ed. 1950): «*A robot may not injure a human being, or, through inaction, allow a human being to come to harm*». «*A robot must obey the orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law*». «*A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Laws*».

<sup>74</sup> In tal senso J. M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Oibo State Law Journal*, Vol. 78:5, pp. 1220 ss.

<sup>75</sup> Molte sono state, ad esempio, le pronunce dell'Autorità Garante della *privacy* italiana in tema di algoritmi: sul punto si veda V. PAGNANELLI, *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2021.

della macchina e non il contrario, affinché non si verifichi una vera e propria inversione della dialettica servo-padrone nei rapporti uomo-macchina<sup>76</sup>. In proposito, è evidente come sarà fondamentale anche la previsione di norme tecniche volte a disciplinare la progettazione degli algoritmi da parte dell'uomo che, se necessario, si spingano coraggiosamente a prevedere limiti oltre i quali ingegneri, tecnici e informatici non si potranno spingere. Ciò non significa legare o rallentare l'inarrestabile progresso dell'innovazione, bensì evitare che vi siano effetti collaterali in grado di scalfire il primato dell'uomo sulle tecnologie, che esistono per servirlo ed alle quali non può restare asservito.

<sup>76</sup> Così A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., il quale ribadisce che sebbene «la tecnologia deve avere esclusivamente un valore “servente”, in realtà non possiamo ignorare la sua travolgente “forza pratica”, che tende a “rendere servo” il padrone».

LA DECISIONE ALGORITMICA:  
TRA *RISK-BASED APPROACH* E TECNICHE REGOLATORIE

NADIA MACCABIANI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I processi decisionali algoritmici nella disciplina europea. – 3. La dimensione (individuale e collettiva) dei rischi per i diritti e le libertà fondamentali. – 4. Le forme della regolamentazione. – 5. Le garanzie di ordine pubblicistico. – 6. Dove e come si va “chiudendo il cerchio” del *risk-based approach*?

1. *Premessa*

Il rapporto tra *law and technology* è senz'altro materia complessa, che può essere osservata da differenti prospettive. Per il diritto pubblico, quale che sia la prospettiva prediletta, il punto di snodo da sciogliere rimane – in ogni caso – rappresentato dall'esigenza di preservare la tutela della dignità umana e dei diritti e libertà fondamentali<sup>1</sup>, attraverso l'intervento del regolatore pubblico.

È quindi possibile porre l'accento sui contenuti delle fonti che disciplinano le nuove tecnologie, nell'intento di trovare un adeguato equilibrio tra opposte istanze. Da un lato, la necessità di non “soffocare” l'innovazione tecnologica mediante una *over-regulation* o, viceversa, la necessità di evitare un assoluto vuoto normativo, che parimenti crea condizioni non favorevoli alla crescita tecnologica, scadendo nella incertezza giuridica del *case by case approach*. Dall'altro lato, le istanze garantistiche delle posizioni giuridiche soggettive sulle quali l'innovazione tecnologica impatta, talora negativamente. Trattasi, in sostanza, di un bilanciamento, rimesso al regolatore e che questi ben conosce in quanto ricadente nella sfera del più ampio bilanciamento –

<sup>1</sup> La dottrina in merito al rapporto tra *law and technology* è vasta, basti il rinvio a R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017; E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013.

che va oltre l'ambito dell'innovazione tecnologica e – che riguarda il rapporto tra mercato e persona, tra libertà economiche e diritti fondamentali. Ciò che cambia è semmai la tipologia e la latitudine dei rischi da regolamentare, ma pur sempre di rischi che derivano direttamente o indirettamente dall'evoluzione economico-sociale e dalle tecnologie che la supportano, si tratta.

È inoltre possibile declinare il punto di osservazione lungo il crinale, non dello specifico contenuto, ma delle forme, ossia della tipologia degli atti di regolamentazione che intervengono nella disciplina delle nuove tecnologie. In merito la dottrina ha denunciato una sorta di “disruption” delle forme tradizionali di normazione<sup>2</sup>. Al riguardo vengono in questione approcci regolatori alternativi, volti ad assecondare la flessibilità richiesta dalla rapidità dell'evoluzione tecnologica e che si rifanno al *better regulation approach*<sup>3</sup> ed al *new approach*<sup>4</sup>, promossi

<sup>2</sup> G. MOBILIO, *L'Intelligenza Artificiale e i rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020, p. 404.

<sup>3</sup> L'accordo interistituzionale tra Commissione, Parlamento e Consiglio (2003/C 321/01) sul «Legiferare meglio» prevedeva che le istituzioni «riconoscono l'utilità di ricorrere, ove opportuno, qualora il trattato CE non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo, a meccanismi di regolamentazione alternativi», tra cui la co-regolamentazione e l'auto-regolamentazione. Nello specifico (par. 18), «Si intende per coregolamentazione il meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni). Si può ricorrere a un tale meccanismo sulla base di criteri definiti nell'atto legislativo per assicurare che la legislazione sia adeguata ai problemi e ai settori interessati, alleggerire il lavoro legislativo concentrandolo sugli aspetti essenziali e beneficiare dell'esperienza dei soggetti interessati»; mentre (par. 22-23) «Per autoregolamentazione si intende la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali). In linea generale, tali iniziative autonome non presuppongono una presa di posizione da parte delle istituzioni, specialmente quando intervengono in settori non rientranti nell'ambito dei trattati o in cui l'Unione non ha ancora legiferato. Nel quadro delle proprie responsabilità la Commissione esamina le prassi di autoregolamentazione onde verificarne la conformità con le disposizioni del trattato CE».

<sup>4</sup> Cfr. Risoluzione del Consiglio (85/C 136/01) del 7 maggio 1985 – *Orientamenti relativi ad una nuova Strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione*,



dalla Commissione europea. In entrambi i casi, è richiesto che la legislazione rimanga entro la fissazione di requisiti essenziali, il cui “riempimento” viene lasciato a forme di auto-regolamentazione o co-regolamentazione<sup>5</sup>. Queste tecniche regolatorie lasciano tuttavia scoperto il fianco delle esigenze garantistiche tradizionalmente sottese alle riserve di legge, al principio di legalità, alla certezza del diritto, in particolare laddove vi si ricorra quando diritti e libertà fondamentali sono coinvolti.

Tanto premesso, nel presente intervento si intende por mente al rapporto tra *law and technology* avendo anzitutto riguardo ad una specifica tecnologia, la decisione algoritmica, o trattamento automatizzato dei dati, per utilizzare le parole del GDPR; alla latitudine dei rischi che la stessa comporta, in termini di libertà e diritti fondamentali; quindi, alle tecniche regolatorie promosse dall’Unione europea in alcuni suoi interventi che guardano ai processi algoritmici. Questo, pertanto, l’oggetto attraverso cui si “snoderà” il contributo, ponendosi per finalità di mettere in evidenza se ed in che termini, tali strategie normative, nel momento in cui si traducono in una riduzione dei presidi contenutistici propri della riserva di legge e del principio di legalità, si dimostrino tuttavia in grado di introdurre – in compensazione – presidi di natura altra (nello specifico, come si vedrà, di ordine procedimentale) per offrire comunque soddisfazione a fondamentali esigenze garantiste di ordine pubblicistico. Si tratta quindi di valutare in che termini le istanze di cui si discorreva poco sopra, quelle sottese alla riserva di legge, al principio di legalità ed a quello di certezza del diritto, vale a

che si fonda su quattro principi essenziali: 1) l’armonizzazione legislativa si limita all’approvazione, mediante direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza (o di altre esigenze di interesse collettivo) ai quali devono soddisfare i prodotti immessi sul mercato che, in tal caso, possono circolare liberamente nella Comunità; 2) agli organi competenti per la normalizzazione industriale è affidato il compito di elaborare le specifiche tecniche; 3) l’adesione a tali specifiche tecniche è volontario; 4) le amministrazioni sono allo stesso tempo obbligate a riconoscere ai prodotti fabbricati secondo le norme armonizzate una presunta conformità ai «requisiti essenziali» fissati dalla direttiva.

<sup>5</sup> Come espresso in *Better regulation for better results – An EU Agenda*, COM(2015) 215 final, p. 4, «Better regulation is not about "more" or "less" EU legislation... Better regulation is about making sure we actually deliver on the ambitious policy goals we have set ourselves».

dire l'adeguata protezione di diritti e libertà fondamentali, lasciate scoperte dalla protezione di contenuti "certi" e "definiti" possano tuttavia trovare adeguata protezione attraverso presidi di stampo procedurale. Del resto, è persino scontato rammentare che se le menzionate salvaguardie di ordine pubblicistico passano senz'altro attraverso i contenuti della legislazione, parimenti passano attraverso le "forme" mediante cui i contenuti vengono immessi nell'ordinamento.

## 2. *I processi decisionali algoritmici nella disciplina europea*

La tipologia di innovazione tecnologica a cui si avrà riguardo trova già un primo riferimento nel Regolamento (UE) n. 679/2016 (GDPR), laddove discorre di "processi decisionali automatizzati"<sup>6</sup> aventi ad oggetto dati personali, includendovi la profilazione<sup>7</sup>. Il GDPR ne tratta in ottica "difensiva", qualificando quindi i diritti dell'interessato: il diritto a conoscere l'esistenza di tali processi decisionali automatizzati, il diritto a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata nel procedimento decisionale automatizzato<sup>8</sup>, il diritto a non essere sottoposti a decisioni basate unicamente su trattamenti automatizzati che producano effetti giuridici o incidano in modo analogo significativa-

<sup>6</sup> Cfr. considerando 71.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 4), GDPR, la profilazione è «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

<sup>8</sup> In merito, si apre la differenza tra conoscibilità e comprensibilità del processo decisionale algoritmico e, nello specifico, la questione relativa alla portata della "comprensibilità" dell'algoritmo, tenendo conto che il GDPR la riferisce a «informazioni significative sulla logica utilizzata» (art. 13, c. 2, lett. f); art. 14, c. 2, lett. g), ma l'explainability può avere portata più ampia, cfr. F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BioLaw Journal*, No. 2/2020, par. 5; A. BIBAL, M. LOGNOUL, A. DE STREEL, B. FRÉ-NAY, *Legal Requirements on Explainability in Machine Learning*, in *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 29, No. 2/2021, pp. 129 ss.

mente sulla persona (Art.22, par. 1), e, infine, il diritto, valido per tutte le ipotesi di decisione automatizzata, ad ottenere l'intervento umano nonché il conseguente diritto al contraddittorio rispetto alla decisione automatizzata (art. 22, c. 3). In questi termini, il GDPR segue un approccio individuale al rischio, e non potrebbe essere altrimenti visto l'oggetto di disciplina: il diritto alla protezione dei dati personali sotteso ai trattamenti automatizzati. Non solo. La limitata prospettiva del GDPR si giustifica altresì in ragione del periodo di adozione: un momento in cui i trattamenti automatizzati erano ancora allo stato embrionale, la successiva esponenziale crescita era agli inizi e – forse – non si era ancora ben compresa la pervasività e la portata del fenomeno in tutte le sue sfaccettature. Ciò che di lì a breve sarebbe stato chiaro in ragione del rapido incremento della capacità computazionale, dei dati a disposizione e della sofisticazione degli algoritmi di programmazione. Non a caso il GDPR discorre di processi decisionali automatizzati, quando in realtà i *data scientists* ritengono imprecisa la definizione, preferendo parlare di veri e propri processi decisionali algoritmici, quale *genus* che include le due *species*, quella dei processi decisionali autonomi e automatizzati<sup>9</sup>. Ciononostante, può dirsi che il GDPR na-

<sup>9</sup> Come evidenziato da M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, No. 11/2019, pp. 23-24, «While the GDPR refers to automated decision-making», computer scientists «distinguish between automated, autonomous and algorithmic decision-making and processes... An automated process is a software or hardware process which executes a predefined sequence of actions without human intervention... Therefore... automated decisions are fully predictable [and] fully explainable, as far as the system's specifications and the situation in which the decision was made are known... Differently, autonomous decision-making entails that the algorithmic procedure behind the decision is computed by the agent and relies only on a high-level goal defined by a human. Hence, autonomy emphasises the capacity to compute which decisions must be made in order to satisfy a formalised goal, and therefore autonomy is the central notion in the design of artificial agents... Algorithmic decision-making, for its part, is an overarching notion, encompassing both automated and autonomous decision-making. It means that a given decision is made (partly or completely) with the help of an algorithm; this algorithm may be either automated or autonomous and based or not based on AI techniques... The analysis above demonstrates that the GDPR, by referring only to automated decision-making, does not take stock of these definitions. From a computer

sce “presbite” (per mutuare la nota espressione di Calamandrei in riferimento alla nostra Costituzione): avverte, infatti, la “pericolosità” dei trattamenti automatizzati, qualificandoli – non a torto – come trattamenti suscettibili di esporre ad “un rischio elevato” i diritti e le libertà delle persone e prescrive la previa valutazione di impatto (Art. 35).

Se il GDPR prende in considerazione forme ancora embrionali di processi decisionali algoritmici e lo fa, *ratione materiae*, da un punto di vista della tutela individuale, successivi – e più recenti – atti dell’Unione Europea hanno potenziato il loro ambito disciplinare, rendendo proprio questi processi oggetto di diretta o indiretta disciplina. Nello specifico, la proposta di Regolamento sull’Intelligenza Artificiale (AIA)<sup>10</sup> cerca di governare “il processo”, stabilendo i requisiti che devono essere soddisfatti per ridurre il rischio – non solo individuale, ma collettivo – derivante dai sistemi di intelligenza artificiale. Si propone infatti «di garantire un livello costante ed elevato di tutela degli interessi pubblici in materia di salute, sicurezza e diritti fondamentali, ... [attraverso] norme legislative comuni per tutti i sistemi di IA ad alto rischio»<sup>11</sup>, proporzionate alla «intensità e alla portata dei rischi» stessi<sup>12</sup>. Nello specifico, vengono inclusi nell’elenco dei sistemi di intelligenza artificiale – previsti nell’allegato I – sia l’apprendimento algoritmico automatico da dati (supervisionato, non supervisionato o profondo, il c.d. *machine learning* nelle sue varie applicazioni), così come altri sistemi, meno complessi, ma pur sempre basati su logica algorit-

science perspective, it would be more sensible if this legal act deployed the overarching term algorithmic, rather than automated, decision-making».

<sup>10</sup> COM(2021) 206 final – *Proposta di Regolamento europeo del Parlamento e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione*.

<sup>11</sup> Considerando 13. L’AIA segue quindi l’approccio basato sul rischio già fatto proprio dal GDPR, cfr. C. CASONATO, G. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2021, p. 420; A. ODDENINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE, con particolare riferimento all’approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza Artificiale e Diritto: una rivoluzione?*, vol. I, Bologna, 2022, pp. 165 ss.

<sup>12</sup> Considerando 14.

mica automatizzata<sup>13</sup>. Il Regolamento (UE) 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Service Act-DSA), pur avendo come oggetto diretto la disciplina delle piattaforme online e dei motori di ricerca estende tuttavia – per loro tramite – la sua portata ai sistemi algoritmici dagli stessi impiegati nel rapporto con gli utenti.

In questi termini, quindi, è rinvenibile un filo conduttore che dal GDPR giunge all’AIA, passando attraverso il DSA: la necessità di “governare” i rischi derivanti da processi decisionali algoritmici. Quali siano, nello specifico, questi rischi, sarà detto nel paragrafo successivo.

### 3. *La dimensione (individuale e collettiva) dei rischi per i diritti e le libertà fondamentali*

La prospettiva che lega i tre interventi dell’Unione Europea che stiamo prendendo in esame, oltre che condividere l’approccio preventivo basato sul rischio, per come già inaugurato e sdoganato dal GDPR<sup>14</sup>, segna il passaggio dalla tutela di rischi di portata individuale, propria – *ratione materiae* – di quest’ultimo, ad una tutela di portata collettiva. Del resto, che questa “transizione” si imponesse, già era stato avanzato in dottrina: a fronte di trattamenti automatizzati di dati, il *focus* sul rischio necessita di ampliarsi dalla protezione – preventiva – contro rischi individuali a quelli diffusi, suscettibili di coinvolgere e travolgere la collettività o gruppi della stessa<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Per l’approfondimento dei sistemi di intelligenza artificiale, cfr. S. RUSSEL, P. NORVIG, *Artificial intelligence – A Modern Approach*, Hoboken, 2021; S. D’ACQUISTO, *Intelligenza Artificiale – Elementi*, Torino, 2021.

<sup>14</sup> Il cui seme è stato gettato dal GDPR, cfr. L. CALIFANO, *Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, p. 34 ss.

<sup>15</sup> A.C. DI LANDRO, *Big data – Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020, pp. 189 ss., sottolinea come i rischi nel caso di trattamento automatizzato di dati possono andare ben oltre il danno al singolo, includendo altresì la dimensione collettiva, in termini di dignità umana, discriminazione, manipolazione dell’opinione pubblica, sorveglianza di massa. Questa portata collettiva dei rischi è altresì stata definitiva come una “terza dimensione” della protezione dei dati, cfr. O.

Ed è così che l'AIA parla di “alto rischio” intendendo per tale non solo il rischio per il diritto alla vita privata e familiare, nonché per il diritto alla protezione dei dati personali (secondo quanto disciplinato dal GDPR), ma anche il rischio per la salute e la sicurezza delle persone, per la dignità umana, la libertà di espressione e di informazione, la libertà di riunione e di associazione, ed è in quest’ottica che altresì parla di non discriminazione, protezione dei consumatori, di diritti dei lavoratori, diritti delle persone con disabilità, diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, diritti della difesa e presunzione di innocenza nonché di diritto a una buona amministrazione. Nella valutazione del “grado” elevato del rischio si tiene, fra l’altro, conto della «portata potenziale d[el]... danno o d[ell’]... impatto negativo, in particolare in termini di intensità e capacità di incidere su una pluralità di persone»<sup>16</sup>, nonché della “misura” del potenziale danno o dell’uso del sistema di intelligenza artificiale<sup>17</sup>.

In modo ancor più esplicito il DSA parla di “rischi sistemici”, riferendoli all’attività delle piattaforme online di dimensioni molto grandi e dei motori di ricerca di dimensioni molto grandi nelle ipotesi in cui diffondano contenuti illegali, ovvero contenuti suscettibili di produrre effetti negativi reali o prevedibili sull’esercizio dei diritti fondamentali, inclusi tra gli altri la dignità umana, la libertà di espressione e di informazione, la libertà e il pluralismo dei media, il diritto alla vita privata, la protezione dei dati, il diritto alla non discriminazione, i diritti del minore e la tutela dei consumatori; od ancora laddove incidano negativamente (in modo reale o prevedibile) sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, sulla sicurezza pubblica, sulla salute pubblica e dei minori, sul benessere fisico e mentale della persona o sulla violenza di genere<sup>18</sup>. Di più. Il DSA marca il terreno del diverso grado di consapevolezza della portata dei rischi, rispetto al momento in cui era stato adottato il GDPR, laddove discorre, tra l’altro, di «am-

POLLICINO, *Big Data e Diritto Costituzionale Europeo*, in G. DEMURO, G. COINU, R. MONTALDO (a cura di), *Governance dei Big Data e politiche pubbliche*, Napoli, 2021, p. 76.

<sup>16</sup> Art. 7, c. 2, lett. d).

<sup>17</sup> Art. 7, c. 2, lett. b), c).

<sup>18</sup> Art. 34, c. 1.

plificazione algoritmica» dei rischi stessi, di adeguamento dei sistemi algoritmici<sup>19</sup> e descrive i «problemi sistemici, quali problemi con un ampio impatto sugli interessi collettivi dei destinatari del servizio»<sup>20</sup>.

Va infine rammentato, a conclusione del presente paragrafo relativo ai rischi implicati dai processi decisionali algoritmici per i diritti e le libertà fondamentali, che non sono solo coloro nei cui confronti le decisioni, valutazioni e previsioni algoritmiche sono destinate a produrre effetti che risultano esposti ai “pericoli” dell’intervento algoritmico. Ne risultano altresì esposti coloro il cui operato risulta “sostituito” da tali decisori algoritmici, e non solo e non tanto per il riferimento spesso ricorrente alla perdita di posti di lavoro, ma per un’incidenza, meno visibile benché altrettanto pervasiva, che agisce a livello cognitivo, come condizionamento dell’autodeterminazione, esposta alla c.d. cattura del decisore da parte dell’algoritmo<sup>21</sup> od “*effet moutonnier*”<sup>22</sup> che dir si voglia.

#### 4. *Le forme della regolamentazione*

Come noto, la funzione tipica della regolamentazione di origine pubblicistica, salva la portata costituzionale della medesima rivolta alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali dagli abusi del potere pubblico, mira alla protezione dei privati da varie tipologie di “rischio” suscettibili di mutare in ragione dell’evoluzione economico-sociale e tecnologica<sup>23</sup>. Salve le ipotesi in cui l’adozione di un approccio precauzionale porti il legislatore ad introdurre divieti, in ragione delle incertezze legate a determinate attività, così bloccando sul nascere potenziali risultati innovativi<sup>24</sup>, la disciplina dei rischi legati

<sup>19</sup> Considerando 81, 84, 88, 91.

<sup>20</sup> Considerando 138.

<sup>21</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e future delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 63 ss.

<sup>22</sup> Come ricorda V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, p. 205.

<sup>23</sup> Nell’ambito della c.d. risk society, U. BECK, *Risk Society – Toward a new modernity*, Monaco, 1992.

<sup>24</sup> A. STIRLING, *Precaution in the governance of technology*, in BROWNSWORD, E.

“all’impresa” e “capacità di intrapresa” dei privati può fondarsi su svariate tecniche normative<sup>25</sup>.

Ora, i processi decisionali algoritmici sopra menzionati implicano, come descritto, rischi, non solo individuali, ma altresì collettivi, che senz’altro invocano l’intervento del regolatore pubblico, richiamandolo al “suo dovere” di tutela della collettività. A questo appello ha risposto l’Unione europea.

Nel prosieguo, l’accento si sposta quindi sulle tecniche regolatorie – a tal scopo – promosse. Nello specifico, l’UE risulta aver promosso una particolare strategia normativa: la co-regolamentazione, ponendosi così in linea con il *better regulation approach* ed il *new approach* citati in esordio. Depongono in questa direzione sia il GDPR che il DSA, quando rinviano ai codici di condotta; ad essi si aggiunge l’AIA che rinvia, tra l’altro, a norme armonizzate.

Nel GDPR, l’art. 40, c. 2 dispone che il Codice viene elaborato da soggetti privati su stimolo di organismi pubblici (autorità di controllo, comitato europeo per la protezione dei dati, commissione europea), nonché da questi valutato (avendo la competenza ad esprimere un parere) ed approvato se ritenuto conforme al Regolamento medesimo (Art. 40, cc. 5-8). È altresì disposta la possibilità, per i codici valutati dal comitato europeo in quanto riferiti a trattamenti distribuiti in diversi Stati, di acquisire validità generale sul territorio dell’Unione, mediante atto di esecuzione della Commissione (Art. 40, c. 9). Tali codici sono elaborati dalle organizzazioni dei rappresentanti delle categorie dei titolari e responsabili del trattamento, mentre – non nel testo del GDPR ma – solo nel considerando 99 si fa cenno all’auspicio che queste organizzazioni provvedano a consultare (in sede di predisposizione del codice) gli interessati ed a tener conto delle loro opinioni. In definitiva, ciò che interessa, in questa sede, porre in evidenza, è che questi codici di condotta sono chiamati ad assolvere la funzione di dare sostanza a previsioni alquanto indeterminate del GDPR, quali la traspa-

SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., pp. 645 ss.

<sup>25</sup> Per una panoramica delle tecniche regolatorie si rinvia a R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999, pp. 34 ss.



renza e la correttezza del trattamento, posti a presidio dei diritti dell'interessato.

Nel DSA, l'art. 45 dispone, al comma 2, l'invito della Commissione rivolto alle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (così come altre piattaforme ed i service providers, nonché le autorità competenti, le parti interessate e le organizzazioni della società civile), a partecipare all'elaborazione di codici di condotta «qualora emerga un rischio sistemico significativo». Anche in questo caso, sebbene la partecipazione all'elaborazione del codice, rispetto a quanto disposto dal GDPR, sia espressamente disposta in modo più ampio, coinvolgendo le stesse organizzazioni della società civile, tuttavia, la sfera di discrezionalità consegnata al codice non è di poco conto. Il DSA si limita, infatti, all'art. 35, c. 1, alla previsione di generici criteri per l'attenuazione dei rischi sistemici, mediante l'uso di ampie clausole quali la proporzionalità, l'adeguatezza, la ragionevolezza.

Nell'AIA, l'art. 40, rinvia, in relazione ai sistemi ad alto rischio, alle norme armonizzate<sup>26</sup> disponendo la classica presunzione di conformità<sup>27</sup>. Rimanda quindi la definizione dei requisiti che i sistemi ad alto

<sup>26</sup> Le norme o *standards* possono essere fissate in forma vincolante dal potere pubblico mediante strumenti del diritto pubblico, ma la loro elaborazione può essere lasciata "al mercato", in tal caso l'adesione agli *standards* è volontaria e produrrà semmai effetti in sede probatoria, sulla conformità ai requisiti legislativi di un prodotto, processo o servizio; od ancora, la loro elaborazione può essere espressamente richiesta da istituzioni pubbliche, com'è il caso per le norme armonizzate europee, secondo cui la Commissione fissa i requisiti previa consultazione delle organizzazioni europee di normazione e poi ne demanda l'elaborazione a quest'ultime. Se la Commissione ritiene la norma da queste consegnata conforme alla richiesta, procede alla sua pubblicazione sulla GUCE come norma armonizzata, suscettibile di produrre la presunzione di conformità (cfr. Art. 10, Regolamento (UE) n. 1025/2012. Per un approfondimento sulle tipologie, la natura e l'origine delle norme, si rinvia a C. SCOTT, *Standard-setting in Regulatory Regimes*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2020, pp. 104 ss. Per la differenza tra le norme sui prodotti e quelle sui servizi, implicanti valutazioni di natura più strettamente tecnico-scientifica le prime e coinvolgenti preferenze socioculturali e quindi maggiormente politiche le seconde, cfr. B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of services and its impact on private law – Paradoxes of convergence*, cit., pp. 54-57.

<sup>27</sup> Come del resto disposto dall'art. 10, c. 6, Regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea.

rischio devono soddisfare agli organismi europei di normazione, vale a dire a soggetti di diritto privato, rispetto ai quali non poche perplessità sono state sollevate dalla dottrina in termini di legittimazione<sup>28</sup>, oltre che in termini di legittimità di quella che nella sostanza si traduce in una delega di potere normativo a loro favore<sup>29</sup>. Simili perplessità ne escono senz'altro rafforzate ove si rammenti la genericità dei requisiti enunciati dall'AIA e, per converso, l'ampiezza dello spazio di manovra lasciato ai regolatori privati<sup>30</sup>.

Se così è come pare, se quindi la normativa europea, in linea di coerente sviluppo con il presupposto approccio basato sul rischio, ha inteso senz'altro “coprire” la tutela dei diritti e libertà fondamentali coinvolti (ed a rischio di essere travolti) dall'impiego di tecniche decisionali algoritmiche, tale normativa lascia tuttavia scoperto il fianco all'obiezione di aver – allo scopo – “tessuto” una “coperta troppo corta”. Si tratta – quindi – di “testare” se ed in che termini la disciplina europea in oggetto, lacunosa dal punto di vista delle “determinatezza” dei contenuti posti a tutela dei diritti e libertà fondamentali, possa considerarsi in grado di soddisfare tali essenziali esigenze garantistiche,

<sup>28</sup> L. SENDEN, *Towards a More Holistic Legitimacy Approach to Technical Standardisation in the EU*, in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 20 ss.

<sup>29</sup> A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 197, ricorda come questa forma di delega sia stata variamente definite: «as hidden attribution of regulative power to private subjects, material delegation, *de facto* delegation, dissembled allocation of regulative responsibility».

<sup>30</sup> Come evidenziato da M. EBERS, V.R.S. HOCH, F. ROSENKRANZ, H. RUSCHEMEIER, B. STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in *Multidisciplinary Scientific Journal*, n. 4/2021, p. 594: «Title III, Chapter 2 AIA contains an extensive list of essential requirements which must be observed before high-risk AI system is put on the market... all of these requirements are worded in a rather broad way. Instead of formulating the requirements for high-risk AI itself, the AIA defines only essential requirements, whereas the details are left to standards elaborated by the European Standardization Organisations (ESOs)... however... the standardization of AI systems is not a matter of purely technical decisions. Rather, a series of legal and ethical decisions must be made».

attraverso presidi alternativi a quelli della certezza contenutistica delle disposizioni di origine pubblicistica.

##### 5. *Le garanzie di ordine pubblicistico*

Come evidenziato nel paragrafo precedente, le salvaguardie approntate dalla normativa oggetto di riflessione (GDPR, DSA, AIA), contro rischi individuali e collettivi per i diritti e le libertà fondamentali derivanti dall'impiego di processi decisionali algoritmici, sembra alquanto blanda laddove si abbia riguardo al suo contenuto, vale a dire alle prescrizioni di ordine sostanziale. I requisiti enunciati sono infatti vaghi e indeterminati, la loro definizione è essenzialmente devoluta a forme di co-regolamentazione (codici di condotta, norme armonizzate).

In effetti, ciò che ha cercato di fare il legislatore europeo, a coronamento del *risk-based approach*, è la conversione di garanzie pubblicistiche di ordine sostanziale in garanzie di stampo procedimentale. Nello specifico, anziché “imbrigliare” i processi algoritmici e l'impiego che ne è fatto entro stringenti requisiti oggettivi, ha lasciato aperta la flessibilità del sistema, rinviando alla più “resiliente” normativa di origine privatistica. In questo modo ha aperto la strada alla “collaborazione” con coloro che – operando nel settore – sono meglio in grado di conoscere e quindi “penetrare” la materia, collaborazione quindi necessaria per poter disciplinare con cognizione di causa ed in modo efficiente ed efficace processi tanto complessi ed in così rapida evoluzione. Nel far questo ha tuttavia eretto alcuni baluardi, di natura pubblicistica e di ordine – non tanto sostanziale (vista la vaghezza dei contenuti), ma – procedimentale, volti a tenere sotto controllo il “regolatore privato”. E ciò ha fatto in ragione della latitudine degli interessi coinvolti. Si versa infatti in ipotesi di devoluzione di competenza normativa che senz'altro coinvolge aspetti organizzativi e gestionali di natura tecnica, ma che tuttavia nella tecnica non si esaurisce. Come argomentato nei precedenti paragrafi, gli aspetti organizzativi e gestionali devoluti ai privati dal *risk based approach*, in realtà sottintendono ed implicano bilanciamenti e quindi scelte che hanno a che fare con istanze soggettive di ordine fondamentale (diritti e libertà). A fronte di si-

mile complesso scenario, si è assistito ad una incrementale presa di coscienza da parte del legislatore europeo, attestata dal percorso seguito nei menzionati interventi legislativi che hanno – per converso – proporzionalmente calibrato l'intensità dei presidi procedurali approntati.

È così che se il GDPR si limita a disporre che la Commissione e le autorità di controllo “sollecitano” l'elaborazione di codici di condotta da parte delle organizzazioni rappresentative dei titolari e responsabili del trattamento, controllandone la conformità al Regolamento stesso, il DSA rafforza i presidi di stampo pubblicitario<sup>31</sup>. E lo fa non solo prevedendo una funzione maggiormente attiva della Commissione, non solo ampliando espressamente (nell'articolo 45, c. 2 e non nel semplice considerando come fatto dal GDPR) la sfera di coloro che partecipano all'elaborazione del codice estendendola ai rappresentanti della società civile ed alle parti interessate, ma altresì incrementando il ruolo di garanzia di Commissione e comitato europeo per i servizi digitali sia *ex ante* che *ex post* l'adozione del codice. Nello specifico, è sia previsto l'intervento di tali organi in sede di elaborazione, per assicurare determinati contenuti al codice di condotta tra cui la chiara definizione degli obiettivi e degli indicatori chiave di prestazione, che – altresì – disposto il loro monitoraggio e valutazione sui risultati evidenziati da tali indicatori, con conseguente possibilità di invitare i firmatari ad adottare le misure necessarie per l'ipotesi di inadempienza sistematica degli obiettivi formalizzati nel codice. Inoltre, secondo quanto previsto dal considerando 104, il rifiuto di adesione all'invito a partecipare all'elaborazione dei codici, senza adeguata motivazione, può deporre nella direzione di una violazione degli obblighi contemplati dal DSA. Sempre poi nell'ottica di un intervento rinforzato nell'elaborazione dei codici di condotta, è stabilito che «il comitato dovrebbe contribuire al conseguimento di una prospettiva comune dell'Unione riguardo all'applicazione coerente del... regolamento» anche attraverso la «redazione dei pertinenti modelli e codici di condotta»<sup>32</sup>. L'AIA, a sua volta, si spinge oltre, nell'introdurre salvaguardie di ordine pubblicitario rispetto agli spazi di attività normativa devoluti ad organismi pri-

<sup>31</sup> O. POLLICINO, *Il nuovo Codice europeo contro la disinformazione*, in *lavoce.info*, 8 settembre 2022.

<sup>32</sup> Cfr. il considerando 132.

vati, nello specifico le organizzazioni europee di normazione (ESOs). Se, infatti, l'art. 40 rinvia alle norme armonizzate per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, disponendone la classica presunzione di conformità<sup>33</sup>, il successivo art. 41 prevede tuttavia che nel caso di loro insufficienza o inadeguatezza «... vi sia la necessità di rispondere a specifiche preoccupazioni in materia di sicurezza o di diritti fondamentali», la Commissione può intervenire mediante atti di esecuzione stabilendo essa stessa le specifiche comuni attuative dei requisiti di cui al capo II della proposta di Regolamento. In questi termini lo spazio lasciato alla regolamentazione di origine privatistica è “monitorato” e “ritirato” ove rischi in termini di sicurezza o diritti fondamentali emergano.

#### 6. *Dove e come si va “chiudendo il cerchio” del risk-based approach?*

Se quindi la latitudine dei diritti e delle libertà esposti a rischi (individuali e collettivi) dai processi decisionali algoritmici è senz'altro tale da chiamare in causa l'intervento del regolatore pubblico, altri dati depongono per maggiori cautele nel volergli “cucire addosso” un intervento di tutela “a tutto tondo”. Da un lato, la difficoltà di “prensione” di un fenomeno che, come tutti i portati della globalizzazione, presenta caratteristiche di a-territorialità. Dall'altro lato, la difficoltà di “comprensione” di un fenomeno (i processi algoritmici) che non solo necessita di conoscenze altamente specialistiche, ma è altresì in continua e rapida evoluzione, con il rischio di una “rincorsa” del legislatore che risulti comunque “fuori tempo”.

Il legislatore europeo per fronteggiare queste plurime difficoltà, da un lato “chiama in sussidiarietà” i privati, nel completamento della normativa da esso disposta, vale a dire coloro che meglio di altri conoscono l'oggetto da regolare in quanto ne sono gli “artefici” o comunque operano nel settore; dall'altro lato, cerca di presidiare tale intervento sussidiario con una serie di “ancoraggi” procedurali, eretti lungo il cammino dei “privati regolatori”. Trattasi di “ancoraggi” procedura-

<sup>33</sup> Conformemente, del resto, a quanto disposto in via generale dall'art. 10, Regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea.

li elaborati in rispondenza ai classici canoni che reggono i procedimenti pubblicistici: quali la proporzionalità, la ragionevolezza e l'*accountability*. Il regolatore pubblico mette quindi sotto la lente l'operato normativo di coloro ai quali delega tale funzione, per misurarne l'effettività, come fatto dal DSA attraverso la previsione di indicatori, oppure ritirare la delega quando sorgono preoccupazioni per la sicurezza e i diritti fondamentali, come disposto dall'AIA.

Come a dire, il rischio – individuale e collettivo – per i diritti e le libertà fondamentali derivante da sistemi tanto complessi quali quelli che si fondano su grandi masse di dati, capacità computazionale e algoritmi di programmazione, si traduce, per il legislatore europeo, in un rischio “calcolato”. In questo senso, l'Unione europea porta a compimento il percorso avviato con *risk-based approach*, ed inaugurato con il GDPR: “chiudendo il cerchio” dell'intervento legislativo che poggia sui criteri della proporzionalità e della *accountability* nel punto in cui rimette ai privati gran parte dell'attività regolamentare, ma cerca di presidiarne accortamente l'operato. Questa la via attraverso cui il legislatore europeo ha inteso “calcolare” il rischio, istituendo presidi pubblicistici di ordine procedurale che “trincerano” i confini dell'attività normativa devoluta ai privati. Presidi che, come detto, si sono incrementati in ragione direttamente proporzionale all'acquisita consapevolezza, da parte del regolatore europeo, della portata del rischio (non solo individuale, ma anche collettivo) nonché del livello del medesimo (quanto alla latitudine delle libertà e dei diritti fondamentali coinvolti).

In questo modo, le garanzie sostanziali tipiche della riserva di legge, del principio di legalità e della certezza del diritto, si “convertono” (*rectius*, completano) in garanzie di ordine procedimentale, ad ulteriore suffragio della dottrina del *digital constitutionalism*<sup>34</sup> che erge questa tipologia di tutele a nuovo baluardo contro i “poteri privati”.

<sup>34</sup> O. POLLICINO, *L'impatto dell'IA sul diritto e sui diritti*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, p. 492; E. CELESTE, G. DE GREGORIO, *Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR*, in *Global Privacy Law Review*, vol. 3, n. 1/2022, p. 16.

PARTE SECONDA

DEMOCRAZIA E SOVRANITÀ NELL'ERA DIGITALE





DEMOCRAZIA DIGITALE, COMUNICAZIONE POLITICA  
E FORMAZIONE DELL'OPINIONE PUBBLICA:  
QUALI REGOLE, QUALI TUTELE

ANNA PAPA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La tutela del diritto dei cittadini ad essere informati. – 3. Il sistema dei media quale elemento fondamentale di un sistema democratico e il ruolo della Rete. – 4. L'asimmetria normativa della comunicazione politica nei mass media. – 5. L'incerto futuro dell'intermediazione informativa in Rete.

1. *Considerazioni introduttive*

La realizzazione di una società digitale, non solo formalmente ma anche e soprattutto sostanzialmente democratica, rappresenta una importante sfida – forse la più importante – alla quale gli Stati tecnologicamente avanzati sono chiamati a dare una risposta.

Come è stato sottolineato, l'accesso ad Internet rappresenta oggi la modalità principale per l'ingresso nella sfera digitale dell'esistenza, sperimentando così i vantaggi (ma anche le criticità) della compenetrazione tra le due dimensioni, fisica e digitale, materiale e immateriale. È quella che viene definita, in ambito sociologico, “vita ibrida” o “*onlife*” per sottolineare come le persone, e le formazioni sociali delle quali sono parte, agiscono e si manifestano in entrambi gli spazi.

L'ambito comunicativo è stato tra i primi a caratterizzarsi per questa duplice dimensione<sup>1</sup>, dapprima nel ristretto ambito dei rapporti interpersonali e, successivamente, in quello della manifestazione del pensiero in pubblico, anche nella declinazione del diritto di informare e di essere informati. Inoltre, anche assecondando una tensione verso

<sup>1</sup> Si consenta il rinvio a A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2009, anche per l'analisi dell'affermazione di questo nuovo media. Per una riflessione sulle conseguenze attuali e prospettive, soprattutto in presenza di processi di post verità, cfr. P. BILANCIA, *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto e economia dei mezzi di comunicazione*, 2021, 3.

forme di *e-democracy* in buona parte ancora da sistematizzare<sup>2</sup>, la Rete

<sup>2</sup> Come è noto, nel linguaggio normativo e nelle riflessioni dottrinali, il termine *e-democracy* è utilizzato con significati diversi, che riflettono posizioni contrastanti sul rapporto tra tecnologia digitale e gestione dello spazio politico. Secondo alcuni la prima rappresenta uno strumento di partecipazione, rimanendo quindi nell'alveo del sistema rappresentativo, l'altro individua, invece, nella stessa un mezzo per giungere alla realizzazione di una nuova forma di democrazia. Appare evidente che in entrambe le ipotesi sia presente il tentativo di ridefinire il rapporto tra rappresentanti e rappresentati, sul quale si fondano le democrazie occidentali. In un caso si mira, infatti, ad ampliare la "presenza" di un soggetto che nella rappresentanza politica ottocentesca veniva considerato "assente", mentre nei sistemi rappresentativi democratici è sovrano "nelle forme e nei limiti" costituzionalmente previsti; nell'altro, invece, si ipotizza addirittura la possibilità di superare il principio rappresentativo a favore di un sistema di governo, i cui vantaggi sono peraltro tutti da dimostrare, nel quale è predominante l'azione diretta del popolo. Nella riflessione costituzionalistica italiana questa seconda ipotesi viene sottolineata con grande preoccupazione per la tenuta del sistema democratico. Come è stato sottolineato, per consentire l'affermazione di una reale *e-democracy* appare fondamentale sfuggire all'idea che il suo punto di approdo sia la democrazia diretta, intesa come espressione del voto in ogni momento e in ogni luogo. In altri termini, è necessario "andar oltre l'identificazione della democrazia elettronica con una logica di tipo referendario e analizzare le molteplici dimensioni del problema che riguardano gli effetti delle tecnologie dell'informazione sulle libertà individuali e collettive; i rapporti tra amministrazione pubblica e amministrati; le forme dell'organizzazione collettiva dei cittadini; le modalità di partecipazione dei cittadini alle diverse procedure di decisione pubblica; i tipi di consultazione dei cittadini; i caratteri e la struttura del voto". Così S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit. Vi è peraltro chi ritiene necessario attribuire alla *e-democracy* solo un ruolo marginale nel processo decisionale democratico, dal momento che la stessa "– in contrasto con il senso letterale del lemma, evocativo della possibilità di tornare, grazie alla potenza delle tecnologie, ai fasti presunti di una democrazia antica immaginata più che ricostruita nella sua realtà storica – (...) è intrinsecamente non democratica, poiché parcellizza le decisioni e oscura il quadro delle compatibilità in vista di fini generali in cui esse si collocano, cioè elude il nodo della complessità, che, nelle democrazie contemporanee, deve essere districato in collegi ristretti legittimati a farlo, attraverso procedure deliberative non così lineari". Così S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 2017. In senso analogo si era già espresso in precedenza M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2005, p. 115, secondo il quale la democrazia elettronica non configurerebbe una democrazia diretta, dal momento che non c'è equivalenza tra agorà fisica e agorà telematica. Non solo, "la cosiddetta democrazia elettronica sembra essere un vero ossimoro: una forma di partecipazione passiva alla cosa pubblica: un modello di comuni-

si è nel tempo affermata come una sede, non esclusiva ma di crescente rilevanza, nelle relazioni tra cittadini, politica e istituzioni.

Appare oggi un dato condiviso che il cittadino si informa non più solo attraverso la stampa e la televisione ma anche in Rete; al tempo stesso gli attori (sempre più spesso anche soggetti istituzionali e politici<sup>3</sup>) scelgono questo spazio per forme di comunicazione diretta e, per molti aspetti, disintermediata<sup>4</sup>. Può quindi affermarsi, con ragionevole

tà individualistica”. Contra A DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in “Dir. Soc.”, 1995 secondo il quale appare indubbio che sia “la democrazia diretta, nella sua dimensione formale (referendum) e informale (sondaggi), il vero campo di elezione della democrazia elettronica, il terreno, cioè, in cui le illimitate possibilità offerte dalle nuove tecnologie appaiono a molti come un formidabile ricostituente per le nostre gracili democrazie”. Su questi temi cfr., tra gli altri T.B. RILEY – C.G. RILEY, *E-governance to E-democracy. Examining the evolution, International Tracking Survey Report*, 2003, M. FOUCAULT, *The Foucault Effect*, Chicago, 1991, pp. 89 ss., che lega l'*e-democracy* al concetto di “governabilità”, intesa come “a way or system of thinking about the nature of the practice of government”. F. CUOCOLO, *Democrazia rappresentativa e sviluppo tecnologico*, cit., pp. 951 ss.; P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in “Informatica e diritto”, 2003. Su questi aspetti si consenta anche il rinvio a A. PAPA *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006.

<sup>3</sup> L'interazione tra partiti e mass media è un fenomeno caratterizzante i sistemi democratici, ben prima dell'avvento della Rete, come dimostra il grande interesse dei primi a poter essere presenti e a controllare i secondi. È però vero che l'accentuarsi della crisi dei partiti abbia prodotto l'incremento dell'utilizzo di nuovi strumenti di formazione politica: la televisione prima e la Rete poi. Inoltre, la crisi partitica degli anni '80 ha coinciso in modo non casuale con l'affermarsi di una nuova strategia comunicativa di tipo politico: quella emozionale, rientrando in una logica di marketing politico, che facendo leva su elementi estranei alla logica del dibattito mira a soddisfare l'esigenza dell'elettore, il quale ha un tempo limitato da dedicare alla formazione della propria idea, di poter fruire di scorciatoie politiche, ossia di fonti semplificate capaci di agevolare la sua scelta di voto, elettorale o non elettorale. Sul punto cfr. A. PIROZZOLI, *La comunicazione politica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 384.

<sup>4</sup> Come è stato sottolineato, “la ricerca spasmodica da parte degli esponenti politici di ogni colore (ma soprattutto di alcuni) di un contatto diretto con la massa informata dei cybernauti fa sì che proprio il *web* si ponga quale il luogo elettivo nel quale vengono a maturazione o, come che sia, sono sollecitate a formarsi le decisioni di maggior rilievo, con riflessi immediati a carico dei diritti fondamentali e per l'intero spettro dei

certezza, che la dimensione digitale del dibattito sia in grado di influenzare fortemente la formazione dell'opinione pubblica. E ciò rappresenta un dato al quale occorre dare una attenzione proporzionata alla consapevolezza che, in democrazia, il tema della formazione del consenso, e quindi la tutela del diritto ad essere informato del cittadino<sup>5</sup>, sia nelle fasi che precedono l'espressione della volontà popolare sia durante lo svolgimento della "legislatura", si presenta di particolare rilevanza, stante la sua centralità nella legittimazione di un sistema che è, per definizione, basato sulla volontà popolare. Come sottolineato anche dalla Corte costituzionale negli anni '90, "i principi fondanti del nostro Stato esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e che sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale"<sup>6</sup>.

Proprio questa esigenza impone di riflettere sull'impatto dell'attuale e significativa asimmetria normativa nella disciplina dei tre

beni della vita costituzionalmente protetti". Così A. RUGGERI, *"Forma di governo" e "sistema dei partiti": due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*, in *Consultaonline*, 2/2018.

<sup>5</sup> Come si avrà modo di sottolineare più avanti nel testo, la Corte costituzionale ha nel tempo definito i contenuti del diritto ad essere informati quale diritto costituzionalmente garantito e rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 2 e 21 della Costituzione. In particolare, nella sentenza n. 112/1993, la Corte costituzionale ha sottolineato come "il 'diritto all'informazione' va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale". In alcune sentenze successive ha poi qualificato il rapporto esistente tra *democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica*, giungendo ad affermare che la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica costituisce il metro di valutazione delle regole in materia di "comunicazione politica", quest'ultima intesa come momento di scambio e confronto su contenuti di interesse pubblico, prodotti dal sistema dei media, dal sistema politico e dal cittadino elettore. Il tema è stato ripreso anche nella sentenza n. 69 del 2009, nella quale la Corte ha sottolineato che l'imparzialità e l'obiettività dell'informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e dagli orientamenti ideali, culturali e politici, attesa la difficoltà che le singole notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obiettivi. Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 155 del 2002.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 112 del 1993 e n. 155 del 2002.

mass media sui processi di formazione dell'opinione pubblica e sulle prospettive (incerte) di un intervento del legislatore in materia, pur nella consapevolezza della difficoltà di definire regole nazionali dinanzi a processi comunicativi che si basano su tecnologie per definizione globali.

## 2. *La tutela del diritto dei cittadini ad essere informati*

Nel dettato costituzionale italiano, la libertà di espressione mira principalmente a tutelare l'aspetto personalistico dell'esercizio di questo diritto, al fine di impedire o anche solo di limitare il diritto di comunicare coi propri simili, di discutere con loro, sostenendo le proprie idee in uno "spontaneo e fecondo contraddittorio" tra opinioni diverse<sup>7</sup>. Al tempo stesso, dal dettato costituzionale emerge, seppure in modo più sfumato, la valorizzazione della dimensione partecipativa del diritto di manifestazione del pensiero<sup>8</sup>, volta a porre le condizioni per

<sup>7</sup> Tale impostazione privilegia l'elemento personalistico della libertà di manifestazione del pensiero, in linea con quanto sancito nell'art. 2 Cost. che, nello statuire l'inviolabilità dei diritti costituzionali, non fa alcuna menzione all'interesse dell'ordinamento o della collettività quali elementi idonei a condizionarli. In questa prospettiva il rapporto, che si viene a determinare nell'esercizio della libertà di espressione, è bilaterale, svolgendosi tra il singolo individuo e i pubblici poteri, con il primo titolare di un diritto assoluto a poter manifestare i propri convincimenti e con gli altri chiamati a limitarne l'esercizio, con fonte primaria, solo nei casi in cui sia rinvenibile un contrastante interesse la cui tutela possa giustificare la compressione di un diritto fondamentale. Così C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 9, il quale sottolinea che il riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero mira a riconoscere al singolo tale diritto, "indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possono derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche: si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero ed eventualmente insieme operare"; su analoghe posizioni, P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975 11; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 55.

<sup>8</sup> Secondo P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 23 ss., l'elemento partecipativo nella disciplina costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero emerge sotto almeno tre profili: in primo luogo nella tute-

una sua più ampia possibile diffusione e per la garanzia del suo carattere pluralistico, a tutela di tutti i soggetti coinvolti nel circuito comunicativo<sup>9</sup>. In altri termini, può ricavarsi dal dettato costituzionale la

la di una duplice libertà, quella dei contenuti dei messaggi e quello dei mezzi per la diffusione degli stessi; in secondo luogo nella distinzione tra corrispondenza e manifestazione del pensiero, nella quale è implicito il riconoscimento della peculiarità della seconda proprio in quanto destinata ad un pubblico indifferenziato, che non può essere solo soggetto passivo; infine nel fondamentale nesso istituito tra tutela dei diritti e partecipazione politica e sociale, che trova proprio in relazione alla manifestazione del pensiero, una delle sue più significative espressioni. Medesimo orientamento si rinviene in A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 276 ss., pur nella convinzione che “il sistema delle libertà delle democrazie pluraliste si presenta come sistema complesso anche sotto il profilo del contenuto materiale. Poiché oggetto delle norme sui diritti di libertà sono materie tipizzate (fattispecie), avviene sovente che la determinazione del significato normativo in relazione ad una concreta situazione possa e debba avvenire attraverso la combinazione di più norme (ad esempio gli artt. 21, 41 e 43 Cost., in relazione alle imprese giornalistiche o a quelle radiotelevisive). Si produce così un intreccio materiale che dà luogo ad una corrispondente ristrutturazione dei valori di riferimento secondo un ordine ulteriore rispetto a quello espresso nelle singole norme, che prende variamente forma a seconda di come viene apprezzata l'effettiva interferenza delle materie”.

<sup>9</sup> La bibliografia sul tema della libertà di espressione è quanto mai ampia; cfr., tra gli altri, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. PALADIN, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985; C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992; AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, 1992; R. ZACCARIA - L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. XII, Padova, 1992; L. CARLASSARRE, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; A. PACE - F. PETRANGELI, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2002; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005; A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - A. RUGGERI - A. SAIITA - G. SILVESTRI (a cura di), *Liber-*

convinzione che l'interesse generale sia meglio realizzato consentendo a tutte le espressioni, per quanto diverse, minoritarie ed isolate, di acquisire uno spazio di visibilità nella "sfera pubblica" intesa come ambito relazionale nel quale la palese e dinamica circolazione delle idee consente la formazione dell'opinione pubblica, soprattutto su questioni oggetto di dibattito politico nelle sedi rappresentative ma più in generale su tutti i temi che suscitano interesse nella comunità.

Questo secondo angolo visuale, complementare al primo, trasforma la manifestazione del pensiero in un processo nel quale assume rilevanza non solo colui che si esprime per informare (in senso lato), ma anche – e anzi soprattutto – il destinatario della diffusione della notizia o dell'opinione, con la conseguente configurazione di un "diritto ad essere informati" quale situazione giuridica soggettiva piena<sup>10</sup>. Ciò comporta la necessità di garantire il pluralismo, anche nella forma della pari opportunità di accesso ai mezzi di informazione, e l'attendibilità del pensiero (che in quanto espresso per informare assume la connotazione del sapere e della competenza) che viene diffuso.

L'orientamento appena descritto, maggioritario nella dottrina costituzionalistica, è stato fatto proprio anche dalla Corte costituzionale, portandola a riconoscere valore costituzionale anche al "diritto ad essere informati" come profilo passivo riferito a tutti i cittadini in quanto componenti di quella opinione pubblica su cui si fonda la democrazia. Come si legge in molteplici sentenze, il "diritto all'informazione" rappresenta il profilo implicito della libertà di espressione quando quest'ultima si ponga l'obiettivo di contribuire alla formazione dell'opinione pubblica, con la conseguenza che il destinatario deve essere messo in condizione di poter comprendere e di poter fare affida-

*tà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. PACE - M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007, A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014; M. BIANCA - A. GAMBINO - R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016.

<sup>10</sup> Come è stato sottolineato, «*liberty of expression benefits more than the speaker. The bearer and reader suffer a violation of their spiritual liberty if they are denied access to the ideas of others*». Cfr. A. COX, *Freedom of expression*, Cambridge-London, 1981.

mento sulla natura obiettiva (nella misura massima possibile) del messaggio che sta ricevendo<sup>11</sup>.

La seconda conseguenza per la Corte è il riconoscimento nel “diritto all’informazione” di una situazione giuridica soggettiva non solo “individuale”, ma anche “strumentalmente orientata” al buon funzionamento della vita democratica, con la conseguente riconduzione di tutti i mezzi di comunicazione di massa nell’alveo dei “servizi pubblici o comunque di pubblico interesse”, in quanto destinati a soddisfare un “interesse generale”<sup>12</sup>.

In questo duplice contesto interpretativo si inseriscono le ulteriori sentenze della Corte in tema di informazione e comunicazione politica, nelle quali essa pone come imperativo costituzionale che il diritto di informazione venga “qualificato e caratterizzato, tra l’altro, sia dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie - così da porre il cittadino in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista e orientamenti culturali e politici differenti - sia dall’obiettività e dall’imparzialità dei dati forniti, sia infine dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell’attività di informazione erogata”<sup>13</sup>. In particolare, in una sentenza del 2002, la Corte ha sottolineato che “il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino appare (...) tutelato in via prioritaria soprattutto in riferimento a valori costituzionali primari, che non sono tanto quelli della pari vi-

<sup>11</sup> Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale n. 112/93 e, in precedenza, nn. 122/70; 105/72; 1/81; 194/87. La Corte correla quindi in modo stringente la possibilità per il cittadino di informarsi e la partecipazione “consapevole” alla formazione della volontà generale. Appare infatti evidente che la Corte voglia sottolineare l’esigenza di offrire all’elettore la possibilità che egli possa formarsi una opinione prima del voto, se vuole, fermo restando che la partecipazione del cittadino alla formazione della volontà popolare mediante il voto è, in un sistema istituzionale basato sul suffragio universale, un diritto assoluto, non limitabile sul piano generale, con la conseguenza che chiunque può votare senza prima formarsi una opinione e senza doverne dare giuridicamente conto ad alcuno.

<sup>12</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 112 del 1993.

<sup>13</sup> Il tema, posto nella sentenza citata alla nota precedente, è stato ripreso anche nella sentenza n. 69 del 2009, nella quale la Corte ha sottolineato che l’imparzialità e l’obiettività dell’informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e dagli orientamenti ideali, culturali e politici, nella difficoltà che le notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obiettivi.



sibilità dei partiti, quanto piuttosto quelli connessi al corretto svolgimento del confronto politico su cui *sempre* (e quindi anche al di fuori dei periodi di competizione elettorale) si fonda il sistema democratico<sup>14</sup>, giungendo alla conclusione che la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica costituisce il metro di valutazione delle regole in materia di "comunicazione politica", quest'ultima intesa come momento di scambio e confronto su contenuti di interesse pubblico, prodotti dal sistema dei media, dal sistema politico e dal cittadino elettore.<sup>15</sup>

### 3. *Il sistema dei media quale elemento fondamentale di un sistema democratico e il ruolo della Rete*

La rilevanza dell'informazione, e dei mezzi mediante i quali essa si diffonde, quale strumento di conoscenza e formazione dell'opinione pubblica, trova, come è noto, fondamento direttamente nel dettato costituzionale, nell'art. 21, qualificato dalla Corte costituzionale in una delle sue prime sentenze quale "pietra angolare dell'ordine democratico"<sup>16</sup>.

Pur nella necessaria consapevolezza che il diritto di informare non possa essere appannaggio della sola dimensione professionale della corrispondente attività, nell'ordinamento italiano è espressamente a quest'ultima che vengono riconosciute prerogative e responsabilità utili a garantire da un lato il pluralismo del sistema nel suo complesso e, dall'altro, il rispetto dei criteri di veridicità, pertinenza e continenza

<sup>14</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 155 del 2002. Posto quindi l'obiettivo, ossia la realizzazione di una democrazia critica, basata sulla partecipazione attiva e consapevole del popolo alle scelte politiche, la Corte individua tre requisiti necessari: il pluralismo interno ed esterno del sistema dei media, una sostanziale parità di chances nell'accesso e una informazione corretta ed imparziale. Si tratta – come l'esperienza degli ultimi decenni ha evidenziato – di tre elementi fondamentali per un corretto rapporto tra informazione e opinione pubblica.

<sup>15</sup> Cfr., tra le altre, le sentenze della Corte costituzionale n. 112/93 e, in precedenza, nn. 122/70; 105/72; 1/81; 194/87.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 84 del 1969.

della singola notizia o opinione. In altri termini, atteso che ogni individuo può informare gli altri su fatti e opinioni che egli ritiene rilevanti, sono i tre grandi mass media a svolgere un ruolo fondamentale, insieme ai partiti, nella formazione dell'opinione pubblica.

I tre mass media sono stati obiettivo nel tempo di una diversa attenzione da parte del legislatore. La stampa è stato il primo ad essere disciplinato, peraltro direttamente dall'Assemblea Costituente, proprio al fine di garantire che i giornali, quotidiani e periodici, potessero svolgere il proprio ruolo nel dibattito politico in vista delle imminenti elezioni politiche senza essere assoggettati ad autorizzazioni o censure ma nel contempo assumendosi la responsabilità di quanto pubblicato<sup>17</sup>. La televisione ha conosciuto nel tempo una intensa azione regolatoria, anche sulla scia della giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare, a partire dagli anni '90 questo mass media è stato oggetto di tre successive leggi di sistema<sup>18</sup> e di numerosi interventi in materia di comunicazione politica, sui quali ci si soffermerà *infra*, che hanno provato a disciplinare la presenza dei partiti politici e dei loro leader nelle trasmissioni televisive, anche di intrattenimento, e a garantire la *par condicio*, al fine di tutelare il diritto all'informazione dei cittadini-tele spettatori. L'informazione in Rete si presenta, invece, ancora oggi priva di regolamentazione, eccezion fatta per la stampa online registrata la cui disciplina rappresenta il precipitato del combinato disposto di poche disposizioni normative e di sempre più numerose pronunce giurisprudenziali in materia. La restante, imponente, circolazione di informazioni e opinioni sul web non è, invece, soggetta alla nor-

<sup>17</sup> Si pensi alla disciplina, contenuta nella legge 47/1948 in materia di responsabilità penale dell'autore di un articolo ingiustificatamente (quindi privo dei caratteri della veridicità, contenenza e pertinenza) lesivo di un diritto altrui; alla responsabilità del direttore del giornale per omesso controllo; all'obbligo di rettifica o, ancora, all'obbligo di registrazione del quotidiano o periodico.

<sup>18</sup> La bibliografia in materia di evoluzione del sistema radiotelevisivo italiano è quanto mai ampia, a testimonianza delle criticità presenti nel sistema, sostanzialmente sin dalle sue origini. Per un'analisi dei profili di criticità della disciplina nell'ottica della garanzia del pluralismo cfr. M. MANETTI, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, 2012; A. CIANCIO (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012. Si consenta altresì il rinvio a A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2021.

mativa in materia di informazione e a quella sulla comunicazione politica, ma soprattutto, come già ricordato, elude il principio del confronto e del dibattito tra opinioni e idee che rappresenta una fondamentale declinazione dei processi democratici di formazione dell'opinione pubblica.

Eppure, appare innegabile l'importanza democratica dell'informazione in Rete non solo per l'interazione che essa consente (a differenza della stampa, ma soprattutto della televisione, entrambi mass media di natura unidirezionale), ma anche per il recupero, almeno potenziale, della centralità della manifestazione del pensiero nella sfera pubblica come libertà individuale attiva, con la conseguente valorizzazione del contributo di ciascun individuo al dibattito. Inoltre, l'ampliamento dei soggetti che manifestano il pensiero e degli spazi (siti, *social network*, *forum*, *blog*) in cui essi possono farlo ha certamente contribuito ad allargare il novero dei temi dibattuti, non circoscrivendolo solo a quelli politici e/o di più stretta attualità, bensì ricomprendendo tutti quelli sui quali una società pluralista sia in grado o voglia manifestare interesse<sup>19</sup>.

Può, quindi, affermarsi che un risultato certo, attribuibile alla Rete ed in particolare ai social network, sia proprio la promozione del dibattito anche sui temi che, per le ragioni più diverse, non riescono ad

<sup>19</sup> La crescente presenza di soggetti che utilizzano Internet come mezzo e luogo di espressione del proprio pensiero è la risultante di una serie di elementi, primo fra tutti la consapevolezza dello spazio di libertà che esso consente. A ciò si associa certamente anche la componente economica, derivante dai ridotti costi per la creazione di un sito Internet o per la presenza in *social network*, *forum* o *mailing list* (in questi ultimi casi solo il costo della connessione). Vi è poi un aspetto ulteriore, che è quello della semplificazione dell'organizzazione necessaria per poter attivare e gestire uno "spazio" in Internet. Infatti, per la maggior parte delle attività comunicative che si svolgono in Rete non sono previsti i vincoli tipici di attività imprenditoriali o quelli propri dell'informazione (registrazione, direttore responsabile, redazione composta da giornalisti iscritti all'albo), presenti invece per gli altri mezzi di comunicazione. La diffusione del pensiero in Internet presenta inoltre caratteristiche in grado di soddisfare importanti esigenze proprie della società contemporanea: solo per citarne alcune, ci si può riferire alla diffusione planetaria, alla rapidità e alla grande quantità di informazioni in essa presenti. Su questi aspetti si consenta il rinvio a A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

essere al centro dell'attenzione dei *mass media* tradizionali<sup>20</sup>. In questo senso può affermarsi che essi consentano una parziale “riallocazione” nella sfera pubblica del processo di formazione della pubblica opinione. Infatti, a differenza dei *media* tradizionali, che tendono ad amplificare opinioni già formati altrove, il pluralismo delle posizioni rinvenibili in Internet rappresenta uno strumento importante per consentire agli utenti di accedere e condividere opinioni, anche contrastanti, sulle più diverse questioni<sup>21</sup>.

Tuttavia, non può sottacersi che una attenta analisi degli attuali processi comunicativi in Rete faccia emergere chiaramente come questo *mass media* sia ormai sensibilmente diverso dall'idea (e dagli ideali) di utilizzo dei suoi primi utenti.

La grande quantità di informazioni presenti in Internet rende questo spazio una ragnatela (senza ragno) nella quale tuttavia assumono grande rilevanza alcuni meccanismi che consentono la ricerca dei contenuti e i soggetti (i motori di ricerca) che la rendono possibile. Del pari la comunicazione si concentra sempre più in piattaforme (ad esempio i *social network* ma anche quelle che presentano finalità più dichiaratamente politiche), i cui gestori, nel definire le regole di utilizzo e nell'implementarle, sono anche in grado di influire sui meccanismi e sui risultati della stessa. È poi nel tempo mutato anche il sistema di relazioni nella sfera pubblica del *web*. L'esperienza più recente sembra far emergere che chi ricerca contenuti in Rete non sempre desidera formarsi un'opinione, attingendo da una pluralità di fonti, ma sovente, anzi spesso, è alla ricerca di contenuti che confermino le proprie personali convinzioni o, ancora, in casi più limitati, per contestare coloro che esprimono una idea diversa dalla propria (in taluni casi con veri e propri caratteri di *hate speech*)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Come è stato sottolineato, la Rete rende possibile “processi di inclusione in una sfera pubblica rinnovata e diversa da quella che conoscevamo. Siamo di fronte ad un duplice farsi: dei soggetti che partecipano a questa sfera pubblica e della nuova sfera pubblica in sé”. Così S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit.

<sup>21</sup> Cfr. F. DONATI, *Democrazia, pluralismo delle fonti di informazione e rivoluzione digitale*, in *Federalismi.it*, 20 novembre 2013.

<sup>22</sup> Su questi aspetti, di recente, 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, n. 26.

In particolare, due elementi problematici inducono, in questo momento (altri, è ragionevole pensarlo, emergeranno già nel prossimo futuro) ad una riflessione critica sulla scelta, che al momento sembra prevalere, di non introdurre alcuna regolamentazione dell'informazione e comunicazione in Rete.

Il primo riguarda la correttezza dei contenuti informativi diffusi in Rete, intesa quale veridicità degli stessi. Appare oggi non agevole – salvo limitarsi ad utilizzare solo giornali *online* registrati o dedicare particolare attenzione ai siti dai quali si attingono le notizie – distinguere ciò che in Rete è informazione da ciò che potrebbe essere definita “esteriorizzazione di una idea personale assunta a fatto”. Infatti, è sempre più frequente leggere in Rete articoli redatti apparentemente secondo i canoni del diritto di cronaca (descrizione di un fatto, attualità di quest'ultimo, continenza del linguaggio) che tuttavia descrivono accadimenti inesistenti o che si dimostrano – ad una lettura più attenta – palesemente falsi, ledendo così il fondamentale elemento della veridicità della notizia. Si è in presenza, in altri termini, di *fake news*, nel linguaggio oggi corrente. Se considerate singolarmente, ciascuna di queste esternazioni potrebbe essere fatta rientrare nel novero “dell'espressione della creatività del pensiero individuale”, ma in realtà è ormai opinione condivisa che esse si inseriscono in un fenomeno più complesso e articolato, che è quello della post-verità, o dei fatti alternativi, come qualcuno li definisce, basato su notizie prive di fondamento, immesse “consapevolmente” in Rete in modo da essere velocemente e rapidamente condivise con la finalità di creare un dibattito, che si sviluppa partendo da un oggetto che formalmente si presenta come una *notizia* e viene quindi percepita dai più come attendibile, perché ritenuta – a torto – assoggettata, al pari di quanto accade per la notizia pubblicata su un giornale cartaceo o diffusa dal telegiornale, a precise regole giuridiche di veridicità e pertinenza<sup>23</sup>. Il risultato è il dif-

<sup>23</sup> Viene peraltro utilizzato uno strumento già noto e diffuso, ossia il dibattito, tipico fino a tempi recenti, dei *talk show* televisivi nei quali, partendo appunto da una notizia, ci si pone l'obiettivo di un approfondimento, stimolato da un giornalista e posto in essere da ospiti (di regola politici). Come l'esperienza nel tempo ha evidenziato, questi programmi televisivi di approfondimento si trasformano in vere e proprie arene nelle quali il punto di partenza, il fatto, viene ben presto accantonato per far posto ad

fondersi in Rete di dibattiti, talvolta molto aspri, che prendono spunto da notizie false o che forniscono occasione per confronti sovente lesivi della dignità delle persone, anche assenti, che risultano coinvolte. Ciò accentua fenomeni, come ad esempio la formazione in Rete di *echo-chambers*, nelle quali l'opinione contraria è destinata ad essere fortemente criticata, o all'inserimento, in comunità di dibattito, di utenti che hanno la sola finalità di aggredire verbalmente coloro che stanno condividendo una opinione o analizzando un fatto.

Un secondo aspetto, anch'esso di particolare rilevanza nel rapporto tra la Rete e la formazione dell'opinione pubblica, riguarda la concreta possibilità di *profilare* gli utenti, anche grazie ai big data<sup>24</sup>. Infatti, l'acquisizione e la rapida elaborazione di informazioni talvolta provenienti da banche dati diverse consente di definire un profilo alquanto attendibile di ciascun utente<sup>25</sup>. Come è noto, l'incrocio tra i moltissimi dati presenti nelle banche dati e sul *web* consente di ricavare un profilo (commerciale, politico, religioso, etc.) che va al di là della singola esteriorizzazione che ciascun individuo fornisce di sé in Rete, fornendo un quadro attendibile non solo delle propensioni di acquisto di una persona ma anche del suo modo di pensare, della sua sensibilità su alcune questioni, delle sue aspettative. Appare evidente che questa attività si presenta particolarmente invasiva della *privacy* e, soprattutto qualora interessi dati "sensibili", qualificati come tali anche dal legisla-

un incontro dialettico, sovente acceso, tra opinioni fortemente differenti, che tali sono destinate a rimanere.

<sup>24</sup> Come è noto il termine "big data" è relativamente recente e con esso ci si riferisce generalmente a un elevato numero di dati detenuti da imprese, governi e altre organizzazioni, la cui elaborazione e analisi non può essere effettuata da semplici software ma da complessi algoritmi, anche in considerazione del fatto che la loro elaborazione non avviene su un data base statico bensì in continua evoluzione al fine di rispondere ad esigenze di elaborazione molto tempestive e costantemente aggiornate.

<sup>25</sup> La profilazione commerciale rappresenta ormai un elemento della circolazione dei dati in Rete che viene percepito in modo sempre meno problematico da parte dei singoli utenti e che invece presenta indubbi riflessi negativi sulla tutela dei dati personali, al punto che l'Unione europea ha affrontato la questione in un suo recente regolamento in materia (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).

tore non solo italiano, presenti il rischio della lesione non solo della tutela della riservatezza ma anche di quel diritto “al silenzio” che autorevole dottrina riteneva violato da “schede” poste in essere a vario titolo<sup>26</sup>. In particolare, per la parte che qui rileva, la profilazione per finalità politiche, resa possibile dalla raccolta e rielaborazione di dati immessi dallo stesso utente ma in contesti e momenti diversi, è suscettibile di ledere il diritto dell’individuo sia a non essere destinatario di una attività indiretta di propaganda e influenza delle proprie future scelte elettorali, sia a poter ricevere informazioni plurali, dal momento che l’applicazione dei big data all’attività di profilazione consente di far pervenire all’utente, attraverso le piattaforme social, solo le notizie che si ritiene egli voglia ricevere, confermandolo quindi sempre più nelle sue convinzioni e riducendo la possibilità che possa formarsi una opinione sulla base di contenuti plurali<sup>27</sup>.

#### 4. *L’asimmetria normativa della comunicazione politica nei mass media*

L’altro ambito che concorre alla formazione dell’opinione pubblica è rappresentato, come è noto, dalla comunicazione politica, intesa come scambio e confronto di contenuti di interesse pubblico, prodotti dal sistema politico-istituzionale, dai mass media e dal cittadino, quale individuo e quale elettore.

Si tratta, quindi, di un flusso di informazioni, notizie, opinioni, che si muove nella sfera pubblica, su temi diversi e con contenuti diversi, che – a differenza dell’attività giornalistica in senso stretto – persegue l’obiettivo di portare a conoscenza dei cittadini i programmi, i punti di vista e le differenze tra i diversi soggetti presenti sulla scena politica.

Appare evidente come si tratti di una azione comunicativa partico-

<sup>26</sup> Così P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 26, il quale auspicava l’introduzione di un esplicito divieto di schedatura dei cittadini, dal momento che quest’ultima provoca una indiretta pressione suscettibile di limitare di fatto la libertà di manifestazione del pensiero.

<sup>27</sup> La problematica e per molti versi opaca utilizzazione per finalità politiche dei dati personali raccolti in Rete è emersa nel noto caso Cambridge Analytica. Per una attenta analisi cfr. D. MESSINA, *La protezione dei dati personali alla luce della vicenda “Cambridge Analytica”, in Federalismi.it*, 20/2018.

larmente sensibile ai cambiamenti del sistema politico e anche per questo si è evoluto nel tempo per forme, luoghi e modalità di esplicazione. Si pensi ad esempio al ruolo, ampiamente indagato in dottrina, della televisione e alla frequente difficoltà di distinguere tra programmi di intrattenimento, di informazione e comunicazione politica.

Del pari, critica si presenta non di rado la distinzione tra quest'ultima e la comunicazione istituzionale. La differenza tra i due ambiti comunicativi sembrerebbe netta. Nella realtà, invece, non appare sempre così agevole distinguere gli atti di promozione istituzionale dagli atti di promozione politica (e di orientamento del consenso elettorale), voluti entrambi da chi ricopre i vertici di ente pubblico - ministro, presidente di regione, sindaco ecc. - e dunque si trova nella contemporanea legittima posizione (e conseguente responsabilità) di esponente della maggioranza di governo e di capo dell'amministrazione<sup>28</sup>.

In un sistema democratico la presenza di spazi dedicati alla comunicazione politica, e alla parità di accesso agli stessi, si presenta di par-

<sup>28</sup> Un tentativo di definire una linea di demarcazione tra le due forme di comunicazione è presente nella legge n. 28 del 2000, "Disposizioni per la parità d'accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica", che prevede il divieto di svolgere attività di comunicazione e di informazione istituzionale nel periodo delle campagne elettorali. Il divieto era già stato introdotto dalla legge n. 515 del 10 dicembre 1993, primo intervento volto a disciplinare gli spazi e i tempi delle campagne elettorali, che imponeva a tutti gli enti e le amministrazioni pubbliche di astenersi da iniziative di promozione e pubblicità della propria attività nei trenta giorni precedenti l'inizio della campagna elettorale e per la durata della stessa, al fine di evitare un uso scorretto di questi strumenti, una propaganda elettorale velata, nonché una distorsione della competizione elettorale tra amministratori uscenti e nuovi soggetti politici. La disciplina del 2000 muove proprio dall'esigenza di risolvere le ambiguità del precedente regime. Il periodo relativo al divieto, viene ora chiarito, va dalla data di convocazione dei comizi elettorali, fino alla chiusura delle operazioni di voto, e gli obblighi riguardano ogni forma o strumento di propaganda, con qualsiasi tecnica e a qualsiasi scopo effettuata e anche se finalizzata alla promozione dell'immagine politica e dell'attività istituzionale dell'ente e non del singolo rappresentante. Tali disposizioni valgono per le elezioni europee, nazionali, regionali, mentre non abrogano la disciplina "speciale" dettata in tema di campagna per l'elezione diretta del sindaco (legge n. 81, del 25 marzo 1993, artt. 28 e 29), dove il divieto di propaganda è assoluto, non limitabile nemmeno a tutela dell'efficace svolgimento delle funzioni degli enti.



ticolare rilevanza. In Italia, tuttavia, solo in tempi relativamente recenti si è avvertita l'esigenza di disciplinarne il contesto di riferimento e il funzionamento<sup>29</sup>. Infatti, fatte salve le disposizioni contenute in leggi degli anni '50 e '70, solo negli anni '90 si è giunti all'approvazione della legge di disciplina della comunicazione politica nel periodo che precede le consultazioni elettorali (escludendo solo quelle referendarie, poi inserite nella legge successiva) con riferimento, tra l'altro, all'accesso ai mezzi di informazione, al regime economico-finanziario delle campagne elettorali, ai sondaggi, ai divieti di comunicazione istituzionale e pubblica<sup>30</sup>. Tale legge ha rappresentato, come è noto, il primo tentativo posto in essere dal legislatore di dare un contenuto ai concetti di "propaganda", "informazione" e "pubblicità" elettorale. Tale sforzo è stato poi ripetuto e perfezionato con la legge del 2000 (anche nota come legge sulla *par condicio*)<sup>31</sup>, di disciplina della comunicazione politica e dell'accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie. Per la parte che qui rileva, gli aspetti essenziali di tale normativa possono individuarsi da un lato nell'introduzione della gratuità dell'accesso a predefiniti spazi di propaganda e pubblicità elettorale messi a disposizione dalle emittenti pubbliche e private nazionali e, dall'altro, nella disciplina dell'uso dei media per finalità di comunicazione politica, che viene estesa a tutta la legislatura e non più alle sole campagne elettorali, riconoscendo così la necessità di disciplinare i luoghi della formazione dell'opinione pubblica anche nei periodi non-elettorali.

La legge non ha però risolto alcune criticità già evidenziate in seguito all'introduzione della legge del 1993, dal momento che, ad esempio, non fornisce alcuna indicazione né sui soggetti legittimati ad

<sup>29</sup> Come è stato sottolineato, per lungo tempo in Italia il processo di formazione della volontà dei cittadini era limitato al periodo elettorale, che veniva considerato "una sorta di spazio partitico esclusivo, impermeabile a qualsiasi intrusione da parte del potere legislativo, esecutivo e giudiziario". Così G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009, 278.

<sup>30</sup> L. 10 dicembre 1993, n. 515 (*Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e il Senato della Repubblica*).

<sup>31</sup> L. 22 febbraio 2000, n. 28 (*Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica*) e successive modificazioni e integrazioni.

accedere agli spazi televisivi, attribuendo così ampia discrezionalità alle emittenti, né sui criteri di ripartizione degli spazi stessi, compito quest'ultimo che è affidato alla Commissione parlamentare di vigilanza per quanto riguarda la RAI e all'AGCom per le emittenti private<sup>32</sup>. Inoltre, la legge non affronta la questione, che pure era stata più volte evidenziata in dottrina, della disciplina delle trasmissioni a carattere informativo ed in particolare della definizione di elementi utili a differenziarle da quelle proprie della comunicazione politica<sup>33</sup>. Indicazioni

<sup>32</sup> Come sottolineato nel testo, la normativa vigente attribuisce a soggetti diversi la definizione dei criteri per l'emittente pubblica e per quelle private. Il controllo del rispetto degli stessi è invece attribuito in modo univoco all'Agcom. Al riguardo, rileva sottolineare che l'attività sanzionatoria svolta dall'Autorità si caratterizza principalmente per un carattere meramente ripristinatorio. L'erogazione di eventuali sanzioni pecuniarie è prevista solamente nel caso di inosservanza di un ordine precedentemente impartito dall'Autorità ovvero di una diffida a cessare un comportamento illegittimo. Più in dettaglio, in caso di mancato rispetto delle norme relative alla comunicazione politica e ai messaggi autogestiti l'Autorità a seconda della tipologia e della gravità della violazione: può ordinare alle emittenti radiotelevisive la trasmissione di programmi di comunicazione politica con prevalente partecipazione dei soggetti politici che siano stati direttamente danneggiati dalle violazioni; può ordinare all'emittente interessata, oltre all'immediata sospensione delle trasmissioni programmate, la messa a disposizione di spazi, a titolo gratuito, per la trasmissione di messaggi politici autogestiti in favore dei soggetti danneggiati o illegittimamente esclusi, in modo da ripristinare l'equilibrio tra le forze politiche, ovvero, se del caso, il ripristino dell'equilibrio tra gli spazi destinati ai messaggi e quelli destinati alla comunicazione politica gratuita. In caso di violazione delle norme relative ai programmi di informazione, è previsto l'obbligo per l'emittente interessata di trasmettere servizi di informazione elettorale con prevalente partecipazione dei soggetti politici che siano stati direttamente danneggiati dalla violazione. Il mancato rispetto, invece, del periodo di silenzio elettorale l'emittente o l'editore interessato sono obbligati a dichiarare tale circostanza sul mezzo di comunicazione che ha diffuso il sondaggio con il medesimo rilievo, per fascia oraria, collocazione e caratteristiche editoriali, con cui i sondaggi stessi sono stati pubblicizzati. Infine, l'Agcom può ordinare la trasmissione o la pubblicazione, anche ripetuta a seconda della gravità, di messaggi recanti l'indicazione della violazione commessa e, ove necessario, di rettifiche. E' prevista inoltre la possibilità per l'Autorità di adottare ulteriori provvedimenti d'urgenza nel caso in cui risulti necessario ripristinare l'equilibrio nell'accesso alla comunicazione politica.

<sup>33</sup> Come è stato sottolineato, nelle trasmissioni informative in senso lato si pone sempre l'esigenza di mantenere un necessario distacco e un equilibrio rispetto all'attualità politica. Ciò è però particolarmente difficile in quei programmi per i quali

in tal senso non erano contenute neppure nel *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici* del 2005<sup>34</sup> e oggi nella nuova formulazione dello stesso del 2021<sup>35</sup>, che conferma il dettato precedente e si limita a stabilire che deve essere garantito “l’accesso di tutti i soggetti

non è sempre agevole tracciare una “valida demarcazione tra informazione e comunicazione politica”. Cfr. G. GARDINI, *Le regole dell’informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, 2014, 102. Volendo provare ad operare comunque una distinzione tra queste due tipologie, può ritenersi che nei programmi di informazione (es. telegiornali, notiziari), le emittenti radiofoniche e televisive locali, fatta salva la libertà di commento e di critica, in chiara distinzione tra informazione ed opinione, devono sempre garantire il pluralismo, attraverso la parità di trattamento, l’obiettività, l’imparzialità e l’equità. In periodo elettorale è vietato fornire, anche in forma indiretta, indicazioni o preferenze di voto. I programmi di comunicazione politica sono, invece, le trasmissioni in cui assume carattere rilevante l’esposizione di opinioni e valutazioni politiche attraverso tipologie di programmazione che consentano un confronto dialettico tra più opinioni anche in seguito a più passaggi. In periodo elettorale deve essere consentita una effettiva parità di condizioni tra i soggetti politici competitori, anche con riferimento alle fasce orarie e al tempo di trasmissione. Una tipologia di programmi per i quali questa distinzione appare di particolare complessità è data dai programmi di approfondimento informativo che per loro natura dovrebbero partire da un fatto da analizzare, al fine di consentire allo spettatore di formarsi una opinione. In quest’ottica l’approfondimento informativo si avvicina indiscutibilmente alla comunicazione politica, dove esistono tante “verità” quanti sono i soggetti politici partecipanti, con un frequente ridimensionamento della figura del giornalista conduttore che declina dal ruolo di guida del telespettatore alla comprensione delle questioni attraverso il dibattito a mero moderatore e garante della esposizione di opinioni altrui, che è in realtà proprio il ruolo del conduttore di un programma di comunicazione politica.

<sup>34</sup> D. lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*).

<sup>35</sup> D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 208, *Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato*. L’art. 6, in parte citato nel testo, è dedicato ai principi generali in materia di informazione e pone quali principi dell’informazione televisiva la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni; la trasmissione quotidiana di telegiornali o giornali radio da parte dei soggetti abilitati a fornire contenuti in ambito nazionale o locale su frequenze terrestri; (...); l’assoluto divieto di utilizzare metodologie e tecniche capaci di manipolare in maniera non riconoscibile allo spettatore il contenuto delle informazioni (2 comma, lettera e).

politici alle trasmissioni di informazione e di propaganda elettorale e politica in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme e secondo le modalità stabilite dalla legge” (art. 6). Come è stato sottolineato, l’assenza di indicazioni da parte del legislatore, che al contrario ha disciplinato con evidente tensione i programmi di intrattenimento<sup>36</sup>, ha fatto ricadere sui soggetti che debbono definire i criteri (RAI ed AGCom) e sul controllore (la stessa AGCom) il compito di differenziarli<sup>37</sup>.

Infine, ma non di secondaria importanza nella prospettiva alla base di questo lavoro, nessuna disposizione in materia di comunicazione politica riguarda la Rete, nonostante al momento dell’approvazione della legge (e delle sue modifiche) essa fosse ormai una realtà nota e in avanzato stadio di consolidamento anche come mass media. Ne deriva che la propaganda che essa veicola è esclusa da ogni forma di regolamentazione, sia sul piano delle garanzie del contraddittorio (che si ritengono forse superate dall’indubbio pluralismo esterno che Internet consente), sia su aspetti solo apparentemente secondari, quali il silenzio elettorale – in Rete praticamente inesistente – o il divieto di pubblicare sondaggi o orientamenti di voto nei quindici giorni che precedono la giornata elettorale e fino alla chiusura delle operazioni di voto<sup>38</sup>, anch’esso frequentemente violato sul *web*.

<sup>36</sup> Sul punto cfr. R. BIANCO, *Diritto delle comunicazioni di massa*, Roma-Bari, 2007, 132; G. GARDINI, *Le regole dell’informazione*, cit. 295.

<sup>37</sup> Come è stato sottolineato, con riferimento alle tornate elettorali successive all’entrata in vigore della legge 28/2000, l’Agcom ha, con proprie delibere, “esteso alle imprese private di radiodiffusione obblighi di imparzialità normalmente imposti alla sola concessionaria pubblica, valevoli anche al di fuori del periodo di campagna elettorale formale”. Tra queste, l’obbligo per tutte le trasmissioni di informazione e di approfondimento di “rispettare i principi di completezza e correttezza dell’informazione, obiettività, equità, lealtà, imparzialità, pluralità dei punti di vista e parità di trattamento” (Del. 22/06/CSP). O, ancora, l’obbligo per tutte le emittenti, pubbliche e private, di garantire nei programmi di informazione “uno spazio adeguato a tutte le iniziative ed eventi di importanza nazionale che rivestano carattere di rilievo per la vita socio-politica del paese, quali momenti collettivi di partecipazione democratica e di formazione dell’opinione pubblica, nel rispetto dei principi di pluralismo, obiettività, completezza e imparzialità dell’informazione” (Del. 167/07/CSP).

<sup>38</sup> Come, previsto nel Regolamento AGCom “in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa” (Allegato A alla delibera n.

### 5. *L'incerto futuro dell'intermediazione informativa in Rete*

L'attuale fase del rapporto tra comunicazione e politica si presenta caratterizzato da un sostanziale disallineamento tra la crescente rilevanza che il *web* sta assumendo nei processi di formazione dell'opinione pubblica e, come viene sottolineato, nello stesso rapporto rappresentativo e la percezione che il legislatore sembra avere del fenomeno stesso.

Il numero complessivo di persone che accede alla Rete per informarsi e per partecipare al processo di formazione dell'opinione pubblica è in costante crescita e sono sempre più numerosi i "luoghi" (profili social, blog, forum) nei quali si svolge la comunicazione politica, spesso ripresa nei contenuti anche dagli altri media (si pensi ai *twitter* di esponenti politici o ai *post* su *blog* o *social network*)<sup>39</sup>. Del pari sempre più politici utilizzano il web e soprattutto i social network per comunicare con i cittadini in modo diretto, senza l'intermediazione (e il "*fact checking*") dell'informazione professionale.

Si tratta di un fenomeno di sicura rilevanza sul piano quantitativo ma dove sono evidenti anche i rischi derivanti da processi di disinformazione e di disintermediazione, nella misura in cui le tante notizie non veritiere presenti sul web, sulle quali si innestano rilevanti processi comunicativi, si scoprono essere il frutto di strategie predeterminate e con finalità da taluno definite di *post verità*<sup>40</sup>.

256/10/CSP del 9 dicembre 2010) si ha inosservanza del divieto citato nel testo "quando vengono riportate nel circuito dell'informazione radiotelevisiva, delle edizioni cartacee od elettroniche di quotidiani o periodici, o della diffusione di notizie mediante agenzia, dichiarazioni concernenti i risultati di sondaggi politici ed elettorali rilasciate da esponenti politici o da qualunque altro soggetto in qualsiasi sede, a meno che i sondaggi cui tali dichiarazioni si riferiscono non siano già stati resi pubblici, secondo le forme stabilite dagli articoli 4 e 5, nel periodo precedente" i quindici giorni dalle elezioni.

<sup>39</sup> Come rilevato dall'AGCom nella sua relazione su *Il consumo di informazione e la comunicazione politica in campagna elettorale*, del 2016 con dati relativi al 2015, il mezzo ancora oggi più utilizzato dagli utenti è la televisione ma l'utilizzo del *web* è passato dal 38% del 2010 al 54% del 2015, superando i quotidiani cartacei che hanno visto negli ultimi anni una progressiva diminuzione dei propri lettori.

<sup>40</sup> Su questi aspetti cfr., tra gli altri, F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *Medialaws*, 2017, 1; C. PINELLI, "*Postverità*", *verità e liber-*

Eppure, sebbene queste dinamiche costituiscano un rischio per la stessa rappresentanza politica, il legislatore non sembra interessato ad aprire un confronto e una riflessione su come riequilibrare il sistema delle responsabilità della libera informazione e di come disciplinare la comunicazione politica, in modo equilibrato, nei tre mass media oggi esistenti. Si tratta di un disinteresse di non facile interpretazione, che rischia di alterare un rapporto – quello tra informazione e politica – che è invece fondamentale in un sistema democratico, essendo la prima chiamata a svolgere il ruolo di *watchdog* ma anche di supporto “esperto” delle opinioni dei governanti (latamente intesi).

A garantire la democraticità del sistema dell’informazione nel suo complesso hanno sempre concorso il sistema delle responsabilità di giornalisti ed editori e la loro pluralità. Oggi che grazie alla Rete la comunicazione conosce una pluralità di contenuti prima inimmaginabili, l’asimmetria nel sistema delle responsabilità rischia di vanificare il pluralismo dei mass media e nei mass media. Per questo è compito del legislatore definire il ruolo prossimo futuro della Rete nelle dinamiche della formazione dell’opinione pubblica, partendo dalla consapevolezza che una democrazia “continua”<sup>41</sup>, che voglia ampliare gli spazi attribuiti alla diretta decisione popolare, non possa fare a meno di ragionare sulla formazione del consenso anche nello spazio virtuale, definendo regole a presidio della libertà e trasparenza di tale processo.

I tempi appaiono quindi maturi per un intervento normativo utile a garantire anche in Rete il pluralismo interno in quei blog e forum che

*tà di manifestazione del pensiero*, ivi; P. BILANCIA, *Le sfide informative della democrazia*, cit. Si consenta altresì il rinvio a A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell’opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2017, 1.

<sup>41</sup> La definizione è di Stefano Rodotà, secondo il quale tale forma di democrazia sta sostituendo quella intermittente, tipica dei sistemi rappresentativi di tipo partitico. Nella democrazia continua, invece, gli individui hanno, tra l’altro, accesso ad una grande quantità di informazioni, crescono le occasioni di intervento diretto dei cittadini e gli strumenti di dialogo e pressione degli elettori sugli eletti, cresce la rilevanza dei sondaggi. Nulla fa tuttavia presagire che questa forma di democrazia sia più solida di quelle che l’hanno preceduta e non a caso l’autore conclude affermando che “la continuità della democrazia esige altrettanta continuità delle garanzie che l’accompagnano”. Cfr. S. RODOTÀ, *Dieci tesi sulla democrazia continua*, in D. DE KERCKHOVE – A. TURSI (a cura di), *Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell’epoca delle reti*, Milano, 2006, 149 ss.

presentino una periodicità costante, l'obbligo di pubblicazione delle fonti di finanziamento, anche pubblicitarie, l'ampliamento delle tipologie di siti ai quali si applica l'istituto della rettifica nella forma ora operante per i giornali *online*, ossia come obbligo di aggiornamento della notizia anche se archiviata, al fine di ridurre gli spazi delle *fake news* deliberate. Né appare ragionevole, come sta avvenendo ora, che ad intervenire su questi aspetti siano i gestori delle piattaforme, in base alla propria personale visione della libertà in Rete<sup>42</sup>.

Su questi aspetti sono ora suscettibili di avere un impatto, seppure indiretto, da un lato il *Codice rafforzato di buone pratiche sulla disinformazione della Commissione europea* del 16 giugno 2022 (di aggiornamento di quello del 2018), approvato dalla Commissione europea<sup>43</sup>;

<sup>42</sup> Su questi aspetti, da ultimo, cfr. M. Betzu, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022; F. Paruzzo, *I sovrani della Rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022. Sul problematico tema della autoregolamentazione e coregolamentazione delle tecnologie digitali cfr. da ultimo N. MACCABIANI, *Coregolamentazione, nuove tecnologie e diritti fondamentali: questioni di forma e di sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 3.

<sup>43</sup> Già nel 2018 la Commissione europea aveva approvato un Codice di buone pratiche sulla disinformazione, aperto alla firma di vari soggetti, tra cui piattaforme online, inserzionisti e altri attori chiave del settore. Tuttavia, è noto come, dalla data della nascita del Codice, si siano succeduti eventi che hanno costretto a riflettere nuovamente su questi temi e quindi a evidenziare l'esigenza di rafforzare gli strumenti destinati al contrasto alla disinformazione. Ci si riferisce, in particolare, alla crisi pandemica, durante la quale la rete internet, e soprattutto le piattaforme digitali, sono state il veicolo di quella che è stata definita una vera e propria infodemia. Più nello specifico, questa fase storica ha dimostrato in maniera ancora più consistente quali siano i rischi legati alla diffusione di *fake news*, soprattutto legati alla salute degli individui. Proprio alla luce di questa constatazione, si è giunti all'approvazione del Codice rafforzato, nel quale è stata innanzitutto rilevata l'esigenza di allargare la partecipazione al Codice dei soggetti interessati, soprattutto di quelli dediti alla realizzazione di pubblicità online e ai servizi di messaggistica. In questa direzione, la Commissione si propone coinvolgere quanti più soggetti possibili sia nel rispetto delle buone pratiche ma anche nell'elaborazione delle stesse, considerato che i firmatari sono intesi quali parte attiva della loro stesura. Come secondo punto chiave, la Commissione individua la *demonizzazione* della disinformazione. In particolare, si afferma che «le piattaforme e i soggetti attivi nell'ecosistema pubblicitario online devono assumersi le loro responsabilità e collaborare più efficacemente per sottrarre fondi alla disinformazione», ciò anche generando un vero e proprio network tra le piattaforme che consenta di individuare congiuntamente le fonti di disinformazione e agire insieme nella direzione di rimuov-

dall'altro il recepimento della direttiva sul diritto d'autore nello spazio digitale posto in essere con il D.Lgs 177/2021<sup>44</sup>. Entrambi questi atti non hanno direttamente ad oggetto il tema dell'informazione e della comunicazione ma vanno inevitabilmente ad impattare sulla trasparenza di tali processi nella sfera pubblica e val la pena pensare che il cambiamento che gli stessi, pur con forze normative diverse, siano suscettibili di produrre nell'equilibrio complessivo possa dar vita ad una rinnovata riflessione su quale debba essere il futuro prossimo dell'informazione in Italia e quale il modello di pluralismo (*nei media e dei media*) al quale tendere, acquisendo consapevolezza del mutamento (irreversibile) del quadro di riferimento e, nel contempo, dell'immutato fondamentale ruolo che tutti i media svolgono nel pro-

verle. In questo modo, la Commissione augura la maggiore trasparenza dei processi digitali e soprattutto la rimozione celere e definitiva dei contenuti sistematicamente «smentiti». Sempre in questa medesima direzione, il Codice prende in esame le tecniche manipolative che sempre più spesso prendono forma all'interno delle piattaforme. In particolare, la Commissione ritiene necessario adottare misure idonee a «garantire una copertura completa delle forme di manipolazione attuali ed emergenti usate per diffondere la disinformazione (come i bot, gli account falsi, le campagne di manipolazione organizzate o l'appropriazione indebita di account)» e ciò sempre al fine di configurare maggiori responsabilità e trasparenza nel contrasto alla manipolazione. Aspetto cruciale del Codice è però quello relativo al monitoraggio della disinformazione, che viene analizzato su più livelli. Il primo, e in un certo senso quello più «sensibile», ha riguardo proprio agli utenti, i quali «devono avere accesso a strumenti che consentano loro di comprendere meglio l'ambiente online e di navigarvi in sicurezza». In particolare, si richiede ai firmatari di rendere trasparenti le modalità in cui i contenuti vengono proposti agli utenti, anche considerato che la pericolosità delle informazioni false discende da una viralità che è generata proprio dal comportamento degli utenti delle piattaforme. In questa prospettiva, si richiede di fornire strumenti utili a permettere a chiunque di segnalare in maniera efficace quei contenuti che potrebbero «causare danni a livello pubblico o individuale». Sempre in materia di monitoraggio, la Commissione afferma che dovrebbe favorirsi una maggiore cooperazione tra i «verificatori di fatti», anche quindi tra distinte piattaforme, nella prospettiva di configurare un controllo trasversale a tutti gli Stati e a tutte le lingue dell'Unione europea. Inoltre, si prevede «un quadro di monitoraggio migliorato basato su indicatori di prestazione chiari che consenta di misurare i risultati e gli effetti delle misure prese dalle piattaforme e l'incidenza complessiva del codice sulla disinformazione nell'UE».

<sup>44</sup> D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 177 (Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE).



cesso di selezione dei contenuti, nell'esercizio del diritto di cronaca e critica, nella circolazione delle idee e quindi nella formazione dell'opinione pubblica.



# DIGITALE E “GOVERNO” DELLA SOCIETÀ

ANDREA MORRONE

SOMMARIO: 1. Il “governo” del digitale. – 2. *Homo, homini, robot*. – 3. Dentro l’umano, oltre l’umano. – 4. Digitale ed economia. – 5. Digitale performativo e identità personale. – 6. Digitale e verità. – 7. Il momento della decisione algoritmica. – 8. *Code is Law, Law is Code*. – 9. Sovranità politica digitale. – 10. Per non concludere.

## 1. *Il “governo” del digitale*

Il digitale è un dispositivo di governo della società. È un potere trasformativo di portata generale: riguarda gli individui, i gruppi sociali, la società nel suo complesso e, quindi, anche l’organizzazione e il funzionamento del processo di governo. Quando parliamo di forma di governo non ci rivolgiamo più solo agli organi di vertice che stabiliscono l’indirizzo politico, ma comprendiamo anche i presupposti materiali. La “forma” è solo una parte del processo di governo. In esso contano il modo di formazione del consenso, il ruolo dei partiti, la selezione dei gruppi dirigenti, il processo di decisione politica, l’organizzazione dei poteri, la legislazione, l’amministrazione, le garanzie e la giurisdizione. Su tutti questi fattori determinanti il processo di governo il digitale opera trasformazioni decisive.

Vi possono essere almeno quattro modi di declinare il rapporto tra il digitale e il *government*. 1) “Governare *senza* il digitale”: significa un processo di governo che prescinda totalmente dal digitale. 2) “Governare *il* digitale”: ossia un *government* che ritiene decisivo il digitale e lo sottopone ad una regolazione positiva. 3) “Governare *mediante* il digitale”: in maniera opposta a quella indicata per prima, equivale ad un processo di governo che si esercita a tutti i livelli sfruttando il *medium* del digitale. 4) “Il governo *del* digitale”: un processo di governo fatto non dagli uomini ma dagli algoritmi. La prima prospettiva è realisticamente del tutto impossibile. La seconda è quella perseguita in Europa (*Digital Services Act, Digital Markets Act, Regolamento sull’AI*). La

terza si esprime nelle diverse utilizzazioni del digitale nell'amministrazione, nella giurisdizione, nel governo. L'ultima sembra fantascienza. Ma è quella verso la quale stiamo procedendo: è il destino dell'umanità nella società digitale.

Ci sono ragioni filosofiche e scientifiche che possono dimostrarlo. Il servo che si fa padrone secondo la dialettica di Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Il superamento del creatore da parte della sua creatura secondo la narrazione di Mary Shelley. La tecnica (e, quindi, il digitale) che da "mezzo" diventa "fine", secondo le riflessioni di Martin Heidegger.

Gli studi giuridici e costituzionalistici si occupano di un profilo essenziale ma marginale: il rapporto giuridico tra il digitale e i diritti fondamentali.<sup>1</sup> Trascurano le relazioni tra il digitale e il governo della società<sup>2</sup>: o, meglio, ne trattano finora mettendo i due termini l'uno di fronte all'altro. La verità è che il digitale è esso stesso destinato a farsi società (la società digitale è una società dominata dal digitale) e a trasformarsi in un mezzo di governo della società (il governo del digitale appunto). Questo è l'orizzonte traguardato dalla rivoluzione digitale. Da strumento per il governo della società, esso è destinato a diventare la cosa stessa, il governo della società in sé e per sé. In questo senso, davvero, "la matematica è politica".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Una ricognizione problematica si trova, ad esempio, nell'ottimo saggio di A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in "Quaderni costituzionali", 2021, 651 e ss., nonché nel volume collettaneo curato da T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA e M. BASSINI, *Diritti e libertà in internet*, Firenze, le Monnier, 2017.

<sup>2</sup> Eccezioni rilevanti sono i saggi di A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs *decisione politica?* A.I. *Legge Democrazia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, e di A. SIMONCINI, La dimensione costituzionale dell'intelligenza artificiale, in G. CERRINA FERONI, C. FONTANA e E. C. RAFFIOTTA (a cura di), *Ai Antology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, Il Mulino, 2022, 133 e ss. Entrambi i lavori, però, non si occupano delle questioni di cui tratto in questo scritto.

<sup>3</sup> Cfr. C. VALERIO, *La matematica è politica*, Torino, Einaudi, 2020. Ciò nonostante, nel testo assumo il *dictum* in un significato diverso da quello della sua Autrice: per me la logica dell'algoritmo può diventare l'essenza del politico.

## 2. Homo homini robot

Il digitale è un algoritmo.<sup>4</sup> Ogni algoritmo è un calcolo. Una operazione che conduce ad un risultato le cui caratteristiche sono l'effettività e l'oggettività e, per estensione, l'assoluto che si oppone al relativo.<sup>5</sup>

La società digitale è il risultato di un lungo processo storico diretto a realizzare un calcolatore universale capace di semplificare le azioni umane e destinato a sostituirsi all'uomo stesso.<sup>6</sup>

La storia del costituzionalismo ha attraversato tre epoche: *homo homini deus*, *homo homini lupus*, *homo homini homo*.<sup>7</sup> L'escatologia del digitale è radicalmente nuova: *homo homini robot*. L'*antropos*, che ha contraddistinto ogni epoca, e che è stato la radice di ogni forma di organizzazione politica (l'uomo è l'*artifex* della religione, dell'uomo e della macchina), si trova al punto che il suo artificio sfugga al suo controllo e diventi signore al suo posto. Ciò non vale a dire soltanto che chi controlla gli algoritmi ha un *surplus* di potere e un vantaggio competitivo che gli altri non hanno. Significa soprattutto che la tecnologia, e quella digitale in particolare, specie con l'internet delle cose, col *machine learning*, il *deep learning* ecc., possano produrre una realtà nella quale l'uomo non è più sovrano ma schiavo. Detto con parole di altri: “la Tecnica, si fa *Nomos*, rovesciandosi in Oggettività dominante: struttura e ordine del mondo a cui con-formarsi, e in nome del quale comandare, spartire, sottomettere, assoggettare il non conforme, l'eteronomo, il fuori-posto, farsi in una parola padrone dell'ente”.<sup>8</sup> La

<sup>4</sup> Per i concetti relativi all'AI applicati al diritto cfr. il volume curato da A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I., *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, Bologna, Il Mulino, 2022, tra cui specialmente il saggio di G. F. ITALIANO, S. CIVITARESE MATTEUCCI e A. PERRUCCI, *L'intelligenza artificiale: dalla ricerca scientifica alle sue applicazioni. Una introduzione di contesto*, ivi, 43 ss.

<sup>5</sup> “Gli algoritmi non fanno che estendere le funzioni rituali di controllo e di ripartizione dei numeri in modi che possono diventare inaccessibili, autoritari e categorici: uno strumento utile alla società ma anche un rischio di sbilanciamento nel delicato rapporto tra categoricità e spontaneità, fra l'estranea imperiosità del meccanismo e la libertà della coscienza”: P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018, 16.

<sup>6</sup> Cfr. M. DAVIES, *Il calcolatore universale*, Milano, Adelphi, 2012.

<sup>7</sup> Mi servo della nota classificazione di C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Genova, Il melangolo, 1990.

<sup>8</sup> M. REVELLI, *Umano Inumano Postumano. Le sfide del presente*, Torino, Einaudi, 2020, 124.

nostra seduzione da internet, dai social, dai dispositivi digitali, dal calcolo algoritmico è espressione di libertà o di necessità? Siamo più liberi o più schiavi? Bastano gli appelli a restare umani o le domande per un digitale dal volto umano, in cui l'uomo sia il fine e non il mezzo, a rassicurarci e, soprattutto, a darci risposte congruenti all'*humanitas*? A queste domande, finora, non sono state fornite soluzioni soddisfacenti.<sup>9</sup>

### 3. *Dentro l'umano, oltre l'umano*

Guardiamo alla realtà. I dispositivi digitali creano un ambiente o un ecosistema nel quale noi siamo (rappresentati come) gli attori. Il digitale il servo, l'uomo il padrone.

La cd. "infosfera" è questo ecosistema di informazioni che riguardano ogni aspetto della vita umana<sup>10</sup>, che noi contribuiamo ad arricchire cedendo i nostri dati, anche i più intimi, con estrema facilità, "info" e "dati" in linea di principio accessibili a tutti. Nell'infosfera la sensazione che abbiamo è che tutti siamo finalmente liberi, più liberi.<sup>11</sup> La libertà di parola diventa un assoluto che ammette come "vera" ogni opinione. Internet è lo spazio di questa arena di libertà e di liberazione. Le nostre possibilità grazie al digitale sono enormi.

È vero che l'intelligenza artificiale non ha ancora raggiunto o superato l'intelligenza umana e che tra l'una e l'altra sussiste (almeno fino-

<sup>9</sup> Posso prendere a prestito le parole di Remo Bodei per esprimere altrimenti il nodo gordiano che abbiamo di fronte. "La questione della democrazia si incrocia con quella più generale del dominio esercitato da alcuni uomini su altri, costretti a lavorare per loro. Esiste, infatti, nella storia umana una costante, un asse lungo il quale, anche dopo la scomparsa della schiavitù, la padronanza continua massicciamente a esercitarsi in maniera indiretta e impersonale. Ciò accade attraverso le macchine (quelle ausiliarie e poi quelle dotate di IA e di capacità di apprendere), che 'sequestrano' dapprima la forza fisica, poi quella intellettuale, a vantaggio di chi detiene un potere che tanto più si accresce quanto più è segreto". Cfr. R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza artificiale*, Bologna, Il Mulino, 2019, 19.

<sup>10</sup> Cfr. L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia dell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>11</sup> È la tesi sostenuta con forza da T. E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, Editoriale scientifica, II ed., 2019; ID., *Apocalittici o integrati? La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, Mucchi Editore, 2021.

ra) uno scarto che si ritiene in fondo incommensurabile. Luciano Floridi, nel distinguere tra “AI riproduttiva” (“l’ingegneria interessata alla riproduzione dei risultati di un comportamento o di un processo intelligente”) e “AI produttiva” (che “cerca di ottenere l’equivalente non biologico della nostra intelligenza”), ci conforta dicendo che “l’avvento dell’AI rappresenta una rivoluzione non nelle forme dell’intelligenza, ma nelle forme dell’agire”, perché “stiamo cioè inscrivendo nuove forme dell’*agere* nel libro dell’universo, non nuove forme di *intelligere*”.<sup>12</sup> In fondo gli fa eco Giuseppe D’Acquisto, quando ci ricorda che i dati dell’AI sono immessi pur sempre dall’uomo.<sup>13</sup>

Non è questo il punto. O, almeno non è solo questo. La domanda vera è se realmente questo sia il risultato cui tende l’intelligenza artificiale. Il fatto che finora l’intelligenza artificiale sia ancora lontana dall’intelligenza umana potrebbe voler dire altro. Che il suo destino non sia quello di una *duplicazione* dell’intelligenza umana (nel senso dell’IA produttiva come l’*homo faber*) la cui differenza si risolve in una capacità di fare elevata all’ennesima potenza (vincendo così il test di Alan Turing), ma, invece, *il superamento dell’umano* in tutte le sue espressioni, corpo, mente e anima compresi. Parafrasando Remo Bodei si potrebbe arrivare a dire che, con l’AI, “il logos non si è fatto carne ma macchina”.<sup>14</sup>

#### 4. *Digitale ed economia*

Il principale ambito di operatività del digitale è l’economia. Le Big Tech hanno modificato i contorni del mercato mondiale (beni, servizi,

<sup>12</sup> L. FLOIRIDI e F. CABITZA, *Intelligenza artificiale. L’uso delle nuove macchine*, Firenze-Milano, Giunti-Bompiani, 2021, 139 e ss.

<sup>13</sup> “La scelta della sequenza logico-matematica, o algoritmo, ovvero della famiglia di algoritmi all’interno della quale la macchina cercherà o apprenderà l’algoritmo più idoneo, è una scelta umana, e lì si concentra la parte ampliativa della conoscenza. La macchina si muoverà nell’arco di tutto ciò che è possibile fare con quegli algoritmi e con i dati di cui dispone, e in questo senso essa si muove in un mondo chiuso”: G. D’ACQUISTO, *Intelligenza artificiale. Elementi*, Torino, Giappichelli, 2021, 16.

<sup>14</sup> R. BODEI, *op.cit.*, 22.

finanza).<sup>15</sup> Non importa in questa sede approfondire se i cd. “Gafam” realizzino o meno situazioni di monopolio, alterando in concreto il dogma della libera concorrenza. Il fatto più rilevante è che nel conformare i comportamenti degli operatori economici e dei consumatori, nel congiungere meccanicamente e con facilità la domanda e l’offerta, il digitale riattualizza la pretesa liberista di un “mercato autoregolato”. L’oggettività dell’algoritmo rende ancora più credibile questa prospettiva. Il successo delle grandi piattaforme digitali, di questi nuovi “sovrani della rete”<sup>16</sup>, dipende proprio dalla disponibilità del dispositivo digitale.

Qui sorgono alcune domande. Se è vero che il digitale è la forma più recente di dominio del liberismo economico, il “liberismo digitale” mostrerà un volto simile a quello del “liberismo analogico”, che ha portato con sé importanti progressi (non solo nell’Occidente, ma anche oltre i nostri confini, nelle cd. autocrazie) ma altrettante crisi e più rilevanti diseguaglianze? La storia del liberismo (capitalista, finanziario) ha mostrato una continua dialettica tra stato e mercato e la sempiterna domanda della società di conciliare libertà ed eguaglianza.<sup>17</sup> Sarà in grado, pure questa volta, la società di innalzare le proprie “autodifese”<sup>18</sup>, anche di fronte ad un mercato digitale che si riveli – come si rivela – sempre più aggressivo e lesivo dei diritti umani fondamentali?

Il diritto europeo sta perseguendo la strada di proteggere i diritti di fronte al potere digitale con la tipica strategia della regolazione di questo nuovo potere economico, del quale si assume che possa e deb-

<sup>15</sup> Oltre al vol. I citato, cfr. anche il terzo, curato sempre da A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. III, *Proprietà intellettuale, società e finanza*, Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>16</sup> Cfr. F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli-Torino, Edizioni Scientifiche Italiane-Università di Torino, 2022; nonché M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

<sup>17</sup> Per un’analisi del rapporto stato mercato sia consentito richiamare A. MORRONE, *Sul “ritorno dello Stato” nell’economia e nella società*, in “Quaderni costituzionali”, 2/2023, in corso di pubblicazione.

<sup>18</sup> Sulle autodifese della società contro il mercato autoregolato insuperata resta l’analisi critica di K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), trad. it., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 2010, 167 ss.



ba muoversi liberamente ancorché entro direttrici eteronome (secondo la tradizionale logica mercantile che considera il mondo diviso, soprattutto, in produttori e in consumatori). Vedremo quali saranno i risultati di un simile e consueto intervento, certamente significativo, diretto ad affermare una, per certi versi mitica, idea di “sovranità digitale dell’Unione europea”. Quel che è possibile dire, ciò nondimeno, è che questa strategia sfiora la superficie delle questioni poste dal liberalismo digitale, che riguardano propriamente l’intera struttura sociale, e non solo un suo aspetto particolare (come il mercato e i servizi economici).<sup>19</sup>

##### 5. *Digitale performativo e identità personale*

Il digitale, infatti, non opera solo sul mercato e non si rivolge soltanto all’*homo economicus*. Esso riguarda l’essere umano in quanto tale, in tutte le sue dimensioni esistenziali. Possiamo registrare fenomeni che portano a risultati contraddittori. Il digitale aumenta le libertà individuali, sviluppa la personalità umana. Il digitale limita le libertà individuali, deprime la personalità umana. Il digitale è un Giano. L’aspetto più importante è il potere performativo dell’identità umana.<sup>20</sup> Essa si esprime nella profilazione digitale. Agisce sulle scelte individuali, modifica i comportamenti sociali, crea identità artificiali che si aggiungono a quelle reali e che, in prospettiva, si sostituiranno a quelle reali. Il fatto è che il digitale è un demiurgo che, come un dio, conforma l’essere umano e l’umanità riplasmandoli o ricreandoli in altro. Quando discutiamo di libertà attraverso il digitale dobbiamo chiederci: “quale libertà”? Siamo noi che scegliamo o il digitale sceglie per noi? Questa domanda non vale solo per la vita privata, ma anche per l’esserci nello spazio pubblico.

<sup>19</sup> Sull’esigenza di affiancare al diritto vivente dell’Unione europea un “pensiero costituzionale”, sia pure diretto ad “una concettualizzazione di principi e di diritti”, cfr. A. PAJNO, *Introduzione. La costruzione dell’infosfera e le conseguenze sul diritto*, in A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I., *Diritti fondamentali, dati personali e regolazione*, cit., 24.

<sup>20</sup> Cfr. le riflessioni di M. REVELLI, *op. cit.*, e R. BODEI, *op. cit.*

## 6. *Digitale e verità*

La più rilevante conseguenza del digitale è la produzione di un nuovo ordine di verità. In senso critico, si potrebbe sostenere che in una “*Infokratie*” (“*infocracia*”, “*info-crazia*”), in una società politica fondata sull’informazione distaccata dalla realtà concreta<sup>21</sup> può avere la meglio soltanto una altrettanto irrealista “*aletheia algoritmica*”.<sup>22</sup> Il digitale è fondato su calcoli sempre più corretti che producono oggettività e, quindi, *veritas*. Una verità che ciascuno di noi pensa di aver attinto grazie alle sue possibilità di servirsi del digitale, ma che dipende da chi ha formulato l’algoritmo, da chi ha costruito l’architettura, da chi, di conseguenza, ci ha profilato, ossia da chi ha rideterminato dall’esterno la nostra identità, il nostro pensiero, le nostre certezze.

Sia come sia, il fatto è che il digitale ha il potere di formare le opinioni secondo lo schema “vero-falso”, mediante un processo disintermediato o immediato che è il contrario di un processo razionale e aperto di costruzione dell’opinione pubblica e di espressione della decisione politico-giuridica. Ciascuno è portatore di una verità che non viene considerata relativa, come insegnava l’illuminismo quando ci ha indicato che con la morte di Dio non ha senso cercare l’assoluto. La teologia politica e la sovranità politica hanno rappresentato i dispositivi del moderno: per fondare un ordine nuovo e contenere *katechonticamente* il disordine dello “stato di natura”. La loro crisi è stata accelerata dall’avvento di dispositivi alternativi, come l’economico e il biolo-

<sup>21</sup> Cfr. B.-C. HAN, *Infokratie. Digitalisierung und die Krise der Demokratie*, Berlin, Verlag, 2021, il quale sottolinea soprattutto a causa delle fake news il distacco tra informazioni e realtà, dato che viviamo in un universo senza fatti (verità), perché la digitalizzazione è diametralmente opposta alla “fatticità”. Sulla disinformazione e la sua radicale antitesi al costituzionalismo, cfr. S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021. In argomento cfr. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, Aracne editrice, 2019; T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, Giappichelli, 2020.

<sup>22</sup> Cfr. E. SADIN, *L’Intelligence artificielle ou l’enjeu du siècle. Anatomie d’un anti-humanisme radical*, Paris, Seuil, 2018, trad. it., *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell’umanità*, Roma, Luiss University Press, 2019, 9 e 58 e ss.

gico.<sup>23</sup> Né l’uno né l’altro, però, hanno potuto finora soppiantare il politico. Come è stato correttamente detto, “l’unica alternativa” alla “teologia politica” potrebbe essere “una conoscenza ‘infondata’ (cioè senza fondamenti ultimi) ma ‘oggettiva’ (cioè epistemologicamente certa) delle ragioni del normativo: una prospettiva assai onerosa dal punto di vista filosofico e antropologico”.<sup>24</sup>

Oggi tutto sembra cambiato. Il digitale ci illude di poter (ri)avere l’assoluto, facendoci credere, grazie alle sue potenzialità, di essere come Dio. Questo genera una situazione in cui ogni individuo diventa sovrano, proprio perché dispone della verità. Siamo al rovesciamento del canone moderno per cui *auctoritas non veritas facit legem*.<sup>25</sup> Oggi, però, la verità è quella del digitale, costruita a nostro piacimento, ovvero secondo il “nostro” interesse determinato mediante la sicurezza dell’algoritmo e la forza della profilazione. Quale “autorità” potrà ergersi “leviaticamente” al di sopra delle parti in un sistema di *aletheia* digitale? Come è possibile distinguere le *fake news* dalla realtà, se non ci sono più parametri di riferimento, che non siano l’*aletheia* digitale di cui ciascuno è un portatore sovrano?

### 7. *Il momento della decisione algoritmica*

La rivoluzione digitale esalta il momento della decisione. Il potere digitale è quello di permettere di decidere, e di farlo in maniera qualitativamente diversa, sia per il metodo sia per i contenuti.

La decisione algoritmica può sostituire in potenza qualsiasi decisione umana, dalla sfera privata alla sfera pubblica, dalle scelte intime al governo dello stato. La discussione pubblicistica si concentra sull’applicazione della decisione algoritmica nel processo giudiziario,

<sup>23</sup> Ne ho discusso a fondo nel mio saggio sulla *Sovranità*, in Rivista dell’Associazione dei costituzionalisti, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2017, pp. 1-108, nonché in *Annuario 2016 – Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, Rappresentanza, Territorio*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 3 e ss.

<sup>24</sup> Cfr. G. PRETEROSSÌ, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2022, 47-48.

<sup>25</sup> Formulato per la prima volta nel *Leviathan* di T. HOBBS nella sua versione latina del 1688: cfr. *Leviathan, sive, De materia, forma & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, in <https://archive.org/details/leviathansivedem00hobb/mode/2up>, 132-133.

nell'amministrazione, nella legislazione.<sup>26</sup> In tutti i casi l'auspicio è che l'utilizzo del digitale non arrivi a far perdere "il profilo propriamente umano e istituzionale" dei tre poteri dello stato moderno<sup>27</sup>, anche nella nuova veste di "stato digitale".<sup>28</sup> Le stesse esigenze si pongono anche nel processo di governo.<sup>29</sup>

Chi difende l'umano – facendo con ciò quello che legittimamente va fatto – sembra intonare un canto del cigno di fronte a ciò che appare inevitabile.

La pretesa di oggettività dell'algoritmo è seducente: permette di realizzare altrimenti il fine del diritto di riuscire a razionalizzare o a obiettivizzare i rapporti sociali risolvendo conflitti. Da questo punto di vista, almeno sembra, l'ordine del diritto e l'ordine algoritmico convergono teleologicamente. Solo che il digitale può fare ciò che gli uomini non riescono a fare grazie all'oggettività del calcolo. La razionalizzazione dell'algoritmo ha un plusvalore intrinseco, derivante dal fatto che supera i limiti del pensiero e dell'agire umano.

## 8. Code is Law, Law is Code

Per comprendere meglio la forza performativa della decisione algoritmica e il suo plusvalore può essere utile ricorrere a due formule, i

<sup>26</sup> Cfr., tra i tanti studi, G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, Mucchi editore, 2021; A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, Il Mulino, 2021; A. PAJNO, F. DONATI e A. PERRUCCI, *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>27</sup> Rileggo in questo senso largo la tesi centrale, riferita alla giustizia, del volume di A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., 17.

<sup>28</sup> L. TORCHIA, *Lo stato digitale. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023.

<sup>29</sup> È stato detto che la tollerabilità dal punto di vista del diritto costituzionale può sussistere finché la "decisione algoritmica (...) non si pone come alternativa rispetto a quella politica basata sulla rappresentanza. Ovvero, fino a quando la decisione politica (...) è anche algoritmica, nel senso che il ricorso agli strumenti dell'intelligenza artificiale serve a potenziare l'opera dell'uomo e non a sostituirla dal punto di vista dei fattori di legittimazione". Così A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs decisione politica? Ai Legge Democrazia*, cit., 118-119.

cui sintagmi possono essere scambiati nella rispettiva posizione: *Code is Law, Law is Code*.<sup>30</sup> In entrambi i casi si pone l'accento sulla forza normativa del *computer code* ossia dell'architettura tecnologica che sta alla base di qualsiasi dispositivo digitale.

Ogni digitale, ogni algoritmo, ha una struttura oggettiva che, come tale, è normativa. La forza del digitale, applicato nell'amministrazione, nella giurisdizione, nella legislazione, sta proprio in questa sua capacità performativa, analoga o superiore a quella propria della regola giuridica. La componente umana, la *poiesis* avrebbe detto Martin Heidegger discutendo della tecnica<sup>31</sup>, scolora, ed è destinata a perdere terreno. Il plusvalore dell'oggettività attribuisce alla decisione digitale un di più che il diritto umano non sembra più avere. *Code is Law* ci dice che il diritto, in tutte le sue manifestazioni, può avvalersi utilmente delle virtualità normative del digitale, mediante una legislazione (umana) che ne disciplini le modalità e ne orienti l'uso. Tra “Code” e “Law” si stabilisce così una sorta di collaborazione, nell'obiettivo di sfruttare le potenzialità normative che l'uno può dare all'altro. Il rapporto tra l'uno è l'altro è, in questo senso, quello per cui il “Code” è in funzione del “Law”, il digitale serve il processo giuridico di normazione, amministrazione, giurisdizione.

È possibile, tuttavia, un altro modo di intendere il rapporto tra digitale e diritto. L'esperienza delle tecnologie *blockchain* applicate alle monete virtuali (*bitcoin*, criptovalute) – come tecnologie per transazioni decentralizzate ossia non governate da autorità statali o centrali che hanno “strutture immutabili” – dimostra che tra le potenzialità del digitale v'è anche la *produzione di una normatività che il diritto non può controllare o dominare*. In queste situazioni il processo decisionale giuridico deve assumere la struttura digitale e svolgersi seguendola. *Law is Code* significa che è la legge ad essere definita dal digitale e non viceversa. In questa ben diversa prospettiva, dunque, il digitale determina

<sup>30</sup> Sulle formule: cfr. L. LESSIG, *Code*, New York, Basic Book, 1999; P. DE FILIPPI, S. HASSAN, *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*, in *First Monday*, vol. n. 21, n. 12, (5 dicembre 2016), <https://doi.org/10.5210/fm.v21i12.7113>).

<sup>31</sup> Cfr. M. HEIDEGGER, *The Question concerning Technology*, in ID., *The Question concerning Technology and Other Essays*, New York-London, Garland Publishing, 1977, 3 e ss., 10 per la citazione.

– in senso estensivo riferito a qualsiasi decisione politica – il contenuto della legge, dell’atto amministrativo, della pronuncia giurisdizionale, impedendo qualsiasi interferenza o manipolazione dall’esterno. Se l’orizzonte delle *blockchain* fosse quello dell’intero ecosistema digitale, è evidente che la normatività del “Code” potrebbe anche sostituirsi a quella del “Law” tradizionalmente prodotto da decisioni umane. Le decisioni algoritmiche, quindi, possono occupare lo spazio che finora è stato proprio della legge, dell’amministrazione, della giurisdizione. Di fronte a questa realtà, non così ipotetica, la domanda se il diritto e i suoi strumenti sono in grado di conformare la tecnologia digitale non ha più senso. Viceversa, la performatività del digitale, nel modificare ogni aspetto della vita umana e sociale, è decisiva anche per determinare il diritto del futuro.

#### 9. *Sovranità politica digitale*

L’ambito più problematico del digitale concerne proprio la sovranità politica e il processo di governo. Che il governo possa prescindere dal digitale è un assurdo. Invece, come la realtà dimostra, il governo (in tutti i suoi poteri) si serve del digitale. Mediante il digitale si può costruire il consenso; si possono selezionare gli interessi dominanti; si può formare la classe dirigente; si può agire politicamente e si possono realizzare gli interessi (personali o pubblici o entrambi).

“Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”: è la chiave di lettura che Carl Schmitt offre per spiegare la genealogia del politico.<sup>32</sup> Non sappiamo se col digitale si è entrati o no in uno “stato di eccezione”. Siamo in una nuova epoca, stra-ordinaria, rispetto alle precedenti. Nel tempo presente si può dire, dunque, che “chi dispone del digitale dispone della sovranità politica”.<sup>33</sup> La convergenza dei fini dei “signori del digitale” e dei capi di governo e, quindi, la congiunzione di eco-

<sup>32</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica* (1922, 1934), in ID., *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, Il Mulino, 1972, 33.

<sup>33</sup> Ritengono, ciò nonostante, che il quadro sia aperto a qualsiasi soluzione concreta in ordine alla risposta su chi sia, oggi, il nuovo sovrano digitale, M. CALISE e F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, Bari- Roma, Laterza, 2019.

nomia delle piattaforme e teologia politica – che potrebbe evolvere sia verso un’alleanza tra le “Gafam” e i governi nazionali o, tutto all’opposto, verso la sostituzione delle *Big Tech* ai governi nazionali – realizza il nuovo tempo della “sovranità digitale” come dispositivo di governo di una società.<sup>34</sup>

In ogni sistema politico la formazione del consenso è il momento centrale. La scienza politica ci ha insegnato che, anche in una democrazia, non è l’elettore che sceglie l’eletto, ma è l’eletto che si fa scegliere dall’elettore. Questo regola d’esperienza mediante il digitale può raggiungere la sua massima estensione. La profilazione dell’identità personale e sociale può spingersi fino alla profilazione politica delle scelte, come del resto avviene già in molti paesi. Quelle che in democrazia sembrano libere elezioni si risolvono, col digitale (o, secondo altri, col “populismo digitale”<sup>35</sup>), in un’acclamazione 4.0. Ma non si tratterebbe della trasformazione di una democrazia in un’autocrazia. Queste categorie sono destinate a perdere qualsiasi valore euristico di fronte al digitale. L’*aletheia* algoritmica rende la scelta politica oggettiva, l’unica, quella in assoluto migliore per tutti. Anche il processo di governo, mediante il digitale, si trasforma nell’algoritmo di governo: una oggettiva amministrazione della vita degli esseri umani fatta dalle macchine (o da chi le manovra).

#### 10. *Per non concludere*

In questo scritto ho accentuato il lato oscuro del digitale e lasciato

<sup>34</sup> Sui signori del digitale (le Gafam) che, come regolatori privati, assumono le funzioni tipiche dei regolatori pubblici, e che, come gatekeeper che abilitano l’accesso alla rete, orchestrano le attività di numerosi operatori organizzando le interazioni tra loro e gli utenti finali in ecosistemi basati su piattaforme digitali, cfr. L. AMMANNATI, *I ‘signori’ nell’era dell’algoritmo*, in “Diritto pubblico”, 2021, 382 ss. La costituzione dell’*Oversight Board* da parte di Facebook (una sorta di “corte suprema” privata: *Will Facebook’s “Supreme Court” reinstate Donald Trump’s account?*, in “The Economist”, 15 aprile 2021) non costituisce solo una forma di “privatizzazione della tutela dei diritti” (come ritiene Ammannati, *ivi*, 409) ma apre la strada verso il governo digitale della società.

<sup>35</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Dal populismo digitale di guarisce? Tre possibili rimedi*, in “Ragion pratica”, 2020, 9 ss.

in penombra il volto umano della rivoluzione che stiamo vivendo. Lo scopo è stato quello di contribuire ad alimentare un discorso critico. I sintomi che emergono dalla società digitale spingono nella medesima direzione: abbiamo bisogno, cioè, di un governo “umano” del digitale. Solo in questo modo si potrà ordinare e contenere ciò che potrebbe non essere né misurato né addomesticato. Le capacità trasformative del digitale sono elevate. Possono essere ancora dominate dalla *poiesis*: una caratteristica ancora integralmente umana. A meno che la macchina non la faccia sua, diventando “umana”. Anzi *diversamente* umana.



## PARTITI POLITICI E RIVOLUZIONE DIGITALE: NUOVI STRUMENTI E NUOVE FORME DELLA RAPPRESENTANZA

MARIO GORLANI

SOMMARIO: 1. Introduzione: a confronto con un tema sempre più centrale nella riflessione costituzionalistica. – 2. Rivoluzione digitale e dimensione politica dell'individuo. – 3. Alcune ulteriori premesse di ordine generale. – 4. Partecipazione e comunicazione politica attraverso i social network: alle radici della crisi della rappresentanza. – 5. A mo' di conclusione: la velleitarità della regolazione normativa e le potenzialità dei codici di autoregolazione, per restituire alla realtà digitale il ruolo proprio di strumento al servizio della rappresentanza politica.

### 1. *Introduzione: a confronto con un tema sempre più centrale nella riflessione costituzionalistica*

Il convegno organizzato a Brescia dalla prof.ssa Nadia Maccabiani<sup>1</sup> ha avuto il merito di dare il giusto rilievo al nesso sempre più stretto tra la rivoluzione digitale in atto e i grandi temi del diritto costituzionale, come la tutela delle libertà fondamentali, la forma di governo e la rappresentanza politica. Si tratta di due campi del sapere molto distanti tra loro che, per lungo tempo, hanno camminato su piani paralleli, senza interferenze se non minime, anche per la difficoltà dei costituzionalisti nel maneggiare con cognizione di causa un apparato tecnologico complesso, come quello digitale, e tendenzialmente estraneo alla loro comune sensibilità. Dai più internet è stato inizialmente percepito come un mero strumento, per quanto sofisticato, della comunicazione tra le persone e non anche come la premessa e il portato di una vera e propria rivoluzione culturale e antropologica, come presto si sarebbe rivelato<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il convegno, dal titolo «*L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità*» si è svolto all'Università di Brescia il 14 ottobre 2022. Il presente saggio riprende i temi della relazione ivi svolta.

<sup>2</sup> Come rileva F. MUSELLA, *Intervento* nel Forum su *Le sfide della democrazia digi-*

Da qualche tempo, tuttavia, l'indifferenza – se non vera e propria diffidenza – ha cominciato a cambiare di segno, e sono sempre più numerosi i contributi scientifici della dottrina costituzionalistica che riflettono sulla reciproca influenza che i due ambiti esercitano<sup>3</sup>: da un lato, è stato oggetto di approfondimento e di rilettura il rimodellamento operato da internet e dai social network di alcuni diritti fondamentali nella loro dimensione digitale<sup>4</sup>; da un altro lato, è stata analizzata la trasformazione delle dinamiche e della natura stessa della forma di governo, privata della camera di compensazione rappresentata dal confronto politico che si svolge dentro e tra le formazioni intermedie, in particolare i partiti, e messa di fronte a modalità di democrazia plebiscitaria, basate sull'immediatezza ed emotività della comunicazione tramite la rete<sup>5</sup>; da un altro lato ancora, si è preso atto della necessità di estendere le tutele tradizionali delle libertà costituzionali – e delle nuove forme di manifestazione della personalità dell'individuo che la rete consente – anche a quanto avviene nel mondo digitale, sempre più centrale nella vita quotidiana di ciascuno<sup>6</sup>.

Nel confronto tra web e democrazia<sup>7</sup>, non è quindi solo in gioco la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà/diritto di informazione, anche se tali libertà continuano a rappresentare il primo terreno di riflessione e di confronto intorno alla rivoluzione digitale; grazie a

*tale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2019, p. 266, «la rivoluzione digitale non è questione di introduzione di nuovi strumenti. È un cambio di paradigma».

<sup>3</sup> A titolo di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, si veda il *Forum* dedicato alle «sfide della democrazia digitale» pubblicato dalla *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2019; il *Simposio* dedicato a «social network fra comunicazione e partecipazione politica», pubblicato su [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 1/2020.

<sup>4</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2019, pp. 63 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come internet sa cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018. M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione politica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, pp. 375 ss.

<sup>6</sup> Cfr. F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2019, pp. 145 ss.

<sup>7</sup> Sono sempre più numerosi i contributi su questo rapporto: cfr., *ex multis*, L. CORCHIA, *La democrazia nell'era di Internet. Per una politica dell'intelligenza collettiva*, Firenze, 2011; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, pp. 583 ss.; T.E. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2017, pp. 657 ss.

internet e alla tecnologia digitale stanno profondamente mutando la garanzia dei diritti sociali (l'accesso alla sanità e all'istruzione attraverso gli strumenti informatici), la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di associazione e di riunione, il rapporto con la pubblica amministrazione, l'effettività del diritto di difesa e l'efficienza del sistema giudiziario, la libertà d'impresa, e tanti altri. Internet e il web stanno riscrivendo i codici di accesso e di godimento di presso che tutte le libertà fondamentali sancite dalla nostra Costituzione, e non sempre secondo linee di rafforzamento della tutela offerta dall'ordinamento.

## 2. *Rivoluzione digitale e dimensione politica dell'individuo*

L'ampiezza, la pervasività e il carattere multiforme della realtà digitale sono di tale portata che, oltre alla sfera individuale e sociale, ne è stata fortemente e inevitabilmente influenzata e condizionata anche la dimensione politica dell'individuo, e lo sarà sempre più in futuro. La rete ha cambiato il nostro stile di vita; il modo di comunicare e di relazionarci agli altri; il modo di informarci e di formarci un'opinione; i nostri bisogni; la nostra attività lavorativa; il modo di interagire con i pubblici poteri: tutti aspetti che concorrono a dare identità alla persona anche, se non soprattutto, nella sua dimensione comunitaria e relazionale e, perciò, politica e la cui trasformazione radicale, alla quale stiamo assistendo in questi anni grazie al diffondersi rapidissimo della realtà digitale, non può che comportare ricadute anche sulla forma politica della società e sugli strumenti con cui questa si esprime, a cominciare dai partiti. Della impetuosa crescita della rete possiamo così registrare sia gli effetti più immediati e diretti, che attengono alla sfera dell'individuo e che, da un lato, ne favoriscono l'emancipazione e l'accesso a informazioni e opportunità prima impensabili e, dall'altro lato, lo espongono a manipolazioni (profilazione, targhetizzazione, marketing del messaggio politico, *filter bubble*) difficilmente percepibili e controllabili; sia gli effetti indiretti, che coinvolgono la sfera politica e determinano un modo di costruire il processo democratico profondamente diverso dal passato.

Quest'ultimo fenomeno è avvenuto e continua ad avvenire sotto vari profili.

In primo luogo, il diffondersi della rete – ma, soprattutto, il diffondersi dei social network<sup>8</sup> – ha avuto un impatto sull'organizzazione interna dei partiti e sul modo stesso in cui avviene la partecipazione all'attività associativa, nonché sul modo in cui si svolge lo scambio di informazioni e di idee tra partito e iscritti. Il partito novecentesco è stato definitivamente archiviato, con i suoi riti e le sue forme organizzative (l'elevato numero degli iscritti; le sezioni; le assemblee; le scuole di formazione; il *cursus honorum* che prevedeva una serie di passaggi naturali prima di accedere alla politica nazionale; la raccolta delle preferenze; le correnti interne; la forte caratterizzazione ideologica), e al suo posto siamo di fronte a entità post-ideologiche, leggere nella struttura (e nel numero degli iscritti) e fluide nelle posizioni politiche, rese possibili e, anzi favorite, dalle grandi potenzialità degli strumenti informatici<sup>9</sup>. In questa prospettiva, possiamo parlare della rete come di un supplente e di un rimedio al progressivo diradarsi della partecipazione «fisica» alla vita di partito, e come di una modalità per incrementare il tasso di democraticità interna delle strutture politiche, dal momento che offre a tutti accesso a informazioni, dati, notizie, un tempo raggiungibili con fatica e solo eventualmente.

Proprio su questo crinale, tuttavia, si è manifestato il punto di rot-

<sup>8</sup> È frequente la sovrapposizione di concetti tra rete e social network, usati spesso come sinonimi. Ma, come è noto, i due concetti sono ben distinti, l'una ponendosi come il presupposto dei secondi. La vera rivoluzione «politica» si lega all'affermarsi dei social network, mentre il primo sviluppo della rete coincide ancora con l'idea che essa potesse servire come strumento per facilitare e semplificare le interazioni tra le persone e, quindi, la partecipazione politica. Sono i social network che hanno indotto un cambio copernicano nella dimensione associativa delle persone. Cfr. B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2018; F. PIRA, *I social media protagonisti della nuova stagione politica. Le nuove forme di partecipazione*, in *Humanities*, 4/2013, pp. 68 ss.

<sup>9</sup> Cfr., in questo senso, P. PASSAGLIA, *Intervento nel Forum su Le sfide della democrazia digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2019, pp. 236, che osserva che «ormai la partecipazione democratica è, in larga misura, partecipazione digitale: una volta scomparsi – atrofizzati al punto da diventare esangui – gli spazi ed i momenti di discussione presso le sedi fisiche dei partiti ... ed una volta resi estemporanei i luoghi di confronto diretto ... è attraverso la rete che, per lo più, la dialettica fondativa si sviluppa, direttamente o anche solo mettendo in contatto le persone, nel senso di facilitare l'incontro nel mondo fisico».

tura che ha cominciato a far apparire la rete non solo un'opportunità per la nostra democrazia, ma anche una minaccia. Nella diffusione incontrollata, orizzontale e anarchica delle notizie, si è progressivamente perso il controllo di come esse si formano, di come si diffondono le cosiddette *fake news*, e di come questi processi diventino difficili da contrastare e da reindirizzare. La rete ha messo così in luce svariate criticità legate al rischio di manipolazione del consenso, come avviene mediante le tecniche di targhettizzazione e profilazione degli utenti. Criticità accentuate dal cosiddetto *digital divide*, ovvero l'accesso diseguale alla rete e alle sue potenzialità, nonché dall'oscurità di molti processi che ivi si manifestano e di cui non conosciamo origine, potere di disporre, effetti conformativi o distorsivi<sup>10</sup>.

In questa prospettiva, la rete sta avendo un impatto sempre più rilevante sull'opinione pubblica, sull'identità collettiva e sul concetto stesso di rappresentanza, con ricadute sulla forma di governo e sulla possibilità di dare prospettive, almeno di medio periodo, alla politica nazionale. La rete, infatti, offrendo tecniche di informazione sommarie, trasversali ed eterogenee, ha alimentato una sempre maggiore individualizzazione dei profili collettivi, quelli che una volta avevano consentito di dar vita ai grandi partiti di massa, capaci di aggregare ampie fasce di popolazione accomunate da visioni ideologiche condivise. Nella marcata caratterizzazione individuale che internet favorisce, leggendo i nostri interessi e alimentandoli al di fuori di qualunque obiettivo ideologico e aggregativo, la possibilità stessa di visioni di medio e lungo periodo e di progetti comuni di trasformazione della società attraverso le politiche pubbliche viene meno, lasciando il campo ad un'estemporaneità del consenso e delle sue direzioni, che appare assai distante dal modello dell'art. 49 Cost. e diventando così il terreno fertile di coltura del populismo.

<sup>10</sup> F. MUSELLA, *Intervento nel Forum su Le sfide della democrazia digitale*, cit., p. 243, ricorda che il *digital divide* è la «disparità tra quanti accedono alle tecnologie dell'informazione e quanti ne sono esclusi, che ricalca e accresce le vecchie disuguaglianze all'interno della società, o tra paesi in differenti aree geopolitiche»; ma, aggiunge, «rispetto agli strumenti della partecipazione si può evidenziare una fonte ancor più rilevante di disuguaglianza. Di disuguaglianza politica. Tra quanti mediano le informazioni, e talvolta gestiscono le procedure deliberative, a partire dalle piattaforme che le ospitano, e coloro che ne prendono parte».

Intorno a questi tre aspetti mi propongo di sviluppare la mia riflessione.

### 3. *Alcune ulteriori premesse di ordine generale*

Prima di affrontare in modo specifico, anche se necessariamente sintetico, i tre profili appena richiamati, ritengo necessario porre alcune premesse e considerazioni di carattere più generale.

Innanzitutto, nel formulare giudizi e previsioni sul rapporto tra dimensione politica dell'individuo e realtà digitale occorre una doverosa prudenza, non solo per la oggettiva complessità tecnica del tema, accessibile a pochi nei suoi risvolti tecnologici più reconditi, ma soprattutto perché la rivoluzione digitale è in corso, e ben lungi dall'essersi completata. Come ha ben descritto Alessandro Baricco nel suo *The Game*<sup>11</sup>, in pochi decenni si è passati dal personal computer allo smartphone; dalle mail ai social network; dai floppy disk al cloud; dagli sms alla profilazione e targhettizzazione degli utenti; dagli elenchi su foglio *excel* allo *spid* e al voto elettronico. E ancora non abbiamo idea di dove stiamo andando, sembrando illimitate le applicazioni che la realtà digitale può ancora esprimere. Ogni valutazione di oggi è inevitabilmente destinata ad essere smentita tra pochissimo tempo, in un mondo che si trasforma sempre più velocemente, facendo apparire obsolete numerose categorie tradizionali della nostra esperienza, anche nell'ambito del diritto costituzionale.

In secondo luogo, va registrata, come dato di fatto, una sostanziale coincidenza temporale tra la crisi dei partiti politici – che ha iniziato a manifestarsi in modo crescente, almeno nel nostro Paese, a partire dall'inizio degli anni '90 – e l'avanzare della rivoluzione digitale. Non abbastanza, forse, per stabilire un rapporto di causa ad effetto, ma certo abbastanza per cogliere alcuni nessi. Se non è convincente attribuire (solo) alla rete le difficoltà che i partiti politici incontrano oggi nel raccogliere proseliti e nel mantenere vivo il rapporto con i propri iscritti, è però certo che, nella autoorganizzazione e dispersione orizzontale e in qualche modo anarchica della rete, può ritrovarsi lo specchio e la

<sup>11</sup> A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018.

rappresentazione della crisi che i partiti stanno attraversando<sup>12</sup>. L'associarsi in partiti per concorrere con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale postula un'organizzazione disciplinata da regole applicate e sindacabili e la capacità di selezionare, attraverso il dibattito interno, un elenco di valori e di priorità programmatiche, su cui fondare la ricerca del consenso. La partecipazione politica mediante la rete porta ad esiti opposti, perché non riesce ad essere organizzata e disciplinata, se non in minima parte, e perché favorisce l'emersione estemporanea ed istintiva di singole *issues*, anziché di ideologie organiche.

In terzo luogo, va evidenziato che l'approccio a internet e alla realtà digitale, visto dalla prospettiva della dimensione politica dell'individuo e della crisi dei partiti, ha cambiato di segno in pochissimi anni. Se inizialmente se ne sono esaltate le potenzialità di strumento capace di recuperare quella partecipazione alla vita associativa dei partiti che la forma tradizionale in presenza non era più in grado di garantire, e di condividere in tempo reale informazioni e dati, rendendo più trasparente e democratica l'attività del partito – è in questo contesto che sono sorti e cresciuti i cosiddetti partiti digitali (come il Movimento 5 Stelle) e che anche tutti gli altri lo sono in qualche misura diventati – in breve, soprattutto con la crescita dei social network – che, come detto, di internet sono una parte, affermatasi prepotentemente in tempi recenti, anche se, per una sorta di metonimia, tendiamo ormai a considerarli l'unica forma della rete – sono cominciate ad affiorare, da più parti, le preoccupazioni e ad essere sottolineate le criticità<sup>13</sup>. Ferme le potenzialità che offre in astratto sul piano comunica-

<sup>12</sup> Come osserva I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politiche*, in *www.medialaws.eu*, 1/2020, p. 186, «di certo il web potenzia gli effetti dell'attività individuale e favorisce processi di autorganizzazione. Ma rimuove il problema dell'assenza (di un'identità collettiva), e, dunque, non si preoccupa di superarlo».

<sup>13</sup> Come ha scritto M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, cit., «il problema si pone oggi, in modo cruciale, per l'uso della Rete, che si è presentata *ab initio* come un potente strumento di emancipazione dal dominio dei media tradizionali, promettendo una intensa rivitalizzazione della sfera pubblica»; mentre oggi ci confrontiamo con gli «effetti contro-intuitivi che l'uso del web ha progressivamente mostrato. Spiccano al riguardo: la riduzione della partecipazione alla presenza

tivo e partecipativo, in poco tempo è stato percepito, in modo altrettanto evidente, che la politica attraverso i social network genera una serie di effetti negativi collaterali di cui forse, inizialmente, non era stata percepita l'invasività<sup>14</sup>. Oggi, in altre parole, l'approccio di chi studia il rapporto tra internet e la dimensione politica deve essere cauto, più (o, almeno, anche) preoccupato delle ricadute che indeboliscono la qualità della nostra democrazia e non solo affascinato dalle prospettive che, come ogni nuova tecnologia, è in grado di offrire.

#### 4. *Partecipazione e comunicazione politica attraverso i social network: alle radici della crisi della rappresentanza*

Enunciate queste premesse, riprendo i profili che ho evocato e che mi sembrano meritevoli di una riflessione più approfondita, sia pure compatibile con lo spazio di una relazione di un convegno.

Da anni constatiamo la riduzione del numero degli iscritti ai partiti e, ancor più, di coloro che partecipano attivamente e "fisicamente" alla vita del partito, sostituiti da elettori e simpatizzanti.

Su questo avrebbe dovuto incidere positivamente il progressivo approdo al cosiddetto partito digitale che avrebbe dovuto facilitare il tesseramento online, che gli statuti di tutti i partiti politici prevedono; le comunicazioni agli iscritti e la condivisione di informazioni; il coinvolgimento degli iscritti nei dibattiti interni e nelle deliberazioni che coinvolgono la linea politica e le candidature; la riduzione dei costi di apparato.

A parte il profilo della riduzione dei costi, sul resto l'apporto del digitale ha sin qui sostanzialmente fallito, ed anzi ha spinto, soprattutto

in Rete, magari con un semplice like; la creazione di nicchie all'interno delle quali si incontrano soltanto coloro che condividono le stesse convinzioni, radicalizzandole; la scarsa qualità dell'informazione offerta dal *citizen journalism*; la produzione di catene informative, al termine delle quali la notizia perde ogni rapporto col suo significato iniziale (le fake news), se non la diffusione incontrollata di teorie antistoriche o anti-scientifiche; la riduzione dei messaggi a insulto o a vera e propria persecuzione dei soggetti criticati (da parte dei c.d. trolls)».

<sup>14</sup> Per alcuni spunti si veda il volume curato da E. VITALE e F. CATTANEO, *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018.



to a partire dal diffondersi dei social network, verso una fruizione passiva ed estemporanea della proposta politica, fatta di «mi piace», condivisioni, *followers*, ecc... Da cittadini protagonisti attivi a utenti digitali, se non veri e propri automi, sempre più individuali e isolati ed ispirati ad un voto di opinione sul singolo tema, anziché da un'appartenenza ideologica<sup>15</sup>. Con l'ulteriore conseguenza di un'accentuazione della personalizzazione leaderistica della proposta politica, disintermediata e condivisa in un colloquio diretto tra il leader e i suoi simpatizzanti (ma anche i suoi *baters*).

Difficile ritrovare, in questo modello, qualcosa dell'idea originaria di cittadini che si associano per determinare, con metodo democratico, la politica nazionale<sup>16</sup>.

Paradossalmente, la ricerca di maggiore democrazia diretta tramite la democrazia digitale sta facilitando la trasformazione dei partiti, che la Costituzione ha concepito come canale di intermediazione tra le istituzioni e la società civile, in semplici associazioni di comunicazione ed informazione o in “macchine elettorali continue”, eccessivamente concentrate su se stesse, sulle proprie “politiche di marketing”, sull'assestare gli umori più estemporanei dell'opinione pubblica digitale; con evidenti riflessi sull'attività parlamentare (ed anche sul divieto di mandato imperativo, come la vicenda delle espulsioni dal gruppo parlamentare del M5S testimonia<sup>17</sup>) e sulla sua ulteriore polarizzazione e parcellizzazione.

<sup>15</sup> Cfr. A. PAPA, «Democrazia della comunicazione» e formazione dell'opinione pubblica, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2017.

<sup>16</sup> Non affronto, per ragioni di tempo, la delicatissima questione del metodo democratico, che pure andrebbe valutata, sia sotto il profilo di una vera democrazia interna ai partiti digitali, sia sotto il profilo di come possa essere garantito il confronto democratico in una realtà digitale poco controllata e alla mercé delle grandi corporations del settore. Interessante, in questo senso, la vicenda di Forza Nuova e di Casa Pound, e le pronunce cautelari – di segno diverso – che sul punto ha reso il Tribunale di Roma in relazione alla possibilità di pretendere la presenza su Facebook, considerato ormai, a buon diritto con i suoi numeri miliardari nel mondo e decimilioniari in Italia, come un luogo imprescindibile del dibattito democratico. Si veda, per alcuni cenni critici su tali vicende, G. GRASSO, Social network, *partiti politici e lotta per il potere*, in *www.medialaws.eu*, 1/2020, pp. 211 ss.

<sup>17</sup> Cfr. S. CURRERI, *L'espulso dal gruppo alla ricerca del suo giudice*, in *LaCostituzione.info*, 29 giugno 2021;

L'impatto più rilevante dell'avanzare della realtà digitale è però meno visibile ma più sostanziale, e riguarda l'idea stessa di rappresentanza e la sua crisi.

Da anni si parla di crisi della rappresentanza, che viene letta sia come crisi del rappresentato – il rappresentato non ha più lui stesso un'identità unitaria né sente più appartenenze di classe o ideologiche, e quindi la sua scelta elettorale diventa molto più volubile, orientata da fattori estemporanei e da tematiche specifiche – sia come crisi del rappresentante: che non ha più di fronte identità collettive aggregate intorno ad idee guida ma una somma di soggetti sempre più individualizzati e isolati, che non formano un popolo ma una sorta di massa amorfa e sostanzialmente impolitica<sup>18</sup>; e che il rappresentante, ormai «prigioniero» e condizionato dalla tipica precarietà di chi si affida a sondaggi continui per misurare in tempo reale gli umori e le reazioni dei suoi *followers* sui temi che propone, non è più in grado di trasformare in un corpo politico<sup>19</sup>. Di fatto, i tratti propri della comunicazione attraverso i social network favoriscono la trasformazione della politica verso suggestioni populiste<sup>20</sup>.

Dando spazio e favorendo una sorta di auto-organizzazione individuale e senza regia alcuna della domanda politica, il web – i social network in particolare – sta alimentando una società sempre più liquida, umorale, *single-issue oriented* come si suol dire, che diventa problematico organizzare in gruppi sociali sufficientemente omogenei per essere rappresentati e per esprimere una qualche forma di politica nazionale. Anche per questo – non solo, ma anche per questo – il nostro Parlamento è sempre più marginale nelle scelte di indirizzo politico, e

<sup>18</sup> F. MUSELLA, *Intervento nel Forum su Le sfide della democrazia digitale*, cit., p. 267, sottolinea che «se cresce la frammentazione dei pubblici in chiave individualista – ciò che chiamiamo la “personalizzazione delle masse” – si impone l'esigenza del recupero di un principio ordinativo che possa assicurare la capacità di indirizzo politico». Cfr. anche M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019.

<sup>19</sup> Cfr., in questo senso, I. MASSA PINTO, *Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie*, cit., pp. 187, che sottolinea che «se l'offerta politica è assente, se il rappresentante è in crisi, l'appello diretto al popolo – in tutte le sue forme possibili – non può che rivelarsi, infine, mistificante».

<sup>20</sup> Cfr. C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, p. 29 ss.

assistiamo ad una sostanziale eterodeterminazione della politica nazionale da parte di istituzioni internazionali e grandi *corporations* economiche.

Si è così sempre più lontani dalla funzione pubblicistica che l'art. 49 della Costituzione affida al partito politico, ovvero quella di concorrere a determinare la «politica nazionale», che sottintende una funzione aggregativa di istanze e interessi diversificati, passibili senz'altro di diversa lettura, interpretazione e conciliazione, ma che necessariamente devono essere fatti convergere verso l'interesse collettivo (pubblico, appunto). Oggi, le modalità operative dei partiti che, attraverso le piattaforme digitali, entrano in contatto “estemporaneo” con gli elettori attraverso i social network, rischiano di allontanarli “strutturalmente” da questo obiettivo, portando ad assumere prospettive parcellizzate, in quanto tali ontologicamente distinte dal concetto di «politica nazionale» che i partiti dovrebbero contribuire a determinare.

In terzo luogo, vanno prese in considerazione le criticità che possono essere generate dal *digital divide*, che di fatto escludono una percentuale non trascurabile della popolazione, soprattutto anziana, dalle potenzialità della rete; nonché quelle legate alla manipolazione del consenso, che un uso abile e non consapevole per i destinatari della targhettizzazione e della profilazione degli utenti può determinare<sup>21</sup> (sono fin troppo noti la vicenda di Cambridge Analytica e il suo ruolo nell'elezione di Donald Trump nelle elezioni del 2016, nonché la stessa influenza di un uso abile e spregiudicato dei social nel voto sulla Brexit). La targhettizzazione genera quella che è stata chiamata la c.d. *filter bubble*, per cui l'utente si trova più o meno consapevolmente confinato entro ecosistemi digitali ristretti, ove la sua idea viene continuamente ribadita e amplificata, rendendo assai difficile qualunque approccio critico o dialogico<sup>22</sup>.

La disintermediazione sta producendo così una nuova variante della democrazia del pubblico, rispetto alla quale i cittadini da spettatori premiano con la loro audience l'offerta politica di partiti sempre più

<sup>21</sup> Cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Rivista di Bio Diritto*, 1/2019, pp. 101 ss.

<sup>22</sup> Cfr. R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2019, pp. 789 ss.

identificati nei propri leader, invece di trasformarsi progressivamente in attori, si trasformano in automi, la cui volontà viene condizionata o, addirittura, determinata dalle comunità digitali ai quali essi appartengono.

Tutto ciò allontana i partiti dai principi della democrazia pluralista, sotto un triplice aspetto: la targhettizzazione inficia il principio costituzionale della libertà e personalità del voto, la autodeterminazione dell'elettore e, in definitiva, il presupposto valore della dignità umana; quale corollario inficia non solo la libertà di informarsi, ma la stessa libertà di pensiero; l'accentuazione della polarizzazione, tanto più deleteria in una società come quella italiana già "variegata" e fortemente frammentata, va a detrimento del dialogo democratico, che dovrebbe essere costruttivo e rispettoso della pluralità delle posizioni, traducendosi invece in scontri frontali, che spesso scadono nell'invettiva, nella "politica dell'insulto", senz'altro poco rispettosi dei valori democratici e del principio di uguaglianza che – a loro volta – presuppongono il rispetto per la dignità umana (e quindi per le diversità).

Le questioni aperte dall'incontro tra internet, i partiti politici e i meccanismi della rappresentanza e del consenso sono molto più articolate e complesse di quello che si è potuto sintetizzare in questa sede. Ma bastano questi pochi cenni per dar conto di uno strumento che, ferme le sue straordinarie potenzialità in termini di accesso alle informazioni, di trasparenza dei pubblici poteri, di semplificazione dei rapporti tra individui, di più agevole partecipazione alla vita associativa del partito, in realtà offre anche il fianco, proprio sul piano politico, a molteplici e crescenti perplessità.

5. *A mo' di conclusione: la velleitarietà della regolazione normativa e le potenzialità dei codici di autoregolazione, per restituire alla realtà digitale il ruolo proprio di strumento al servizio della rappresentanza politica*

Come già avvenuta in risposta alla crisi dei partiti politici, si è da più parti evocata la necessità di una più stringente regolazione normativa dell'accesso ai social network e delle forme di comunicazione poli-

tica attuate attraverso internet<sup>23</sup>. Sembra però che la rete sfugga ad una reale possibilità di regolazione eteronoma, conoscendo percorsi molto variegati e difficilmente codificabili per la trasmissione dei contenuti e dei messaggi che si vogliono veicolare, e spesso di difficile percezione comune. Più auspicabile immaginare uno sforzo delle forze politiche di imporsi, in una cornice condivisa, regole di relazione tra loro e con i propri elettori che rispettino i valori costituzionali fondamentali. Ancora più realistico, tuttavia, è pensare ad una progressiva maggiore consapevolezza del fruitore di internet delle sue potenzialità, dei suoi rischi e dei suoi sottintesi, così che, superata la fase della scoperta iniziale – in cui la velocità dell'evoluzione tecnologica sopravanza di gran lunga la capacità dell'uomo di adattarsi ad essa – possa ipotizzarsi un allineamento tra i due interlocutori (tecnologia e suoi fruitori), come sempre avvenuto nelle grandi rivoluzioni del passato, e un più fecondo scambio, nell'ottica di una crescita democratica<sup>24</sup>.

Queste ultime considerazioni consentono di trarre alcune provvisorie conclusioni, anche se, per quel che ho detto in premessa, lo stato della tecnologia è in tale evoluzione che qualunque conclusione si tenti di rassegnare oggi assume un carattere naturalmente precario, in attesa dell'ulteriore salto di qualità che la realtà digitale si appresta a compiere.

La domanda che dobbiamo porci è se stiamo davvero assistendo a qualcosa di nuovo, o se fenomeni analoghi, anche se magari non della stessa intensità, si sono verificati ogni qual volta la comunicazione politica ha cominciato a fare uso di media nuovi, naturalmente più efficaci e pervasivi dei precedenti<sup>25</sup>. Sicuramente questo è ciò che sta accaden-

<sup>23</sup> Come noto, da tempo il Parlamento europeo sta elaborando un Regolamento di disciplina del marketing politico online, ad oggi però non ancora varato.

<sup>24</sup> Per alcuni spunti sul tema si può leggere B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 23 gennaio 2019.

<sup>25</sup> Come ha osservato G. DE MURO nel suo *Intervento* sul Forum de *Le sfide della democrazia digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, «Gandhi diceva che un sistema politico che dipendeva da funzionari eletti per prendere decisioni a nome nostro non sarebbe mai riuscito a salvarci da quell'esistenza artificiale. Come avrebbe potuto? La democrazia rappresentativa era essa stessa artificiale. Ormai era alla mercé delle macchine. Operava tramite la macchina dei partiti, la macchina della burocrazia, la macchina del denaro. I cittadini erano consumatori passivi del loro destino politico.

do: una vera e propria rivoluzione negli strumenti di comunicazione, ben più potente ed invasiva rispetto a quelle che l'hanno preceduta (la stampa, la radio, la televisione), ci sta ponendo di fronte a novità così dirompenti che non si è ancora riusciti a misurarne l'esatta portata e ad elaborare categorie ermeneutiche adeguate. Certo è che sta cambiando profondamente la socialità della persona, il suo modo di relazionarsi agli altri e, quindi, l'elemento stesso di base di una democrazia.

Quel che preoccupa non è quindi tanto lo strumento in sé – che, come tutti i nuovi strumenti tecnologici, può essere buono o cattivo, secondo l'uso che se ne fa – ma gli effetti che sta generando sulla possibilità stessa di alimentare il meccanismo della rappresentanza, che dei sistemi democratici costituisce l'ingranaggio essenziale e irrinunciabile. Come è già avvenuto nelle grandi transizioni tecnologiche del passato, occorrerà tempo perché il sistema politico si adatti compiutamente ai nuovi strumenti, perché ne colga appieno le virtualità positive e perché essi diventino un fattore di crescita democratica e non di preoccupazioni varie che sono state sin qui manifestate<sup>26</sup>.

La rivoluzione digitale ha già ed è comunque destinata ulteriormente a semplificare e migliorare le nostre vite; ma essa sta anche accelerando il processo di *trasformazione*, se non di vera e propria «*decomposizione*» dei meccanismi di rappresentanza politica tradizionale, sostituendoli con nuove modalità che ci appaiono difficilmente conciliabili con il paradigma dell'art. 49 Cost. per come lo abbiamo declinato sin qui.

Ancora una volta, allora, sono i valori costituzionali che devono essere difesi e che devono rappresentare il parametro di riferimento per interpretare e governare la grande trasformazione che stiamo vivendo, per ricondurla ad approdi pienamente compatibili con i principi democratici.

Premiamo un bottone e ci aspettiamo che il governo risponda. La paura oggi della crisi della democrazia causata dai Big Data non è molto diversa da quella determinata dalle macchine dei partiti. La differenza oggi sta nella difficoltà di conoscere i meccanismi di persuasione politica che possono essere attivati da un uso deviato delle macchine che, aggregando i dati, possono essere utilizzate per indirizzare il consenso».

<sup>26</sup> R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza*, cit., p. 802, conclude rilevando che «se pure non è possibile escludere l'influenza della rete nell'attuale sistema democratico, e la sua potenziale capacità di maggiore coinvolgimento e partecipazione popolare, si deve negare che la democrazia diretta possa sostituirsi, in tutto o in parte, al sistema rappresentativo».

PARTE TERZA

INTERVENTI PROGRAMMATI





QUANDO LE NUOVE TECNOLOGIE POSSONO ESSERE  
UTILIZZATE A SERVIZIO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI:  
LA PROPOSTA DI DIGITALIZZAZIONE  
DELLA TESSERA ELETTORALE

LORENZO SPADACINI, MARCO PODETTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Astensionismo: la ricostruzione del fenomeno nel libro bianco. – 3. Digitalizzazione della tessera elettorale e voto anticipato presidiato.

1. *Premessa*

L'applicazione delle nuove tecnologie, in particolare digitali, può determinare il sorgere di molti rischi con riferimento all'effettiva realizzazione dei diritti costituzionalmente protetti, come risulta dai contributi che sono stati offerti durante il Convegno. Tuttavia, non può celarsi che, sotto altra prospettiva, l'impiego delle stesse tecnologie digitali può risultare invece particolarmente utile anche nel senso opposto, ossia proprio al fine di rimuovere ostacoli alla effettività dei diritti costituzionalmente garantiti.

In quest'ottica, può essere portata ad esempio la proposta recentemente formulata dalla c.d. Commissione Bassanini<sup>1</sup> contro

<sup>1</sup> La Commissione, nominata con decreto del Ministro per i rapporti con il Parlamento con delega alle riforme istituzionali del 22 dicembre 2021, era così composta: prof. Franco Bassanini, con funzioni di Coordinatore; prof.ssa Adriana Apostoli, Università degli Studi di Brescia; prof. Gian Carlo Blangiardo, Presidente dell'Istat; cons. Cristina De Cesare, Servizio Studi della Camera dei deputati; cons. Paolo Donzelli, Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri; prof. Paolo Feltrin; dott.ssa Alessandra Ferrara, ricercatrice Istat; dott. Antonio Floridia; prof.ssa Elisabetta Lamarque, Università degli Studi di Milano-Bicocca; prof. Leonardo Morlino, Università LUISS Guido Carli; pref. Fabrizio Orano, Direttore Centrale per i Servizi elettorali - Ministero dell'interno; prof. Lorenzo Spadacini, Università degli Studi di Brescia; cons. Marco Caputo; cons. Lorella Di Giambattista; cons. Silvia Paparo.

l'astensionismo che ha prodotto il libro bianco<sup>2</sup> «Per la partecipazione dei cittadini: come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto». Con essa, proprio tramite la digitalizzazione di un tassello della procedura elettorale, ossia sostituendo alla tessera elettorale cartacea<sup>3</sup> una tessera elettorale digitale, si intende conferire maggiore effettività al diritto di voto, potenziando non solo l'art. 48 Cost., ma anche lo stesso art. 1, con il suo riferimento al principio democratico, l'art. 2, che «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica», e l'art. 3, che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese. In quest'ottica, la proposta della Commissione Bassanini impiega la digitalizzazione di alcuni aspetti del processo elettorale allo scopo di «rimuovere gli ostacoli» burocratici ad una più facile partecipazione al voto da parte degli elettori, senza ricorrere ad interventi autoritativi

<sup>2</sup> [https://www.riformeistituzionali.gov.it/media/1427/ebook-libro-bianco\\_02\\_05\\_22.pdf](https://www.riformeistituzionali.gov.it/media/1427/ebook-libro-bianco_02_05_22.pdf).

<sup>3</sup> La tessera elettorale è il documento che serve per identificare un cittadino italiano e permettergli di esercitare il diritto di voto alle elezioni politiche, regionali, comunali ed europee nonché nei referendum. Contiene il nome e cognome del titolare, la sua data di nascita, il luogo di residenza e un numero identificativo univoco. Inoltre, riporta le informazioni relative alla sezione elettorale di appartenenza, dove il cittadino deve recarsi per votare il giorno delle elezioni. L'elettore, per votare, deve infatti portare con sé la tessera elettorale e un documento di identità valido. Al seggio, la tessera elettorale viene timbrata allo scopo di evitare il fenomeno del cosiddetto «doppio voto». Grazie alla tessera elettorale, infatti, ogni cittadino può votare una sola volta, poiché viene controllato all'ingresso della sezione elettorale ed è ammesso al voto solo se la tessera non rechi già altro timbro. In Italia, di norma, ogni elettore deve votare presso la sezione elettorale corrispondente alla propria residenza anagrafica. Tuttavia, in alcune situazioni particolari, è possibile votare in un seggio diverso da quello di residenza, come nel caso, ad esempio, degli scrutatori e dei rappresentanti di lista. È proprio con riferimento a tali casi che la tessera evita l'esercizio del voto più di una volta. Come ricorda M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista Aic*, n. 1/2021, p. 10, la possibilità dell'adozione di una tessera elettorale su supporto informatico, utilizzando la carta di identità elettronica, è già prevista dall'articolo 8 del Decreto Legislativo 8 settembre 2000, n. 299 («Regolamento concernente l'istituzione, le modalità di rilascio, l'aggiornamento ed il rinnovo della tessera elettorale personale a carattere permanente, a norma dell'articolo 13 della legge 30 aprile 1999, n. 120»).

come la re-introduzione dell'obbligo di voto, in quanto "dovere civico"<sup>4</sup> o facendone prevalere la dimensione di funzione pubblica piuttosto che quella di diritto individuale<sup>5</sup>.

## 2. *Astensionismo: la ricostruzione del fenomeno nel libro bianco*

I lavori della Commissione si sono basati su una ricostruzione, sul piano fenomenologico, dell'astensionismo, che è andato incrementandosi progressivamente da molti anni e in particolare negli ultimi decenni, con una maggiore o minore incidenza a seconda delle elezioni considerate. Nelle democrazie occidentali, in particolare, il fenomeno è emerso maggiormente a partire dagli anni '90, anche se vi sono stati periodi di particolare crisi come la Grande Recessione del 2008 che hanno accentuato il problema. Anche in Italia la partecipazione alle elezioni è diminuita specialmente a partire dagli anni '90 a causa della sfiducia verso i partiti politici e degli effetti della crisi economica. Omettendo l'analisi completa dei dati, è qui sufficiente ricordare che nelle ultime elezioni comunali del 2021, la partecipazione al voto è stata la più bassa di sempre, vicina a quella registrata per le elezioni europee del 2019. E un'ulteriore conferma dell'entità del fenomeno si è manifestata nelle recenti elezioni regionali<sup>6</sup>.

Isolato il fenomeno dell'astensionismo cosiddetto apparente<sup>7</sup>,

<sup>4</sup> L. TRUCCO, *L'esercizio del voto: "dovere civico" in che senso?*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2019. Tra i tanti, sul punto, v. anche M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, p. 40 ss.

<sup>5</sup> Per qualche cenno sul voto come funzione pubblica, cfr. M. ROSPI, *La tutela del diritto di voto come argine alle diseguaglianze dopo l'emergenza pandemica*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, p. 230 ss., che riassume tra l'altro il dibattito ottocentesco e nei primi del Novecento, e M. RUBECHI, *L'Art. 48 della Costituzione*, in *La Magistratura, Commentario*, 2022, nonché, sulla duplicità della natura del voto, F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. Pubbl.)*, in *Enc Dir*, XLVI, Milano, 1993, p. 1107 ss. Sul voto "obbligatorio" v. anche G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, Roma, 1988.

<sup>6</sup> L'astensionismo ha raggiunto il 62,8% in Lazio e il 58,4% in Lombardia nelle recenti elezioni regionali.

<sup>7</sup> L'astensionismo apparente è influenzato dal numero degli elettori iscritti all'AIRE, che possono votare per corrispondenza solo nelle elezioni politiche (nella Circoscrizione Estero) e non nelle elezioni regionali e amministrative. Nel corso degli

l'analisi contenuta nel libro bianco muove da una scomposizione dell'astensionismo reale in due componenti: l'astensionismo volontario e quello involontario. L'astensionismo volontario può manifestarsi per disinteresse verso la politica o assumere i caratteri di una più esplicita protesta. L'astensionismo involontario, invece, è causato da impedimenti fisici o materiali, come ad esempio la vecchiaia, la malattia, la disabilità o la temporanea assenza dal Comune di residenza per motivi di studio, lavoro o vacanza. Diversamente da quanto si pensi, esso ha dimensioni cospicue: secondo le stime contenute nel libro bianco (p. 279), esso ha riguardato il 16-18% degli elettori nelle elezioni europee del 2019. Anche se si tratta di elezioni con un tasso di partecipazione particolarmente basso (54,5%), la stima è ugualmente significativa, tenuto conto che l'afflusso alle urne è stato non particolarmente elevato nemmeno con riferimento all'ultima tornata di elezioni politiche (63,9%), l'appuntamento elettorale tradizionalmente più sentito.

La Commissione, dunque, si è limitata a suggerire un intervento proprio sull'astensionismo involontario, sul presupposto che quello volontario può essere affrontato fondamentalmente sul terreno della proposta elettorale dei partiti, cui incombe l'onere di realizzare un migliore incrocio tra la domanda e l'offerta politica.

Sul piano metodologico, allo scopo di individuare soluzioni utili a contrastare l'astensionismo involontario, il libro bianco, esclusa, *rebus sic stantibus*, la possibilità di adottare il voto elettronico nelle sue diverse forme<sup>8</sup>, ha premesso una valutazione delle altre esperienze in-

anni, il numero degli elettori iscritti all'AIRE è aumentato considerevolmente, causando una discrepanza tra l'astensionismo reale e quello apparente. In molte elezioni comunali e regionali, la partecipazione reale al voto è risultata infatti essere maggiore di quella apparente, principalmente a causa del conteggio degli iscritti all'AIRE nel corpo elettorale, a differenza di quanto accade per le elezioni politiche, in relazione alle quali gli iscritti all'AIRE non sono computati all'interno del corpo elettorale sul quale si calcola il tasso di astensionismo diffuso dal Ministero degli Interni e dai media. Questa differenza è particolarmente rilevante nei piccoli comuni, dove l'astensionismo apparente può influenzare il raggiungimento del quorum del 50% necessario per la validità delle elezioni. Un altro fattore meno significativo è il grado di accuratezza dei registri anagrafici, che può portare a una "sovra-copertura" delle anagrafi comunali, includendo anche coloro che non hanno manifestato "segnali di vita" negli archivi amministrativi.

<sup>8</sup> Sul voto elettronico, tra gli altri, si veda: L. CUOCOLO, *Voto elettronico e postde-*

ternazionali, dalla quale emerge significativamente che “tutti i Paesi hanno previsto modalità che consentono di esercitare il diritto di voto a coloro che sono lontani dal luogo di residenza o hanno difficoltà a recarsi al seggio nel giorno delle elezioni”. Di conseguenza, l’analisi comparata fa emergere il netto ritardo dell’Italia nel facilitare l’esercizio del diritto di voto combattendo almeno l’astensionismo di tipo involontario.

Tuttavia, da altro punto di vista, l’analisi comparata mette condivisibilmente in luce che alcune soluzioni adottate in altri ordinamenti non sono suscettibili di essere “importate” nel nostro<sup>9</sup>. In Italia, il voto per delega o per procura, per esempio, è sicuramente vietato, poiché il requisito costituzionale della personalità del voto implica che l’elettore non possa essere sostituito da altri almeno durante l’atto della votazione. Lo stesso voto per posta (se non presidiato<sup>10</sup>) sembra suscitare qualche dubbio di compatibilità costituzionale, anche se è difficile sostenere che esso sia certamente incompatibile con gli standard richiesti dalla Costituzione<sup>11</sup>. Da un lato esso è previsto per il voto degli Italiani all’estero, anche se a tal fine i parametri della “segretezza” e della

*mocrazia nel diritto costituzionale comparato*, in DPCE, 2008, p. 255 ss.; M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali*, cit.; M. SCHIRIPA, *Le nuove frontiere del diritto di voto. Uno studio di diritto comparato*, Padova, 2021; L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 1/2011, p. 47 ss.

<sup>9</sup> Sui requisiti costituzionali del diritto di voto nella Costituzione italiana, v., tra gli altri, M. ARMANNI, *Personale uguale libero e segreto. Il diritto di voto nell’ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2018.

<sup>10</sup> Quanto alla nozione di voto presidiato o non presidiato, v. A. GRATTEI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, Padova, 2005, p. 109.

<sup>11</sup> In questo senso, a L. A. MAZZAROLI, *Art. 48*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 324: «il principio di personalità sancito dalla Costituzione non sembra escludere che in futuro si possa giungere ad ammettere anche il voto per corrispondenza». Nello stesso senso, A. DE NICOLA, *Il voto fuori dal comune di residenza*, cit., p. 24 ss., e M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali*, cit., p. 33. *Contra*: R. CALVANO, *I caratteri negletti del diritto di voto e le zone franche del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 620 ss.; E. GROSSO, *Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1 (Voto degli italiani all’estero)*, in *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, 2006, p. 217 ss.; M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Napoli, 2020, p. 231.

“personalità” del voto di cui al 2° comma dell’art. 48 Cost. sembrano potersi interpretare meno restrittivamente che per il voto in Italia, sulla scorta della formulazione del comma successivo che, limitatamente al voto per gli Italiani all’estero, affida alla legge il compito di assicurarne l’effettività<sup>12</sup>. Dall’altro lato esso è ormai diffuso ampiamente<sup>13</sup> nel contesto di ordinamenti occidentali sui cui standard di democraticità non può seriamente dubitarsi<sup>14</sup>. Ciononostante, però, stanti le condizioni attuali, è difficile negare che, nel giudizio di bilanciamento tra il principio costituzionale di effettività del voto – che spingerebbe verso

<sup>12</sup> A tal fine, è rilevante il dato di fatto che all’estero non sarebbe possibile allestire un sistema di seggi “presidiati” altrettanto capillare di quelli organizzati sul territorio nazionale. Sul punto teorico della separatezza del circuito rappresentativo degli italiani all’estero rispetto a quello nazionale, cfr. C. FUSARO, *Il voto all’estero: quando i costituzionalisti... non ci stanno*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2002, p. 3351 ss. V. anche S. TALINI, *Far ritorno al luogo di residenza o rinunciare all’adempimento del proprio dovere civico? Il diritto di voto alla prova dell’effettività*, in *Federalismi*, n. 23/2022, p. 275 ss.

<sup>13</sup> Le ultime elezioni federali per il Bundestag in Germania si sono tenute il 26 settembre 2021. Secondo i dati ufficiali della Deutsche Welle, alle elezioni del 2021, circa il 40% degli elettori tedeschi ha votato per posta, il che rappresenta un aumento significativo rispetto al 2017, quando il 29,2% degli elettori aveva optato per questa modalità di voto. La pandemia di COVID-19 ha probabilmente contribuito ad aumentare il numero di elettori che hanno scelto di votare per posta, poiché questa opzione consente di evitare le code e i rischi di contagio negli uffici elettorali il giorno delle elezioni. Le ultime elezioni per il Congresso degli Stati Uniti si sono tenute nel novembre 2020. Secondo i dati della U.S. Election Assistance Commission, alle elezioni del 2020, circa 46 milioni di elettori hanno votato per posta, il che rappresenta circa il 25% di tutti i voti espressi. Va precisato che le modalità di voto per posta variano tra gli Stati e che alcuni Stati consentono di votare solo per posta, mentre in altri è possibile votare in persona il giorno delle elezioni o per posta. Tuttavia, a causa della pandemia di COVID-19, molti Stati hanno esteso le opzioni di voto per posta per facilitare la partecipazione degli elettori e ridurre il rischio di contagio negli uffici elettorali il giorno delle elezioni. Ciò ha probabilmente contribuito ad aumentare significativamente il numero di elettori che hanno scelto di votare per posta alle elezioni del 2020.

<sup>14</sup> Dai risultati della ricerca internazionale riportati nel Libro bianco emerge che in 15 dei 19 Paesi analizzati è previsto il voto per corrispondenza. In 10 di questi Paesi, tale modalità di voto è applicabile sia per gli elettori residenti nel territorio nazionale che per quelli residenti all’estero (Australia, Austria, Canada, Germania, Irlanda, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti, Svezia, Svizzera), mentre in altri 5 Paesi è riconosciuta solo ai residenti all’estero (Belgio, Francia, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo).

l'introduzione, anche da noi, del voto per posta – e i principi costituzionali di personalità e segretezza del voto – che indurrebbero alla soluzione opposta – non può non pesare a favore dei secondi la condizione che caratterizza vaste aree del Paese in relazione alle quali sembrano permanere rischi significativi di controllo del voto da parte della criminalità organizzata (che potrebbe giovare di qualsiasi procedura elettorale non presidiata)<sup>15</sup>.

### 3. *Digitalizzazione della tessera elettorale e voto anticipato presidiato*

Con lo scopo di semplificare e abilitare nuove modalità di votazione per ridurre l'astensionismo involontario, la proposta del libro bianco ha lo scopo di consentire agli elettori di votare in un luogo fisico diverso dalla sezione elettorale della loro residenza<sup>16</sup> e per un tempo molto più esteso della giornata (e mezza) tradizionalmente dedicata alle votazioni nel nostro Paese. E ciò senza ricorrere a soluzioni, escluse per le ragioni menzionate e più dubbie sul piano della legittimità costituzionale (allo stato delle condizioni tecnologiche e sociali), come il voto elettronico e quello per posta non presidiato.

La digitalizzazione completa delle liste elettorali e della tessera elettorale è dunque il presupposto fondamentale per la proposta della Commissione Bassanini. Con essa si propone di sostituire le tessere elettorali cartacee con un certificato elettorale digitale, chiamato *election pass* (EP), utilizzando tecnologie già sperimentate per il *green pass*. Il cittadino potrebbe scaricare o stampare l'EP tramite app o sito web,

<sup>15</sup> P. CARLOTTO, *Il voto elettronico in Italia: sperimentazioni e difficoltà*, in *Nuova Rassegna*, n. 1/2012, p. 86.

<sup>16</sup> Per un *excursus* storico della corrispondenza tra residenza e luogo del voto, si veda A. DE NICOLA, *Il voto fuori dal comune di residenza*, cit., p. 5 ss. In particolare, l'Autore, citando L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, Milano, 1957, p. 79, annota che, quando nella legislazione precedente si prevedeva la possibilità di votare in un seggio diverso da quello della residenza, ciò accadeva proprio per «andare incontro con larghezza alle aspirazioni e ai desideri dell'elettore, rendendogli più agevole e forse in qualche caso più piacevole l'esercizio del diritto di voto». Allo stesso scritto (p. 8) si rinvia quanto alle limitate eccezioni al principio che consentono oggi il voto in seggio diverso da quello della residenza.

o richiederlo in forma cartacea allo sportello comunale. L'EP sarebbe verificato e annullato in tempo reale presso il seggio tramite un'apposita app, e una volta utilizzato non potrebbe più essere impiegato per accedere ad un altro seggio<sup>17</sup>.

Soprattutto, l'introduzione della tessera digitale consentirebbe, secondo la proposta della Commissione, di avviare anche in Italia, non il voto per posta come in altri Paesi, ma il voto anticipato presidiato (che comunque si avvale del servizio postale). Questa modalità consentirebbe agli elettori che prevedono difficoltà a recarsi al proprio seggio il giorno delle elezioni di votare in anticipo, in qualunque parte del territorio nazionale si trovino, risultando preservate segretezza, personalità e libertà del voto (perché esso si svolgerebbe comunque all'interno di una cabina elettorale), nonché l'effettiva rappresentatività delle istituzioni elettive attraverso il mantenimento del rapporto tra l'elettore e il territorio di residenza (perché l'elettore, ovunque votasse, riceverebbe comunque la scheda corrispondente alla circoscrizione della sua residenza).

La Commissione, in particolare, propone che gli elettori possano votare anticipatamente presso gli Uffici postali (o eventualmente altri Uffici pubblici), dotati di cabine elettorali, fino a qualche giorno prima delle elezioni. I seggi postali resterebbero aperti per un periodo di tempo non inferiore alla settimana. Secondo la proposta della Commissione, la tessera elettorale digitale permetterebbe ad ogni Ufficio abilitato di scaricare e stampare tutte le schede elettorali per ogni singolo elettore, senza alcuna possibilità di intervento discrezionale da parte del personale incaricato. In effetti, è proprio per il tramite della digitalizzazione della tessera elettorale che, in sostanza, è possibile risolvere il problema pratico di rendere disponibili in ogni ufficio postale tutte le diverse schede elettorali<sup>18</sup> in uso per le plurime scadenze elettorali che si tengono nel Paese per il rinnovo degli enti elettivi e per l'esercizio del voto referendario in una stessa tornata elettorale<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Inoltre, il cittadino potrebbe ottenere un attestato di avvenuta votazione tramite l'app o il sito web dopo aver votato.

<sup>18</sup> Quanto, per esempio, ai comuni chiamati al voto quelli nella stessa tornata potrebbero essere anche migliaia.

<sup>19</sup> A questo scopo, in effetti, la proposta della Commissione prevede che le sca-



L'Ufficio abilitato deve fornire spazi riservati o cabine per garantire personalità, libertà e segretezza del voto. I rappresentanti di lista hanno il diritto di accedere all'Ufficio per controllare le operazioni di voto, anche a campione. Nonostante possa sembrare difficile per le forze politiche presenziare con i propri rappresentanti di lista per molti giorni, va considerato che gli Uffici postali sono meno numerosi dei seggi elettorali, e la possibilità di effettuare controlli a campione permetterebbe ai rappresentanti di lista di effettuare controlli in diversi Uffici abilitati. Negli Uffici abilitati, verificato il certificato elettorale digitale (EP) e un documento di identità, l'incaricato dell'Ufficio stamperebbe le schede elettorali associate all'elettore per la specifica tornata elettorale e provvederebbe alla stampa di una busta con l'indirizzo del seggio di destinazione del voto, ossia quello della residenza dell'elettore. L'elettore esprimerebbe il proprio voto nella cabina appositamente allestita e inserirebbe la scheda votata in apposite buste, che sarebbero poi inserite nella busta già etichettata con l'indirizzo del seggio elettorale di destinazione del voto. Il plico elettorale sarebbe consegnato all'incaricato dell'Ufficio abilitato che provvederebbe a spedirlo al seggio di destinazione<sup>20</sup>.

Nel seggio di destinazione le schede sarebbero infine inserite nell'urna, nella quale si confonderebbero con le schede votate in loco, e sarebbero dunque infine scrutinate senza possibilità per gli scrutatori di distinguere i voti espressi nel seggio dello scrutinio da quelli inviati per posta.

denze elettorali siano tutte cumulate in due date annuali, salvo limitate eccezioni costituzionalmente imposte. Del resto, sarebbe impossibile organizzare il sistema di voto anticipato presidiato presso gli uffici postali per numerose volte nel corso dell'anno, come sarebbe necessario se si mantenesse il sistema attuale che prevede un eccesso di scadenze elettorali. Secondo i dati raccolti nel libro bianco (p. 81) sono state 66 le date nelle quali si sono tenute votazioni in Italia tra il primo semestre 2013 e il primo semestre 2018. Per i problemi costituzionali connessi con la concentrazione delle diverse scadenze elettorali e le relative soluzioni, si rinvia a p. 227 ss.

<sup>20</sup> La procedura prevede un sistema di buste volte a consentire la riconducibilità del plico ad uno degli elettori iscritti nelle liste elettorali del seggio di destinazione, garantendo allo stesso tempo la segretezza del voto. Per questo ed altri accorgimenti tecnici si rinvia al libro bianco (p. 249 ss.).

4. *La digitalizzazione di aspetti della procedura elettorale e l'effettività dei principi costituzionali in materia di voto*

La proposta della Commissione Bassanini di introdurre il voto anticipato presidiato dimostra come l'impiego delle tecnologie digitali, a fronte dei rischi che esse possono implicare, in alcune occasioni può fornire soluzioni che consentono di conferire maggiore effettività ai diritti costituzionali.

L'introduzione della tessera elettorale digitale, infatti, anzitutto consente di prevedere forme di voto più flessibili di quelle attualmente adottate senza contravvenire ai principi costituzionali che ne disciplinano l'esercizio, combattendo l'astensionismo o, meglio, quella quota di astensionismo che può classificarsi come involontario. In effetti le forme alternative al voto tradizionale, in assenza della digitalizzazione della tessera elettorale, per quanto utili ad agevolare il voto, non avrebbero potuto essere introdotte se non contravvenendo ad altre disposizioni costituzionali. Si pensi al voto per posta, che in sé e per sé – come detto – rischia di comportare un'inaccettabile compressione del principio costituzionale della segretezza del voto.

Peraltro, onde consentire il voto in un seggio diverso ma nel tradizionale seggio fisico, si è talora proposto di consentire agli elettori di votare ovunque sul territorio nazionale (a condizione di dimostrarne un giustificato motivo<sup>21</sup>), con la conseguenza che l'elettore avrebbe potuto votare, per esempio per le elezioni politiche, in circoscrizioni diverse dalla propria. Si tratta di una soluzione forse pratica ma certamente non corrispondente a una concezione della rappresentanza costituzionalmente orientata. Anzitutto, che l'elettore voti per la circoscrizione della sua residenza garantisce che la rappresentanza non si riduca alla scelta di un simbolo politico ma si radichi nelle comunità politiche territorialmente definite ove si esprimono le candidature (o le liste dei candidati). Inoltre, per la stessa ragione, il numero dei parlamentari eletti in ciascuna circoscrizione è, ai sensi degli articoli 56 e 57 della Costituzione, stabilito sulla base del numero dei residenti. Pertanto, se il residente in una circoscrizione, che per questa ragione ha contribuito ad accrescere il numero dei parlamentari assegnati a quella

<sup>21</sup> Con tutte le complicazioni burocratiche del caso.

circoscrizione, potesse votare in un'altra, diluirebbe il peso del voto dei residenti nella circoscrizione dove vota in luogo della propria, i cui elettori risulterebbero invece sovra-rappresentati<sup>22</sup>. Senza considerare che, potendo votare altrove, sono evidenti i rischi di manipolazione degli esiti del voto attraverso trasferimenti mirati di gruppi di elettori<sup>23</sup>. In ogni caso, un tal sistema, da escludersi per le elezioni politiche nazionali per le ragioni cui si è accennato, certo non è nemmeno ipotizzabile per le elezioni comunali, per le quali risulta evidente che non possono essere ammessi al voto che i residenti.

In conclusione, dunque, la digitalizzazione di un frammento della procedura elettorale dischiude nuove *chances* per il potenziamento dell'effettività dei principi costituzionali in materia di voto, rivelandosi utile a superare quegli ostacoli che, con mezzi analogici, avrebbero reso impossibile consentire un voto a distanza e per un tempo prolungato a meno di violare i principi di libertà, uguaglianza e segretezza del voto<sup>24</sup>. Per questa via, dunque, la digitalizzazione della tessera elettorale si rivela come un ulteriore ma utile strumento per conferire effettiva legittimazione popolare alle istituzioni pubbliche<sup>25</sup> e per perseguire la piena attuazione dei primi tre principi fondamentali della Costituzione nel campo dell'esercizio del voto: il principio democratico che richiede l'effettiva universalità del suffragio<sup>26</sup>, il riconoscimento effettivo dei di-

<sup>22</sup> In tema si veda D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, nonché L. SPADACINI, *L'Italicum di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost. tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza*, in *Nomos*, n. 2/2016.

<sup>23</sup> Proprio ciò accadeva quando esisteva una simile possibilità: L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 79.

<sup>24</sup> In proposito, vedi F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, 1993, p. 1126 ss.

<sup>25</sup> Del resto, già L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 2° Ed., Firenze, 1881, p. 72 sosteneva che «il voto per essere veramente autorevole deve procedere dal maggior numero di popolo». Sul punto cfr. M. ROSPI, *La tutela del diritto di voto*, cit., p. 231.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost., 12 aprile 1973, n. 39. In quest'ottica, M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali*, cit., p. 23, richiama significativamente la Relazione ministeriale per l'elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea costituente, del 27 ottobre 1947, che auspicava che per il futuro fossero impiegati «tutti i mezzi di facilitazione [...], perché la universalità del suffragio [fosse]

ritti cui si accompagna il compito delle istituzioni di rendere possibile l'adempimento dei doveri politici, e, infine, la rimozione degli ostacoli che impediscono di fatto la partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del Paese.

non soltanto dichiarata formalmente ma [...] concretamente attuata nei limiti estremi delle possibilità».

DEMOCRAZIA E TRASFORMAZIONE DIGITALE:  
LE SFIDE DELLA RAPPRESENTANZA  
E DELLA PARTECIPAZIONE POLITICA

MARCO LADU

SOMMARIO: 1. La forza vincolante delle norme giuridiche di fronte alla fluidità del processo di trasformazione tecnologica. – 2. La profilazione personale nell'era digitale: problematiche costituzionali attorno al tema del consenso politico-elettorale e del vincolo rappresentativo. – 3. Il potere trasformativo delle nuove tecnologie e il suo impatto sulla partecipazione politica: quali prospettive? – 4. La tenuta del sistema democratico italiano e l'importanza del vincolo fiduciario nel contesto parlamentare: l'ineludibile adattamento del sistema politico-partitico al modello costituzionale.

1. *La forza vincolante delle norme giuridiche di fronte alla fluidità del processo di trasformazione tecnologica*

Al centro di questo breve intervento intendo porre tre punti, muovendo dall'utilizzo di tre espressioni prese in prestito dagli interventi e dalle interessanti relazioni che hanno animato il presente convegno.

Le espressioni che intendo richiamare, e che pertanto, corrisponderanno a concetti attorno ai quali riflettere, sono le seguenti: “regole”, “stato di impressioni” e “potere trasformativo”.

Parlare di regole, anzitutto, significa evocare l'esigenza di ordinare la vita della comunità politica, la quale – osservata attraverso la lente di ingrandimento del giurista – consente, in via preliminare, di discutere a lungo circa la forza vincolante della regola giuridica, della norma capace di limitare certe situazioni, ma non altre. Alcuni fatti e atti, come è noto, sfuggono al diritto e alla scienza giuridica poiché l'ordinamento risulta sprovvisto di norme capaci di regolarli. Si tratta, quindi, di un problema rispetto alla forza vincolante della norma giuridica<sup>1</sup>, la quale,

<sup>1</sup> La forza vincolante della regola giuridica è il principio fondamentale che caratterizza il diritto come sistema normativo. In altre parole, le regole giuridiche impongono

tuttavia, non sempre funge da valida ed efficace risposta alla disciplina di fenomeni complessi.

In questo contesto rientra la “magmaticità” del fenomeno della c.d. digitalizzazione. Sotto questo profilo, è centrale il dibattito tra “*soft law*” e “*hard law*” richiamato anche dalla professoressa Maccabiani. La norma giuridica, nella sua “purezza”, non sembra essere sufficiente per regolare situazioni che non rientrano propriamente nel perimetro e negli schemi del diritto, anche pubblico e costituzionale. Questa premessa, quindi, si basa su un presupposto di fondo, ovvero che ci troviamo di fronte a un fenomeno nuovo, la rivoluzione digitale, che, almeno in apparenza, sembra rompere gli schemi giuridici (e non solo)<sup>2</sup>. Come tutte le grandi rivoluzioni del passato, anche la rivoluzione digitale, per utilizzare le parole di Thomas Kuhn<sup>3</sup>, è una rivoluzione

obblighi e prescrizioni che devono essere rispettati da tutti i soggetti interessati. La violazione di una regola giuridica può comportare l'applicazione di sanzioni e l'instaurazione di procedimenti giudiziari. La forza vincolante della regola giuridica è, quindi, ciò che garantisce l'efficacia del diritto come strumento di regolamentazione delle relazioni sociali.

<sup>2</sup> Lo studioso Harold Berman (1918-2007), nella sua opera *Diritto e rivoluzione* ha avuto modo di soffermarsi sulle caratteristiche delle grandi rivoluzioni storiche, affermando che «La storia dell'Occidente è stata segnata da periodi ricorrenti di violenti sconvolgimenti, in cui il sistema politico, giuridico, economico, religioso e culturale preesistente, così come altri tipi di relazioni sociali, convinzioni, valori e obiettivi, sono stati rovesciati e sostituiti da sistemi nuovi. Anche se non esiste assolutamente una simmetria perfetta tra questi periodi di grandi cambiamenti storici, purtuttavia ci sono alcuni schemi e costanti. Ciascuno di essi ha segnato un cambiamento: fondamentale, rapido, violento, duraturo, del sistema sociale nel suo complesso [...] Ognuna alla fine ha generato un nuovo sistema di diritto, comprensivo di molti dei principali obiettivi della rivoluzione, che ha portato cambiamenti alla tradizione giuridica occidentale, ma che alla fine si è collocato all'interno della tradizione stessa [...] È corretto utilizzare il termine «rivoluzione» – nonostante gli abusi di cui è stato oggetto – per riferirsi a quei periodi generatori di epoche nuove [...] Le sei grandi rivoluzioni furono «totali», in quanto comportarono non solo la creazione di nuove forme di governo, ma anche un nuovo assetto dei rapporti sociali ed economici e una nuova organizzazione del diritto, insieme con una nuova visione della comunità, nuove prospettive storiche e nuovi complessi di valori e convinzioni universali» (cit. H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 41-63).

<sup>3</sup> Thomas Kuhn, in ambito filosofico, è noto per aver teorizzato il concetto di “cambiamento di paradigma” o “rivoluzione scientifica”. Secondo Kuhn, la scienza

che cambia i paradigmi esistenti<sup>4</sup>. Siamo di fronte a una rivoluzione in cui le regole esistenti sembrano non riuscire più a normare in modo soddisfacente gli atti, i comportamenti e i fatti. In questo contesto, diventa cruciale comprendere la natura e la portata di questo fenomeno e improntare una risposta del nostro sistema giuridico per far fronte a questa nuova realtà o, in ogni caso, occorre verificare se gli strumenti esistenti (ed eventuali “aggiustamenti” degli stessi) siano in grado di fungere da nuovi o rinnovati modelli di regolamentazione adeguati e utili a fronteggiare le sfide poste dalla rivoluzione digitale.

2. *La profilazione personale nell'era digitale: problematiche costituzionali attorno al tema del consenso politico-elettorale e del vincolo rappresentativo*

Nel quadro descritto, credo che sia corretto collocarci con prudenza (ma senza troppo affanno) e considerare che, per certi versi, siamo di fronte a dinamiche antiche e a meccanismi che hanno sempre caratterizzato il nostro sistema costituzionale. Vengo, dunque, ad un punto centrale che intendo affrontare con questo intervento, seppur in

non progredisce in maniera continua e lineare, ma attraverso delle fasi di crisi, in cui il paradigma dominante viene messo in discussione e alla fine viene sostituito da un nuovo paradigma. Questo nuovo paradigma non solo rappresenta un avanzamento rispetto al vecchio, ma implica un cambiamento radicale nella concezione stessa della realtà. Il concetto di “rivoluzione” citato da Kuhn viene spesso utilizzato in ambito più generale per indicare cambiamenti radicali e profondi, non solo in campo scientifico ma anche in campo sociale, culturale e politico. Nel contesto della rivoluzione digitale, quindi, il riferimento a Kuhn suggerisce che siamo di fronte a un cambiamento così radicale da richiedere un ripensamento complessivo delle regole e dei paradigmi esistenti.

<sup>4</sup> Declinando le fasi che conducono alla rivoluzione scientifica, lo storico della scienza e filosofo statunitense Thomas Samuel Kuhn (1922-1996), ha avuto modo di osservare che «La scoperta comincia con la presa di coscienza di una anomalia, ossia col riconoscimento che la natura ha in un certo modo violato le aspettative suscitate dal paradigma che regola la scienza normale; continua poi con una esplorazione, più o meno estesa, dell'area dell'anomalia, e termina solo quando la teoria paradigmatica è stata riadattata, in modo che ciò che appariva anomalo diventi ciò che ci si aspetta» (cit. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 2009, p. 76).

breve: la costruzione<sup>5</sup> del consenso politico-elettorale<sup>6</sup> e il rapporto che intercorre tra gli eletti e gli elettori di fronte alla rivoluzione digitale e, in particolare, a fronte dell'uso sempre crescente di tecniche avanzate di profilazione personale.

E proprio in relazione a questo argomento, entra in gioco la seconda espressione, lo “stato di impressioni”, impiegata dal professor Andrea Morrone, il quale, ci ha posti di fronte al fatto che anche la forma di governo e gli elementi che la compongono subiscono dei mutamenti dovuti all'avvento del digitale. Personalmente, eviterò di fare una parafrasi dei concetti propri dell'informatica, anche se, talvolta, si rende necessaria affinché, da studiosi e ricercatori giuristi, ci si possa affacciare a questi temi con la consapevolezza che taluni presupposti giungono da altre discipline. Dico questo poiché parlare di profilazione personale e di circuito della rappresentanza politica non è semplice se ci si svincola o si tende a smarcarsi dal dato tecnico. Tuttavia, qui sarà sufficiente considerare la profilazione in termini definitivi. Essa, infatti, consiste nella raccolta, nell'analisi e nella categorizzazione di dati personali, al fine di ottenere informazioni sulle preferenze individuali (o di gruppi di soggetti), abitudini e comportamenti<sup>7</sup>. Questo processo può avere un grande impatto sulle scelte politiche ed economiche poiché consente, in termini finalistici, di influenzare il comportamento degli individui, anche in modo mirato e preciso. Tra le finalità della profilazione personale, difatti, vi è quella di consigliare azioni e addirittura prescrivere comportamenti specifici.

<sup>5</sup> Si utilizza il termine “costruzione” proprio per sottolineare che non si tratta di una mera “ricerca” del consenso, ma di operazioni funzionali e mirate basate su tecniche di persuasione molto avanzate e intrusive.

<sup>6</sup> Si consente di rinviare a M. LADU, *La costruzione del consenso politico-elettorale e l'utilizzo dei social media nell'epoca della “disintermediazione democratica”*, in *Federalismi.it*, n. 23/2022.

<sup>7</sup> Di seguito una definizione di profilazione personale che, più di altre, sembra essere convincente, almeno se si tiene conto del contesto descritto. Profilare, può significare «processare automaticamente dati personali e non personali, con lo scopo di sviluppare conoscenza predittiva sotto forma di profili che possono essere poi applicati per assumere decisioni» (V. FERRARIS, *La profilazione e i suoi rischi*, in *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Aracne, Roma, 2015, p. 70).



La profilazione personale, così intesa, è pratica sempre più diffusa nella società digitale contemporanea e che consente, attraverso l'utilizzo di tecnologie informatiche avanzate, svariate applicazioni in qualsiasi ambito della conoscenza: i "profili" frutto dell'attività di profilazione possono essere utilizzati per fini commerciali, pubblicitari, giudiziari e persino politici. Su quest'ultimo aspetto tornerò tra pochissimo, ma non prima di aver sottolineato che in generale, nel contesto del diritto costituzionale, la profilazione personale presenta alcune criticità in relazione a possibili frizioni con i diritti e le libertà fondamentali, tra le quali il diritto alla riservatezza, alla libertà di espressione e alla partecipazione politica. Venendo al punto, la raccolta e l'utilizzo di dati personali per fini politici, sulla base di un approccio basato sull'applicazione delle tecniche di profilazione, potrebbe influenzare indebitamente le scelte elettorali e minare la trasparenza e l'integrità del processo democratico nel suo complesso<sup>8</sup>.

Inoltre, la profilazione personale potrebbe porre sfide alla capacità delle istituzioni democratiche di regolare e controllare l'uso dei dati personali, considerando che la maggior parte delle tecnologie utilizzate per la profilazione personale sono sviluppate e gestite da attori privati al di fuori del controllo pubblico.

Per queste ragioni, la profilazione personale rappresenta una delle "nuove" sfide più importanti per il diritto costituzionale nell'era digitale e richiede un'attenzione particolare da parte dei legislatori e dei giuristi per garantire la protezione dei diritti fondamentali della persona e il rispetto dei principi democratici.

<sup>8</sup> Al riguardo, interessante la riflessione secondo la quale «La profilazione psicometrica può essere utilizzata per manipolare i comportamenti degli individui, limitandone così il libero arbitrio e la capacità di autodeterminazione e compromettendo alcuni diritti fondamentali come il diritto alla privacy e alla protezione dei dati, vale a dire all'uso legittimo e proporzionato dei dati personali. Ciò è difficilmente compatibile con un ambiente online nel quale ogni comportamento sia registrato, e le relative informazioni siano utilizzate per estrarre ulteriori conoscenze sugli individui, al di fuori del loro controllo, e per elaborare tali conoscenze in modi potenzialmente contrari agli interessi degli stessi individui, per scopi non condivisi, possibilmente violando le aspettative fiduciarie riposte su chi controlla i sistemi di IA in questione» (cit. F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, fascicolo 11/2020, p.104).

In questo senso, il tema della regolamentazione della profilazione è di grande importanza, poiché rappresenta un elemento fondamentale per garantire la tutela dei diritti e delle libertà, in particolare il diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali, ma pur sempre nel quadro di ordinamento giuridici che garantiscano la circolazione libera dei dati<sup>9</sup>. La definizione di regole chiare e precise in materia di profilazione, inoltre, può rappresentare un fattore di sviluppo e innovazione per il settore digitale, favorendo la creazione di servizi e prodotti più sicuri e affidabili.

Il tema del divorzio tra l'identità personale e il profilo digitale è un ulteriore aspetto che merita una riflessione approfondita in ambito giuridico. Un esempio concreto di questa divaricazione è il sistema pubblico di identità digitale (SPID), dove le informazioni della persona vengono inserite nel web creando una sua identità digitale. Tuttavia, il problema si pone quando si ha a che fare non tanto con l'identità digitale dell'individuo, ma con il profilo digitale che viene generato attraverso l'elaborazione automatica degli algoritmi e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale. In tal caso, si ha un'identità digitale che si impone sull'originaria identità personale dell'individuo, generando tensioni con i principi e i diritti fondamentali dei beni costituzionalmente tutelati. In particolare, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi può portare alla profilazione automatizzata, con possibili conseguenze in termini di privacy e tutela dei dati personali<sup>10</sup>. Pertanto, diventa necessario un attento monitoraggio del

<sup>9</sup> Non è un caso, infatti, che il G.D.P.R. 679/2016 sia, come da rubrica, «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati», proprio a significare il bilanciamento che il legislatore europeo ha tentato di compiere tra il diritto alla riservatezza e il diritto alla libera circolazione dei dati.

<sup>10</sup> Sotto questo profilo, e cioè quando le tecniche di profilazione rischiano di incidere sulla tutela dei diritti, il G.D.P.R. 679/2016 cerca di fornire una risposta attraverso lo strumento della c.d. valutazione d'impatto, previsto agli articoli 35 e 36. Nello specifico, «Quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi» (articolo 35, alinea 1). Senza addentrarsi nel dettaglio di questa normativa,

fenomeno e l'adozione di adeguate misure di tutela e di regolamentazione giuridica. Il tema dell'identità digitale e del profilo digitale solleva importanti questioni giuridiche in relazione alla tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali.

Guardando ai recenti strumenti di provenienza statale, il sistema pubblico di identità digitale (SPID) è "strumento" che consente di creare un'identità digitale e di inserire le informazioni personali sul web, tenendo tuttavia sotto controllo i dati inseriti, monitorando gli accessi e potendo in ogni momento verificare il suo funzionamento corretto. Viceversa, il problema dell'imposizione del profilo digitale sorge quando non vi è pieno controllo (specialmente "pubblico") dell'elaborazione automatica di algoritmi e intelligenza artificiale, che divengono in grado, come detto, di creare un profilo digitale che la persona non ha voluto, che non conosce e che non controlla.

In queste ultime ipotesi, pertanto, si verifica un "divorzio" tra l'identità personale e il profilo digitale che mette in tensione i principi e i diritti costituzionalmente tutelati. Già in passato illustre dottrina ha avuto modo di evidenziare questo processo, affermando come si assista sempre più all'«emergere di una nuova razionalità, che coincide con una progressiva ritirata dell'intervento umano, sostituito dall'affidare una quantità crescente di dati personali all'autonoma capacità di elaborazione di computer che, sulla base di programmi statistici e attuariali, di modelli probabilistici, rendono possibili non semplici predizioni sui comportamenti futuri, ma vere e proprie costruzioni di identità»; queste costruzioni «possono diventare la rappresentazione che, poi, viene considerata vincolante ai fini delle decisioni riguardanti la persona da parte dei soggetti che producono quella rappresentazione o a essa possono avere accesso. [...] Cresce così il rischio di fraintendimenti dell'identità per effetto del divorzio tra mondo delle determinazioni consapevoli e mondo dell'elaborazione automatica»<sup>11</sup>.

quel che preme qui sottolineare è la previsione legale, a livello europeo, di una valutazione preventiva che il titolare del trattamento dei dati personali è chiamato ad effettuare nel caso di trattamento che costituiscano un «rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche», anche se, invero, tale strumento non appare oggi del tutto sufficiente ad assicurare un adeguato livello di tutela.

<sup>11</sup> Cit. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 324-325.

Pertanto, è fondamentale cercare di tenere insieme la realtà e il mondo dell'elaborazione automatica, poiché questi due mondi non sono vie parallele, ma interagiscono e generano conseguenze sul piano giuridico. In particolare, il rischio che deriva da questa "frattura" dell'identità riguarda la protezione dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali a tutela della persona<sup>12</sup>.

E, se il discorso condotto fino ad ora viene "calato" sul terreno politico della partecipazione e della rappresentanza, è possibile notare che, da un lato, si assiste a un cambiamento nei rapporti tra l'elettore e gli eletti, in cui il voto può avere all'origine un consenso "viziato" o comunque eccessivamente distorto (ben oltre il limite della "persuasività" della campagna elettorale"); dall'altro lato, si può assistere ad un mutamento nel rapporto organico tra la persona e le istituzioni, che si basa sulla partecipazione attiva del cittadino alla vita politica e alla definizione delle scelte pubbliche, che di per sé rappresenta un'innegabile punto di forza dell'implementazione di strumenti digitali che consentano, ad esempio, delle consultazioni a basso costo e circoscritte a temi di rilevanza territoriale<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Il pensiero di Stefano Rodotà, uno dei più importanti studiosi di diritto e tecnologia in Italia, si è particolarmente concentrato sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale e il suo impatto sui diritti fondamentali. Secondo Rodotà, il rischio principale dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale è quello di un'elaborazione automatica dei dati che può avvenire senza la consapevolezza dell'individuo, che non è in grado di controllare il flusso di informazioni che viene generato. In altre parole, c'è il rischio che l'individuo perda il controllo sulla propria identità digitale, che si è distaccata dall'identità personale, e che diventa oggetto di manipolazione e profilazione da parte di entità pubbliche e private. Rodotà sostiene che questo fenomeno rappresenta un grave rischio per i diritti fondamentali, come la privacy e la libertà di espressione, e per la democrazia stessa, in quanto mina la possibilità per gli individui di partecipare attivamente alla vita politica e sociale. Pertanto, è necessario trovare un equilibrio tra la realtà e l'elaborazione automatica dei dati, garantendo che l'individuo mantenga il controllo sulla propria identità digitale e sulle informazioni che vengono elaborate.

<sup>13</sup> Fuori dal contesto italiano, un esempio di democrazia partecipativa di questo tipo è dato dall'istituto francese del *débat public*, il quale ha poi portato ad una rielaborazione dell'istituto e all'introduzione dello strumento nel nostro ordinamento giuridico e, precisamente, in materia di pubblici appalti. Difatti, con l'articolo 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice degli Appalti), è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del dibattito pubblico, poi attuato grazie all'adozione del D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76 rubricato, per l'appunto, "*Regolamento recante moda-*

3. *Il potere trasformativo delle nuove tecnologie e il suo impatto sulla partecipazione politica: quali prospettive?*

La partecipazione attiva e responsabile dei cittadini nella vita pubblica è un principio fondamentale del sistema democratico, che si fonda sul concetto di cittadinanza attiva e sulla partecipazione alla vita della comunità. In questo senso, il rapporto organico tra la persona e le istituzioni rappresenta una delle principali sfide della democrazia contemporanea. Il mutamento di paradigma nei rapporti tra gli individui e la comunità politica impone, pertanto, una riflessione sul ruolo delle istituzioni e sulle modalità di partecipazione dei cittadini alla vita politica.

Il concetto di “potere trasformativo”, che è l'ultimo dei tre termini che ho inteso qui evocare, richiama l'idea che le nuove tecnologie digitali e l'innovazione tecnologica in generale hanno un impatto significativo sulle strutture sociali, politiche ed economiche preesistenti. Il cambiamento e la trasformazione che ne conseguono possono influenzare profondamente le dinamiche di potere, le relazioni tra gli individui e tra le istituzioni e, di conseguenza, la sfera pubblica. In particolare, la trasformazione digitale ha portato alla nascita di nuove forme di partecipazione, di cittadinanza attiva e di democrazia digitale, che spostano l'attenzione dal mero atto di esprimere il proprio voto alle attività di partecipazione, di condivisione e di mobilitazione online.

Ciononostante, le tensioni tra il digitale (in senso lato), il diritto-dovere di voto e il consenso possono creare conflitti significativi, dal momento che le nuove tecniche di profilazione, tra i vari strumenti e meccanismi impiegati, possono influenzare la formazione del consenso politico. In questo senso, l'idea di spostare l'asticella indietro, verso

*lità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico*”. Le disposizioni normative prevedono, in buona sostanza, che si ricorra in via obbligatoria allo strumento del dibattito pubblico in relazione a progetti di fattibilità relativi a grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio. L'istituto del dibattito pubblico, tuttavia, è ancora in fase di effettiva sperimentazione e, allo stato attuale, ulteriori forme di democrazia partecipativa al di fuori della materia degli appalti pubblici non sembrano essere in programma. Si tratta di una strada soltanto tracciata e che ben potrebbe proseguire con l'intento di coinvolgere maggiormente il corpo elettorale nelle scelte politiche aventi delle ricadute immediate rispetto al contesto di riferimento.

una fase di costruzione del consenso prima delle elezioni, diventa centrale<sup>14</sup>. Questo richiede una regolamentazione adeguata, in modo che l'elaborazione automatica delle informazioni e il trattamento dei dati personali non siano usati per manipolare l'opinione pubblica o influenzare il consenso politico.

Dunque, il tema del consenso, come anticipato, è di grande rilevanza in relazione alle attuali tecniche di profilazione dei dati personali. In particolare, il rischio di mettere in crisi la personalità e la libertà del voto si manifesta quando la finalità della profilazione diviene prescrittiva, ovvero quando essa si prefigge lo scopo di prescrivere azioni specifiche da compiere. In tale contesto, non siamo più soltanto di fronte a una ricerca del consenso politico, ma rischiamo di assistere alla creazione artificiosa di gruppi di destinatari di campagne elettorali parziali e spesso fondate sulla disinformazione, se non addirittura su notizie false, le cosiddette *fake news*<sup>15</sup>. Queste ultime, inoltre, mettono in discussione il diritto all'informazione, che rappresenta un principio fondamentale in ogni democrazia basata sul pluralismo dei *media*<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> E, sul punto, richiamando autorevole dottrina, è frequente l'affermazione secondo la quale «Il circuito politico inizia con le elezioni» (R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 20023, p. 55). Tale affermazione, tuttavia, merita forse di essere approfondita in quanto, a onore del vero, se si tiene conto di quanto ripercorso nel precedente capitolo sulla costruzione del consenso politico-elettorale – che, come si è detto, oggi passa sempre più attraverso l'uso delle nuove tecnologie e delle tecniche di profilazione più avanzate – appare evidente *ictu oculi* come il circuito politico inizi ben prima delle elezioni e, precisamente, proprio con la ricerca del consenso politico-elettorale, un compito, quest'ultimo, affidato in via preminente alle forze politiche.

<sup>15</sup> Un fenomeno, quello della disinformazione o della cattiva informazione che è sempre esistito, ma che oggi fa i conti con i potenti mezzi del digitale. Se con la carta stampata, i direttori delle testate giornalistiche sono chiamati a verificare la correttezza, la contenenza e la veridicità della notizia, ciò non può accadere in rete allorquando le notizie siano proposte da fonti anonime e, mediante l'utilizzo di algoritmi, vengano rapidamente condivise da un incalcolabile numero di utenti spesso inconsapevoli.

<sup>16</sup> In tema di pluralismo dei *media* è stato correttamente osservato in dottrina che «il dovere dei pubblici poteri, al fine di assicurare una informazione obiettiva, imparziale e completa e un accesso il più ampio possibile dei cittadini ai mezzi di informazione, va inteso in primo luogo come il dovere di creare le condizioni perché il sistema dell'informazione, nel suo insieme, sia in grado di riflettere e esprimere la varietà delle posizioni culturali e politiche presenti nella società, e di evitare che si formino, nel sistema, posizioni dominanti e forme di concentrazione di potere economico che fini-

Ecco, dunque, che diviene necessario regolare in modo adeguato il tema del consenso, al fine di tutelare la personalità e la libertà di scelta degli individui. Il “potere trasformativo” delle nuove tecnologie richiede un ripensamento del circuito politico e una riflessione sulla regolamentazione del consenso e della partecipazione digitale. È necessario un approccio multidisciplinare che coinvolga esperti di diritto, politica, tecnologia e società per affrontare le sfide e le opportunità offerte dalla trasformazione digitale.

Da un altro punto di vista, si sottolinea, invece, come la rivoluzione digitale consenta maggiori opportunità di partecipazione, e di cui è caso emblematico la raccolta di firme digitali per i referendum<sup>17</sup>. Tuttavia, nel caso di specie, si apre la discussione sul numero delle firme necessarie e sulle modalità di raccolta che, evidentemente, dovrebbero essere modificati.

Da ultimo, sul fronte tanto della rappresentanza quanto della partecipazione, è oggi cruciale la discussione sulle prospettive di superamento del voto tradizionale e, in particolare, sul tema del voto elettronico<sup>18</sup>. In particolare, la formalità e la solennità del voto tradizionale

scano coll'inardire la ricchezza del dibattito pubblico soffocando le posizioni minoritarie. Così inteso, e quindi riferito al sistema dell'informazione nel suo complesso, il “diritto” dei cittadini ad accedere ai mezzi di comunicazione di massa per esprimere il proprio pensiero, da un lato, e quello ad una informazione obiettiva, imparziale e completa dall'altro, si traducono e si sostanziano nel principio del “pluralismo dei media”» (cit. M. CUNIBERTI, *Costituzione e mezzi di comunicazione*, in G. E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Il diritto dell'informazione e dei media*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 244-245).

<sup>17</sup> Si pensi ai referendum c.d. sull'eutanasia legale e sulla legalizzazione della cannabis, che hanno ottenuto un numero considerevole di firme anche grazie alla possibilità di sottoscrivere in forma digitale.

<sup>18</sup> Tra i contributi in tema di voto elettronico si rinvia ad A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO (a cura di), *Elezioni e Automazione. Tutela della regolarità del voto e prospettive di innovazione tecnologica*, Franco Angeli, Milano, 1989; E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, fasc. 1/2002; E. CATERINA, M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, fasc. 4/2021; F. CORONA, *E-democracy fra sviluppo delle tecnologie e processi partecipativi*, in *Cammino diritto. Rivista di informazione giuridica*, fasc. 9/2020; V. Desantis, *Le nuove prospettive dell'internet voting tra avanzamento tecnologico e sostenibilità giuridica*, in *Rivista dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, fasc.

potrebbero venire meno o essere notevolmente ridimensionati con l'utilizzo di un sistema di voto elettronico, dando luogo a una sostanziale modifica dei canoni democratici. Il voto elettronico solleva, pertanto, importanti interrogativi, sia sotto il profilo tecnologico che sotto il profilo giuridico: l'eventuale introduzione del voto elettronico richiede un'analisi approfondita dei rischi e delle opportunità connesse a questo sistema, al fine di garantire la tenuta democratica del processo elettorale nel rispetto dei principi di cui all'art. 48 Cost. In conclusione, è necessario prestare la massima attenzione alla relazione tra il mondo digitale, il sistema di governo, la sua dinamicità e le regole costituzionali, al fine di individuare un equilibrio tra l'evoluzione tecnologica e la tutela dei principi democratici.

4. *La tenuta del sistema democratico italiano e l'importanza del vincolo fiduciario nel contesto parlamentare: l'ineludibile adattamento del sistema politico-partitico al modello costituzionale*

Il sistema di governo italiano, pur con le sue traballanti vicende, ha

4/2022; A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, CEDAM, Padova, 2015; ID., *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2015; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Teoria e tecniche, Edizioni ETS, Pisa, 2017; ID., M. T. FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion pratica*, fasc. 2/2018; A. G. OROFINO, *L'e-vote*, in F. SARZANA DI S. IPPOLITO (a cura di), *E-Government. Profili teorici ed applicazioni pratiche del Governo digitale*, La Tribuna, Piacenza, 2003, pp. 361 ss.; D. PITTEI, *Democrazia elettronica*, Editori Laterza, Bari, 2007; A. RANDAZZO, *Voto elettronico e Costituzione (note sparse su una questione ad oggi controversa)*, in *Media Laws*, fasc. 2/2022; M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali, prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, fasc. 1/2021; M. Rospi, *Internet e diritto di voto*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 263 ss.; A. SARAI, *Democrazia e tecnologie. Il voto elettronico*, Società Editrice Esculapio, Bologna, 2008; L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1/2011; ID., *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., pp. 425 ss.



comunque dato prova della sua tenuta complessiva e vi è più di una ragione che lo spiega e che qui non è possibile, per ovvie ragioni, rievocare.

Quel che però vorrei dire in conclusione è che se partiamo dal considerare il momento che stiamo attraversando, come ben ricordato dal professor Mario Gorlani, in cui i partiti politici utilizzano gli strumenti del digitale per costruire il consenso e “farsi eleggere”, non possiamo non tenere conto che gli stessi partiti sono in qualche modo costretti ad adattarsi alle regole che disciplinano la “vita” delle istituzioni e l’organizzazione costituzionale dello Stato. Il sistema democratico italiano, che prevede la fiducia come meccanismo essenziale per garantire la tenuta dei rapporti tra le Camere, pone le forze politiche dinanzi a un meccanismo che, *in primis*, richiama le stesse ad una forte responsabilità e alla necessità che, in fin dei conti, le disposizioni costituzionali “richiamino” la politica, prima, e i rappresentanti, poi, proprio a determinate responsabilità e al rispetto di precisi meccanismi costituzionali.

Il riferimento alla “fiducia” vuole essere qui ripreso in senso meno tecnico. In chiusura, infatti, mi permetto di dire che potremmo estendere il concetto di “fiducia”, naturalmente con cautela e profonda consapevolezza del limite delle operazioni metaforiche, agli ambiti che si sono oggi toccati: al tema della digitalizzazione del voto, a quello della raccolta delle firme e, persino, a quello dell’utilizzo delle piattaforme e dei social media nell’ambito della campagna elettorale.

Alla fine del percorso democratico”, infatti, ciò che è fondamentale preservare, accanto al rispetto delle regole, costituzionali, è la fiducia complessiva dei cittadini nel sistema. Senza “quella” fiducia ogni via alternativa perderà di valore.



## I TEST DI “POSIZIONAMENTO ELETTORALE”: DI BUONE INTENZIONI È LASTRICATO L’INFERNO?

ALESSANDRO LAURO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Test di posizionamento politico e disciplina dei dati personali. – 3. L’(in)applicabilità della disciplina legislativa sulla comunicazione politica. – 4. Contributo alla partecipazione o celebrazione della democrazia “del letargo”?

### 1. *Premessa*

Il presente contributo nasce da un’esperienza concreta: a partire dalla campagna elettorale del 2018<sup>1</sup> e poi, sempre con maggiore pervasività nel 2022, si sono diffusi sul *web* dei test di posizionamento elettorale, pensati per aiutare l’utente ad individuare, tramite quiz a risposta chiusa, quale forza politica più si avvicina alle sue idee<sup>2</sup>. Tali test sono pubblicizzati nei *social network* ed è spesso tramite questi (come è successo a chi scrive) che è possibile accedervi. Le interfacce sono generalmente intuitive, cosicché l’utente possa consegnare le risposte con grande facilità. Il grado di dettaglio di queste ultime è variabile: alcuni test propongono una semplice affermazione, rispetto alla quale si può esprimere – con un numero o con un avverbio indefinito – il livello di accordo o disaccordo. In altri casi, rispetto ad una problematica, è possibile scegliere fra diverse opzioni e/o soluzioni esplicitate in termini semplici, ma in modo da ricalcare le posizioni dei singoli partiti. Anche gli esiti del test possono essere di tipo diverso, ma solitamente viene calcolata in termini percentuali una “affinità elettiva” (o meglio elettorale) con le diverse forze in campo.

<sup>1</sup> Si era rilevato tale fenomeno, ancorché in una sede e con intenti diversi, proprio in relazione alle elezioni del 2018: cfr., volendo, A. LAURO, *Il domani non basta: il “momento elettorale” fra passato e futuro*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2018.

<sup>2</sup> Ecco alcuni indirizzi dove è possibile ritrovare tali test (si noterà che alcuni sono collegati a mezzi di informazione): <https://italia.isidewith.com/political-quiz>; <https://www.corriere.it/elezioni/risultati-politiche-2022/cerca-il-tuo-partito/>; <https://tg24.sky.it/politica/elezioni/trova-partito-per-chi-votare>.

A prima vista, si potrebbe dire che trattasi di fenomeno “innocuo”, quasi di un gioco, che avrebbe persino il pregio di avvicinare i temi della campagna elettorale anche ad un pubblico più giovane e meno deciso nei suoi orientamenti elettorali, che magari si trova ad esercitare per la prima volta il voto. Tuttavia, a meglio guardare, questo fenomeno, nella sua spontaneità tipica del mondo di Internet, lascia intravedere alcuni profili giuridicamente e costituzionalmente rilevanti, che vale la pena mettere in luce.

In particolare, essi sono riconducibili a tre questioni: a) il rapporto fra questa tipologia di interfacce e la raccolta dei dati personali a fini politici; b) l'applicabilità ai test della disciplina legislativa riguardante la comunicazione politica; c) il concetto sostanziale di democrazia retrostante a questi strumenti.

## 2. *Test di posizionamento politico e disciplina dei dati personali*

Il primo interrogativo che sorge è se queste attività siano in qualche modo riconducibili alla disciplina del trattamento di dati personali ai sensi del regolamento europeo 2016/679 (c.d. GDPR). Già a questo riguardo le risposte paiono più complesse di quanto non possa sembrare. In linea di massima, la previsione che viene in rilievo è l'art. 9 GDPR che vieta il trattamento di dati personali sensibili<sup>3</sup> che rivelino – per quel che qui interessa – «le opinioni politiche», salvo che si realizzino i casi elencati dal comma secondo.

Ma la risposta ad una domanda circostanziata (magari con risposte standardizzate del tipo “moltissimo”, “molto”, “poco”, “per niente”) costituisce un'*opinione politica*? Forse sì, ma ciò è sufficiente a far nascere un *dato personale*<sup>4</sup>? Bisogna qui rilevare una certa ambiguità del-

<sup>3</sup> Sui dati sensibili v. L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 203 ss.

<sup>4</sup> Sulla nozione “dinamica” di dato v. C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 62 ss.

la definizione legislativa, poiché – a ragionare in maniera rigorosa e secondo un’interpretazione piuttosto letterale – il vero dato inteso quale *informazione ricollegabile all’identità* si forma solo con la profilazione del rispondente, cioè quando il test è concluso e si consegna l’orientamento politico preferenziale del soggetto. Questo esito, tuttavia, non pare del tutto in linea con la *ratio* che ispira in generale il GDPR e l’art. 9 in particolare, poiché il divieto di identificare una persona per le sue opinioni politiche risponde a logiche antidiscriminatorie, che richiedono dunque il massimo di tutela possibile<sup>5</sup>, sicché l’idea che solo il risultato finale possa considerarsi un dato in senso proprio è forse poco in linea con gli intenti della legislazione europea. Del resto, lo stesso Comitato europeo per la protezione dei dati personali ha sottolineato, proprio con riguardo al trattamento di dati nel corso di campagne politiche, che i casi dell’art. 9 vanno interpretati sempre in senso restrittivo<sup>6</sup>.

Ciò è forse dimostrato anche dalla circostanza che il trattamento di dati politici è menzionato espressamente dal *Considerando* n. 56, che ne riconosce la base legale oggettiva nell’*interesse pubblico* (art. 9, comma 2, lett. g), ma individua molto puntualmente i titolari di tale trattamento nei partiti politici<sup>7</sup>, che sono legittimati a ciò dal funzionamento del sistema democratico.

Resta sempre applicabile la clausola del consenso esplicito, che deve però riguardare «una o più finalità specifiche». È pur vero che il consenso sembra l’unico caso, nell’elencazione dell’art. 9, applicabile al fenomeno in questione e dunque la sola base che possa legittimare l’acquisizione dei dati da parte del sito o della piattaforma che propone il test.

Altra questione è il trasferimento di questi risultati dai siti che gestiscono i test alle piattaforme *social* su cui questi sono pubblicizzati e

<sup>5</sup> Al proposito v. anche i *Considerando* n. 71 e n. 75 del GDPR.

<sup>6</sup> Cfr. *Dichiarazione 2/2019 sull’uso di dati personali nel corso di campagne politiche*, adottata il 13 marzo 2019.

<sup>7</sup> Per l’Italia, v. il *Provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica* adottato dal Garante per la privacy il 18 aprile 2019. In precedenza, ma prima dell’entrata in vigore del GDPR, il Garante aveva adottato il *Provvedimento in materia di trattamento di dati presso i partiti politici e di esonero dall’informativa per fini di propaganda elettorale* in data 6 marzo 2014.

nelle quali gli stessi utenti possono pubblicare i risultati. In questo caso – seguendo anche il portato della giurisprudenza *Fashion ID GmbH*<sup>8</sup> – anche la piattaforma ricevente dovrebbe mostrare di perseguire un interesse legittimo nel trattamento di tali dati. Tuttavia, trattandosi di dati sensibili, la base legale dell’interesse legittimo non può trovare applicazione: di nuovo, allora, occorrerebbe il consenso dell’interessato, a meno che quest’ultimo non abbia reso manifestamente pubblici tali risultati (art. 9, comma 2, lett. e), magari tramite una pubblicazione sulle proprie pagine personali.

### 3. *L’(in)applicabilità della disciplina legislativa sulla comunicazione politica*

Una seconda domanda, ancora di stampo squisitamente tecnico-giuridico, concerne l’applicabilità della normativa nazionale in materia di comunicazione politica e campagne elettorali ai test di posizionamento<sup>9</sup>. In particolare, a venire in rilievo è la parte di disciplina dedicata ai sondaggi politico-elettorali, contenuta all’art. 8 della legge n. 28 del 2000, integrata dagli atti regolamentari dell’Autorità di garanzia per le comunicazioni, fra i cui compiti istituzionali rientra anche la regolazione e la vigilanza sulla realizzazione e la diffusione dei sondaggi politici (art. 1, comma 6, lett. b), n. 12 della legge n. 249 del 1997).

Proprio nel regolamento dell’AGCOM adottato con delibera n. 256/10/CSP del 9 dicembre 2010 (“*Regolamento in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa*”) si rinviene una definizione normativa che pare avvicinarsi ai test di posizionamento elettorale. L’art. 1, comma 1, lett. e) definisce infatti le c.d. “manifestazioni di opinioni”<sup>10</sup>, considerate come attività distinte e

<sup>8</sup> CGUE, causa C-40/17, sentenza 29 luglio 2019, *Fashion ID GmbH c. Verbraucherzentrale NRW*.

<sup>9</sup> Sul tema v. *amplius* il contributo di A. PAPA, *Democrazia digitale, comunicazione politica e formazione dell’opinione pubblica: quali regole, quali tutele, retro* in questo volume, ma altresì EAD., “*Democrazia della comunicazione*” e *formazione dell’opinione pubblica*, in *Federalismi*, n. 1/2017, p. 1 ss.

<sup>10</sup> «modalità di raccolta di opinioni senza valore scientifico, basata su quesiti rivolti in modo sistematico, a determinate categorie di soggetti, tramite differenti mezzi

non confondibili con i sondaggi, anzitutto per la caratteristica che il loro risultato non può essere generalizzato. Tali manifestazioni possono essere pubblicate, ma con l’indicazione dell’assenza di un qualsivoglia valore scientifico dei loro contenuti<sup>11</sup>. Il problema è che, pur se prossima, la “manifestazione di opinione” (valida per ciascuna risposta al test) non può applicarsi al risultato complessivo, che viceversa, in termini aggregati, è molto più simile all’esito del sondaggio (dato che il singolo è ricondotto per affinità ad una forza politica). Chiaramente, però, la differenza persiste col sondaggio, poiché il test non esprime un’ipotetica volontà di voto del soggetto nel futuro, ma una “compatibilità” ideologica nel presente.

Il fatto che queste attività sfuggano alla “rete regolatoria” pensata per i periodi precedenti alle elezioni, come avviene per varie condotte compiute via *social*<sup>12</sup>, comporta una serie di conseguenze non banali. La prima – e forse la più importante – è che non esistono obblighi formali di dichiarare chi sia il “committente” ed il realizzatore di questi test, elemento che viceversa è fondamentale nella disciplina dei sondaggi elettorali anche per accertarne l’imparzialità<sup>13</sup>. Ma anche l’affidabilità di questi quiz risulta assai dubbia se non sono spiegate in maniera accurata le modalità con cui si perviene all’esito finale. Ancora, non vi è nessun repertorio di questi test, che possono diffondersi sul web in maniera incontrollata e senza nessuna sorveglianza da parte dell’autorità pubblica, diversamente dai sondaggi, i cui risultati sono disponibili su un apposito sito istituzionale curato dal Dipartimento

quali cellulare, SMS, telefono, internet o posta elettronica, che non ricorre a procedure di campionamento ma si basa sulla partecipazione spontanea di lettori, telespettatori o utenti web, volta a permettere al pubblico di esprimere le proprie preferenze o il proprio parere in merito a diversi argomenti, anche di carattere politico o elettorale, il cui risultato non può essere generalizzato».

<sup>11</sup> Art. 2, comma 2, del Regolamento AGCOM.

<sup>12</sup> V. ancora A. PAPA, “*Democrazia della comunicazione*”, cit., p. 17 ss.; G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2/2017, p. 203 ss.; D. SERVETTI, *Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno*, in *Media Laws*, n. 1/2020, p. 194 ss. Sul tema della costruzione del consenso nell’epoca *social* v. altresì M. LADU, *La costruzione del consenso politico-elettorale e l’utilizzo dei social media nell’epoca della “disintermediazione democratica”*, in *Federalismi*, n. 23/2022, p. 170 ss.

<sup>13</sup> Cfr. l’art. 8, comma 3, lett. a) e b).

dell'informazione presso la Presidenza del Consiglio. Il che, si noti, non è una questione di scarsa importanza, perché la piattaforma che gestisce il test resta in possesso del dato numerico aggregato di quanti hanno risposto e di quali sono gli orientamenti prevalenti negli utenti.

A questo punto, però, occorre spiegare se e perché l'“anarchia” che attornia questo fenomeno può comunque suscitare alcuni punti di legittima preoccupazione agli occhi del costituzionalista.

#### 4. *Contributo alla partecipazione o celebrazione della democrazia “del letargo”?*

Arrivati alle considerazioni finali di questo breve intervento, è necessario tentare di formulare una valutazione su questi test di posizionamento, nuovi fenomeni che interessano la dinamica democratica ormai inscindibilmente collegata al funzionamento di internet. E la valutazione è che simili strumenti, in assenza di una specifica regolamentazione, debbono sollevare più di una perplessità.

Si potrebbe certo salutare con favore un'iniziativa, genuinamente mossa dall'intento di incrementare la partecipazione democratica, avvicinando vari utenti di internet ai temi della campagna elettorale e alla conoscenza delle differenti forze e posizioni in campo.

Ma alle luci della partecipazione elettorali si affiancano le ombre di una visione estremamente piatta e riduttiva della democrazia.

In primo luogo, la democrazia è appiattita al giorno delle elezioni. È ovvia e non discussa (né discutibile) la centralità delle votazioni come essenza della democrazia; quello che è più preoccupante è che questa sia ridotta sostanzialmente ad un lungo letargo dal quale è possibile risvegliarsi il giorno delle elezioni o poco prima con la possibilità che un algoritmo ci dica, sulla base di preferenze espresse in maniera sintetica, quale partito è il più vicino alle nostre sensibilità.

In secondo luogo, questo appiattimento è ridotto ai programmi elettorali dei partiti, sulla base dei quali si costruiscono i test e i criteri per “posizionare” l'utente in prossimità dell'uno o dell'altro. Ora, il solo fatto di sezionare (ed interpretare) un programma politico, magari espresso in termini generici, potrebbe rendere l'esplicazione e l'esito del test non propriamente “neutrali”, ciò che deve attirare ancor più



l’attenzione su come i questionari sono costruiti e su come sono attribuiti i relativi punteggi.

Da tutto questo deriva che l’elezione viene amputata nel suo essere non solo il momento di inizio di un futuro prossimo costruito attorno ad intendimenti scritti prima e sempre modificabili in corso d’opera (il *programma*, in senso etimologico)<sup>14</sup>, ma anche (e forse, soprattutto) il “giudizio finale” – come ha ricordato la Corte costituzionale<sup>15</sup> – che consente agli elettori di far valere la responsabilità politica di chi ha detenuto il potere, premiando e sanzionando secondo i risultati conseguiti e/o percepiti dal pubblico<sup>16</sup>. L’elettore, potendosi giovare dei test di posizionamento, può sentirsi così autorizzato a “scollegarsi” dai dibattiti pubblici quotidiani e tanto più dalle questioni ideologiche, ormai quasi del tutto eclissate nel panorama politico (soprattutto) italiano.

Ciò, peraltro, conduce ad escludere che i test in questione costituiscano vera attività di “informazione”, ancorché spontanea, e come tale dunque suscettibile di protezione nell’alveo dell’art. 21 Cost., quand’anche questi test siano messi a disposizione da mezzi di comu-

<sup>14</sup> È noto che con il passare alla c.d. “Seconda Repubblica” dopo la riforma in senso maggioritario del sistema di elezione delle Camere, il programma elettorale dei partiti e delle coalizioni ha assunto una centralità finanche esasperata, poiché il conseguimento di una maggioranza parlamentare sembrava costituire il “sigillo” del corpo elettorale sul programma rappresentato e dunque un mandato inderogabile a realizzare le promesse ivi contenute: v. sul punto S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 267 ss. Ciò condusse il legislatore a prevedere il deposito di un programma di coalizione insieme all’indicazione del capo unico (art. 18 bis del Testo unico sulle elezioni della Camera). Con la legge n. 165 del 2017 (c.d. *Rosatellum*) tale previsione è stata modificata nel senso che ogni lista – anche se coalizzata con altre – è tenuta a presentare un proprio programma ed un capo politico. Su quest’evoluzione sia consentito un rinvio a A. LAURO, *La solitudine del 14 bis, comma tre: l’ideologia del capo e la sua estraneità all’ordinamento costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2018, p. 19 ss.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 184 del 2016.

<sup>16</sup> Per alcune riflessioni su questa concezione meramente “programmatica” dei meccanismi elettorali sia consentito rinviare a A. LAURO, *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e nondetti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2022, in particolare p. 130 ss.

nicazione (come effettivamente avviene). In effetti, la normale dinamica richiederebbe di ottenere informazioni per elaborare opinioni. Questi test, invece, richiedono opinioni su singole questioni, ma resta in capo ai singoli il compito – se lo ritengono – di informarsi sugli argomenti affrontati. Peraltro, non sempre è possibile vedere quali sono (secondo i creatori dei test) le opinioni delle singole forze sui temi.

Insomma, bene farebbero il legislatore o l'autorità di regolazione ad interessarsi a questo fenomeno, poiché non è da escludere che una qualche capacità di influenza sull'elettorato possa essere dispiegata da questi test *online* e che questa possa non essere del tutto "sincera"<sup>17</sup>, malgrado le buone intenzioni di chi li realizza. Ma come insegna la saggezza popolare: di buone intenzioni è lastricato l'inferno.

<sup>17</sup> La «sincerità dello scrutinio» è un principio utilizzato correntemente nella giurisprudenza costituzionale ed amministrativa francese per verificare che anche la campagna elettorale si sia svolta secondo regole di correttezza che non abbiano alterato la percezione degli elettori e quindi il loro voto. Di recente, anche la Corte costituzionale italiana lo ha evocato, con riguardo alla diffusione di notizie false in tempo di campagne elettorali (sent. n. 150 del 2021, par. 6.2. *Cons. Dir.*: «*Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali*»).

## CONCLUSIONI



## L'ARGINE COSTITUZIONALE AL "COMPULSIVISMO" DIGITALE

ANTONIO D'ANDREA

Le conclusioni a questo interessante convegno erano state affidate al Prof. Enzo Cheli, il quale, per motivi personali, non è riuscito a essere presente. Il Prof. Cheli, per evidenti ragioni, resta un costituzionalista insostituibile e, nel formulare le mie brevi considerazioni conclusive, cercherò di offrire qualche spunto di riflessione, in chiave critica, a chiusura delle relazioni che mi hanno preceduto e che hanno consentito di porre in luce interessanti profili di natura costituzionalistica. Profili, questi ultimi, che si affermano nel contesto magmatico della trasformazione digitale, il quale invita a muoversi con prudenza, procedendo nell'individuazione di alcuni punti fermi che consentano di scrinare il piano della riflessione costituzionalistica da quello, scientificamente per me meno rilevante, della riflessione sociologica.

Prima di addentrarmi nel vivo delle poche, ma spero non del tutto inutili, argomentazioni, intendo ringraziare i relatori e le relatrici che hanno preso parte al convegno, il cui titolo accattivante – "L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità" – già di per sé intende rivendicare, da parte delle discipline giuspubblicistiche, un interesse vivo nei confronti del contesto sociale, culturale, economico e politico circostante e che, in questo frangente, risulta caratterizzato, come affermato poc'anzi, da un profondo mutamento dovuto alla pervasività degli strumenti digitali. Intendo, infine, ringraziare la prof.ssa Maccabiani, che – aiutata da un giovane studioso, il dott. Marco Ladu – si è fatta carico dell'organizzazione di questo appuntamento.

Il convegno di oggi, quindi, rappresenta una tappa importante con la quale, secondo me, abbiamo potuto apprendere letture e riflessioni di colleghi esperti, che da tempo si sono occupati di questi temi. Cercherò di proporvi, in sostanza, un breve richiamo ai punti salienti che sono emersi dalle singole relazioni per poi chiudere con qualche spun-

to di riflessione che spero possa fungere da avvertenze per il futuro nell'elaborazione di studi su questi temi.

In prima battuta, con la relazione introduttiva, la Prof.ssa Michela Manetti è stata in grado di condurre la nostra attenzione verso quelli che ha efficacemente definito degli “sbalzi” della realtà. Fenomeni che il sovranismo costituzionale, almeno in apparenza, non riesce più a controllare. A tal proposito, la Prof.ssa Manetti si è soffermata sul tema della retorica del c.d. costituzionalismo spontaneo, il quale – se osservato dalla prospettiva dei costituzionalisti “ortodossi” – lascia perplessi. Il costituzionalismo spontaneo, infatti, mi pare che si configuri maggiormente come un'aspirazione, un'ideologia, un progetto e un tentativo di fornire una lettura razionale a fenomeni che sembrano sfuggire alle tradizionali categorie del diritto, specie di quello costituzionale. E ben sappiamo che vi è chi in dottrina ha speso molte interessanti parole sul costituzionalismo irenico, ma personalmente starei molto attento e procederei con cautela nell'affermare che il digitale, complessivamente inteso, sia un qualcosa di non più arginabile. In altre parole, la rete e le piattaforme, dal mio punto di vista, sono un qualcosa che possiamo ancora governare, magari con qualche difficoltà, ma che possiamo comunque tenere sotto il controllo delle regole giuridiche.

Il Prof. Morrone, che ci ha fornito una lettura del contesto digitale in rapporto alla forma di governo, ci ha altresì posto dinanzi ad una realtà quasi “spaventevole”: con le nuove tecnologie, sono gli eletti a scegliere noi e non il contrario. Questa affermazione, così dirimpente nel quadro delle democrazie costituzionali occidentali, mi ha colpito molto. Mi è parso un punto di non ritorno che, invece, dobbiamo e possiamo evitare.

Muovere, quindi, dal costituzionalismo “ortodosso” per rispondere al convulso fenomeno della digitalizzazione, mi sembra oggi un buon punto di partenza. Si tratta, in sostanza, di ribadire che il digitale può essere governato. La mia riflessione, quindi, si attesta sul piano del “governo” del digitale, che è una sfida complessa, che incrocerà certamente le competenze statali, le competenze dell'Unione europea, ma che diviene possibile se non si rinuncia, come dirò tra poco, alle categorie tradizionali del diritto costituzionale.

Il Prof. Carlo Colapietro ci ha, da parte sua, proposto una interes-

sante riflessione sull'utilizzo degli algoritmi e sulla conoscibilità del meccanismo di fondo che governa gli algoritmi, apparentemente incontrollabili e capaci di sfuggire all'impostazione inizialmente improntata dall'intervento umano consapevole.

Le relazioni della Prof.ssa Licia Califano e della Prof.ssa Anna Papa, ci hanno rispettivamente fornito una lettura di come evolve oggi il linguaggio, la libera manifestazione del pensiero in rete, la comunicazione politica e istituzionale, con la necessità di prevedere forme di tutela crescenti e porre alcuni limiti. Così come, leggendo la relazione del Prof. Oreste Pollicino, specificamente dedicata alla disinformazione, è emersa la funzione precipuamente assolta dal linguaggio metaforico volta a consentire il trasferimento di categorie giuridiche classiche alle nuove sfide poste dal mondo digitale, con soluzioni diversificate a seconda del "frame", ossia del contesto valoriale-costituzionale, all'interno del quale tale trasferimento viene fatto agire.

Il Prof. Mario Gorlani, ci ha invece ricordato l'alterazione, sul piano politico, del modello partito, il quale oggi è sempre più il frutto della stagione del trionfo della rete, costituendone tutto sommato un effetto. La Prof.ssa Maccabiani, da parte sua, ha riflettuto sull'impatto che l'innovazione tecnologica può avere sul sistema delle fonti, osservando il ruolo sempre crescente di un sistema di *soft law* anche in ambito europeo.

Infine, dagli interventi programmati, è emerso un utilizzo delle nuove tecnologie che, certamente, può essere utile: penso a quanto osservato dal Prof. Lorenzo Spadacini in materia elettorale.

In questo contesto, tuttavia, i costituzionalisti credo debbano continuare a fare i costituzionalisti e affermare, con determinazione, che non scompaiono affatto i pubblici poteri, non scompare lo Stato e la sua funzione. La società, per quanto liquida e parcellizzata, mantiene lo Stato e la sua formalizzazione, mantiene un Parlamento, mantiene un Governo, mantiene gli organi di garanzia e, soprattutto, mantiene un solido assetto di diritti e libertà costituzionalmente riconosciuti e garantiti. Questo il punto da tenere fermo, al di là del "rarefarsi" delle fattispecie e della loro natura immanentemente a-territoriale che, a prima vista, sembra porsi in contrasto con uno degli elementi costitutivi dello Stato: il territorio sul quale tradizionalmente viene esercitata la sovranità, contribuendo alla sua "destrutturazione", al suo "depoten-

ziamento”. Solo apparentemente lo Stato ed il mondo digitale divergono, solo laddove ci si focalizza sui rispettivi elementi “architetturali”, “strutturali”: il primo materialmente territoriale, il secondo (per richiamare il titolo del convegno) virtuale, a-territoriale. In realtà, esiste un fondamentale punto di congiunzione tra lo Stato e il mondo digitale, rinvenibile lungo il crinale della globalità che qualifica quest’ultimo, a cui fa da pendant la vocazione universale del costituzionalismo del secondo dopoguerra che ha contraddistinto il primo nel momento in cui ha sancito e consacrato i diritti fondamentali<sup>1</sup>. Ed è appunto in riferimento a questa “universale solidità” delle categorie tradizionali che i due “sistemi”, apparentemente divergenti, si devono ricongiungere.

Se così è come pare, ritengo che si debba proprio partire dal presupposto che lo Stato esiste ed esiste, in particolare, quale Stato-persona e quale Stato-comunità, con le sue Istituzioni, ma anche con i suoi Valori, Diritti e Libertà. Solo in questo modo, e dal mio punto di vista, sono in grado di costruire un’analisi delle problematiche attuali e future, immaginando un avvenire che, non so se sarà splendido e orientato ad una modernità tale da aiutare tutti a vivere meglio, ma che certamente non può prescindere dall’essere inquadrato nella sua giusta dimensione, quella fondata sui valori universali del costituzionalismo.

Valori e diritti che proprio perché universali trovano nello Stato e nelle sue istituzioni fondamentali “presidi”. In merito, facendo alcuni esempi, *ad adiuvandum* di questo punto di caduta del mio ragionamento, il diritto ad essere informati attraverso la comunicazione politica è o non è un diritto costituzionale? Se lo è, chi lo deve soddisfare? Io direi che a soddisfarlo dovrebbero essere proprio i pubblici poteri, quasi fosse un diritto sociale. In questo caso, quindi, ricorro a categorie tradizionali. Dobbiamo forse abbandonarle?

<sup>1</sup> Come sottolineato da V. ONIDA, *Costituzioni e costituzionalismo*, in *L’incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti Società Italiano Studiosi Diritto Civile, Napoli, 2011, pp. 474-475: «I principi su cui si fonda il costituzionalismo moderno sono lontani dall’essere specifici di uno Stato o di un popolo. Al contrario, esprimono valori dichiaratamente universali, fondati su una visione dell’uomo e del mondo ispirata a precisi postulati ideali ed etici... In questo senso, il costituzionalismo nasce universale, non nazionale. È certo, però, che per secoli si è sviluppato in ambienti nazionali, improntando di sé un numero crescente di ordinamenti interni».



Ancora, il diritto a manifestare il proprio pensiero è una libertà garantita nei confronti di chi? Anche in questo caso, io direi che sono i pubblici poteri a dover astenersi dall'interferire nella manifestazione del pensiero. Ma, nello stesso tempo, a fronte delle nuove "minacce" poste dalla capacità "pervasiva" e "persuasiva" del digitale, sono sempre i pubblici poteri che, ancora una volta, vengono chiamati a presidiare l'esercizio di tale libertà da estrinsecazioni che possono impattare negativamente sulle modalità tradizionali di manifestazione della medesima, quanto a presidi di veridicità, correttezza e continenza delle informazioni messe in circolazione.

Per continuare in questa mia "carrellata" esemplificativa di quanto rimangono centrali e direi "nodali" lo Stato, le sue articolazioni e le sue manifestazioni, faccio ora riferimento al diritto a vedere preservati e protetti i propri dati personali, specie sensibili e sensibilissimi, sulla base dell'idea che i nostri dati non possano essere utilizzati tutti e senza limiti per procedere alla profilazione, è o non è un diritto? Vi sarà o non vi sarà qualcuno al quale rivolgerci per rivendicare che si è davanti a condotte illecite che consistono nella messa in rete indiscriminata dei dati personali o nel loro utilizzo scorretto per finalità non autorizzate? Se la condotta ha portato all'affievolimento del diritto della persona, possiamo proseguire nel dire che siamo interessati a fornire una configurazione di tali pratiche che tecnicamente siano riconducibili a degli schemi tradizionali?

L'utilizzo dell'algoritmo, per chiudere con questa esemplificazione, è sempre legittimo? L'algoritmo è un qualcosa che va da sé, che procede in modo automatizzato e incontrollato oppure riusciamo ad arginarlo e a definire le corrette modalità del suo utilizzo?

Tutti questi "casi esemplificativi" confermano il ritorno al centro: non dobbiamo rinunciare alle nostre categorie che trovano nei diritti fondamentali e nelle istituzioni poste al loro presidio la base primigenia.

Un altro punto sul quale vorrei soffermarmi è relativo all'utilizzo delle piattaforme o di altri strumenti simili. Quando il ricorso a questi strumenti è orientato ad un'utilizzazione posta al servizio della comunità politica – immagino la piattaforma utilizzata per la prenotazione dei vaccini in epoca Covid – oppure quando ricorriamo liberamente a internet, navighiamo e ci avvaliamo di motori di ricerca come Google,

noi tutti utilizziamo la rete ritenendo che questa modalità di accesso a internet sia non soltanto utile alla diffusione del nostro pensiero, ma anche, e forse soprattutto, per accedere ad informazioni e servizi che qualcun altro è in grado di fornirci e che ha immesso in rete. Internet, sotto questo profilo, è a sua volta un servizio, diventa uno strumento tecnico che impieghiamo per ottenere beni e servizi, informazioni e risultati che ci paiono attendibili e utili ai nostri scopi.

Qui si pone un problema, dovuto alla volontaria adesione ad una modalità tecnica dalla quale, ciascuno liberamente, può risultare confortato o scontentato. Come diremmo forse noi *boomer*, internet ci consente di avere quelle informazioni prime ed elementari utili alla costruzione di un ragionamento più ampio o ad agevolare l'accesso a determinati servizi. Visto così, dunque, internet è uno strumento e non un diritto. Cosa significa diritto ad internet? Questa è una espressione che noi dobbiamo declinare, ancora una volta, con le nostre categorie, con le nostre regole, conformando tale "mezzo" in modo tale da declinarlo lungo un versante funzionale alla preservazione delle categorie tradizionali, anche laddove, ed anzi tanto più laddove, attraverso internet siano implementati servizi pubblici e ancora di più se vengono in gioco prestazioni dovute alle persone dai poteri pubblici.

In definitiva, finché, dunque, resterà in campo l'idea che il potere va arginato, che i diritti e le libertà vanno preservati e che serva una legittimazione dal basso del potere, il nostro mestiere, di costituzionalisti, sarà utile e potremo concorrere alla lettura della realtà, cercando di fornire risposte giuridiche ai problemi fattuali.

Naturalmente, questa realtà oggi va letta insieme ad altri, in collaborazione con altre scienze e sfere del sapere giuridico e non solo. Tuttavia, rivolgendomi a coloro che sono interessati al tema del digitale e alle sue implicazioni, invito, se non ad accogliere, a considerare le mie preoccupazioni e le mie cautele, le quali non sono ideologiche e neppure pregiudizialmente "oscurantiste", ma vorrebbero costituire la difesa del mestiere del costituzionalista e, ancora prima, la difesa dei principi che sorreggono la scienza costituzionalistica.

## RINGRAZIAMENTI

Ringraziamo tutti i Relatori e tutte le Relatrici per la disponibilità dimostrata, per l'impegno profuso nella preparazione dei contributi confluiti nel presente volume, nonché per la partecipazione e condivisione della giornata di studio bresciana.

Un ringraziamento particolare va, altresì, al nostro Maestro, il Prof. Antonio D'Andrea, che ha saputo arricchire l'incontro, non solo sotto il profilo scientifico, ma anche per il conviviale ed elegante approccio che sempre lo contraddistingue.

I curatori  
*Marco Ladu, Nadia Maccabiani*



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

LICIA CALIFANO

*Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"*

CARLO COLAPIETRO

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi "Roma Tre"*

ANTONIO D'ANDREA

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia*

MARIO GORLANI

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia*

MARCO LADU

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Brescia*

ALESSANDRO LAURO

*Dottore di ricerca presso l'Università "Ca' Foscari" di Venezia*

NADIA MACCABIANI

*Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia*

MICHELA MANETTI

*Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena, attualmente in convenzione con l'Università degli Studi "Roma Tre"*

ANDREA MORRONE

*Professore ordinario di Diritto costituzionale presso "Alma Mater Studiorum" - Università di Bologna*

ANNA PAPA

*Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

MARCO PODETTA

*Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia*

ORESTE POLLICINO

*Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università "Luigi Bocconi" di Milano*

LORENZO SPADACINI

*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Brescia*

Collana *Ricerche Giuridiche*

1. Vincenzo Atripaldi, *Diritto allo studio*, 1975
2. Massimo Panebianco, *Ugo Grozio e la tradizione storica del Diritto Internazionale*, 1975
3. Fulvio Fenucci, *L'assistenza scolastica nelle leggi delle regioni ad autonomia ordinaria*, 1976
4. P. Rescigno, V. Atripaldi, F. Fichera, A. Budetta, M. Panebianco, M. De Dominicis, S. De Val Aurisicchio, *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, 1975
5. Enzo Maria Marengi, *Aspetti delle competenze regionali in materia urbanistica*, 1976
6. Vincenzo Patalano, *Il delitto di mancanza alla chiamata delle armi*, 1976
7. E. Pacelli, A. Saraceni, *Nuova disciplina della edificabilità dei suoli*, 1977
8. A.M. Allagrande, G. Barbirotti, M. Della Casa, V. Grillo, A. Vitale, *Le proposte della commissione Gonella-Casaroli per la revisione del Concordato*, 1977
9. Giuliana Ziccardi Capaldo, *Le situazioni territoriali illegittime nel Diritto Internazionale*, 1977
10. Vincenzo Mileo, *Le comunioni tacite familiari*, 1977
11. Maria Vittoria Lupò Avagliano, *Regioni e riforma sanitaria*, 1978
12. Maria Vittoria Lupò Avagliano, *L'autonomia contabile regionale*, 1979
13. Francesco Caruso, *Le Anstalten nell'ordinamento italiano*, 1979
14. Vito Gallotta, *La formazione professionale nel quadro delle competenze delle regioni ad autonomia ordinaria*, 1979
15. Antonio Pistone, *La giurisdizione contabile della Corte dei Conti*, 1981
16. Silvio Lugnano, *Argomenti per uno studio di politica criminale*, 1982
17. Mario La Monica, *Oggetto giuridico e tipicità del delitto di ricorso abusivo al credito*, 1983
18. Mario La Monica, *Sul significato normativo del termine "reato"*, 1983
19. Antonio Pistone, *Il contenzioso tributario: un'ipotesi di riforma*, 1983
20. Giuseppe Maria Ruggiero, *L'organo internazionale*, 1984
21. Bartolomeo Selleri, *Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo*, 1984
22. Arturo De Luca, *Giustizia e legalità nella filosofia giuridica di Kant*, 1984
23. Francesco Domenico Riccioli, *La successione internazionale degli Stati al debito pubblico*, 1984
24. Bartolomeo Selleri, *Pubblica amministrazione e cittadino: alla ricerca della parità*, 1984
25. Giovanni Esposito, *La chiamata in correità*, 1988
26. Antonio Abet, *La guerra sociale. Potere e autorità nei rapporti tra ordinamento giuridico e comunità nazionale*, 1987
27. Sergio Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, 1988
28. Guido Clemente di San Luca, *Three papers*, 1990
29. Pasquale Landi, *Diritto ed economia. Saggio sulla "Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia"*, 1996
30. Cosimo Silvestro, *Contributo allo studio dell'inquadramento previdenziale*, 1996
31. Francesco Bertolini, *Rappresentanza parlamentare e attività di governo*, 1997

32. Maria Elisabetta de Franciscis, *Il Presidente degli Stati Uniti d'America. Costituzione e prassi*, 1996
33. Maria Luisa Tufano, *La c.d. eccezione di invalidità degli atti comunitari*, 1996
34. Raffaele Titomanlio, *Contributo in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo*, 1996
35. Renata Spagnuolo Vigorita, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni: dal monopolio alla concorrenza regolata*, 1998
36. Ferdinando Lignola, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti La natura della sentenza. Questioni applicative*, 2000
37. Alfredo Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, 2000
38. Simone Valiante, *Pluralità dell'informazione e sistema radiotelevisivo*, 2001
39. Daniele Marrama, *La pubblicità ingannevole. Il giudice amministrativo e la natura giuridica delle decisioni delle authorities*, 2002
40. Giuliana Di Fiore, *Autorità di garanzia e interesse pubblico nelle comunicazioni integrate*, 2002
41. Chiara Orrei, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo. Sviluppi giurisprudenziali e profili dogmatici*, 2002
42. Nino Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, 2003
43. Antonio Leo Tarasco, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, 2003
44. Simona D'Antonio, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, 2003
45. Alberto Zito, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, 2003
46. Giancarlo Sorrentino, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, 2003
47. Renata Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, 2003
48. Antonio Leo Tarasco, *Beni patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, 2004
49. Marco Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, 2004
50. Vincenzo Metafora, *Il danno non patrimoniale e la sua riconduzione nell'alveo dell'art. 2043 c.c. L'art. 2059 c.c. come sanzione civile indiretta*, 2004
51. Loredana Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, 2005
52. Mariaconchetta D'Arienzo, *Profili costituzionali e regimi amministrativi nell'assetto del sistema radiotelevisivo*, 2005
53. Andrea Crismani, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. Contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, 2005
54. Fortunato Gambardella, *Trasformazione urbana e modelli privatistici. Profili ricostruttivi delle società di trasformazione urbana*, 2005
55. Domenico D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, 2005
56. Marialaura Cunzio, *La criminalità organizzata in Campania*, 2005
57. Francesca Attanasio, *Partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma societaria*, 2005



58. Marina Speca, *Il processo di ristrutturazione del debito negli enti locali. Analisi degli strumenti più utilizzati e delle procedure da attivare*, 2005
59. Laura Lamberti, *Riflessioni sulle funzioni amministrative delle Regioni e degli Enti locali*, 2006
60. Alessandro Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, 2006
61. Maria Gabriella Ivone, *Riflessioni in tema di unioni di fatto. Le esperienze italiana e francese a confronto*, 2006
62. Luisa Marin, *Il principio di mutuo riconoscimento nello spazio penale europeo*, 2006
63. Salvatore Dettori, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, 2006
64. Carla Acocella, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici. Il contratto di servizio*, 2007
65. Luca Pardi, *Contributo allo studio del contratto di leasing per la realizzazione delle opere pubbliche per la realizzazione delle opere pubbliche*, 2007
66. Annalisa Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, 2007
67. Camillo Patriarca, *La distribuzione degli utili in natura*, 2008
68. Angelo Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, 2008
69. Ivan Ingravallo, *Le amministrazioni territoriali dell'ONU*, 2008
70. Gabriella Ferranti, *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d'Europa e nel diritto dell'Unione europea*, 2008
71. Fulvio Maria Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, 2008
72. Gerardo Soricelli, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, 2009
73. Giancarlo Sorrentino, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, 2010
74. Ilaria Amelia Caggiano, *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, 2010
75. Marta Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, 2010
76. Anna Lazzaro, *Contributo in tema di risarcimento del danno da ritardo*, 2011
77. Loredana Strianese, *Il contratto preliminare tra vincoli civilistici ed evoluzione dell'ordinamento tributario*, 2011
78. Diego Rossano, *Mediazione, Camera di conciliazione, Arbitro bancario finanziario*, 2012
79. Luca Pardi, *Gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente. Nuove forme di partecipazione responsabile e sussidiaria, dei privati all'esercizio delle funzioni*, 2012
80. Marta Tigano, *Tra economie dello Stato ed «economia» della Chiesa: i beni culturali d'interesse religioso*, 2012
81. Dario Bevilacqua, *Il Free-Trade e l'Agorà, Interessi in conflitto, regolazione globale e democrazia partecipativa*, 2012
82. Mario Quaranta, *Concertazione sociale e regole del lavoro*, 2012
83. Alfonso Maria Cecere, *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione. Dalle restrizioni alle coercizioni nei confronti dei privati*, 2012
84. Alessandro Auletta, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, 2012
85. Giovanni Coccozza, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, 2012

86. Francesca Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, 2012
87. Simona D'Antonio, *Il commissario ad acta nel processo amministrativo. Qualificazione dell'organo e regime processuale degli atti*, 2012
88. Simona Di Stasio, *La politica migratoria europea: da Tampere a Lampedusa*, 2012
89. Fortunato Gambardella, *Contributo allo studio del regime giuridico dei bandi da gara*, 2012
90. Pierluigi Simone, *Origini e sviluppo della cooperazione internazionale ed europea di polizia. Modelli e soluzioni operative*, 2012
91. Tiziana di Iorio, *Società multietnica e libertà religiosa del minore tra affidamento e autodeterminazione*, 2013
92. Gianluca Bellomo, *Le normazioni tecniche volontarie nel diritto pubblico ambientale*, 2013
93. Francesca Perrini, *La protezione diplomatica delle società*, 2013
94. Paola Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, 2013
95. Carlo Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, 2013
96. Marco Tiberi, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, 2013
97. Claudio Valerio Cogliandro, *Tutela della privacy e accesso ad internet nell'opera di Stefano Rodotà*, 2013
98. Anna Pitrone, *Le responsabilità internazionale delle organizzazioni intergovernative*, 2013
99. Francesca Ferraro, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, 2014
100. Lorenzo Zoppoli, Antonello Zoppoli, Massimiliano Delfino (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, 2014
101. Massimo Luigi Ferrante, *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, 2014
102. Gabriele Pepe, *La primazia negli organi collegiali pubblici*, 2014
103. Luca Buscema, *Lo stato di guerra in tempo di pace*, 2014
104. Francesco Rotondo, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la "Criminologia moderna" in Argentina*, 2014
105. Paola Torretta, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, 2015
106. Sara Valaguzza, *Sustainable Development in Public Contracts. An example of Strategic Regulation*, 2016
107. Luca Buscema (a cura di), *Identità nazionale e multiculturalismo*, 2016
108. Annamaria Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, 2016
109. Tania Abbiate, *La partecipazione popolare ai processi costituenti: l'esperienza tunisina*, 2016
110. Andrea Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, 2016
111. Francesco Monceri, *La semplificazione dell'amministrazione nella crisi delle economie di mercato*, 2016
112. Gabriella De Maio, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, 2016

113. Maria Teresa Stile, *La responsabilità dello Stato giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, 2016
114. Gennaro Ferraiuolo, *Costituzione. Federalismo. Secessione. Un itinerario*, 2016
115. Massimiliano Delfino, *Salario legale. Contrattazione collettiva e concorrenza*, 2016
116. Silvia Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, 2016
117. Adele Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale europeo*, 2017
118. Alessandro F. Di Sciascio, *L'intervento sostitutivo nell'esercizio dell'attività amministrativa. Profili statici e dinamici*, 2017
119. Francesco Santoro, *L'abuso nel diritto civile e tributario*, 2017
120. Paola Bozzao, *Anzianità, lavori e diritti*, 2017
121. Gabriele Sabato, *La Governance per la rigenerazione dei siti contaminati. Il caso italiano dei Brownfields*, 2017
122. Fabiana Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, 2017
123. Francesco D'Ambrosi, *Consob e sistema di vigilanza*, 2017
124. Filomena Manganiello, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, 2017
125. Eugenio D'Apuzzo, *Profili della cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo*, 2017
126. Luca Calcaterra, *La somministrazione di lavoro. Teorie e ideologie*, 2017
127. Marcello Di Francesco Torregrossa, *La pubblica amministrazione nella società digitale*, 2017
128. Giovanni Cocozza, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, 2017
129. Gabriele Pepe, *The Notion of primus inter pares in Italian public life today*, 2017
130. Luca Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, 2017
131. Paola Saracini, Lorenzo Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, 2017
132. Eleonora Sirsi, *OGM e agricoltura. Evoluzione del quadro normativo, strategie di comunicazione, prospettive dell'innovazione*, 2017
133. Alfonso Vuolo, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, 2017
134. Giorgia Bevilacqua, *Criminalità e sicurezza in alto mare*, 2017
135. Stefania Romeo, *«Usus auctoritas». Le XII tavole e la tutela dell'«apparenza» della proprietà*, 2017
136. Fiorenzo Liguori, Silvia Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, 2017
137. Maria Assunta Icolari, *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, 2018
138. Sara Lieto, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, 2018
139. Valeria Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, 2018
140. Luca Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, 2018

141. Antonio Loffredo, *Democrazia aziendale, imprese transnazionali e dumping sociale*, 2018
142. Donatella Loprieno, "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, 2018
143. Elisabetta Codazzi, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, 2018
144. Valentina Gastaldo, *L'Astreinte nel processo amministrativo*, 2018
145. Giovanni Martini, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, 2018
146. Carlo Ferruccio Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, 2018
147. Vittorio Minervini, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, 2018
148. Renata Spagnuolo Vigorita, *Il conflitto tra pubblica amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, 2018
149. Giovanni Poggeschi, *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, 2018
150. Umberto Ronga, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione pubblica*, 2018
151. Guerino Fares, *Prestazioni sociali tra garanzie e vincoli*, 2018
152. Fabio Francesco Pagano, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, 2018
153. Giuseppe Micciarelli, *Commoning. Beni comuni urbani come nuove istituzioni. Materiali per una teoria dell'autorganizzazione*, 2018
154. Giacomo D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, 2018
155. Sveva Bocchini, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, 2018
156. Francesca Biondi Dal Monte, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione e delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, 2018
157. Alessandro Morelli (a cura di), *Dal "Contratto di Governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, 2018
158. Alessandro Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, 2018
159. Massimiliano Delfino, *Salario legale e contrattazione collettive e concorrenza*, 2018
160. Irene Coppola, *Contributo allo studio del processo civile in appello*, 2018
161. Marta Ferrara, *Capo dello Stato, vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, 2019
162. Giuseppe Allegri, Alessandro Sterpa, Nicola Viceconte (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, 2019
163. Monica Cocconi (a cura di), *Sostenibilità, responsabilità sociale d'impresa e nuove aspettative dei consumatori: nuovi paradigmi di qualità?*, 2019
164. Luca Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, 2019
165. Irene Coppola, *Capitale umano o sistemi robotici. Un nuovo processo in Italia*, 2019
166. Pamela Lattanzi, *I prodotti di frontiera. Il caso degli «integratori alimentari botanici»*, 2019

167. Sergio Marotta, *Le forme dell'acqua. Economia e politiche del diritto nella gestione delle risorse idriche*, 2019
168. Donatella Illuminato, *Inadempimento non imputabile e impossibilità sopravvenuta. Un'endiadi nel diritto?* 2019
169. Giuseppe Papale, Raffaele Gaetano Crisileo, *Storia dell'oratoria forense. Comunicazione e persuasione*, 2019
170. Ubaldo Perfetti (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, 2019
171. Francesca Martines, *La funzione d'iniziativa della Commissione nel processo legislativo dell'Unione europea*, 2019
172. Giacomo Gargano, *Lo Stato e gli Enti di diritto pubblico quali soggetti passivi del rapporto giuridico tributario*, 2019
173. Emma A. Imparato, *L'eccezione nella regola*, 2019
174. Adriano Maffeo, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, 2019
175. Antonio Ignazio Arena, *L'esternazione del pubblico potere*, 2019
176. Francesco Paterniti, *Figli e ordinamento costituzionale*, 2019
177. Francesco Raffaello De Martino, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle camere*, 2019
178. Giacomo Delledonne, *Costituzione e legge elettorale*, 2019
179. Ferdinando Franceschelli, *L'impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, 2019
180. Luca Pedullà, *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2019
181. Sara Poli, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea*, 2019
182. Gabriella Di Maio, *Fiscalità energetica e cambiamento climatico. Il ruolo del diritto tributario nella società moderna*, 2020
183. Eloísa Carbonell Porrás, Giuseppe Piperata (a cura di), *La reforma del gobierno local en España e Italia*, 2020
184. Anna Gragnani, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, 2020
185. Mena Minafra, *Osservazioni sulla "chiamata in correità"*, 2020
186. Antonio Mitrotti, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*, 2020
187. Giacomo D'Amico, *La libertà "capovolta"*, 2020
188. Viviana Di Capua, *L'autorizzazione integrata ambientale*, 2020
189. Alessandro Sterpa, Alessandra Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, 2020
190. Sara Lieto, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, 2020
191. Cristiana Carletti, *Diritto alla riservatezza, protezione dei dati personale e spazio digitale nell'ordinamento internazionale*, 2020
192. Roberta Alfano, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente*, 2020
193. Maria Teresa Stile, *Discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, 2020
194. Shkelzen Hasanaj, *Diritti delle minoranze. Tra immigrazione e globalizzazione*, 2020
195. Stefano Aru, *La continuità del regionalismo italiano*, 2020
196. Laura Tebano, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, 2020

197. Giovanni Coccozza, *Contributo a uno studio sulla motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, 2020
198. Maria Antonella Gliatta, *La dialettica della centralità. Studio sull'iniziativa legislativa del Governo*, 2020
199. Stefano D'Alfonso, *Potere d'inchiesta parlamentare e sistema di protezione dei diritti*, 2020
200. Costanza Nardocci, *Il "diritto" al giudice costituzionale*, 2020
201. Michela Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, 2020
202. Umberto Ronga, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, 2020
203. Carlo Iannello, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, 2020
204. Massimo Cavino, Lucilla Conte, Simone Mallardo, Massimiliano Malvicini, *Un'imprevedibile emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID-19*, 2020
205. Vito Breda, Matteo Frau (a cura di), *La contrattazione Costituzionale dei livelli di autonomia. Modelli per una comparazione*, 2020
206. Katia La Regina (a cura di), *La custodia cautelare in carcere*, 2020
207. Giovanna Petrillo, *I limiti di proporzionalità nella disciplina fiscale delle società di comodo*, 2020
208. Andrea Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, 2020
209. Stefania Cecchini, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, 2020
210. Paola Mazzina, *L'autonomia politica regionale tra modelli costituzionali e sistema dei partiti*, 2020
211. Mario Iannella, *La governance economica cooperativa. Autonomia e raccordi negli Stati Uniti e nell'Eurozona*, 2020
212. Virgilia Fogliame, *Parità di genere e rappresentanza. Il rendimento delle misure legislative promozionali*, 2020
213. Armando de Crescenzo, *Indirizzo politico: una categoria tra complessità e trasformazione*, 2020
214. Tiziana Montecchiari, *Il biotestamento e l'amministrazione di sostegno*, 2020
215. Rosa Casillo, *Diritto al lavoro e dignità*, 2020
216. Gianluca Bellomo, *Profili pubblicistici del Data Protection Officer nel sistema multilivello di tutela della privacy*, 2020
217. Lucilla Conte, *La famiglia. Istituti e istituzioni nella prospettiva costituzionale*, 2020
218. Arianna Carminati, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali dello Stato*, 2020
219. Antonello Tarzia, *Il giudice e lo straniero. Linguaggi e culture nei percorsi giurisdizionali*, 2020
220. Maria Laura Rea, *Public e Private enforcement Antitrust. La tutela della concorrenza tra riforme europee e ordinamento italiano*, 2020
221. Erik Furno, *Il presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, 2021
222. Luca Galli, *Rethinking Integration Contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, 2021

223. Antonio Ignazio Arena, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, 2021
224. Giuseppe Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, 2021
225. Elena Consiglio, *The Role of the Country of Origin Expert in Judicial Proceedings*, 2021
226. Cecilia Siccardi, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio sulle rotte del Mediterraneo*, 2021
227. Marco Cecili, Andrea Chiappetta, Giuliano Vosa (a cura di), *Oltre le crisi. L'Unione europea al bivio*, 2021
228. Gerardo Soricelli, *Il "giudice a quo" oltre "la giurisdizione". Il caso delle autorità amministrative indipendenti*, 2021
229. Luca Longhi, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, 2021
230. Laura Ammannati, Allegra Canepa (a cura di), *Tech law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, 2021
231. Luca Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, 2021
232. Debora Caldirola, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, 2021
233. Giuseppe Donato, *Modello costituzionale dei partiti politici e sindacato giurisdizionale*, 2021
234. Antonino Amato, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza*, 2021
235. Luca Di Salvatore, *Il datore di lavoro plurale e le vie dello sviluppo dei territori*, 2021
236. Marco Tufo, *Il lavoro digitale a distanza*, 2021
237. Bruno Mercurio, *Società e decisioni amministrative*, 2021
238. Giovanni Barozzi Reggiani, *Introduzione allo studio delle valutazioni economiche quali strumenti per la tutela giuridica del «valore costituzionale» ambiente*, 2021
239. Antonio Merlino, *Regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, 2022
240. Gaetano Bucci, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, 2022
241. Giuseppe Toscano, *Le sfide del diritto punitivo in materia agroalimentare*, 2022
242. Luca Bartolucci, Luca Di Majo (a cura di), *La prassi delle istituzioni in pandemia*, 2022
243. Carla Acocella (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, 2022
244. Emanuele Fratto Rosi Grippaudo, *Il giudizio di conto*, 2022
245. Menita Giusy De Flora, *La tutela dei diritti del contribuente nel procedimento tributario: tra fattispecie interne e transnazionali*, 2022
246. Carmela Capolupo, Raffaele Manfrellotti (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione della garanzie costituzionali. Un primo bilancio*, 2022
247. Anna Ilaria Trapè, *Il Public Food Procurement strumento per la sostenibilità del sistema alimentare. Evoluzione del quadro normativo, criticità applicative e prospettive di innovazione*, 2022
248. Carla Acocella, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno del welfare*, 2022
249. Ida D'Ambrosio, *La posizione di debolezza contrattuale dell'acquirente di immobili da costruire: strumenti di tutela in caso di insolvenza del venditore*, 2022

250. Umberto Ronga, *L'emergenza in Parlamento*, 2022
251. Andrea Napolitano, *Rappresentanza politica e dimensione territoriale. Crisi e prospettive*, 2022
252. Vincenzo Lorubbio, *The best Interests of the Child. More than 'a Tight, a Principle, a rule of Procedure' of International Law*, 2022
253. Matteo Frau, *L'attenuazione del principio maggioritario. Istituti e modelli alternativi al principio deliberativo di maggioranza*, 2022
254. Giuliana Strambi, *Le terre agricole abbandonate. Il recupero produttivo nella legislazione sulle "banche della terra" e nel Testo unico in materia di foreste e filiere forestali*, 2022
255. Annita Larissa Sciacovelli, *La protezione del migrante in Europa. Profili di diritto internazionale ed europeo*, 2022
256. Carmen Di Carluccio, *Lavoro e salute e mentale dentro e fuori l'istituzione*, 2022
257. Davide Paris (a cura di), *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, 2022
258. Matteo Carrer, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, 2022
259. Giacomo Biasutti (a cura di), *Fundamental Principles and special Anti-Covid Legislation. Comparative experience*, 2022
260. Valentina Zampaglione, *Emissions Trading e tutela dell'ambiente. Profili di diritto comparato*, 2022
261. Silvia Niccolai, *Principi del diritto principi della convivenza. Uno studio sulle regulae iuris*, 2022
262. Maria Chiara Errigo, *Neuroscienze e diritto. Un punto di vista costituzionale*, 2022
263. Davide Antonio Ambroselli, *Insindacabilità parlamentare e diritto di difesa*, 2022
264. Carmelo Rizzo, *Il diritto penale di fronte alle incognite della finanza contemporanea*, 2022
265. Fabio Russo, *Il dialogo tra fisco e contribuente. Un'analisi storico evolutiva*, 2022
266. Valentina Buratti, *Trasporto non in linea e servizi su piattaforma digitale*, 2022
267. Stefania Pedrabissi, *Il provvedimento amministrativo implicito. Una lettura critica*, 2022
268. Fabrizio Amatucci, Chiara Fontana (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, 2022
269. Luigi Rullo, *La politica a corte*, 2022
270. Antonio Merlino, Marco Boldini, *Il diritto del fintech e la crisi delle fonti del diritto in una prospettiva comparata*, 2022
271. Matteo Trapani, *La digitalizzazione come strumento di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, 2023
272. Giacomo Dolso, Davide Rossi (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, 2022
273. Cristiano Bevilacqua, *Il baratto amministrativo tra amministrazione condivisa e partenariato pubblico e privato*, 2022
274. Miriam Abu Salem, *Mercato halal e made in Italy*, 2022
275. Lucia Miglietti, *Tecniche e modalità di formazione del contratto tra antichi problemi e nuovi strumenti nel diritto italo-europeo*, 2023
276. Luigi Ortaglio, *Il pluralismo confessionale nell'area balcanica*, 2023



277. Annalisa Triggiano, *Gli algoritmi predittivi nel processo*, 2023
278. Massimo Farina, *Ambienti, agenti e intelligenze artificiali nella sanità potenziale*, 2023
279. Giovanni Calvellini, Antonio Loffredo (a cura di), *Il tempo di lavoro tra scelta e imposizione*, 2023
280. Maria Chiara Girardi, *La proprietà pubblica. Percorsi costituzionali nell'evoluzione di forma di stato*, 2023
281. Daniela Messina, *La tutela della dignità nell'era digitale. Prospettive e insidie tra protezione dei dati, diritto all'oblio e Intelligenza Artificiale*, 2023
282. L. Conte, C. Bertoldi, M. Cavino, S. Mallardo, M. Malvicini, *Libertà di informazione. Percorsi*, 2023
283. L. Baiada, E. Carpanelli, A. Lau, J. Lau, T. Scovazzi, *La giustizia civile italiana nei confronti di stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, 2023
284. Maria Stefania Cataleta, *La guerra dei due mondi. Una breve analisi del conflitto in Ucraina*, 2023
285. Andrea Marco Colarusso, *Dai beni pubblici ai digital commons. Prospettive di tutela*, 2023
286. Francesco Paterniti, *Le omissioni del legislatore*, 2023
287. Agnese Vitale, *Non riconoscimento e fonti del diritto internazionale*, 2023

Finito di stampare nel mese di aprile 2023  
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli