medialaws

Rivista di diritto dei media
3/2018 settembre

DIRETTORE
RESPONSABILE
EDITOR-IN-CHIEF
Oreste Pollicino (Università Bocconi)

DIRETTORI
EDITORS
Giulio Enea Vigevani (Università di Milano – Bicocca)
Carlo Melzi d'Eril (Avvocato in Milano)

VICEDIRETTORI
VICE-EDITORS
Marco Cuniberti (Università di Milano)
Giovanni Maria Riccio (Università di Salerno)
Marina Castellaneta(Università di Bari)
Marco Orofino (Università di Milano)
Marco Bassini (Università Bocconi)

SEDE
CONTACTS
ACCMS Studio Legale
Via Podgora 13 – 20122 Milano
e-mail: submissions@medialaws.eu

REDAZIONE
EDITORIAL BOARD
Marco Bassini (*coordinatore*) (Università Bocconi)
Serena Sileoni (*vice coordinatore*) (Università di Milano – Bicocca)
Gianluca Campus (Avvocato in Milano)
Nicola Canzian (Università di Milano – Bicocca)
Giovanni De Gregorio (Università di Milano – Bicocca)
Fabio Ferrari (Università di Verona)
Valerio Lubello (Università Bocconi)
Omar Makimov Pallotta (Università di Macerata)
Silvia Vimercati (Università di Milano – Bicocca)

COMITATO SCIENTIFICO – STEERING COMMITTEE

Shulamit Almog (*University of Haifa*), Giuseppe Busia (*Garante per la protezione dei dati personali*), Licia Califano (*Garante per la protezione dei dati personali*), Angelo Marcello Cardani (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Marta Cartabia (*Corte costituzionale*), Massimo Ceresa-Gastaldo (*Università Bocconi*), Pasquale Costanzo (*Università di Genova*), Marilisa D'Amico (*Università di Milano*), Filippo Donati (*Consiglio Superiore della Magistratura*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università Suor Orsola Benincasa*), Maurizio Fumo (*Suprema Corte di Cassazione*), Alberto Maria Gambino (*Università Europea – Roma*), Michael Geist (*University of Ottawa*), Glauco Giostra (*La Sapienza – Università di Roma*), Enrico Grosso (*Università di Torino*), Uta Kohl (*University of Southampton*), Krystyna Kowalik-Bańczyk (*Tribunale dell'Unione europea*), Fiona Macmillan (*Birbeck College – University of London*), Michela Manetti (*Università di Siena*), Christopher Mardsen (*University of Sussex*), Manuel David Masseno (*Instituto Politécnico de Beja*), Roberto Mastroianni (*Università "Federico II" – Napoli*), Luigi Montuori (*Garante per la protezione dei dati personali*), Antonio Nicita (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni),* Miquel Pequera (*Universitat Oberta de Catalunya*), Vincenzo Pezzella (*Suprema Corte di Cassazione*), Giovanni Pitruzzella (*Corte di giustizia dell'Unione europea*), Francesco Pizzetti (*Università di Torino*), Andrea Pugiotto (*Università di Ferrara*), Margherita Ramajoli (*Università di Milano – Bicocca*), Sergio Seminara (*Università di Pavia*), Salvatore Sica (*Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*), Francesco Viganò (*Corte costituzionale*), Lorenza Violini (*Università di Milano*), Nicolò Zanon (*Corte costituzionale*), Vincenzo Zeno-Zencovich (*Università di Roma Tre*)

COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE – ADVISORY BOARD

Maria Romana Allegri
Giulio Allevato
Ernesto Apa
Benedetta Barbisan
Fabio Basile
Marco Bellezza
Daniela Bifulco
Elena Bindi
Carlo Blengino
Monica Bonini
Manfredi Bontempelli
Fernando Bruno
Daniele Butturini
Irene Calboli
Simone Calzolaio
Quirino Camerlengo
Marina Caporale
Andrea Cardone
Corrado Caruso
Stefano Catalano
Adolfo Ceretti
Francesco Clementi
Roberto Cornelli
Giovanna Corrias Lucente
Filippo Danovi
Monica Delsignore
Giovanna De Minico
Gabriele Della Morte
Marius Dragomir
Fernanda Faini
Roberto Flor
Federico Furlan
Giovanni Battista Gallus
Marco Gambaro
Gianluca Gardini
Ottavio Grandinetti
Antonino Gullo
Simone Lonati
Erik Longo
Federico Lubian
Nicola Lupo
Paola Marsocci
Claudio Martinelli
Alberto Mattiacci
Alessandro Melchionda
Massimiliano Mezzanotte
Francesco Paolo Micozzi
Donatella Morana
Piergiuseppe Otranto
Anna Papa
Paolo Passaglia
Irene Pellizzone
Sabrina Peron
Bilyana Petkova
Davide Petrini
Marina Pietrangelo
Federico Gustavo Pizzetti
Augusto Preta
Giorgio Resta
Francesca Rosa
Andrej Savin
Salvatore Scuto
Monica Alessia Senor
Stefania Stefanelli
Giulia Tiberi
Bruno Tonoletti
Emilio Tosi
Lara Trucco
Luca Vanoni
Gianluca Varraso
Thomas Wischmeyer

ANNO 2018 – CODICE ISSN 2532-9146
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

MediaLaws - Rivista di diritto dei media è una rivista quadrimestrale telematica, ad accesso libero, che si propone di pubblicare saggi, note e commenti attinenti al diritto dell'informazione italiano, comparato ed europeo.

La rivista nasce per iniziativa di Oreste Pollicino, Giulio Enea Vigevani, Carlo Melzi d'Eril e Marco Bassini e raccoglie le riflessioni di studiosi, italiani e stranieri, di diritto dei media.

I contributi sono scritti e ceduti a titolo gratuito e senza oneri per gli autori. Essi sono attribuiti dagli autori con licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. 633/1941).

Il lettore può utilizzare i contenuti della rivista con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare menzionando la fonte e, laddove necessario a seconda dell'uso, conservando il logo e il formato grafico originale.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Comittee on Publication Ethics).

La qualità e il rigore scientifici dei saggi della Rivista sono garantiti da una procedura di *double-blind peer review* affidata a un comitato di esperti per la valutazione individuato secondo criteri di competenza e rotazione e aggiornato ogni anno.

MediaLaws - Rivista di diritto dei media
Regolamento per la pubblicazione dei contributi

1. "MediaLaws – Rivista di diritto dei media" è una rivista telematica e ad accesso aperto che pubblica con cadenza quadrimestrale contributi attinenti al diritto dell'informazione.

2. Gli organi della rivista sono il Comitato di direzione, il Comitato scientifico e il Comitato degli esperti per la valutazione. L'elenco dei componenti del Comitato di direzione e del Comitato scientifico della rivista è pubblicato sul sito della stessa (www.medialaws.eu/rivista). Il Comitato degli esperti per la valutazione è sottoposto ad aggiornamento una volta l'anno.

3. La rivista si compone delle seguenti sezioni: "Saggi", "Note a sentenza" (suddivisa in "Sezione Europa", "Sezione Italia" e "Sezione straniera"), "Cronache" e "Recensioni e riletture". I singoli numeri potranno altresì ospitare, in via d'eccezione, contributi afferenti a sezioni diverse.

4. La sezione "Saggi" ospita contributi che trattano in maniera estesa e approfondita un tema di ricerca, con taglio critico e supporto bibliografico.

5. La sezione "Note a sentenza" ospita commenti alle novità giurisprudenziali provenienti dalle corti italiane, europee e straniere.

6. La sezione "Cronache" ospita commenti a questioni e novità giuridiche di attualità nella dimensione nazionale, europea e comparata.

7. La sezione "Recensioni e riletture" ospita commenti di opere rispettivamente di recente o più risalente pubblicazione.

8. La richiesta di pubblicazione di un contributo è inviata all'indirizzo di posta elettronica submissions@medialaws.eu, corredata dei dati, della qualifica e dei recapiti dell'autore, nonché della dichiarazione che il contributo sia esclusiva opera dell'autore e, nel caso in cui lo scritto sia già destinato a pubblicazione, l'indicazione della sede editoriale.

9. La direzione effettua un esame preliminare del contributo, verificando l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

10. In caso di esito positivo, la direzione procede ad assegnare il contributo alla sezione opportuna.

11. I saggi sono inviati alla valutazione, secondo il metodo del doppio cieco, di revisori scelti dall'elenco degli esperti per la valutazione della rivista secondo il criterio della competenza, della conoscenza linguistica e della rotazione. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore. La direzione garantisce l'anonimato della valutazione.

12. La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione.
Se entrambe sono positive, il contributo è pubblicato.
Se sono positive ma suggeriscono modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. La direzione si riserva la facoltà di sottoporre il contributo così come modificato a nuova valutazione, anche interna agli organi della rivista. Se solo una valutazione è positiva, con o senza modifiche, la direzione si riserva la facoltà di trasmettere il contributo a un terzo valutatore. Se entrambe le valutazioni sono negative, il contributo non viene pubblicato.

13. Per pubblicare il contributo, l'Autore deve inviare una versione definitiva corretta secondo le regole editoriali della rivista pubblicate sul sito della stessa, un abstract in lingua italiana e inglese e un elenco di cinque parole chiave. Il mancato rispetto dei criteri editoriali costituisce motivo di rigetto della proposta.

14. Le valutazioni vengono archiviate dalla direzione della rivista per almeno tre anni.

15. A discrezione della direzione, i saggi di autori di particolare autorevolezza o richiesti dalla direzione possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di referaggio a doppio cieco ovvero essere sottoposti a mero referaggio anonimo, previa segnalazione in nota.

Indice
Index

Editoriale

14 Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)
Francesco Palazzo

Saggi
L'articolo 21 ha settant'anni

23 La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria
Glauco Giostra

39 Potere e libertà nella rete
Marco Cuniberti

62 L'ingiusto processo mediatico
Antonio Riviezzo

77 L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva
Daniele Piccione

Saggi
Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete

90 Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. *Fake news*, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali
Andrea Mazziotti di Celso

110 Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation
Victor Claussen

Altri saggi

138 L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *digital privacy* come osservatorio privilegiato
Oreste Pollicino

164 The right to data portability and user control: ambitions and limitations
Laura Somaini

191 *The God that failed*. La tutela dei *co-patterners* nell'ordinamento internazionale ed europeo
Gianpaolo Maria Ruotolo

206 *Big data* e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali
Angelica Bonfanti

219 La collusione fra algoritmi nell'era dei *big data*: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE
Luca Calzolari

240 I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale
Michela Tresca

Note a sentenza
Sezione Italia

254 La responsabilità (ancora una volta oggettiva) del direttore di periodico *online* per l'articolo diffamatorio con pseudonimo anonimizzante
Alfea Trimarchi

268 Depenalizzazione dell'ingiuria e (obbligo di) protezione del diritto all'onore: riflessioni a margine di una questione di legittimità costituzionale
Omar Makimov Pallotta

288 Una nuova pronuncia del giudice della nomofilachia sull'applicabilità delle esimenti relative all'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica all'attività giornalistica
Alessia Fusco

294 *Dynamic injunction*, obblighi di sorveglianza e siti "alias": il caso Mondadori
Marco Galll

301 Newsletter pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato
Annalisa Vigentini

306 Diffamazione tramite Facebook: la semplice segnalazione o diffida di un utente non obbliga il gestore a chiudere la pagina
Jacopo Antonelli Dudan

309 Intermediario "indipendente" ed eventi sportivi tra misure *antitrust* e nuovo ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo
Cristiana Benetazzo

Note a sentenza
Sezione comparata

331 *Carpenter v. United States*: un'importante sentenza-tassello nell'evoluzione della *reasonable expectation of privacy doctrine*
Monica Senor

338 La torta della discordia: la mancata soluzione al conflitto tra leggi antidiscriminazione e libertà di espressione e di religione nella sentenza *Masterpiece Cakeshop*
Giuseppe Portonera

346 La fuga della High Court of Justice inglese dalla definizione dei confini del diritto all'oblio
Riccardo Cabazzi

Note a sentenza
Sezione Europa

Corte di giustizia dell'unione europea

352 Titolarità e contitolarità dei dati personali alla luce della decisione della Corte di giustizia sulle *fanpage* di Facebook
Giovanni Maria Riccio

358 *La Mafia se sienta a la mesa*: the subtle line between outrageous and appealing
Federica Pezza

Corte europea dei diritti dell'uomo

370 Il bilanciamento tra diritto all'oblio, libertà di espressione e conservazione della memoria collettiva in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo
Claudia Morini

380 Dio in jeans. La tutela del sentimento religioso e della morale pubblica alla prova della libertà di informazione commerciale.
Andrea Gatti

386 Disclosing journalistic sources already revealed. The *Becker v. Norway* case
Giovanni De Gregorio

394 Libertà di espressione degli avvocati e tutela dell'autorità del potere giudiziario: la Corte europea dei diritti dell'uomo procede al bilanciamento dei differenti interessi
Federico Ceci

Cronache e commenti

404 Stefano Rodotà, costituzionalista
Pasquale Costanzo

410 Rodotà Garante della privacy
Lara Trucco

417 *Hate speech* e misure nazionali di sospensione delle trasmissioni televisive: il caso *RTR Planeta*
Lucia Musselli

424 L'Agcom e la legge sul settore cinematografico e audiovisivo. Le opere audiovisive destinate al web
Marina Caporale

429 Brevi note sul divieto di comunicazione istituzionale nei periodi di campagna elettorale
Gianluca Gardini

435 Cronaca dell'emanazione e dell'abrogazione dell'Anti-Fake News Act malaysiano
Matteo Monti

439 Il terrore viaggia sul web. L'Unione europea e la battaglia contro la divulgazione di contenuti terroristici online.
Carla Bassu

443 Il mercato unico digitale per l'integrazione europea. La prospettiva del *FinTech*
Emanuele Pedilarco

454 Il registro delle attività di trattamento previsto dal GDPR: più di uno strumento di mera compliance
Luca Giacomini, Carmine Andrea Trovato, Carlo Rossi Chauvenet

Recensioni

466 Recensione a F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*
Matteo Monti

474 Recensione a G. Della Morte, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*
Michele M. Porcelluzzi

477 A margine del volume "Il giornalista e le sue quattro responsabilità"
Giulio Enea Vigevani

Editorial

14 Fear of crime and media representation of crime and criminal policy
Francesco Palazzo

Articles
Article 21 of the Constitution turns 70

23 Criminal justice in the funhouse mirror of media
Glauco Giostra

39 Power and freedom in the digital age
Marco Cuniberti

62 The unfair trial by media
Antonio Riviezzo

77 Anti-democratic speech between criminal law and mass psychology
Daniele Piccione

Articles
Fake news, pluralism and ISP liability

90 Fake news, freedom of speech and the overturning of traditional political categories
Andrea Mazziotti di Celso

110 Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation
Victor Claussen

Other essays

138 Horizontal effects of fundamental rights enshrined to the Charter of Fundamental Rights of the European Union: the standpoint of the Court of Justice case law on the digital privacy
Oreste Pollicino

164 The right to data portability and user control: ambitions and limitations
Laura Somaini

191 The protection of the co-patterners in the international and European legal systems
Gianpaolo Maria Ruotolo

206 Big data and predictive policing: notes on the right to data protection and privacy
Angelica Bonfanti

219 Algorithmic collusion in the age of big data: ascribing "cartels 4.0" pursuant to Article 101 TFEU
Luca Calzolari

240 First steps for AI at the service of citizens: notes on the Agency for Digital Italy White Paper
Michela Tresca

Notes and comments
Italy

254 Another chapter of the Italian case law on criminal liability of the online newspaper editor for defamation under a pseudonym
Alfea Trimarchi

268 Decriminalization of insults and protection of the honor: on a recent question of constitutionality
Omar Makimov Pallotta

288 A new judgment of the Italian Supreme Court on the right to report news and the right to criticize: under what conditions are they applicable?
Alessia Fusco

294 The Court of Milan issues a dynamic injunction against copyright violations through "alias" websites
Marco Galli

301 Newsletter advertising: the Italian Supreme Court stance on the requirement of informed consent
Annalisa Vigentini

306 Defamation via Facebook: a mere user's notice does not trigger any obligation to take down a community page
Jacopo Antonelli Dudan

309 Independent intermediaries and sports events: antitrust measures and the new role of the public service broadcasting
Cristiana Benetazzo

Notes and comments
Comparative Law

331 *Carpenter v. United States*: a crucial step in the evolution of the reasonable expectation of privacy doctrine
Monica Senor

338 The cake of contention: the unresolved conflict between anti-discrimination legislation and freedom of speech and religious freedom in the Masterpiece Cakeshop case
Giuseppe Portonera

346 The uncertain notion of right to be forgotten in a recent stance of the High Court of Justice
Riccardo Cabazzi

Notes and comments
Europe

Court of Justice

352 Controllership and joint controllership of personal data processing in the Court of Justice *Facebook fan page* judgment
Giovanni Maria Riccio

358 *La Mafia se sienta a la mesa*: the subtle line between outrageous and appealing
Federica Pezza

European Court

370 The balance between the right to be forgotten and freedom of expression and the preservation of collective memory in a recent judgment of the European Court of Human Rights
Claudia Morini

380 God in jeans: how religious beliefs and public morals could be incompatible with the freedom of expression
Andrea Gatti

386 Disclosing journalistic sources already revealed. The *Becker v. Norway* case
Giovanni De Gregorio

394 Freedom of expression of lawyers and protection of the authority of the judiciary in a recent stance of the European Court of Human Rights
Federico Ceci

Debates

404 Stefano Rodotà, as constitutional law scholar
Pasquale Costanzo

410 Rodotà head of the Data Protection Authority
Lara Trucco

417 Hate speech and national measures to suspend the retransmission of content in the *RTR Planeta case*
Lucia Musselli

424 The Italian Communication Authority and the legislation on audio-visual and cinematographic works. The audio-visual works broadcast via the Internet
Marina Caporale

429 Notes on the ban on institutional communications during pre-election periods
Gianluca Gardini

435 Rise and fall of the Malaysian Anti-Fake News Aill
Matteo Monti

439 The European Union fight against terrorist content online
Carla Bassu

443 The Digital Single Market for the European integration. The FinTech standpoint
Emanuele Pedilarco

454 The records of processing activities under the GDPR: more than a compliance exercise
Luca Giacomini, Carmine Andrea Trovato, Carlo Rossi Chauvenet

Book reviews

466 Review to F. Pizzetti (ed.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*
Matteo Monti

474 Big data and human rights. Review to G. Della Morte, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani*
Michele M. Porcelluzzi

477 Review to V. Tenore (ed.), *Il giornalista e le sue quattro responsabilità*
Giulio Enea Vigevani

Sono stati sottoposti a procedura di referaggio, in conformità al regolamento della Rivista, i saggi di: Marco Cuniberti, Antonio Riviezzo, Daniele Piccione, Andrea Mazziotti di Celso, Victor Claussen, Oreste Pollicino, Laura Somaini, Gianpaolo Maria Ruotolo, Angelica Bonfanti, Luca Calzolari e Michela Tresca.

La direzione ha ritenuto di dispensare dalla procedura di referaggio, in conformità all'art. 15 del regolamento, il saggio di Glaucio Giostra.

Su decisione della direzione, sono state altresì sottoposte alla suddetta procedura le note a sentenza di Alfea Trimarchi, Omar Makimov Pallotta e Cristiana Benetazzo.

Editoriale

Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)

Francesco Palazzo

1. Qualche mese fa è stato pubblicato, per i tipi dell'editore Giuffré nella collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università di Milano, un ponderoso volume di Raffaele Bianchetti recante un titolo molto attrattivo: *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di* mass media *e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*[1].

Non c'è ovviamente alcun bisogno di sottolineare l'attualità del tema, soprattutto in questi tempi odierni: ed in effetti, sebbene il volume sia il risultato di una lunga ricerca pluriennale, esso ha visto la luce proprio nel momento in cui davvero ve n'era più bisogno. E nemmeno occorre segnalare la trasversalità – per così dire – di questo tema, che non può non suscitare l'attenzione e l'interesse non solo degli "specialisti" della materia, dai criminologi ai giuristi, ma anche della vasta schiera degli operatori della comunicazione e finanche di chiunque sia interessato ad uno dei fenomeni più significativi per la vita sociale e politica del nostro e di altri Paesi. Piuttosto, vale la pena di sottolineare come sia questa la prima volta, per quanto almeno ci consta, che il tema della paura del crimine, pur largamente presente nel dibattito pubblico, viene affrontato in modo così ampio e completo e con metodologia rigorosamente scientifica.

Non è nostro intendimento dare qui conto delle caratteristiche e dei meriti del libro né riassumerne il ricco contenuto: a questo scopo, segnaliamo l'utile recensione apparsa sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (1, 2018, 373 ss.) a firma di Serena Santini. Ciò nondimeno, non è possibile fare a meno di richiamare almeno taluni pregi di fondo del volume, che peraltro non possono sfuggire nemmeno all'osservatore più distratto. In primo luogo, le davvero cospicue dimensioni del libro non debbono scoraggiare, poiché la sua lettura è tutt'altro che faticosa grazie ad uno stile argomentativo ed espositivo sempre fluido e cristallino. Degna di segnalazione, poi, ci pare la presenza di una sorta di "parte generale" che precede l'analisi dei rapporti tra rappresentazione mediatica della criminalità e reazioni sociali: si tratta di una lunga ma utile premessa che ha il tono e i contenuti di una *summa* quasi trattatistica di sociologia della comunicazione, resa accessibile anche ai non iniziati della materia. Infine, ai nostri occhi presenta uno speciale pregio l'indagine empirica svolta sul campo dall'Autore e dalla quale emergono alcuni dati meritevoli della più attenta riflessione. Anzi, per la verità, le indagini empi-

[1] R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di* mass media *e politica criminale ai tempi dell'insicurezza,* Milano, 2018.

riche sono due[2]: una è stata realizzata mediante la somministrazione di un articolato questionario finalizzato a cogliere l'impatto sociale della rappresentazione mediatica della criminalità; l'altra consiste in una analisi statistica condotta sugli atti normativi prodotti in Italia negli ultimi 47 anni e finalizzata a cogliere i segnali dei nessi tra rappresentazione mediatica della criminalità e politica legislativa penale.
Dato doverosamente atto di queste fondamentali caratteristiche del volume, il nostro intendimento è di segnalare il significato che esso può avere per il mondo penalistico (al quale appartiene chi scrive). Un significato, che ci pare si riveli importante su due distinti piani. In primo luogo, quello più generale-culturale dei rapporti tra criminologia, sapere criminologico, e diritto penale, riflessione penalistica. In secondo luogo, il piano più particolare e politico-sociologico dei rapporti tra media e produzione legislativa in materia penale, tra rappresentazione mediatica della criminalità e attuali tendenze della legislazione penale.

2. Quanto ai rapporti tra criminologia e diritto penale, il volume – come puntualmente nota Fabio Basile nella sua *Prefazione* – ha l'indubbio merito di costituire un momento di apertura, in cui il dialogo sempre difficile tra sapere criminologico e riflessione penalistica viene qui finalmente intessuto.
In particolare, tra le reazioni sociali alla criminalità di cui oggi si occupa una criminologia sempre più "etiologicamente disincantata" vi sono quella costituita addirittura dalla stessa *pena* e poi quella della *rappresentazione mediatica della criminalità* e delle sue conseguenze[3]. Quanto alla pena, si può forse dire con estrema sintesi che oggi l'asse della riflessione teorica sulla sanzione criminale – ivi compresa quella penalistica – si sta spostando dalla *filosofia* alla *sociologia* della pena: la pena, cioè, non più vista (solo) nei suoi fondamenti razionali e spesso aprioristici, ma concepita (anche e soprattutto) come *istituzione sociale*, ossia come costruzione della società e dunque storicamente mutevole nella sua essenza e nei suoi contenuti: la pena cessa così di essere una sorta di necessità o di categoria dello spirito tendenzialmente immutabile per diventare un prodotto come un altro del processo di civilizzazione della società, sensibile dunque alle sue trasformazioni culturali e strutturali[4]. Solo alla luce di questa premessa, delucidata quella criminologia che coltiva la sociologia della pena, è possibile comprendere il pur faticoso processo di riforma continua che accompagna la penalità.
Quanto alla rappresentazione mediatica della criminalità[5], qui è ancora più evidente come la criminologia sociologica che se ne occupa sia in grado di fornire una base conoscitiva indispensabile per il giurista che intenda comprendere i meccanismi di "inveramento" del diritto penale (al di là degli immobili concetti astratti) nella sua fase

[2] Ricca di utile documentazione statistica è la corposa *Appendice* del volume.

[3] Un'attenzione congiunta ai due fenomeni l'ha dedicata proprio il maestro di Bianchetti E. Calvanese, *Pena riabilitativa e mass-media. Una relazione controversa*, Milano, 2003.

[4] Fondamentali al riguardo D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004; e, più in generale sul processo di civilizzazione, N. Elias, *Potere e civiltà*, Bologna, 2010.

[5] Cfr. specialmente G. Forti-M. Bertolino (a cura di), *La televisione del crimine,* Milano, 2005; C.E. Paliero, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei* media*,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.; E.R. Zaffaroni-M. Caterini (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014.

genetica primaria della produzione legislativa e in quella secondaria, ma non meno genetica, dell'applicazione giurisprudenziale. È ovvio, infatti, che la rappresentazione mediatica della criminalità concorre potentemente ad alimentare quelle forze sociali e istituzionali che sono all'origine della conformazione della soluzione giuridica. Dunque, su questo piano e su questo tema il dialogo tra criminologo e penalista non può che essere intensissimo: e il volume di Bianchetti costituisce pertanto un contributo altamente significativo in questa direzione.

3. E veniamo allora ai rapporti tra rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale, che a ben vedere costituisce l'obiettivo finale del libro da cui abbiamo preso le mosse. Ebbene, se è vero – com'è vero – che la rappresentazione mediatica del crimine contribuisce, mediante la formazione e l'interpretazione della "opinione pubblica" sulla criminalità, a orientare la produzione legislativa in materia, ciò significa che siamo in presenza di un problema di democrazia. Insomma, il ruolo dei media nell'orientare ed esprimere l'opinione pubblica sul problema criminale partecipa dei meccanismi *sostanziali* di produzione legislativa e, dunque, pone un problema di democrazia: sotto almeno un duplice profilo.
In primo luogo, vi è un profilo problematico per quanto attiene alla trasparenza e alla genuinità democratica di siffatto ruolo mediatico: nel senso, cioè, che noi non sappiamo con certezza come e quanto la rappresentazione mediatica della criminalità entra nel processo di produzione legislativa contribuendo alla formazione delle relative opzioni politiche e legislative (trasparenza); così come non sempre è scontato – anzi! – che la rappresentazione mediatica corrisponda alla realtà e non sia invece inquinata da condizionamenti di *audience* o politici (genuinità).
In secondo luogo, si pone un problema che potremmo dire di democrazia costituzionale: nel senso, cioè, che – anche ammessa la trasparenza e la genuinità della rappresentazione mediatica – non è affatto escluso che l'opzione politico-criminale maturata sulla sua base si ponga in tensione o in contrasto col quadro dei principi costituzionali in materia penale. Qui, a fronte di un prodotto legislativo non solo conforme alle regole formali della democrazia rappresentativa ma anche corroborato da una democraticità sostanziale veicolata da media, si può correre il rischio di una violazione del quadro costituzionale: una violazione che si pretende tanto più politicamente tollerabile quanto più forte la base democratica sostanziale poggiante sulla rappresentazione mediatica.
Insomma, sul terreno della rappresentazione mediatica della criminalità – come ma più che in altri campi di "interesse" sociale e mediatico – è possibile il rischio di una prevalenza, o di una deriva, di forme di democrazia *sostanziale* a scapito delle tradizionali regole formali della democrazia sia rappresentativa che costituzionale. Ed è evidente che questo rischio si accentua quanto più la comunicazione mediatica diventa massiva, come è accaduto prima con il medium televisivo ed oggi con i social network.

4. Orbene, il giudizio di Raffaele Bianchetti sull'attuale sistema della rappresentazione mediatica della criminalità è molto critico[6]. Ed è quasi stupefacente un dato ricavabile

[6] R. Bianchetti, *op. cit.,* XXII: «Per essere espliciti, con questo lavoro ci si pone dalla parte di coloro che pensano che la comunicazione di massa, benché sia il fulcro della modernizzazione e si mostre

in proposito dall'indagine empirica che costituisce la base fattuale di questo giudizio. In effetti, dalle risposte fornite al questionario emerge come il giudizio critico sia condiviso dalla maggioranza degli intervistati, che sono dunque consapevoli delle deformazioni dell'informazione e delle valutazioni mediatiche in tema di criminalità, ma tale consapevolezza non esclude che si continuino a coltivare quelle paure che pongono la criminalità e la risposta penale ad essa tra le prime cause dell'insicurezza sociale. Quasi che l'opinione pubblica sviluppasse una sorte di chiusura o cecità verso una considerazione più razionale del fenomeno criminale, finendo in qualche modo per avallare le storture del sistema mediatico in proposito. È il caso di interrogarsi un po' più approfonditamente sulle cause di tutto ciò.

Non sembra dubbio che l'insistenza e l'esaltazione mediatica del crimine rispondano ad un meccanismo, anzi ad un'esigenza profonda, di esorcizzazione del male, del "male criminale", mediante dislocazione su un capro espiatorio. Lungi dall'acquisire la consapevolezza che il crimine costituisce una costante antropologico-sociale del vivere in comunità, l'istintivo atteggiamento della "coscienza sociale" – cioè di ognuno di noi – è quello notoriamente ambivalente dell'attrazione/repulsione verso il crimine. All'attrazione per l'atto criminale inconsciamente visto come trionfo eroico delle pulsioni e quindi manifestazione di grandezza e potenza del soggetto, corrisponde l'esigenza irresistibile di "allontanare da noi" il male criminale per corrispondere alle pressioni socialmente indotte in tal senso: il male, il male criminale c'è, ma non sta mai in noi, è solo negli altri e il processo di rimozione da noi si materializza nel giudizio di condanna senza appello, in quel bisogno incondizionato di "giustizia" fortemente evocativo di un sostanzialmente omogeneo bisogno di vendetta. E, in fondo, la rappresentazione mediatica più insistente e a forti tinte da un lato appaga l'attrazione verso l'anticonformismo del comportamento criminale ma, dall'altro, rappresenta il presupposto per poter più nettamente, più convintamente ed energicamente esprimere la nostra condanna e la nostra distanza dal male.

5. La potenza di questa meccanismo profondo, psicoanaliticamente delineato e noto, è chiaramente mostrata dagli esiti del questionario: di fronte all'inconfutabile evidenza statistica dei dati sull'andamento tutt'altro che preoccupante della criminalità, si arriva addirittura a postulare l'inaffidabilità ed erroneità di quei dati empirici. Così come, dinanzi al quesito in ordine all'efficacia della risposta sanzionatoria istituzionale non si riesce a sottrarsi al bisogno di "girare" subito il piano della domanda spostandola dal terreno razionale dell'efficacia a quello del fondamento della pena, che continua ad essere immancabilmente individuato dalla maggioranza nella "retribuzione del male".

Ora è molto probabile che questi meccanismi di psicologia sociale profonda siano

essere all'apparenza liberale ed alquanto democratica, abbia in realtà un'anima paternalistica, utile a sviluppare, anche con distorsioni o enfatizzazioni della realtà, modelli di gestione eterodiretti, per mezzo dei quali essa tende ad omologare, su pseudo-valori, la cultura di massa e a governare, su soluzioni per lo più simboliche, la cosiddetta coscienza collettiva». Ed ancora: «L'erosione culturale che sta avvenendo è graduale, sottile e costante ed è contrassegnata, nonostante la diffusione di sempre più performanti strumenti mobili di comunicazione, dall'impoverimento progressivo delle nostre capacità di comprensione, di ragionamento, di critica e di giudizio» (p. 9). Per concludere che: «[I]n pratica, i *mass media* ci hanno reso tutti più barbari» (p. 575).

sempre esistiti dinanzi al male criminale. Ma il fatto è che oggi la comunicazione massmediatica ne ha come dilatato e generalizzato la portata, facendone una componente costitutiva essenziale dei sentimenti popolari e dunque del processo decisionale democratico. In effetti, prima dell'èra massmediatica la conoscenza, l'"esperienza criminale" dell'individuo non poteva che esaurirsi nel circuito esperienziale del singolo per quello che egli aveva visto o sentito personalmente nel suo limitato raggio d'azione. Oggi, invece, i mass media rovesciano nel cono esperienziale di ciascuno di noi una mole di fenomeni criminosi quali-quantitativamente immensa, così da rendere quel meccanismo di gestione psicologica del male criminale (esorcizzazione mediante dislocazione) una componente protagonistica del nostro essere sociale e pertanto della nostra richiesta di intervento da parte degli organi istituzionali deputati al disciplinamento del vivere in comunità. Ancora una volta, dunque, fenomeno criminale, sua rappresentazione massmediatica, strato emotivo profondo diventano componenti essenziali dei processi sostanziali di elaborazione delle risposte istituzionali, dalla legge alla sentenza fino all'esecuzione della pena.

6. Se tutto ciò è vero, si palesano allora almeno due grandi pericoli capaci di attentare proprio alla "sostanza democratica" delle opzioni legislative penali.
Il primo deriva dalla natura stessa dell'informazione prevalente in materia di criminalità. Come è confermato dal volume di Bianchetti, in materia criminale l'informazione prevalente è quella televisiva. Ora, è del tutto noto che l'*homo videns*[7] è un soggetto che tende necessariamente alla passività recettiva, che acriticamente subisce le immagini, che sviluppa più le reazioni emotive suscitate dalle immagini che non la riflessione critica sollecitata dalla parola parlata ma soprattutto scritta. Se ciò vale in linea generale, con riferimento alla rappresentazione televisiva della criminalità vale all'ennesima potenza. È chiaro, infatti, che l'immagine del crimine, o meglio la rappresentazione del crimine per immagini, è particolarmente consentanea a quel duplice processo psichico fatto di esaltazione emotiva del male criminale cui si accompagna l'allontanamento simbolico da sé. La forza emotiva dell'"immagine criminale" è tale da appagare in modo specialmente efficace e coinvolgente quei bisogni psichici suscitati dal male criminale. Se a tutto ciò si aggiunge che la rappresentazione televisiva del crimine è quella in grado di raggiungere il maggior numero di persone, senza distinzioni di ceto e di condizioni sociali e personali, ne viene che la "sostanza democratica" così prodotta è quella di una democrazia massiva, in cui il coinvolgimento emotivo amalgama le reazioni individuali in un indistinto *sentire* tale da annullare alla fine l'esercizio critico per sua natura sempre individuale. Con la conseguenza ultima che la "sostanza democratica" delle scelte politico-legislative alimentate da tale rappresentazione visiva della criminalità finisce per essere costituita più dalla massa amorfa che dalle persone dotate di autonomia di pensiero. Sembra quasi che qui si profili la storica alternativa tra democrazia collettivistica e democrazia personalista, e che essa sia risolta a vantaggio della prima. Rischio, ripetiamo, in generale creato dal medium televisivo, ma straordinariamente accentuato in rapporto al tema della criminalità a causa dello speciale impatto emotivo proprio delle "immagini a soggetto criminale".

[7] Scontato è il riferimento a G. Sartori, Homo videns. *Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, 1999.

Il secondo pericolo per la sostanza democratica delle opzioni legislative in materia penale proviene dal fatto che la rappresentazione massmediatica del crimine, specie in quanto prevalentemente televisiva, innesca facilmente derive in senso *populistico*. Oggi si parla tanto di populismo, e di populismo penale in particolare[8], così che sarà consentito anche a chi scrive intrattenersi brevemente sul tema.

Populismo *non* è la propensione e la capacità dei politici di intendere e interpretare i sentimenti del popolo: questo è un dovere primario della classe politica, posto che i sentimenti, anche quelli "popolari", sono una realtà indubbiamente esistente e rilevante per la vita sociale al punto che essi possono essere addirittura oggetto di tutela penale. Populismo *non* è nemmeno quella certa dose di opportunismo – diciamo così – sempre presente nella decisione politica, posto che quest'ultima non può mai essere aristocraticamente ispirata all'esclusiva "verità" ma tiene necessariamente conto delle dinamiche del consenso sociale anche a fini elettorali. Populismo è un'altra cosa, almeno ci pare. Populismo è piuttosto il *rapporto diretto* che si instaura, nella formazione della decisione politica e legislativa, tra le masse e un *capo*, legittimato sostanzialmente dalla sua capacità di dare voce ai sentimenti popolari senza la mediazione delle forme e degli strumenti della democrazia discorsiva e rappresentativa. Sono i corpi intermedi, costituiti dai partiti, dagli uffici ministeriali, dalle associazioni e dalle sedi culturali e professionali a consentire – nel processo di formazione della decisione politica – un'opera di decantazione e razionalizzazione dei sentimenti popolari in modo da realizzare quella ponderazione di interessi, ragioni e verità che costituiscono la reale sostanza della democrazia. Ciò che è davvero inquietante nel populismo è la presenza necessaria di un *capo* e la pretesa di un rapporto diretto ed esclusivo tra lui e le masse popolari che tutto legittima.

Ebbene, perché questo rapporto diretto si instauri occorre ovviamente un tramite comunicativo tra il capo e le masse: un tramite comunicativo che per forza di cose non può che essere estremamente semplificato ed emotivamente coinvolgente. Certo, non potranno assicurare questo tramite comunicativo le ostiche problematiche relative alle questioni economiche o istituzionali, con tutte le difficoltà proprie di un discorso non solo specialistico ma anche necessariamente argomentativo. Bene si presterà invece il tema ed il linguaggio del crimine, nel quale – come abbiamo visto – è presente quel meccanismo antropologico di attrazione/esorcizzazione del male di cui ognuno è partecipe col massimo coinvolgimento emotivo. Non c'è dubbio, dunque, che la "paura del crimine" e la risposta penale ad essa sia il miglior tramite comunicativo per realizzare il populistico rapporto diretto tra masse e capo. In questo rapporto s'inserisce da protagonista la rappresentazione mediatica del crimine: sollecitata forse da propri insopprimibili interessi di *audience* e dunque di mercato, la rappresentazione mediatica del crimine finisce per fare il gioco – più o meno consapevolmente – delle aspirazioni populistiche sempre in agguato. Soprattutto quando la rappresentazione del crimine si diffonde attraverso la capillarità del social allora davvero si ha quasi l'evidenza fisica di una relazione diretta, immediata, personale tra il capo e il suo popolo: e in questo trion-

[8] Con più specifico riferimento al populismo penale, nella vasta letteratura v. in particolare G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*., 3 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, *ibid.*, 197 ss.

fo dell'emotività che cementa e anima il rapporto populistico il discorso sul crimine e le sue paure non possono non avere un posto importante.

7. L'inclinazione populistica dei nostri sistemi di democrazia rappresentativa s'inserisce poi in un *humus* sociale e culturale più ampio che molto l'agevola. Detto brevemente: si ha l'impressione che la nostra società sia diventata – per così dire – molto "sentimentale", nel senso che i sentimenti hanno assunto un ruolo preponderante quali parametri di valutazione della realtà e criteri ispiratori dei nostri comportamenti, a discapito di un più riflessivo e ponderato atteggiamento ispirato a razionalità. Si ha quasi l'impressione che l'uomo del terzo millennio, dopo le grandi stagioni dell'illuminismo e dello scientismo, sia oggi deluso, disincantato e quasi sopraffatto da tanta ubriacatura di razionalismo e abbia in larga misura rinunciato all'uso della ragione argomentativa come unico strumento demiurgico di comprensione, governo ed ordine della realtà. Il "sentimento", invece, sembra essere oggi la bussola cui conviene affidarsi per collocarsi nel mondo in modo più autentico, più comprensivo e più completo, quasi che il sentimento sia l'essenza più vera e profonda dell'umanità. Sentimenti buoni e solidali e sentimenti cattivi e conflittuali, ma comunque sempre protagonisti.
La paura della criminalità è un'emozione che alimenta il sentimento di insicurezza: realtà "sentimentali" certo, ma assai più concrete e pressanti di tante sofisticate elucubrazioni delle teorie criminologiche o penali. Nel nuovo "romanticismo" del XXI secolo è più "vera" la paura alimentata più o meno ad arte dalla rappresentazione mediatica della criminalità che non i dati univocamente ricavabili dall'asettica indagine statistica. Ma la paura e l'insicurezza da sentimenti si convertono facilmente in *risentimento*: risentimento verso il crimine e il criminale. Il risentimento è un'altra cifra caratterizzante questa nostra società sentimentale. Ed invero il risentimento, in quanto presuppone un bersaglio opposto a noi, svolge il ruolo grandemente appagante di fattore identitario del nostro essere e vivere in società, diventa una condizione esistenziale soddisfacente dinanzi alla dispersione e al vuoto dei rapporti sociali di solidarietà e partecipazione. Il risentimento, nascente dalla paura e dall'insicurezza ed alimentato dalla rappresentazione massmediatica del crimine, diventa un modo tanto conflittuale quanto rassicurante di affermazione del proprio io: è gratificante nutrire risentimento verso il male criminale e la persona criminale perché genera ed accresce l'autostima. Quasi che il risentimento da sentimento negativo diventi positivo.
Il potere pubblico subisce fortissima la tentazione di alimentare il risentimento verso crimini e criminali. E ciò per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché blandendo il risentimento, interpretandolo e quasi facendolo proprio si tenta di smorzare un altro sentimento sociale largamente circolante, che è quello riassumibile nell'espressione dell'"antipolitica", della diffidenza e dell'ostilità nei confronti delle istituzioni di governo in cui la politica è installata. In secondo luogo, perché assumere il risentimento quale spinta propulsiva importante dell'azione politica significa in qualche modo rilegittimare il ruolo della politica mettendo nell'ombra le difficoltà e gli insuccessi che essa incontra nell'affrontare e risolvere le grandi questioni economiche e internazionali della società globalizzata; significa insomma creare una sorta di diversivo rispetto al quale il "sentimentalismo" sociale odierno è molto reattivo.

La conclusione che si può trarre da tutto quanto precede è purtroppo sconfortante. Almeno con riguardo al *tema della criminalità e della sua rappresentazione mediatica*, i media rischiano di non essere più i custodi e i guardiani della democrazia, ma al contrario di agevolarne – più o meno consapevolmente – il corrompimento verso forme di autoritarismo populistico. Non è facile nemmeno ipotizzare rimedi per evitare o contenere questo pericolo. Come bene dice Bianchetti a chiusura della sua monografia, posto che è impossibile immaginare rimedi normativi per un più corretto uso del sistema mediatico, l'orizzonte futuribile che si profila finisce con lo sconfinare nell'utopia, ma non esclude fin d'ora un impegno educativo per un maggiore esercizio della razionalità da parte di tutti a proposito della questione criminale e per un maggiore esercizio dell'autocontrollo e dell'autoresponsabilità da parte dei media.

Saggi

L’art. 21 ha settant’anni

La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*

Glauco Giostra

Abstract

Il contributo sottolinea il ruolo costituzionale dell'informazione giudiziaria: un irrinunciabile controllo democratico di come in concreto è esercitata la giustizia. L'Autore constata tuttavia la scadente qualità che da tempo contraddistingue tale tipo di informazione, analizzando quali ne sono le cause e quali soprattutto gli effetti perversi. Nonostante il pericoloso iato fra narrazione mediatica e celebrazione dei processi tenda a delegittimare agli occhi dell'opinione pubblica l'attività dell'autorità giudiziaria, si ribadisce con forza l'indefettibilità del controllo giornalistico sull'andamento dei processi; a tal fine, l'Autore indica le condizioni normative e deontologiche che meglio potrebbero favorire l'esercizio dell'informazione giudiziaria nell'ottica che la Costituzione le assegna, pur nella consapevolezza che non esistono soluzioni pienamente risolutive dei rapporti fra media e giustizia.

The essay focuses on the crucial constitutional role of media coverage of criminal cases as a prerequisite for democratic control over the administration of justice. The author points out that significant weaknesses affect media coverage in this context and explores the possible causes and the negative effects of said deficit. Even though trial-by-media is likely to undermine and delegitimize the administration of justice to the general public, the author highlights the crucial role of press coverage of criminal trials. To this end, the essay lays down a set of legal and ethical rules which would foster the exercise of freedom of information in the context of criminal proceedings in accordance with its constitutional mandate, despite the inherently critical relationship between media and criminal justice.

Sommario

1. Il "dover essere" costituzionale e la sua dimensione effettuale. – 2. Le distorsioni della cronaca giudiziaria: la giustizia "percepita". - 3. *Segue*. L'influenza della cronaca giudiziaria sul singolo processo. - 4. Media e processo penale: oltre la cronaca giudiziaria. - 5. Precondizioni per una migliore cronaca giudiziaria: il problema normativo. - 6. *Segue*. Il profilo professionale e deontologico. - 7. Una preoccupata riflessione finale

Keywords

Giustizia, Processo mediatico, Processo penale, Informazione, Cronaca giudiziaria

* L'articolo è stato inviato su richiesta della direzione e pertanto non è stato sottoposto a referaggio.

1. Il "dover essere" costituzionale e la sua dimensione effettuale

Se potessimo guardare in filigrana il testo costituzionale ci accorgeremmo del filo quasi trasparente ma robustissimo che collega l'art. 21 all'art. 101. Dal loro combinato disposto, per usare una trita ma difficilmente sostituibile locuzione, si evince che il popolo ha diritto di sapere come viene amministrata la giustizia in suo nome e come i giudici, soggetti soltanto alla legge, esercitano il loro potere di *jus dicere*.

In materia di giustizia, e di giustizia penale in ispecie, l'art. 21 Cost. svolge un insostituibile ruolo di garanzia, rendendo possibile una virtuosa circolarità democratica: il Parlamento emana le leggi; i giudici le applicano; i mezzi di informazione rendono note alla collettività le modalità con cui viene resa giustizia (c.d. pubblicità mediata); la collettività, attraverso i suoi rappresentanti può confermare la fiducia nelle scelte legislative di politica penale o ne sollecita il cambiamento.

Si potrebbe giustamente osservare che ciò non differisce da quanto accade più in generale quando una qualsiasi potestà promana dallo Stato comunità: per una sorta di legge fisica tende naturalmente a farvi ritorno, descrivendo un'ideale traiettoria circolare che si conclude dove è nata, perché il rappresentato possa compiere una qualche forma di controllo sul modo in cui la potestà è stata esercitata. Per certi aspetti, dunque, l'informazione giudiziaria attiva un meccanismo democratico in tutto analogo a quello che si verifica con riguardo ad ogni altra attività statale. Così, ad esempio, la maggioranza parlamentare predispone una certa politica economica, estera o sociale; attraverso i media la società viene a conoscenza delle scelte operate e dei risultati conseguiti; se ritenuti soddisfacenti, continua a dar credito alla medesima maggioranza oppure cambia le sue scelte affinché possano mutare anche le opzioni di politica legislativa.

Una tale assimilazione, tuttavia, non consente di tener conto della realtà affatto peculiare del fenomeno giurisdizionale penale e, conseguentemente, dell'insostituibile ruolo dell'informazione giudiziaria in questo settore. Per coglierne appieno la specificità funzionale, bisogna tornare alla *ratio essendi* del processo penale. Esso nasce dall'impasse di fronte al quale si è da sempre trovata qualsiasi collettività organizzata: necessità di giudicare per punire i comportamenti incompatibili con la convivenza civile e impossibilità di conoscere la verità. Per uscire da questo stallo, sin da tempi remoti, ogni *societas* ha elaborato un proprio itinerario cognitivo, estremamente mutevole nelle sue forme con il mutare della cultura e delle acquisizioni scientifiche, attraverso cui raggiungere un risultato che la collettività è disposta ad accettare come vero. Il processo penale è pertanto una sorta di ponte tibetano dalla *res iudicanda* alla *res iudicata*, che, appunto, *pro veritate habetur*. A differenza di ogni altra attività statuale, quindi, nel caso della giurisdizione penale non è dai risultati che si può giudicare l'accettabilità di un metodo, ma dal metodo che si può stabilire l'accettabilità dei risultati.

Di qui, la necessità che la collettività possa avere conoscenza del modo con cui viene resa giustizia. Di qui, il ruolo costituzionale dei media nel procurare una tale conoscenza e nel consentire un controllo democratico del metodo seguito per giudicare.

Ciò significa, ovviamente, che non si può gabellare per forma di controllo sull'amministrazione della giustizia la visibilità dell'esecuzione della sua decisione finale: così,

ad esempio, la gogna di medievale memoria o l'odierna barbarie civile di consentire ad alcune persone di assistere – moderne *tricoteuses* – all'esecuzione di una condanna a morte, non sono forme di trasparenza giudiziaria, bensì brutale esibizione di potere a fini di deterrenza sociale. Ma significa anche che neppure la pubblicazione della sentenza può valere da sola come una pubblicità adeguata poiché appunto nel mondo della giustizia la valutazione dell'epilogo dipende dalla valutazione del tragitto compiuto per pervenirvi.

L'informazione sulla giustizia penale deve tendenzialmente riguardare, quindi, l'intero procedimento, ferma restando la necessità di salvaguardare la riservatezza della fase investigativa, poiché non avrebbe senso pregiudicare l'accertamento dei fatti per consentire il controllo dell'opinione pubblica sul modo in cui viene svolto.

Questo il "dover essere" costituzionale delineato dall'art. 21 Cost. quando "guarda" verso la giustizia. Ma l'idea che l'informazione giudiziaria svolga un ruolo fondamentale per la tenuta democratica del Paese registra qualcosa di più di una disaffezione nella coscienza collettiva. Si ha la sensazione che la funzione di vigilanza critica della pubblica opinione sull'operato dei giudici, pur frequentemente ribadita, venga sostenuta con flebile convinzione, se non con malcelato scetticismo, dagli stessi propugnatori di una giustizia garantita, trasparente e "partecipata": quasi si trattasse di uno slogan, che suona bene, ma significa ormai poco. Di fronte ad un fenomeno complesso, proteiforme e dilagante come vedremo essere oggi l'informazione riguardante la giustizia penale, la funzione di controllo della pubblicità suscita sempre più spesso la degnata attenzione che si riserva alle verità ormai sopravvissute a se stesse: un'eredità ingombrante di cui bisognerebbe avere il coraggio culturale di disfarsi.

Lo scadente profilo qualitativo di larga parte dell'informazione giudiziaria, il protagonismo e il sensazionalismo da essa indotti, l'uso distorto e strumentale cui spesso si presta, la modesta incidenza dei suoi fruitori sulla risoluzione dei mali della giustizia, hanno finito per fiaccare le attese riposte nel controllo democratico e indotto a dimenticare anche gli effetti benefici derivanti dalla sua stessa esistenza. Risponde ad una elementare regola di psicologia comportamentale, infatti, che la sola prospettiva di una verifica esterna del proprio operato dissuade quasi sempre da deviazioni ed abusi nell'esercizio del potere conferito. Né questa azione preventiva è l'unico effetto positivo collegabile alla pubblicità del processo: frequenti sono gli esempi di iniziative giudiziarie coraggiose intraprese o portate a termine grazie al sostegno della stampa; di denunce dell'uso improprio degli strumenti processuali da parte dei mass media; di contributi decisivi alle indagini apportati, suggeriti o raccolti dagli organi di informazione; di insabbiamenti e di manovre diversive smascherati da inchieste giornalistiche.

Il problema, tuttavia, sarebbe mal posto, se si riducesse ad una comparazione – peraltro, soggetta ad alterne fortune – dei vantaggi e degli svantaggi conseguenti all'accesso della pubblica opinione alla giustizia penale. Questo accesso, infatti, non si pone in termini di opportunità, ma di necessità politica: per un ordinamento democratico moderno, prima ancora che essere utile una giustizia pubblica, è inconcepibile una giustizia segreta. Sottratta ad una efficace forma di controllo da parte della società, infatti, la repressione penale, che è il più incisivo mezzo di controllo sulla società, sviluppa fatalmente l'aspetto deteriore di quella politicità che le è connaturale, divenendo torbi-

do strumento di affermazione di parte. Il valore della pubblicità della giustizia penale, quindi, non va misurato soltanto sugli effetti che essa in concreto propizia, ma sulla gravissima involuzione civile e democratica che la sua assenza comporterebbe.
Sarebbe quindi costituzionalmente, politicamente e culturalmente inammissibile oscurare la cronaca giudiziaria.
È fondamentale tener fermo questo concetto quando ci si accinge ad analizzare i tanti effetti collaterali, talvolta anche gravi, dell'attuale rappresentazione mediatica, poiché spesso da tali effetti nasce spontanea e pericolosissima la tentazione di rinunciare ad essa. Tentazione tanto più forte se si considera che la pubblicità del processo non soltanto non rimanda un'immagine fedele del rito giurisdizionale, ma talvolta lo altera.
L'informazione giudiziaria, infatti, non è qualcosa che si giustappone *ab externo* all'amministrazione della giustizia. L'idea che questa si celebri in una sorta di enclave sociale in cui si dispensano condanne e assoluzioni, quasi un cenobio (magistrati, avvocati, polizia giudiziaria e altri addetti ai lavori) i cui riti la collettività ha diritto di conoscere attraverso i media, ma che rimangono impermeabili ad ogni influenza o suggestione, preclude oggi – anche a voler concedere che avesse un qualche fondamento sino all'avvento dei mezzi di comunicazione di massa – ogni effettiva intelligenza delle complicatissime interconnessioni tra la giustizia e la sua narrazione mediatica. Questa, almeno attualmente, è uno specchio che non si limita a riprodurre la realtà riflessa, ma spesso ne rimanda un'immagine distorta. Talvolta, poi, incide sulla realtà giudiziaria rappresentata, modificandola. In altri termini, la giustizia senza il suo racconto mediatico sarebbe diversa.
In ciò risiede, appunto, il delicatissimo problema di fronte a cui si trova oggi uno Stato di diritto: l'irrinunciabile presidio democratico costituito dalla conoscibilità del modo con cui si rende giustizia comporta il rischio che questo non soltanto venga rappresentato e percepito in maniera distorta, ma che in qualche misura possa esserne alterato.
Il nodo politico e culturale si sintetizza quindi, in due imperativi ineludibili: garantire la pubblicità e garantirsi dalla pubblicità ("patologica").

2. Le distorsioni della cronaca giudiziaria: la giustizia "percepita"

L'informazione e la giustizia hanno tecniche espressive differenti e, soprattutto, tempi diversi. La narrazione dei media ha un linguaggio semplice, diretto ed emotivo, punta al sensazionalismo, cerca la cattiva notizia, perché solo una *bad new is a good new*, propone l'apparenza come certezza, aumenta sempre di più i decibel per trovare ascolto ed i caratteri di stampa per guadagnare visibilità. Il linguaggio della giustizia è un linguaggio freddo, tecnico, propone un ragionamento spesso complesso che intreccia regole logiche e giuridiche. E, sebbene il primo si esprima in genere con i verbi al condizionale, l'impressione dell'utente è che si tratti di una cautela di facciata per non esplicitare una verità ormai acquisita, ancorché formalmente ancora in corso di accertamento; mentre il secondo si esprime sì con i verbi all'indicativo, ma per enunciare "stazioni" di transito di un percorso ancora molto lungo e incerto. A ciò si aggiunga che la cronaca giudizia-

ria è spesso corredata da immagini che instaurano con il testo una subliminale sintassi di forte capacità comunicativa.
L'informazione e la giustizia poi, e soprattutto, sono cadenzate da due metronomi diversissimi: la prima obbedisce alle scansioni del calendario, anzi sempre più a quelle dell'orologio, e misura la sua qualità sulla capacità di interporre il minor tempo possibile tra l'evento e la sua narrazione; la seconda segue il ritmo imprevedibile delle indagini e del processo, misurando la sua qualità sulla capacità di assicurare la migliore ponderazione possibile nel passaggio dall'ipotesi di un evento al giudizio sulla sua fondatezza.
Negli ultimi decenni, la forbice di questa congenita differenza si è divaricata in modo intollerabile, con preoccupanti effetti dispercettivi.
Da un lato, vi è l'"andatura" del processo, con i suoi tempi "geologici": ipercriminalizzazione delle condotte antisociali, irrinunciabili garanzie processuali, croniche carenze strutturali ed organizzative, cultura del rinvio (funzionale ad accidie professionali e a interessi di parte), il traguardo della prescrizione hanno concorso a dilatare i tempi della giustizia la cui sentenza giunge di regola quando i media e la società hanno già da anni emesso la loro pronuncia e "archiviato" il fatto.
Dall'altro, vi è l'incalzante rapidità dell'informazione. La notizia è ormai prodotto estremamente caduco: l'odierna eclissa quella di ieri ed è eclissata da quella di domani; è una realtà effimera e ad altissima deteriorabilità. I riflettori mediatici si possono attardare soltanto sulle primissime indagini.
Non è difficile cogliere una prima conseguenza di questo macroscopico disallineamento temporale: i riflettori puntati soltanto sui primi passi dell'azione giudiziaria comportano una fuorviante traslazione del baricentro processuale nell'immaginario pubblico.
Il nostro codice di procedura penale è caratterizzato da una importante scelta epistemologica: la tendenziale irrilevanza probatoria di ciò che avviene durante le indagini.
L'attenzione dei media soltanto per i primi atti del procedimento finisce per caricarli di un significato improprio e di un'attendibilità che non dovrebbero avere. Così accade sovente che l'iscrizione della notizia di reato o l'informazione di garanzia acquisti valore di accusa, la formulazione dell'imputazione quello di condanna, la misura cautelare quello di pena, la sua revoca quello di un'assoluzione. Il fenomeno distorsivo è ancor più accentuato di quanto non accada in altri sistemi imperniati, come il nostro previgente, su una fase istruttoria: in questi, infatti, si rischia di dare definitiva attendibilità ad atti istruttori comunque destinati ad essere posti a fondamento della decisione finale; nel nostro, invece, vengono percepiti come prove atti di indagine che il sistema bandisce, di regola, dal materiale utilizzabile dal giudice per la decisione.
Ma l'incolmabile *spread* tra la velocità dell'informazione e la velocità della giustizia causa anche una distorsione nel rapporto tra fonti giudiziarie e giornalisti. I limiti di segretezza e i divieti di pubblicazione, che tutelano l'esigenza di "copertura" delle fasi iniziali delle indagini, subiscono non sostenibili pressioni da parte dei massmedia: sui protagonisti e sulle comparse del procedimento penale – magistrati, polizia giudiziaria, personale ausiliario, parti, avvocati, consulenti, testimoni si scaricano le incalzanti sollecitazioni dei giornalisti alla bulimica ricerca di informazioni sui primissimi passi del procedimento penale, in genere vissuti e offerti come il naturale seguito di inquietanti cronache di nera. Non di rado, peraltro, sono gli stessi detentori della notizia, gli inqui-

renti, a fornirle per giustificare o magnificare il proprio operato e per accreditare la propria linea di azione. Si è così instaurato un reticolo carsico di reciproche compiacenze tra uffici giudiziari, organi di polizia giudiziaria o, molto più raramente, studi legali, da un lato, e testate giornalistiche, dall'altro.
Questo reticolo carsico – combinato con l'inadeguata preparazione specialistica, salvo lodevolissime eccezioni, degli operatori dell'informazione e con le spietate leggi del mercato – finisce non soltanto per indurre l'opinione pubblica a improprie anticipazioni di giudizio, ma ne condiziona anche il segno.
L'indiscrezione giudiziaria, infatti, non è mai disinteressata. Con essa l'inquirente persegue quanto meno un obiettivo di autolegittimazione o di rassicurazione della collettività in ordine all'efficacia dell'azione repressiva: fatalmente si lasciano passare le sole informazioni funzionali allo scopo. Sarebbe per questo fortemente auspicabile che i "beneficiari" dell'indiscrezione esercitassero un raddoppiato spirito critico sulle notizie a loro non disinteressatamente elargite. E invece in genere i giornalisti, soprattutto per l'inadeguato bagaglio tecnico-giuridico, si limitano a "girarle" all'opinione pubblica. La carenza di specializzazione professionale, infatti, determina una subalternità del controllore rispetto al controllato: la notizia viene ovviamente passata al giornalista corredata di didascalia esplicativa, come se portasse attaccato il cartellino indicante il suo significato probatorio; più precisamente, il significato probatorio ad essa assegnato dal "confidente". E quand'anche per capacità e per scrupolo professionale il giornalista volesse sottoporre ad un rigoroso vaglio l'informazione ricevuta, difficilmente potrebbe consentirselo. Il rischio incombente è quello, per dirla in gergo giornalistico, di "bucare la notizia", poiché l'operatore dell'informazione sa che se si astiene dal pubblicarla subito per vagliarne il fondamento ed incrociarla con altri dati e con altre fonti, non altrettanto farà il collega della testata concorrente. L'intonazione della cronaca giudiziaria, per questa dipendenza dalla fonte, che è quasi sempre l'autorità inquirente, finisce quindi per avere tendenzialmente un segno colpevolista.

3. *Segue*. L'influenza della cronaca giudiziaria sul singolo processo

La cronaca giudiziaria, quasi sempre proseguimento della cronaca nera e come questa spesso incalzante e sensazionalistica, può esercitare una influenza anche sui protagonisti del procedimento penale.
Si suole ripetere che il giudice dovrebbe trovare nella sua professionalità gli anticorpi che lo difendono da condizionamenti psicologici e cognitivi. A parte che questa rassicurazione non opera con riguardo ai giudici non togati, è difficile ipotizzare che il giudice professionale rimanga refrattario ad ogni contaminazione mediatica. Certo è difficilissimo stabilire se e in che misura ciò sia capitato nel caso concreto; e, quand'anche si disponesse di affidabili indizi in tal senso, l'istituto della rimessione del processo sarebbe strumento quasi sempre imbelle, avvenendo in genere l'ipotizzato condizionamento su scala nazionale e, come tale, non risultando scongiurabile con una mera traslazione geografica del processo. Tuttavia ritenere, come alcune volte ha ritenuto la

Cassazione, che la "sedimentazione" psicologica di una cronaca giudiziaria pressante ed orientata, spesso arricchita di interviste all'imputato ed ai testimoni, sia per il giudice pari a zero perché ormai la grancassa mediatica è fenomeno ricorrente a cui questi si sarebbe assuefatto con un effetto di "mitridatizzazione" immunizzante, appare eccessivo. Se il codice (art. 147, c. 1, disp. att. c.p.p.), considera l'ipotesi che dalla semplice ripresa radiofonica o televisiva del dibattimento possa derivare pregiudizio alla decisione, si deve ammettere che ben più alto sia il rischio che una tale influenza sia esercitata da rappresentazioni meno dirette e fedeli di un'attività di indagine, a cui il giudice non ha neppure partecipato.

Riscontrato e denunciato dalla stessa Corte di cassazione è, invece, il condizionamento che esercita sugli organi inquirenti l'incontenibile impazienza con cui gli organi di informazione raccolgono bulimicamente notizie per cercare di individuare un colpevole o comunque per ipotizzare una soluzione del caso. Nella letteratura scientifica si parla in tal caso di "tunnel vision", cioè dell'incapacità di valutare con la necessaria obbiettività e ponderazione gli elementi disconfermativi della pista investigativa imboccata. Fenomeno tanto più preoccupante, quando le indagini si sono frettolosamente orientate sulla spinta di una pressione mediatica che pretende subito una risposta purchessìa all'ansia collettiva di individuazione dei responsabili di fatti che hanno suscitato allarme o sconcerto, per non parlare poi dei casi in cui si siano incanalate lungo la via tracciata da frettolose inchieste mediatiche che, battendo facili scorciatoie, prospettano convincenti conclusioni.

Probabilmente ancor più insidioso, tuttavia, è il condizionamento che una enfatica e martellante narrazione giudiziaria può esercitare nei confronti delle persone informate sui fatti. Gli studi di psicologia della memoria hanno da tempo appurato che tutto ciò che accade tra un accadimento percepito ed il momento della sua rievocazione influenza la memoria: le suggestioni post-evento vanno ad arricchire il bagaglio mnestico coordinandosi in modo solidale e imponendo una nuova coerenza agli elementi originari, senza che vi sia la possibilità per il soggetto di distinguere le eventuali sopravvenienze spurie, anche ove venisse invitato a farlo. La cronaca delle prime risultanze investigative, le interviste rilasciate dallo stesso o da altri testimoni, le congetture mediatiche sulla dinamica dei fatti costituiscono tutti input inconsapevolmente assorbiti e "metabolizzati", che finiscono sovente per rimodellare il ricordo. Il testimone subisce una sorta di inintenzionale "subornazione mediatica".

Un tale effetto perturbativo ci sembra persino più grave di quello riguardante il giudice e gli inquirenti, perché in quest'ultima evenienza si può fare affidamento, in via preventiva, sul riparo offerto dalla loro professionalità e, in via posticipata, sul controllo di altri magistrati. Nell'ipotesi di creazione del ricordo, invece, non ci sono rimedi, rivelandosi impotente anche il più efficace strumento maieutico attualmente conosciuto: l'esame incrociato. Mentre nella subornazione in senso proprio, infatti, il teste è consapevole di rievocare infedelmente le circostanze per sottrarsi ad una minaccia o per conseguire un vantaggio, e una incalzante *cross examination* potrebbe disvelare contraddizioni, omissioni, esitazioni, nella "subornazione mediatica" il teste riferisce quello che pensa essere il suo effettivo ricordo, che invece si è formato con materiale apocrifo ormai irreversibilmente impastato con l'originaria traccia mnestica: nessun

contraddittorio riuscirà ad aprire brecce in questo prodotto, spurio sì, ma percepito e offerto dal teste in perfetta buona fede come vero. Anzi, la formazione dialettica della prova, in tal caso, non soltanto risulterebbe priva di efficacia maieutica, in quanto non più in grado di far risalire il percorso rievocativo del teste alle genuine percezioni originarie, ma conseguirebbe il risultato, epistemologicamente fuorviante, di convalidare l'elaborazione "postuma" del ricordo.

4. Media e processo penale: oltre la cronaca giudiziaria

L'influenza che il "fattore mediatico" esercita sulla giustizia penale e sulla sua percezione sociale tende poi ad amplificarsi se dalla cronaca giudiziaria in senso stretto – intesa cioè come cronaca degli sviluppi del procedimento penale – si passa alla narrazione di tutto ciò che è collegato con l'accertamento dei reati. Il rapporto della giustizia penale con i mezzi di comunicazione, e quindi con la collettività, non si esaurisce con il resoconto giudiziario: tra giustizia e media si è da tempo instaurato un processo osmotico multiforme, intessuto di relazioni aventi natura, significato ed effetti diversissimi, di cui non sempre è agevole cogliere le specifiche connotazioni: le interviste a conoscenti o parenti dell'accusato o della vittima; i filmati-*highlights* predisposti dagli organi di polizia, anche tramite un montaggio ad arte, per promuovere un'operazione investigativa; le conferenze stampa degli organi inquirenti o, talvolta, dei questori; le dichiarazioni rilasciate dall'indagato, dalla vittima o dai loro avvocati; il *talk show* in cui spesso improbabili esperti ricostruiscono movente e dinamica del delitto; l' imitazione fonica di una intercettazione; la studiata sintassi delle immagini che compone in un'unica sequenza il luogo del delitto o un arresto e segmenti di vita della vittima o del presunto autore del reato; il reportage di una inchiesta giornalistica; la raccolta delle voci correnti nel contesto sociale dei protagonisti del fatto di reato; una sorta di aula mediatica in cui raccogliere dati e analisi per ricostruire accadimenti e accertare responsabilità di presunta rilevanza penale. Si assiste quotidianamente ad un frenetico rimbalzo multimediale di fatti, dichiarazioni, fotografie, filmati e giudizi che precipita l'opinione pubblica in un vortice di notizie e di immagini, che non riesce ad offrirle alcun affidabile strumento di valutazione critica. Il messaggio comunicativo riguardante la repressione dei reati si è ormai sfrangiato in un guazzabuglio mediatico, sovraccarico di notizie e infecondo di conoscenza, nel quale è persino difficile operare distinguo, essendo spesso comuni il mezzo di comunicazione, il lessico, i soggetti e i fatti. Pur con la consapevolezza che è molto difficile tracciare linee di demarcazione tra le varie modalità comunicative, è tuttavia opportuno distinguere l'informazione sull'attività giudiziaria da quella sui fatti oggetto dell'attività giudiziaria, ed entrambe dall'allestimento di una specie di tribunale mediatico che si ripropone di accertare i fatti *coram populum*.

A differenza di quest'ultimo pericoloso ircocervo comunicativo, infatti, le prime due sono espressioni del diritto di cronaca.

Per quanto simili, o comunque assimilate nella comune percezione, la cronaca riguardante gli atti del procedimento penale e quella che riporta notizie collegate ai fatti che ne sono oggetto vanno tenute distinte. Non foss'altro perché soltanto la prima corri-

sponde di per sé ad un interesse pubblico; nel senso che riferire come viene resa giustizia è un valore di rilievo pubblico a prescindere dai fatti "incorporati" nell'atto giudiziario. Così che soltanto esercitando il diritto di cronaca giudiziaria in senso stretto si è *ipso facto* scriminati, ad esempio, per aver leso l'onorabilità o la privacy di un soggetto riferendo delle conoscenze acquisite dall'attività investigativa. Ma, pur avendo natura e valore diversi, i due fenomeni comunicativi spesso concorrono sinergicamente nella produzione degli effetti distorsivi di cui si è detto. Un "*trailer*" della polizia giudiziaria o un'intervista ad un testimone non si imprime meno nell'immaginario collettivo e in quello dei protagonisti processuali rispetto al racconto dell'attività giudiziaria svolta. E se a questo non si riconosce maggiore importanza ed affidabilità, molto dipende ancora una volta – spiace dirlo – dalla inadeguata preparazione specialistica della stragrande maggioranza degli addetti all'informazione giudiziaria. La scarsa padronanza giuridica induce il cronista giudiziario a riportare acriticamente i fatti che sono contenuti nell'atto del procedimento anziché a spiegare, svolgendo un ruolo di "mediatore tecnico" in grado di fare da interfaccia tra l'azione giudiziaria e il cittadino, la valenza processuale dell'attività che si sta svolgendo. Il giornalismo giudiziario finisce sovente per trasmettere tantissime notizie e pochissima conoscenza in ordine alle cose della giustizia: il vero antidoto al segreto, infatti, non è l'accumulo delle notizie, ma l'intelligenza critica della vicenda giudiziaria. Quando vengono offerti tanti disordinati fotogrammi di un procedimento penale, senza spiegare come sono tra loro legati, che cosa *aliunde* significhino, le notizie "giudiziarie" si fondono e si confondono con quelle che, sui medesimi fatti, sono state raccolte con i più disparati strumenti e senza alcuna garanzia. Le innumerevoli informazioni casualmente affastellate finiscono per creare soltanto l'illusione di avere un'adeguata comprensione della vicenda giudiziaria. La collettività satura di notizie, ma povera di conoscenza, assuefatta e stanca, finirà per rinunciare ad esercitare qualsiasi discernimento critico e ad affidarsi alla prima semplicistica chiave di lettura, soprattutto a quella che ricostruisce lo svolgimento dei fatti più in linea con le proprie aspettative e con la propria esigenza di rassicurazione, opterà per la versione che viene maggiormente incontro al suo bisogno di crederla vera, senza preoccuparsi del come si è arrivati a quella conclusione e di quali elementi di disconferma siano stati acquisiti e di quali verifiche attendono l'interlocutorio risultato.

Nei casi giudiziari di grandissimo clamore, poi, la babele delle notizie riguardanti l'accertamento dei reati si fa ancora più frastornante per un deleterio e sempre più invadente fenomeno che ha poco a che fare con l'informazione, ma che rientra pur sempre nel malmesso recinto semantico della mediatizzazione della giustizia. Alludiamo alla tendenza a riprodurre sul proscenio televisivo liturgie e terminologie della giustizia ordinaria, imitandone cadenze e passaggi procedurali per ostentare all'opinione pubblica i risultati di una tale messa in scena. Questa espressione della comunicazione sociale può rivestire format differenti nel palinsesto televisivo, dall'*infotainment* alla *docufiction*, al *talk-show* e ad altre forme di ibridazione di generi che, miscelando gli elementi dell'informazione, dell'inchiesta, dello spettacolo, del dibattito, della fiction, intendono proporsi come strumento per fare chiarezza in ordine alle responsabilità di gravi delitti, di fronte al "popolo telespettatore". Si crea così un'aula mediatica che si costituisce come foro alternativo.

In effetti, le suggestioni, le possibilità di confusione e di commistione non sono poche, perché entrambe queste attività – quella del giudice e quella dell'operatore dell'informazione che allestisce la mimesi giudiziaria – apparentemente tendono al medesimo fine, cioè a ricostruire un accadimento passato attraverso tracce, testimonianze, dichiarazioni, cose del presente. Bisogna, però, cercare di tenere sempre ben distinti i due fenomeni, perché sono sostanzialmente diversissimi: il processo giurisdizionale ha un luogo deputato, il processo mediatico nessun luogo; l'uno ha un itinerario prestabilito, l'altro nessun itinerario prestabilito; l'uno un tempo (finisce con il giudicato), l'altro nessun tempo; l'uno è celebrato da un organo professionalmente attrezzato, l'altro può essere "officiato" da chiunque. Ma vi sono anche differenze meno evidenti e più profonde. Il processo giurisdizionale seleziona i dati su cui fondare la decisione; il processo mediatico raccoglie ogni conoscenza che arrivi ad un microfono o ad una telecamera: non ci sono testi falsi, non ci sono domande suggestive, tutto può essere utilizzato per maturare un convincimento. Il primo, intramato di criteri di esclusione, è un ecosistema chiuso; il secondo invece è aperto, conoscendo soltanto un bulimico principio inclusivo; la logica dell'uno è una logica accusatoria, quella dell'altro, inquisitoria. Nel primo ci sono parametri di valutazione, frutto della secolare sedimentazione delle regole di esperienza; nel secondo, invece, valgono l'intuizione, il buon senso, l'emotività. Il processo giurisdizionale obbedisce alla logica del probabile, il processo mediatico a quella dell'apparenza. Nell'uno, la conoscenza è funzionale all'esercizio del potere punitivo da parte dell'organo costituzionalmente preposto; nell'altro, serve a propiziare, e spesso indurre, un convincimento collettivo sulle responsabilità di fatti penalmente rilevanti. Nel primo, il cittadino è consegnato al giudizio dei soggetti istituzionalmente deputati ad amministrare giustizia; nel secondo, alla esecrazione della "folla" mediatica.

Ma le macroscopiche differenze doverosamente sottolineate non possono cancellare un dato di realtà: anche questi allestimenti paraprocessuali, anzi, soprattutto questi in-formano l'opinione pubblica nel senso etimologico del termine, cioè tendono a dare forma alle idee di chi ad essi assiste, modellandole secondo una certa impronta.

È innegabile, infatti, che, nonostante le differenze siderali tra l'informazione giudiziaria e il processo mediatico, non sempre l'utente riesce a distinguere i due fenomeni, e a coglierne i diversi significati, le diverse garanzie e il diverso grado di affidabilità. Ed anzi, quando li si pone a confronto, è il processo ordinario – e quindi il suo prodotto, la sentenza – a risultare spesso meno comprensibili e meno "veri". Si registra, cioè, una certa insofferenza per la giustizia istituzionale, intessuta di regole e di limiti, a fronte del presunto accesso diretto alla verità, che sembra assicurato dall'avvicinamento di un microfono o di un obbiettivo alle fonti. Liberata da ogni forma del procedere, quella fornita dai mass media sembra l'unica verità immediata. E con ciò si sconfina nell'ossimoro, trattandosi invece della verità mediata per definizione e per eccellenza.

L'insidiosa idea, sottesa a questo favor per il processo celebrato sui mezzi di informazione, è che il miglior giudice sia l'opinione pubblica. Un'idea più di ogni altra causa in grado di corrodere il bene prezioso della fiducia dei cittadini nella giustizia amministrata dai giudici (v., *postea*, par. 7).

5. Precondizioni per una migliore cronaca giudiziaria: il problema normativo

Si deve conclusivamente prendere atto che la cronaca giudiziaria, per i suoi attuali limiti e per il poliforme e scomposto universo mediatico in cui è destinata ad operare, risulta gravemente inadeguata al compito che la Costituzione le assegna. Peggio, non di rado si registra una preoccupante eterogenesi dei fini.

Non esistono rimedi risolutivi, ovviamente, essendo il fenomeno della cronaca giudiziaria strettamente interconnesso alle "regole" che governano oggi la comunicazione sociale. Altrettanto certamente, però, si possono indicare le condizioni in grado favorire il maturare di un'informazione giudiziaria all'altezza della sua importantissima funzione. Pensiamo soprattutto a quelle di carattere normativo e deontologico-professionale.

È innanzitutto importante che siano nitidi i limiti relativi all'*an* e al *quomodo* dell'informazione giudiziaria: non si tratta di una mera opera di perimetrazione operativa, ma di un necessario presupposto per un suo innalzamento qualitativo, perché in presenza di limiti chiari e rispettati ad affermarsi sarà la cronaca di migliore fattura, non lo scoop frutto di indebite cointeressenze tra operatori dell'informazione e operatori della giustizia.

Sul piano normativo sarebbe da realizzare un'attenta opera di manutenzione dell'attuale disciplina normativa, soprattutto in una prospettiva di più inequivoca e ben presidiata separazione tra ciò che deve rimanere segreto e ciò che può essere divulgato, in modo tale che il cronista rispetti il segreto e, questo caduto, possa dispiegare pienamente il suo diritto di informarsi e di informare.

Anzitutto, si dovrebbe procedere ad una meditata delimitazione dell'area coperta del segreto: oltre agli atti di indagine della p.g. e del p.m. e agli atti di richiesta e di autorizzazione con finalità investigative (di recente inseriti nella previsione dell'art. 329 c.p.p. dal d.lgs. 216 del 2017, ancora non entrata in vigore), si dovrà senz'altro prevedere che anche la richiesta di misura cautelare e l'ordinanza cautelare prima della sua esecuzione o della sua notificazione debbano essere coperte dal segreto. Sarà bene poi scegliere il regime che debbono seguire atti che o per essere collegati alle indagini (iscrizione della notizia di reato, informativa di p.g.) o per una loro carica gratuitamente stigmatizzante (informazione di garanzia) potrebbe essere opportuno includere nell'area della riservatezza investigativa.

Per contro, sarebbe estremamente auspicabile rimuovere la restrizione imposta al diritto di cronaca rispetto agli atti non più segreti: il legislatore farebbe bene ad abbandonare la distinzione –operata dall'art. 114 c.p.p. – tra atto (non pubblicabile) e contenuto (pubblicabile), foriera di opacità informativa, senza essere efficace baluardo di eugenetica decisionale. Una norma che ritiene lecita la pubblicazione di un atto se si omette di usare i caporali e sostituisce alcune parole con i rispettivi sinonimi, mentre la considera illecita se riporta un rigo virgolettato sospinge l'operatore all'espediente e all'ambiguità. Bisognerebbe dissolvere questa penombra giuridica in cui è premiata la callidità e non l'intelligenza critica, né la sapienza informativa del cronista.

Una volta tracciata una netta linea di confine per separare ciò che è segreto e non

pubblicabile da ciò che non è segreto e pubblicabile si dovrebbe dare effettività e credibilità alla scelta compiuta, presidiando efficacemente il rispetto del segreto e facendo in modo che l'accesso alla conoscenza di ciò che è pubblicabile sia un diritto, anziché una fortunosa eventualità.

Sotto il primo profilo, delle due mura di cinta concentriche poste a protezione del segreto – il divieto di rivelazione e il divieto di pubblicazione – la seconda appare una dogana incustodita tanto è irrisorio il pedaggio previsto per chi l'attraversa illegalmente. Innalzare la pena prevista dall'art. 684 c.p. non è peraltro l'unica strada: possono essere previste pene interdittive, sanzioni reputazionali, misure amministrative. Non si tratta soltanto di poter far affidamento su risposte punitive dal maggior effetto deterrente, ma anche di superare l'attuale imbarazzante immagine di un ordinamento che, mentre pone un divieto, sembra strizzare l'occhio agli eventuali trasgressori.

Sotto il secondo profilo, si deve prendere atto che l'art. 116 c.p.p., pur astrattamente inidoneo ad aprire al giornalista le porte di accesso agli atti non più segreti, è norma applicata male e in modo piuttosto arbitrario. Al giornalista non viene, in genere, garantito il diritto alla conoscenza dell'atto non più segreto; la circostanza che poi talvolta ciò eccezionalmente avvenga è evenienza persino peggiore, perché la disparità di trattamento sovente nasconde corsie privilegiate e strumentali concessioni.

Sarebbe allora necessario prevedere espressamente che tutto ciò che è divulgabile sia liberamente accessibile al giornalista – in linea con i principi 4 e 5 enunciati nella Raccomandazione (2003)13 del Consiglio d'Europa – per evitare collegamenti "carsici" tra operatori della giustizia e operatori dell'informazione, sempre sintomatici di non disinteressate compiacenze.

Disegnati più nitidi e ben presidiati confini alla cronaca giudiziaria, si dovrebbe provare ad apprestare *guard-rail* normativi per quanto riguarda le sue modalità di esplicazione.

Se il collegamento dell'art. 21 Cost. con l'art.101 Cost. consente di affermare che il nostro ordinamento non può rinunciare all'informazione giudiziaria, quello con gli artt. 2, 24, 27 e 111 Cost. dà ineludibili indicazioni in ordine al *quomodo* del suo esercizio.

Anzitutto, la cronaca giudiziaria non deve svolgersi con modalità espressive, intonazione, contenuti allusivi o assertivi tali da pregiudicare il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza, il principio del contraddittorio, l'imparzialità del giudice. Il rispetto di questi valori, come la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte ribadito, costituisce il limite oltre il quale l'esercizio del diritto di cronaca giudiziaria – pur fondamentale per uno Stato democratico – non si deve spingere, essendo inammissibile che in nome della trasparenza si renda il processo penale non equo ai sensi dell'art. 6 CEDU. Come pure, si va tardivamente, ma sempre più decisamente affermando nel nostro sistema l'esigenza che il faro di luce che la stampa getta sulla vicenda processuale non sia pretesto per rovistare, senza alcuna necessità per la comprensione dello sviluppo del procedimento penale, anche in ambiti che dovrebbero restare nell'ombra perché coperti dal diritto costituzionale di ciascuno alla propria riservatezza e alla propria reputazione (art. 2 Cost.). Si è recentemente mosso in questa direzione il d. lgs n. 216 del 2017 che, con intendimenti condivisibilissimi, ma mediante soluzioni normative piuttosto discutibili, ha inteso rendere illegittima la prassi di dare in pasto alla morbosa curiosità del pubblico notizie rimaste impigliate nella rete di una intercettazione

telefonica, ma del tutto estranee alle indagini.
Sarebbe auspicabile, dunque, che il legislatore in attuazione dei menzionati principi costituzionali erigesse robusti argini, processuali e sanzionatori, per scongiurare esondazioni del diritto di cronaca, lesive dei richiamati interessi fondamentali. Tuttavia, si tratterebbe di accorgimenti necessari sì, ma non risolutivi.

6. *Segue*. Il profilo professionale e deontologico

Nessuna riforma legislativa, infatti, potrebbe di per sé garantire una qualità costituzionalmente e convenzionalmente adeguata del giornalismo giudiziario, se non accompagnata da uno sviluppo della professionalità e della sensibilità deontologica degli attori della comunicazione e del processo.
Motivo di qualche fiducia, in un contesto culturale generalmente sconfortante, è la recente approvazione di un Testo unico dei doveri del giornalista (2016), alla cui stregua il giornalista è tenuto, tra l'altro: «ad evidenziare che ogni persona accusata di un reato è innocente fino alla condanna definitiva» e, in caso di notizia di assoluzione o di proscioglimento, a darne «sempre appropriato rilievo», aggiornando «quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate *on-line*»; «a rispettare il principio del contraddittorio delle tesi, assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra il soggetti che le sostengono»; «a curare che risultino chiare le differenze tra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti»; «a rettificare, anche in assenza di specifica richiesta, con tempestività ed appropriato rilievo, le informazioni che dopo la loro diffusione si siano rivelate inesatte o errate»; ad accertare, «prima di pubblicare la notizia di un avviso di garanzia, che ne sia a conoscenza all'interessato» e ad informarne il pubblico se ciò non fosse possibile; «a verificare le informazioni ottenute dalle sue fonti per accertarne l'attendibilità»; «a non accettare condizionamenti dalle fonti per la pubblicazione o alla soppressione di una informazione». Si tratta di canoni fondamentali per una informazione giudiziaria all'altezza della sua delicata e insostituibile funzione. Sarebbe illusorio attribuire a tale documento potenzialità palingenetiche, gli abiti culturali non si dismettono e non si indossano con la rapidità di quelli dell'abbigliamento quotidiano; ma sarebbe anche ingeneroso non apprezzare non solo lo sforzo della categoria di darsi regole ma, e forse ancor più, la consapevolezza della loro indifferibilità. Questi importanti dettami, che postulano una più robusta preparazione tecnico-specialistica, cominceranno a circolare sempre più diffusamente nelle "arterie" della professione.
Anche dalla magistratura è negli ultimi tempi sempre più avvertita l'esigenza di governare il rapporto dei magistrati con i media. Una sensibilità già emersa a livello europeo in un primo fondamentale report dell'ENCJ (European Network of Councils for the Judiciary), dedicato appunto a *Justice, Society and the media* (2012), nel quale si esclude che la magistratura – come tradizionalmente si dice – debba parlare soltanto con le sue decisioni sapendo che i media disinformano il pubblico, si esprimono raccomandazio-

ni affinché i singoli ordinamenti prevedano corsi di formazione per magistrati al fine di affidare loro il compito di comunicare la giustizia anche attraverso i social media e coinvolgano anche magistrati nella formazione dei giornalisti giudiziari. Sul tema l'ENCJ è recentissimamente tornato (*Public Confidence and the Image of Justice,* report 2018), sviluppando quelle raccomandazioni e opportunamente sottolineando come migliorare la comunicazione giudiziaria significhi migliorare la fiducia dei cittadini nella giustizia.

È di questi giorni, poi, a dimostrazione di quanto il problema sia sentito, l'approvazione da parte del Consiglio Superiore della Magistratura delle "Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di un'informazione pubblica efficace e di una corretta comunicazione istituzionale" (delibera del Plenum del 21 giugno 2018). Un documento importante che, muovendo dalla condivisibile premessa che «la trasparenza e la comprensibilità dell'azione giudiziaria sono valori che discendono dal carattere democratico dell'ordinamento e sono correlati ai principi d'indipendenza e autonomia della magistratura nonché a una moderna concezione della responsabilità dei magistrati», ha inteso tracciare «linee d'indirizzo ispirate dalla convinzione che trasparenza e comprensibilità della giurisdizione non confliggono con il carattere riservato, talora segreto, della funzione e che esse anzi, «correttamente interpretate, aumentano la fiducia dei cittadini nella giustizia e nello Stato di diritto, rafforzano l'indipendenza della magistratura e, più in generale, l'autorevolezza delle Istituzioni».

Nel documento vengono prospettate importanti direttive deontologiche riguardanti sia gli uffici requirenti che quelli giudicanti. Ai primi, ad esempio, si raccomanda di bandire «ogni rappresentazione delle indagini idonea a determinare nel pubblico la convinzione della colpevolezza delle persone indagate»; di costruire le relazioni con i media sulla base del reciproco rispetto e della parità di trattamento, evitando «canali riservati e ogni impropria rappresentazione dei meriti dell'azione dell'ufficio e dei servizi di polizia giudiziaria»; di fornire un'informazione «rispettosa delle decisioni e del ruolo del giudice». Agli uffici giudicanti si raccomanda, tra l'altro, di dare notizia della decisione, contestualmente o immediatamente dopo la deliberazione, con un *abstract* «consistente nell'illustrazione sintetica (di regola 6 righe al massimo), con linguaggio semplice, chiaro e comprensibile, delle statuizioni decisorie e delle ragioni delle stesse»; di affidare «la selezione e la rielaborazione tecnica della notizia» al responsabile per la comunicazione; di trasmetterla «agli organi d'informazione e ai media». Naturalmente, precondizione essenziale affinché si possa conseguire un'adeguata applicazione di queste e delle altre indicazioni, è che si abbia cura – si legge nel documento approvato dal C.S.M. – di organizzare «specifici e non facoltativi percorsi di formazione per i magistrati, aperti al confronto interdisciplinare e alla partecipazione di esperti esterni».

Non v'è dubbio che questo autorevole compendio di regole sia in grado, se le prescrizioni che vi sono contenute saranno osservate, di migliorare la comunicazione istituzionale e la stessa cronaca giudiziaria, non foss'altro per la prevista «parità di trattamento degli organi di informazione», da conseguire anche ricorrendo a strumenti web e social. Scrupolosamente applicato, il principio dovrebbe disboscare la rete di rapporti privilegiati tra organi di stampa e uffici giudiziari. La fonte dell'informazione ufficiale dovrebbe altresì garantire notizie più affidabili e meno tendenziose. L'importante,

però, è che sia concorrentemente garantito l'accesso degli operatori dell'informazione a tutti gli atti non coperti dal segreto, come sopra precisato. Perché se, in forza degli ostacoli di fatto o giuridici, a tale accesso si finisse per riconoscere alla magistratura un sostanziale monopolio dell'informazione, si determinerebbe una burocratizzazione della notizia e un appiattimento del resoconto giudiziario. Per quanto le linee guida si siano impegnate nel delimitare il potere dei magistrati di stabilire *cosa* e *quando* comunicare, questa scelta resta largamente – e non poteva essere altrimenti – nella loro discrezionalità. Senza un concorrente diritto degli operatori dell'informazione di puntare i riflettori su ciò che resta sepolto nelle segreterie e nelle cancellerie degli uffici giudiziari avremmo l'anomalia di un soggetto controllato che sceglie tempi e oggetto del controllo.

7. Una preoccupata riflessione finale

Più che continuare con l'elencazione dei fattori che possono favorire un recupero di credibilità e di affidabilità dell'informazione giudiziaria, è importante sottolineare quanto tale recupero sia ad un tempo realisticamente difficile e democraticamente imprescindibile e urgente. La difficoltà non deriva soltanto dal fatto che, per attuarlo, dovrebbero ricorrere condizioni normative, professionali, deontologiche di non facile realizzazione, ma dalla circostanza che la buona informazione sarà fatalmente perdente nella competizione con il sensazionalismo e le semplificazioni di quella cattiva, che più dell'altra offre notizie "in tempo reale", prive di ogni problematicità e opportunamente caricate da un punto di vista emotivo. Càpita per l'informazione qualcosa di simile a ciò che càpita per la politica: il lettore e l'elettore vogliono soltanto e subito notizie semplici e rassicuranti.

Eppure sarebbe molto importante avere una informazione giudiziaria "costituzionalmente adeguata", non soltanto perché assolverebbe alla funzione che le è propria di consentire un controllo democratico sull'amministrazione della giustizia. Una narrazione giudiziaria autorevole restituirebbe autorevolezza anche alla giustizia, riuscendone a rappresentarne la complessità, l'affidabilità, l'insostituibilità. E la fiducia del popolo nella giustizia resa in suo nome è un fattore insostituibile di coesione sociale, tanto più democraticamente prezioso di questi tempi.

Nelle democrazie moderne, e negli ultimi decenni nel nostro Paese in modo particolare, abbiamo registrato un'inarrestabile supplenza della magistratura rispetto a decisioni che eccedono la sua fisiologica competenza (questioni di carattere politico, etico, economico, ambientale, religioso).

Non è certo fenomeno né positivo, né da sottovalutare, perché quella stessa indipendenza che si vuole sacrosantamente assicurata al giudice affinché non debba rispondere ad alcuna maggioranza politica, culturale o d'opinione che sia, lo rende costituzionalmente inidoneo a compiere scelte demandate ad altre autorità politicamente responsabili. Questa ipertrofia giudiziaria, che quasi per una legge fisica è conseguita ad un indebolimento degli altri poteri e delle altre istituzioni dello Stato di diritto costituisce una degenerazione che si deve affrontare con gli strumenti della democrazia mediante una

riallocazione delle decisioni nelle sedi costituzionalmente proprie. Ma sarebbe nefasto pensare che possa essere contrastata con una disfunzione di segno contrario: si allude al fenomeno della sfiducia nella giustizia da parte della collettività. Fenomeno che non sembra conoscere remissione. Si tratta di due patologie che non si elidono, ma che si pongono l'una in perversa sinergia con l'altra. Se quello stesso potere giudiziario a cui è stata progressivamente affidata la soluzione dei problemi che la politica non sa o non vuole risolvere perde definitivamente credibilità, la società resta pericolosamente priva di punti di riferimento condivisi. Assisteremmo allo smantellamento dell'ultima bitta a cui la società "liquida" ha sinora ancorato le sue insicurezze e le sue ansie: la stessa evoluzione che, per il declino dei poteri e delle istituzioni competenti, ha portato alla pan-giuridicizzazione della vita sociale, schiuderebbe orizzonti per nulla rassicuranti alla ricerca di un'autorità che sappia imporre le sue regole. Non sfugge il pericolo che si annida in una tale situazione. C'è il rischio che i cittadini si rivolgano ad altri poteri (politici, economici, corporativi, se non, talvolta, criminali), ai loro occhi più affidabili e forti, per la soddisfazione delle loro rivendicazioni e per la tutela dei loro interessi. China quanto mai democraticamente scivolosa per uno Stivale come il nostro, sempre così pronto a calzare il piede dell'uomo della Provvidenza.

Potere e libertà nella rete*

Marco Cuniberti

Abstract

L'articolo si propone di analizzare alcune linee di tendenza nel rapporto rapporti tra potere e libertà in Internet: dopo aver sottoposto a critica alcune recenti ricostruzioni che enfatizzano la dimensione sociale e comunitaria della rete, lo scritto si sofferma su alcune problematiche attinenti al rapporto tra i privati utenti della rete, i grandi intermediari e i gestori delle piattaforme, e il potere pubblico. In particolare, per quanto attiene al ruolo di *provider* e gestori, si evidenzia l'esigenza di superare il mito della loro neutralità senza per questo configurare in capo ad essi forme di responsabilità editoriale, e valorizzando il ruolo che in questo senso può essere svolto dalle procedure c.d. di *notice and take down*; per quanto attiene al rapporto col potere pubblico, si valuta favorevolmente il tendenziale abbandono del ricorso allo strumento penale, e si evidenzia l'esigenza di privilegiare interventi normativi sulle modalità di diffusione dei contenuti, con specifico riferimento al tema della profilazione degli utenti finalizzata all'invio di materiale informativo, e all'esigenza di contrastare modalità non trasparenti di diffusione, quali quelle che si avvalgono di *bot* e *fake account*.

The paper analyzes current trends in the relationship between Public Power and Internet Freedom. After having challenged recent theories about the social dimension of the Internet, the paper focuses on issues related to the relationship between private users, Internet intermediaries and platform providers, and Public Power. In particular, as far as the role of Internet intermediaries and providers is concerned, the Author argues that time is ripe to dispel the myth of their neutrality but warns that they should held liable as editors/publishers not just for this reason, and that the so called "notice and take down procedures" may play an important role in the field. As far as the relationship between Internet providers and Public Power is concerned, the Author agrees with those recommending setting aside the use of criminal law and highlights the need to support regulation on how contents are shared −considering the specific issue of users profiling− and to contrast non-transparent methods of dissemination of information such as those using bots and fake accounts.

Sommario

1. Quali sono le libertà nella rete? - 2. Le letture "neocorportative" o "comunitarie" della rete e dei *social network*: le "comunità" degli utenti di Internet e dei *social network* come "formazioni sociali". - 3. (segue) Ambiguità degli esiti cui conduce l'utilizzo della categoria della "formazione sociale" in rapporto alla tutela delle libertà individuali. - 4.

* Relazione presentata alle "Giornate sul diritto dell'informazione", organizzate dal Dipartimento di scienze politiche e internazionali dell'Università degli Studi di Siena il 17 e 18 maggio 2018.
Su determinazione della direzione, l'articolo è stato pertanto sottoposto, a referaggio anonimo.

Libertà in rete e potere privato: tra la fine del mito della neutralità del *provider* e il rischio della censura privata. - 5. Libertà in rete e potere pubblico: regolazione del mezzo *v.* controllo sui contenuti.

Keywords

Internet – Piattaforme - Social network - Motori di ricerca – Fake news

1. Quali sono le libertà nella rete?

Nell'abbozzare le linee di un ragionamento su potere e libertà in rete, dobbiamo cominciare col chiederci di quali libertà stiamo parlando: e non si tratta di un interrogativo di poco conto, perché l'ovvia constatazione che attraverso Internet si possono esercitare tanti diritti diversi, e svolgere le attività più disparate, ha indotto molti studiosi a relativizzare il legame tra Internet e la sfera della comunicazione, per costruire nuove figure giuridiche, più o meno definite, che vorrebbero superare il riferimento – considerato riduttivo e insoddisfacente - agli artt. 15 e 21 Cost.

Si è così iniziato con il teorizzare, già agli inizi del decennio scorso, una "libertà della comunicazione" come situazione comprensiva ma anche distinta, al tempo stesso, dalla corrispondenza e dalla manifestazione del pensiero[1]; si è poi venuta affermando l'idea di una sorta di onnicomprensiva "libertà della rete", costituita da diritti e principi cui si pretende di attribuire autonomo rilevo costituzionale, a cominciare dal c.d. "diritto di accesso"[2] e dal principio della "neutralità della rete"[3]; da ultimo, infine, questa tendenza a "ricollocare" Internet nella Costituzione, superando il tradizionale riferimento agli artt. 15 e 21, si è concretizzata in quelle tesi che, facendo riferimento all'art. 2 Cost., fanno ricorso alla categoria della "formazione sociale" come sede e veicolo dello "sviluppo della personalità"[4].

Con riserva di tornare tra poco su queste più recenti ricostruzioni, si può sin d'ora anticipare come una sorta di tratto comune tra tutti questi tentativi di inquadrare costituzionalmente il fenomeno Internet, superando il tradizionale riferimento agli artt. 15 e 21, sia una evidente tendenza a obliterare, dietro il paravento di una indefinita quanto

[1] A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie,* Milano, 2001

[2] Su cui, tra i molti contributi dedicati al tema dall'Autore, v., da ultimo, T. E. Frosini, *Il diritto di accesso ad Internet,* in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet,* Milano – Firenze, 2017, 41 ss.

[3] Su cui v., tra i molti, M. Orofino, *La declinazione della net-neutrality nel regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un'Internet aperta?,* in *Federalismi.it – Focus Comunicazione, Media e Nuove tecnologie,* 2, 2016.

[4] In particolare v. P. Passaglia, Internet *nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò - P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 37 ss.; Id., *Le formazioni sociali e Internet,* in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *op. cit.*, 50 ss.; suggestioni analoghe, volte a accentuare la dimensione *comunitaria* della rete o addirittura la sua attitudine a porsi come *ordinamento giuridico,* possono rinvenirsi, peraltro, anche in P. Marsocci, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, e in T. E. Frosini, Internet *come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò - P. Passaglia (a cura di), *op. cit.*, 57 ss.

ambigua "libertà della rete", il conflitto tra posizioni ed interessi divergenti che si esprimono e si confrontano in Internet: posizioni ed interessi che, ad avviso di chi scrive, sono pur sempre riconducibili da un lato alla libertà di comunicare (riservatamente o meno) dell'utente, dall'altro alla libertà economica di impresa dei grandi operatori, a cominciare dai c.d. "over the top".

Il fatto che attraverso Internet si possano fare tante cose giuridicamente rilevanti (lecite e meno lecite) discende dal fatto che il *diritto è (anche) comunicazione*, sicché ogni atto giuridicamente rilevante è un atto di comunicazione che può esplicarsi attraverso molteplici strumenti, tra cui, come ovvio, anche le tecnologie digitali: ma l'ovvia constatazione secondo cui attraverso Internet possono esercitarsi tanti diversi diritti e libertà non dovrebbe indurre a dimenticare che il contenuto essenziale dell'attività che si svolge in Internet rimane quello di *una attività di comunicazione*, pur sempre riconducibile, invariabilmente e inevitabilmente, di volta in volta all'art. 15 o all'art. 21 Cost.

D'altro canto, neppure si dovrebbe dimenticare che la fornitura di servizi in Internet (connessione, ricerca, *hosting*, nelle sue varie e sfuggenti declinazioni) è, e rimane, *una attività economica* esercitata in forma imprenditoriale e a fini di lucro: una attività che consiste nel fornire servizi attraverso cui si esercitano (in primo luogo) le libertà di comunicazione e di espressione, senza che però ciò implichi che il c.d. *Internet service provider* sia un soggetto che trova nella libertà di comunicazione e di espressione, piuttosto che nella libertà di impresa, il nucleo essenziale della propria attività, non più di quanto il gestore di un servizio di telefonia possa essere considerato come un soggetto che esercita la libertà di corrispondenza, o il gestore di una edicola un soggetto che esercita la libertà di espressione.

Si tratta di considerazioni che possono sembrare banali, ma che è opportuno ribadire nel momento in cui quelle ricostruzioni cui si è accennato, che enfatizzano la dimensione "sociale" della rete[5], rischiano di obliterare e disconoscere la fondamentale contrapposizione tra le due posizioni di libertà che si fronteggiano in Internet: se si disconosce la centralità di questo conflitto, che attraversa tutte le relazioni che si sviluppano nella rete; se si riduce, insomma, il problema della libertà in Internet alla sola dimensione del confronto tra il potere pubblico e una generica e indifferenziata "libertà della rete", si adotta un punto di vista che non solo rischia di essere poco fecondo, ma che, peggio, rischia di favorire il progressivo svuotamento delle libertà individuali e collettive a favore della "libertà" (*rectius*, del potere) del mercato, in cui si esplicano gli interessi (economici, ma ormai non necessariamente solo economici) dei grandi operatori commerciali della rete[6].

Il tema del conflitto tra la libertà di comunicazione e la libertà economica non rappre-

[5] Ponendosi, peraltro, in continuità con altre ricostruzioni che enfatizzano la valenza aggregatrice di Internet come strumento di esercizio di libertà collettive, associazione e riunione *in primis*: cfr. sul punto, ad es. A. Pirozzoli, *La libertà di riunione in Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2004, 595 ss., o S. Sassi, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba* on line, in *Rivista AIC,* 2013, nonché in Aa.Vv., *Da Internet ai social network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 91 ss.

[6] Problemi analoghi si pongono rispetto alla ricorrente enfatizzazione del principio della «neutralità della rete»: principio che assume un senso e un valore ben diverso a seconda che sia invocato a tutela dell'utente o a vantaggio dei grandi operatori c.d. "*over the top*", rispetto ai quali la c.d. *net neutrality*

senta, in realtà, nulla di nuovo: anche rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione di massa si pone, infatti, il problema del rapporto tra la libertà dell'imprenditore di strutturare l'impresa di comunicazione e la libertà dei soggetti che si avvalgono dell'impresa di comunicazione di massa per esprimere il loro pensiero o per esercitare la libertà di informazione; in altre parole (e lasciando per ora sullo sfondo il tema della posizione dell'utente dell'informazione e del c.d. "risvolto passivo" della libertà di informazione), il problema del rapporto tra la libertà dell'editore e quella dell'operatore professionale dell'informazione [7].

Mentre, però, nel sistema dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali, quelle che si fronteggiano sono due posizioni per molti aspetti consolidate e ben strutturate (quella del giornalismo professionale, da un lato, quella dell'impresa editoriale dall'altro), con tutto un apparato organizzativo e normativo (si pensi solo alla posizione e al ruolo del direttore responsabile, all'organizzazione professionale, ad un sistema di relazioni sindacali, alla contrattazione collettiva, alla clausola di coscienza, ecc.) il cui compito è appunto quello di mediare e gestire il conflitto, nel nuovo scenario dei *media* digitali appaiono sulla scena soggetti nuovi e non ancora compiutamente strutturati, che si rapportano tra loro con modalità fluide e sfuggenti: sicché, accanto alle figure degli editori "classici" e dei giornalisti, troviamo figure nuove e dall'incerto statuto giuridico, come *social network provider* e motori di ricerca, e anche la figura dell'utente si colora di nuove sfumature, assumendo talora un ruolo attivo (che induce a parlare di *prosumer* e di *citizen journalist*); e tutti questi soggetti entrano in rapporto gli uni con gli altri in una molteplicità di modi diversi, dando vita ad equilibri precari e soggetti a costante ridefinizione.

rappresenta solo un aspetto di una guerra commerciale che ben poco ha a che fare con valori come la "apertura" della rete e simili. In questo senso è interessante che, nelle conclusioni di un contributo molto documentato sul principio di neutralità della rete (M. Orofino, *La declinazione della net-neutrality nel regolamento europeo 2015/2120,* cit.), si osservi (p. 25) come, per raggiungere l'obiettivo di «una rete davvero aperta», occorra «innanzitutto prendere coscienza del fatto che l'accesso ai contenuti, ai servizi e alle applicazioni così come la capacità di offrire contenuti, servizi e applicazioni non dipende solo dagli ISP, ma anche da altri attori dell'ecosistema di Internet che operando nel settore dei terminali o dei *software* oppure *over the net* incidono, talvolta molto più in profondità di quanto non faccia un fornitore di servizi di accesso, sulla diffusione di determinati dati e sulla disponibilità sostanziale di servizi, applicazioni e contenuti»: i rischi in questo senso sono già ben evidenti, e «riguardano la tendenza alla chiusura dei sistemi operativi dei terminali di rete, la tendenza alla differenziazione nella fruibilità delle *app* a seconda del *market app*, l'impatto degli algoritmi dei motori di ricerca, dei *social network* e delle *app* medesime sulla diffusione delle notizie in rete», tutti ambiti in cui le «scelte imprenditoriali», anche se «non incidono, forse, in maniera diretta sulla *net-neutrality*, come essa è stata finora comunemente declinata», tuttavia «certamente incidono sul grado di apertura della rete, sulle modalità di fruizione dei contenuti presenti *online* e più in generale sull'esercizio in rete di una pluralità di diritti costituzionalmente rilevanti sia di libertà sia di partecipazione politica».

[7] Anche l'universo dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali, infatti, è attraversato dal conflitto tra libertà dell'impresa editoriale (che, nel rapporto con la libertà di espressione del giornalista o dell'utente, si configura anche e soprattutto nella sua dimensione di potere privato) e la libertà di manifestazione del pensiero del singolo (in questo caso, in particolare, del singolo operatore professionale dell'informazione): e a questo riguardo la dottrina si è lungamente impegnata (con diverse impostazioni: v. ad es., da un lato, A. Pace, in A. Pace - M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero,* Bologna – Roma, 2006, 542 ss.; dall'altro, M. Pedrazza Gorlero, *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica,* Padova, 2006, 17 ss.) per rinvenire un punto di equilibrio nel delicato bilanciamento tra la libertà di espressione del giornalista e la libertà della testata di darsi il proprio indirizzo.

Insomma, mentre nel rapporto tra giornalista e editore il temporaneo e circoscritto sacrificio della libertà e degli interessi dell'uno o dell'altro poteva trovare molteplici forme di compensazione e mediazione, molteplici punti di equilibrio e di compromesso, del tutto differente – e assai meno strutturato - si presenta il rapporto tra l'utente di un *social network* e il gestore dello stesso, o tra l'amministratore o proprietario di un sito o di un *blog* e il motore di ricerca (che decida, magari, di deindicizzarlo), tra il gestore un sito che ospita contenuti generati dagli utenti e l'utente che carica un contenuto di sua produzione: e per impostare un corretto inquadramento giuridico di tali rapporti non si deve perdere di vista la dimensione, spesso marcatamente conflittuale, che contraddistingue la rete e le diverse soggettività che vi agiscono.
È quindi necessario ritornare, brevemente, a quelle ricostruzioni, o forse per meglio dire tendenze, cui si accennava all'inizio, e che come si è detto appaiono accomunate dalla sostanziale rimozione di tale situazione conflittuale.

2. Le letture "neocorportative" o "comunitarie" della rete e dei *social network*: le "comunità" degli utenti di Internet e dei *social network* come "formazioni sociali"

Da qualche tempo, come si è detto, autorevoli costituzionalisti hanno cominciato a teorizzare inedite dimensioni costituzionali della rete, il cui risultato sembra essere soprattutto quello di occultare la natura conflittuale dell'esercizio delle libertà in rete, accreditando una sorta di versione "neocorporativa" del mondo di Internet: il riferimento è a quelle tesi cui si è già accennato, che hanno, di volta in volta, postulato la natura di "formazione sociale" delle "comunità di utenti" della rete nel suo complesso o di singole piattaforme presenti al suo interno, a cominciare ovviamente dai *social network* [8].
Al riguardo (e fermo restando che è semplicemente ovvio che attraverso Internet, *come attraverso ogni altro strumento di comunicazione*, possa darsi vita a forme associative ed esercitarsi la relativa libertà), non è qui il caso di soffermarsi sulle molteplici ragioni che inducono ad esprimere perplessità rispetto a simili ricostruzioni [9]: ci si può limitare ad osservare che entità come la c.d. "comunità di utenti" di Internet o di un *social network* possono definirsi "formazioni sociali" allo stesso modo delle "comunità" di coloro che viaggiano in treno o in auto, che praticano uno sport, che seguono un programma o una serie televisiva; solo a patto, cioè, di accettare una accezione talmente debole ed evanescente del concetto di "formazione sociale" da renderlo buono a tutto (il che, nel mondo del diritto, equivale a dire buono a nulla).
Ciò che qui preme evidenziare, però, sono alcune ulteriori implicazioni di simili ricostruzioni: a cominciare dal fatto, già accennato in apertura, che esse sottendono e accreditano un'idea "comunitaria" e quasi "neocorporativa" della rete.

[8] Cfr. *supra,* n. 4; da ultimo, la tesi delle "comunità degli utenti" dei *social network* come "formazioni sociali" è ripresa e sviluppata da M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei* social network *e profili giuridici della responsabilità dei* provider, Milano, 2018, 29 ss.

[9] Sia consentito rinviare, sul punto, a M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche,* in *Diritto dell'informazione e delll'informatica,* 2015, 273 ss.

Si tratta di una visione (presupposta, del resto, anche in molte espressioni di uso comune come "popolo della rete", "libertà della rete", ecc.) in cui si perde completamente di vista che ci sono, almeno, due categorie di soggetti nettamente contrapposte sul piano degli interessi, dei bisogni e degli scopi che definiscono la loro presenza in rete e il loro uso della rete: da un lato coloro che forniscono servizi del genere più vario a scopo di lucro, dall'altro coloro che utilizzano questi servizi per comunicare (riservatamente o meno), offrendo in cambio svariate forme di utilità (un corrispettivo in denaro o, più spesso, i loro dati personali, la loro propensione al consumo, e talora anche il loro lavoro, più o meno creativo, dal video fatto in casa sino alla recensione di un locale o di un prodotto).

Queste due categorie di soggetti *non hanno gli stessi interessi*, quindi tra di loro non esiste alcuna forma di solidarietà, se non quella solidarietà, alquanto artificiosa, che porta a considerare anche il mercato, o l'impresa, come "formazioni sociali"[10]: tutte dottrine di cui sembra abbastanza chiara la matrice neocorporativa, per cui, attraverso la costruzione di un'idea fittizia di comunità, si occulta e si dissimula il conflitto che pure esiste, non solo nel mondo di Internet complessivamente inteso, ma anche in quei più circoscritti ambiti rappresentati dalle "comunità degli utenti" dei *social network*[11].

Se, infatti, il fine (comunque ancora alquanto generico) di "condivisione", che dovrebbe accomunare gli utenti di una piattaforma *social*, può caratterizzare e individualizzare meglio la relativa "comunità" rispetto a quanto si possa fare per la (del tutto generica) "comunità degli utenti di Internet", anche rispetto ai *social network* non bisognerebbe dimenticare che la natura "sociale" di tali aggregazioni è profondamente condizionata e compenetrata dalla dimensione economico - imprenditoriale della piattaforma: in questa prospettiva, gli utenti di una piattaforma saranno anche una "formazione sociale" (qualsiasi cosa questo voglia dire), ma questa loro dimensione presuppone e implica, indissolubilmente, l'altra dimensione, quella di utenti – consumatori (e, in qualche caso, anche lavoratori e produttori, come ben esprime il neologismo "*prosumer*") che fruiscono di un servizio messo a disposizione da una impresa a scopo di lucro; in primo luogo, quindi, gli utenti di un *social network* sono, appunto, utenti e consumatori (e in qualche caso, contemporaneamente, lavoratori e produttori), e solo in quanto tali, *a posteriori*, potranno (anche) riconoscersi, per quanto possa valere, come membri di una formazione sociale.

Ma – ed è questo il punto centrale - in questa "formazione sociale", che posizione occupa l'operatore commerciale che progetta, costruisce e mette a disposizione la piattaforma?

---

[10] Non pare del tutto casuale che nel riferirsi al concetto di "formazione sociale" ci si richiami (P. Passaglia, Internet *nella Costituzione italiana,* cit., 39) ad analoghe qualificazioni attribuite al "mercato" (il riferimento è a L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali,* Torino, 2011, 7 ss.).

[11] M.R. Allegri, *op. cit*., pur esprimendo perplessità sull'idea che possa configurarsi come "formazione sociale" la "comunità degli utenti" di Internet nel suo insieme (per la difficoltà di rinvenire una ragion d'essere comune, un tratto distintivo insomma, che non sia il fine, alquanto generico, dello «sviluppo della personalità», individuato ad es. da Passaglia), ritiene che la categoria della "formazione sociale" potrebbe invece attagliarsi molto meglio alle distinte e (relativamente) più circoscritte) comunità "minori" che raggrupperebbero gli utenti di specifiche piattaforme e *social network*: qui, il fine comune sarebbe meglio individuato, rispetto alla generica comunità degli utenti di Internet, nella «condivisione» di informazioni e materiali vari, con modalità diverse da piattaforma a piattaforma.

Si potrebbe obiettare che il gestore della piattaforma non è parte della "formazione sociale", ma è semplicemente colui che mette a disposizione una infrastruttura che la "comunità" utilizza: ma una simile risposta potrebbe andare bene se si ragionasse di associazioni costituite (come è pacifico si possa fare) attraverso una piattaforma informatica, e che usano una piattaforma informatica per lo svolgimento della propria attività; rispetto all'esercizio della libertà di associazione *online*, infatti, il gestore della piattaforma potrebbe ritenersi del tutto estraneo, non diversamente da come il proprietario di una casa che ospita una associazione può rimanere del tutto estraneo alle attività, all'organizzazione ed agli scopi di questa.

Ma le cose cambiano nel momento in cui si ragiona di una "formazione sociale" costituita da tutti gli utenti di un *social network*, di una situazione, cioè, in cui la stessa (e la sola) iscrizione alla piattaforma implica, già di per sé, l'adesione alla comunità, e l'utilizzo della piattaforma è l'elemento centrale ed unificante che accomuna i membri: se è di questo che si parla, allora non possiamo non renderci conto che, in questo caso, il proprietario – gestore della piattaforma non è affatto un soggetto esterno alla "formazione sociale", ma ne fa parte e ne definisce, in modo determinante e decisivo, la struttura, l'identità e gli scopi.

In altri termini: se certamente l'oggetto, la finalità, la natura di una associazione non cambia se il proprietario della sede in cui si riunisce le intima lo sfratto o detta delle regole sull'utilizzo dell'immobile (per esempio vietando di svolgere riunioni in orari notturni); se, analogamente, una associazione costituita attraverso un *social network,* e che si avvale di un *social network* per lo svolgimento delle proprie attività, non muta la propria natura e può continuare ad esistere anche abbandonando quella piattaforma e adottandone un'altra, le cose cambiano nel momento in cui il senso e lo scopo della "comunità", ciò che la tiene insieme, è lo stesso uso della piattaforma: in questo caso, ogni cambiamento delle regole di utilizzo della piattaforma, ogni cambiamento nella sua gestione determina un cambiamento essenziale nella vita, degli scopi, della struttura stessa della comunità.

Non si può quindi evitare, se si tiene fermo all'idea della "comunità degli utenti" di un *social network* come "formazione sociale", di definire il ruolo che il gestore della piattaforma esplica all'interno della comunità: e da questo punto di vista, l'impostazione "neocorporativa" che sembra fatalmente implicata in questo tipo di ricostruzioni si rivela non solo ideologicamente orientata[12] e sostanzialmente discutibile, ma soprattutto, come ora si vedrà, profondamente ambigua e probabilmente pericolosa per gli esiti cui rischia di condurre in relazione alla garanzia delle libertà dei singoli, nella rete, rispetto al potere privato.

[12] Sotto questo profilo, l'idea che Facebook, con i suoi miliardi di dollari di fatturato, e il singolo utente siano tutti e due parte di una sola "formazione sociale", è un po' come l'idea secondo cui l'AD di Wolkswagen o di FCA e l'ultimo dei dipendenti della stessa società sarebbero, in fondo, entrambi "sulla stessa barca" e accomunati dai medesimi interessi: un'idea che ha avuto molta fortuna, negli ultimi decenni, anche presso la c.d. "sinistra" politica (anche se, forse, non ha fatto propriamente la fortuna della sinistra), ma di cui rimane più che evidente la matrice ideologica.

3. (segue) Ambiguità degli esiti cui conduce l'utilizzo della categoria della "formazione sociale" in rapporto alla tutela delle libertà individuali

Se ci si chiede quale sia l'effetto di queste visioni "comunitarie" e in qualche modo "neocorporative" sul rapporto tra l'utente e il fornitore di servizi, l'impressione è quella di una profonda ed irrisolta ambiguità.

In termini molto semplificati, infatti, si può dire che, sul piano dei rapporti tra l'individuo che aspira ad esercitare le sue libertà in rete e i titolari dei grandi interessi economici che innervano la rete, le dottrine che predicano la natura di "formazione sociale" delle "comunità di utenti" possono tendere a due esiti contrapposti: a) da un lato, possono essere utilizzate in funzione protettiva dei diritti individuali, nel senso che il riconoscere la natura di formazioni sociali di queste aggregazioni dovrebbe costituire l'impalcatura concettuale per rafforzare la tutela dei "diritti inviolabili" di costoro, appunto, anche "all'interno" delle formazioni sociali; b) dall'altro, possono servire, all'opposto, per rafforzare e legittimare il potere di controllo e di governo della rete dei grandi intermediari: poteri che, per effetto di simili dottrine, subiscono, per così dire, una sorta di trasfigurazione, e vengono rappresentati non già nella loro nuda realtà di espressione di potere economico, ma come frutto, in qualche modo, di un ruolo, di una responsabilità attribuita e riconosciuta dalla stessa "comunità di riferimento", espressione di "autonomia" della "formazione sociale" stessa[13].

Questa fondamentale ambiguità, peraltro, non solo rischia di rendere abbastanza inutile il ricorso a questo strumentario concettuale, ma soprattutto, ed è quello che più conta, si riflette anche sugli esiti cui finisce per condurre questo tipo di approccio: esiti che, come si vedrà, risultano sostanzialmente restrittivi degli spazi di libertà in rete, non solo, come è ovvio, qualora si aderisca alla lettura che rafforza la legittimazione delle posizioni di potere interne alla "formazione sociale", ma anche qualora si aderisca alla lettura apparentemente più "protettiva" nei confronti del singolo.

Ed infatti, secondo l'impostazione, per così dire, "protettiva", il riconoscere la "comunità degli utenti" come "formazione sociale" dovrebbe fornire una più solida base costituzionale alla tutela dei "diritti inviolabili" del singolo, da proteggere, appunto, come recita l'art. 2 Cost., (anche) all'interno delle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», impedendo di considerare la *community* come una sfera di «intangibile autonomia privata»[14]: ma se si considera che le posizioni di potere da cui andrebbero

[13] La stessa ambiguità caratterizza, specularmente, lo spazio che viene lasciato all'azione dei poteri pubblici: se da un lato la qualificazione come formazione sociale dovrebbe consentire l'intervento dei poteri pubblici per superare la «anomia» che, invece, contraddistingue «naturalmente» la rete (P. Passaglia, *Le formazioni sociali e* Internet, cit., 56), d'altro canto è chiaro che l'argomento è suscettibile di essere capovolto, e che la natura di "formazione sociale" può allo stesso modo essere invocata per difendere uno spazio di "autonomia" che lascia liberi di agire i poteri che si costituiscono – appunto, "autonomamente" - nella rete.

[14] Come osserva M.R. Allegri, *op. cit.,* 35, «proprio grazie all'art. 2 Cost. si giustifica l'azione dei pubblici poteri atta a tutelare i diritti inviolabili dei membri della *community* in caso di lesioni derivanti dall'attività di condivisione di informazioni immanente alla comunità. Ciò che avviene all'interno della *community* non corrisponde a una sfera di autonomia privata intangibile, proprio perché l'art. 2 Cost. esige di tutelare i diritti individuali anche all'interno delle formazioni sociali».

preservati e tutelati tali "diritti inviolabili" all'interno delle "formazioni sociali" sono, essenzialmente, posizioni di potere economico, viene spontaneo chiedersi per quale ragione questo inquadramento dovrebbe risultare più efficace, per tutelare i diritti dell'individuo in rete, che non quello che fa riferimento ai limiti dell'iniziativa economica.
In altri termini, ci si potrebbe e dovrebbe chiedere se la tutela dell'individuo in rete non sarebbe possibile anche alla luce dei principi che, ai sensi dell'art. 41 Cost., disciplinano l'esercizio dell'attività economica, prescrivendone l'armonizzazione con l'«utilità sociale», e ponendo come suoi limiti invalicabili la tutela della «sicurezza», della «libertà» e della «dignità umana»: tanto più in quanto, a ben vedere, la tutela fornita dal riferimento all'art. 41 Cost. potrebbe risultare più ampia e più forte di quella fornita dal riferimento all'art. 2, posto che quest'ultimo tutela sì i diritti del singolo all'interno delle formazioni sociali, ma limita tale tutela ai "diritti inviolabili" (qualsiasi cosa ciò voglia dire…)[15], laddove l'art. 41 sembra tracciare confini molto più ampi alle situazioni giuridiche suscettibili di protezione, facendo riferimento alle più comprensive nozioni di «sicurezza, libertà, e dignità umana», oltre che alla ancor più ampia nozione di «utilità sociale».
Insomma, se il problema è quello di tutelare il singolo utente di Internet nei confronti delle posizioni di potere con cui si confronta in rete (che sono, è bene ripeterlo, essenzialmente posizioni di potere economico), l'art. 41 Cost. dovrebbe fornire uno strumentario ben più efficace dell'art 2: e allora, perché insistere su quest'ultimo?
Le ipotesi che al riguardo si potrebbero avanzare sono molteplici (e forse, per certi versi, anche inquietanti, per non dire desolanti)[16], ma un loro esame approfondito esula dagli scopi di questo scritto: ciò che preme rilevare, ai limitati fini del discorso che qui si tenta di svolgere, è solo che il riferimento all'art. 2 Cost. in funzione "protettiva"

[15] Ed infatti P. Passaglia, *Le formazioni sociali e* Internet, cit., 57, citando E. Rossi, *Le formazioni sociali nella costituzione italiana,* Padova, 1989, 201) precisa che l'intervento pubblico a protezione dei diritti in rete dovrebbe ritenersi circoscritto «non ad ogni diritto, ma soltanto a quelli irrinunciabili sia ad opera del soggetto titolare sia da parte dello stato che li tutela».

[16] Inquietante, per non dire desolante, è la sensazione che questa preoccupazione (di considerare le *web communities* come "formazioni sociali" al fine di preservare i diritti dei singoli) sottenda l'idea, più o meno consapevole, che, se invece il sistema venisse letto ed inquadrato secondo le categorie della c.d. "costituzione economica", nei termini cioè della libertà di impresa e dei suoi limiti, allora non esisterebbero più freni alla capacità del potere economico di comprimere, sino al limite a cancellare del tutto, i diritti e la stessa la personalità individuale: l'idea (o la constatazione, più meno amara a seconda dei punti di vista), insomma, che le disposizioni della c.d. "costituzione economica" del 1948 in materia di (limiti alla) iniziativa economica privata (non solo il c. 3, quindi, - di cui già da tempo si è sostenuta la sostanziale "abrogazione: cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti,* Bologna 200, 7 ss. - ma anche lo stesso c. 2 dell'art. 41 Cost.) siano ormai del tutto impotenti di fronte al primato del mercato, vera *Grundnorm* della nuova "costituzione economica". In altri termini, se si accetta l'idea che non esistono di fatto limiti all'operare delle logiche del mercato, allora sembra che l'unica possibilità di difendere i diritti nella rete sia quella di ignorarne la dimensione economica e di enfatizzare una (peraltro alquanto indeterminata) dimensione "sociale" o "umanitaria": come se, a considerare le dinamiche e i rapporti interni ad un *social network* come dinamiche e rapporti economici (quali essi, peraltro, effettivamente sono), venissero meno gli strumenti giuridici per proteggere le posizioni individuali coinvolte. Da questo punto di vista, peraltro, le dottrine che cercano ad ogni costo di enfatizzare la dimensione "sociale" di queste piattaforme sembrerebbero contenere un elemento di verità (anche se una verità forse un po' amara) in quanto sottendono la consapevolezza che, di fronte all'operare delle logiche del mercato, la dignità e la libertà sono ormai ampiamente recessive, e che la costituzione repubblicana, ormai svuotata del suo contenuto sostanziale e ridotta a mera impalcatura formale, si rivela praticamente impotente di fronte al potere economico, almeno sino a che non sia intaccato un (peraltro imprecisato) "nucleo duro" di "diritti inviolabili".

dei diritti del singolo rischia di capovolgersi in un indebolimento della posizione di quest'ultimo, finendo col circoscriverne la tutela ai (soli) "diritti inviolabili", in nome della "autonomia" delle "formazioni sociali".

Se, quindi, l'utilizzo della categoria della "formazione sociale" in chiave di protezione del singolo utente della rete finisce, in realtà, con l'approdare ad una tutela inevitabilmente "debole" delle libertà individuali, nella maggior parte dei casi l'utilizzo di tale categoria finisce per sortire un esito ancora più restrittivo: e in effetti, se guardiamo agli esiti pratici cui queste dottrine finiscono col pervenire, è agevole constatare che si tratta per lo più di esiti che vanno non tanto verso il rafforzamento delle tutele del singolo ma, al contrario, verso un rafforzamento dei controlli, dei limiti, delle restrizioni alle libertà degli individui.

Questa, tendenza, in realtà, riguarda un po' tutte le letture che enfatizzano la dimensione collettiva delle libertà esercitabili in rete, come quelle che ragionano di "libertà di associazione in rete" come qualcosa di strutturalmente diverso dalla "comune" libertà di associazione, o che teorizzano una "libertà di riunione in rete": è significativo, ad esempio, che tra le ipotesi di associazione che vengono richiamate come momenti significativi del riconoscimento giurisprudenziale delle valenze "associative" di Internet, la maggior parte riguardi fattispecie associative di rilievo penale[17]; così come è significativo che l'affermazione della "libertà di riunione in rete" (al di là dei problemi pratici che incontra, in relazione all'esigenza di distinguere tra luoghi privati e pubblici e ai connessi obblighi di preavviso) sia utilizzata, alla fine, soprattutto per applicare alle c.d. riunioni virtuali la precondizione della "pacificità" e quindi per invocare lo "scioglimento" (virtuale) delle "riunioni" (virtuali) in cui si incita alla violenza, si fa propaganda terroristica o altro[18].

Non dissimile pare il portato delle letture "neocorporative" o "comunitarie" di cui si è detto, la cui valenza sostanzialmente restrittiva nei riguardi delle libertà individuali è evidente sotto diversi aspetti[19], e soprattutto se ci si sofferma sul rapporto tra l'utente

[17] Già in S. Sassi, *op. cit.*, 120, era evidente il rilievo centrale attribuito ai profili penali del reato associativo in rete, e ulteriori importanti riferimenti giurisprudenziali, sempre nello stesso senso, si rinvengono ora in M.R. Allegri, *op. cit.*, 43.

[18] Cfr. M.R. Allegri, *op. cit.*, 44 ss., in particolare 50 s.: «è evidente che una riunione *online* non può comportare l'uso di armi materialmente intese, ma può comunque avere carattere non pacifico e tale da turbare l'ordine pubblico: si pensi, ad esempio, al proliferare dello *hate speech* (manifestazione di incitamento all'odio e alla violenza) nei *social network*. Potrebbero allora essere sciolte quelle riunioni virtuali che avvengono con modalità tali da turbare l'ordine pubblico; nel caso di un *social network*, non si potrebbe certo impedire la totalità delle interazioni che avvengono attraverso la piattaforma, ma si potrebbero ostacolare solo quelle aventi carattere non pacifico attraverso strumenti automatici o semi-automatici di filtraggio […] il tema qui non è tanto quello di preservare la libertà individuale di esprimere il proprio pensiero anche attraverso Internet, quanto quello di porre un argine alla diffusione incontrollata, tramite *social network*, di contenuti che possono recare pregiudizio all'ordine pubblico, quali i discorsi d'odio o le *fake news*». Sulle difficoltà cui va incontro il tentativo di configurare una libertà di riunione in rete, e, ancor di più, sui rischi che ciò comporta per la stessa tenuta della garanzia costituzionale, si vedano, peraltro, le più che condivisibili osservazioni di A. Pace, *Considerazioni preliminari*, in A. Pace - M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 2, che opportunamente segnala, tra l'altro, che «prescindendosi dal presupposto della fisica compresenza, si finisce per riaccreditare quel concetto di sicurezza pubblica in senso ideale contro la quale ci si era battuti con successo negli anni '60».

[19] Ad esempio, la limitazione o addirittura l'esclusione dell'accesso (nel caso dei detenuti, anche in assenza di previsioni di legge al riguardo): cfr. P. Passaglia, *Le formazioni sociali e* Internet, cit., 58 ss.):

e il fornitore di servizi: in questo ambito, le letture in questione finiscono infatti per rafforzare il potere privato del fornitore di servizi, per lo più sotto le spoglie di una pretesa "responsabilizzazione" dei gestori (in particolare dei *social network provider*), cui viene attribuito un ruolo "sociale" di controllo e moderazione della vita interna della comunità[20].

Partendo dalla constatazione che in ogni formazione sociale ci sono differenti ruoli, e ci sono soggetti che assumono un ruolo direttivo e i conseguenti poteri e responsabilità, se ne deduce infatti che, nel caso delle c.d. *social network communities* (ma lo stesso discorso, per quanto riguarda la "comunità degli utenti" di Internet in generale, potrebbe farsi in riferimento ai motori di ricerca), questi soggetti sono, appunto, i gestori delle piattaforme: insomma, il costruire le "comunità virtuali", e in particolare le *social network communities* come "formazioni sociali" tende a legittimare un principio organizzativo che sfocerebbe nell'attribuzione, e nella legittimazione, di veri e propri poteri di "governo" della comunità in capo ai *social network provider*.

Ora, l'osservazione secondo cui la nozione di "formazione sociale" non presuppone l'eguaglianza dei membri, e che ogni formazione sociale vede al suo interno una distribuzione di poteri e responsabilità, è certamente corretta e pienamente condivisibile: quello che invece questa ricostruzione sembra ignorare è che la diversità della posizione dei gestori nei *social network* (come quella di tutti i grandi intermediari rispetto alla rete in generale) non affonda le sue radici nella "autonomia" della "formazione sociale" rappresentata dalla *social network community,* non deriva insomma da una qualche sorta di "riconoscimento" da parte della "comunità degli utenti", ma ha origine e natura squisitamente proprietaria: il gestore della piattaforma non ha una posizione diversa da ogni altro utente in virtù di un principio organizzativo in qualche modo condiviso dai membri della comunità stessa, ma in virtù del fatto che è il proprietario della piattaforma.

L'impianto dei *social network*, e più in generale della quasi totalità delle piattaforme digitali, è un impianto di tipo proprietario e privatistico: è incentrato sulla proprietà, del codice, dell'algoritmo, dell'infrastruttura, del sito, e via dicendo; conseguentemente, la logica che governa le piattaforme digitali è una logica privatistica e proprietaria. In ciò non vi è nulla di male, sino a che si ragiona, come è corretto ragionare, di imprese, di

come è stato correttamente notato (M. Betzu, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, 3), insomma, la c.d. "sovra - interpretazione" delle libertà nella rete finisce quindi con l'operare in senso illiberale.

[20] Da ultimo, questo aspetto è riconosciuto con molta chiarezza in M.R. Allegri, *op. cit.,* 35, dove la differente posizione occupata, all'interno della *community,* dai gestori e dagli utenti viene ricondotta a una modalità organizzativa della comunità stessa (in cui, come in ogni formazione sociale complessa, ci sono posizioni apicali e posizioni di base), e si traduce quindi in una forma di legittimazione del potere dei gestori, dei *provider*, sulla comunità che – di fatto – governano: «la nozione di formazione sociale, infatti, non presuppone affatto che tutti i suoi membri siano posti sullo stesso piano. Al contrario, quanto più una formazione sociale è dotata di un'organizzazione stabile, tanto più si avverte l'esigenza di suddividere le funzioni al suo interno, prevedendo un potere di comando che detta le norme di comportamento legate ai fini associativi ed eventualmente faccia valere sanzioni nei confronti di chi viola la disciplina di gruppo; quindi non tutte le parti godono di analoghe sfere di libertà: talune si trovano in posizione dominante e altre in posizione più debole. Il *social network provider*, dunque, è membro costitutivo – anzi, indispensabile – della formazione sociale, ed è tenuto al pari degli altri membri al rispetto dei diritti individuali di tutti gli aderenti».

relazioni economiche e di modelli di *business*: il problema sorge quando, invece, queste strutture vengano presentate come "comunità" o "formazioni sociali"; con il che, inevitabilmente, si finisce col sovrapporre i due piani, e col sovraccaricare di indebite funzioni e responsabilità "sociali" quella che in realtà *è già una posizione di forza*, ma lo è in base a considerazioni (e nel contesto di relazioni) squisitamente economiche e commerciali.

Il gestore, del resto, non può essere considerato alla stregua di un semplice membro della *community* degli utenti, sia pure collocato su una posizione diversa dagli altri, se non altro perché la finalità che lo determina non è quella, propria di ogni altro membro della *community*, di condividere informazioni: anzi, probabilmente il suo interesse è proprio l'opposto, quello cioè di condividere il meno possibile, e piuttosto di appropriarsi delle informazioni che gli utenti immettono in rete. Essendo la sua posizione strutturalmente diversa e contrapposta rispetto a quella degli utenti, il gestore non si trova nella posizione differenziata che occupa in virtù di una forma di auto – organizzazione della comunità, ma esclusivamente in virtù della sua posizione di proprietario - imprenditore: se si eccettuano alcune situazioni assolutamente particolari, su cui occorrerebbe fare un discorso a parte[21], nella stragrande maggioranza dei casi la posizione differenziata del gestore non corrisponde affatto ad un "ruolo" che ad esso sia attribuito o riconosciuto dalla "comunità" degli utenti, ma discende molto più semplicemente e brutalmente dalla sua posizione di proprietario della piattaforma, e cioè dalla sua posizione di potere economico e contrattuale nella relazione commerciale con gli utenti.

In conclusione, se da un lato pare evidente che l'ecosistema di Internet è caratterizzato da profonde diseguaglianze, rispetto alle quali si pone un problema di contenimento e limitazione del potere privato, d'altro lato dottrine come quelle che fanno ricorso alla nozione di "formazione sociale" (non diversamente da quelle che enfatizzano presunti "nuovi diritti", come il diritto di accesso, o principi come quello della *net neutrality*) rendono altrettanto evidente come l'apparato concettuale che i costituzionalisti hanno finora tentato di sviluppare per inquadrare la rete e i suoi protagonisti non sia di grande aiuto nell'affrontare questo ordine di problemi: in particolare, tali tesi, proponendosi l'obiettivo di una "responsabilizzazione" in chiave "comunitaria" e "sociale" dei *social network provider,* finiscono in realtà con l'andare nella direzione opposta, fornendo un surplus di legittimazione "sociale" a posizioni di potere economico già piuttosto importanti, e giocando, così, nel senso di un rafforzamento, anziché di un ridimensionamento, dei poteri economici nello scenario della rete.

Da quanto si è sin qui tentato di argomentare dovrebbe risultare sufficientemente chiaro come, per affrontare un ragionamento su potere e libertà nella rete, non si possa che muovere dal presupposto che non esiste una "libertà della rete", dal momento che nella rete si confrontano interessi divergenti, e che la libertà degli utenti è una libertà condizionata dalla struttura economica e dagli interessi economici dei grandi operatori

[21] Si può pensare ad es. a una piattaforma come *Wikipedia*, che tende, se non ad essere, quanto meno a presentarsi come una esperienza partecipativa in cui i diversi ruoli non sono frutto di posizioni proprietarie o di potere economico, ma del riconoscimento di una "comunità" di utenti: ma si tratta, come è evidente, di una assoluta eccezione (sulle caratteristiche organizzative delle c.d. "comunità di creazione", e di Wikipedia in particolare, v. M.F. Morell, *La partecipazione nelle comunità di creazione online. Partecipazione come eco-sistema? I casi d Openesf.net e Wikipedia*, in *Pol. Dir.,* 2010, 515 ss.).

che detengono il controllo e operano lo sfruttamento economico delle piattaforme di comunicazione (dai gestori dei *social network* sino ai motori di ricerca che consentono il reperimento di notizie, informazioni e contenuti vari): sicché, anziché di un'unica e indistinta libertà *della* rete, si deve ragionare di molteplici e differenti libertà (e poteri) che si confrontano *nella* rete[22], in un gioco che si articola sulla triangolazione tra l'utente, i grandi intermediari e il potere pubblico. La dialettica di potere e libertà in rete deve quindi essere affrontata sui due distinti versanti del rapporto con il potere privato degli intermediari e del rapporto con il potere pubblico.

4. Libertà in rete e potere privato: tra la fine del mito della neutralità del *provider* e il rischio della censura privata

Sul versante del rapporto tra libertà individuali e posizioni di potere privato dei grandi intermediari, il dato da cui si può partire è la constatazione del progressivo, e forse ormai definitivo abbandono del mito della neutralità del *provider*: i segnali che si sono moltiplicati negli ultimi anni[23] sembrano accreditare l'idea che sia ormai inevitabile un più intenso coinvolgimento di alcuni grandi intermediari nel contrasto alle attività illecite in rete.

Ciò non dovrebbe più di tanto preoccupare, dal momento che si tratta, in fondo, di un approccio realistico, che parte dalla ovvia ed elementare constatazione che non solo i gestori intervengono sempre (se non nella produzione e sulla selezione, quanto meno) sulle *modalità* con cui i contenuti sono veicolati e diffusi in rete, ma, soprattutto, che *nulla ha mai impedito, né impedisce tuttora, a tali soggetti di intervenire anche direttamente sui contenuti*, di esercitare forme di controllo preventivo con modalità più o meno automatizzate, ed infine di rimuoverli, di propria iniziativa o su richiesta dell'interessato o di altri utenti.

Piuttosto che insistere nella riproposizione del mito, sempre più anacronistico e lontano dalla realtà, della neutralità del *provider*, quindi, appare senza dubbio più pragmatico prendere atto dell'esistenza di una posizione di potere privato, riconoscerlo e provare, per quanto possibile, a regolamentarlo: d'altra parte, sorge però l'esigenza di evitare che il coinvolgimento dei grandi intermediari nel contrasto alle attività illecite *online* si traduca in un ulteriore rafforzamento della posizione di potere di cui tali soggetti già

[22] Del resto, parlare di libertà *della* rete appare non solo sbagliato, ma anche pericoloso, nel momento in cui è sempre più evidente che la rete è (anche) una enorme struttura di controllo sociale e di manipolazione, in cui gli utenti, mentre coltivano l'illusione di partecipare mettendo in rete pensieri, opinioni ed emozioni, vengono espropriati di sé stessi, e la loro identità viene messa a profitto e ridotta a merce; sicché, anche l'illusione dello «sviluppo della personalità» di cui si alimenta il richiamo all'art. 2 Cost. rischia di tradursi, neppure tanto paradossalmente, nella negazione della personalità stessa.

[23] Di cui è impossibile in questa sede effettuare una compiuta rassegna: ci si può limitare ad indicare, in via puramente esemplificativa, i segnali che vengono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE (a cominciare dalle sentenze sui casi *Google Spain*, C-131/12 e *Pirate Bay,* C-610/15) e dalla giurisprudenza interna (come la pur ondivaga giurisprudenza sul c.d. "*hosting attivo*", o pronunce su singole vicende come, da ultimo, quella del tribunale di Napoli sul caso Cantone), o l'intensificarsi degli sforzi che gli stessi grandi intermediari pongono in essere per affrontare problematiche come quelle del contrasto all'*hate speech* o alla disinformazione in rete.

godono; di evitare, quindi, che il riconoscimento di un ruolo del gestore della piattaforma nell'azione di contrasto alle attività illecite *online* finisca col portare a legittimare forme di censura privata[24].

Un ragionevole punto di equilibrio può essere rinvenuto nella tendenza a privilegiare, sia rispetto al ricorso a strumenti repressivi sia rispetto all'imposizione di (inesigibili) obblighi di sorveglianza, procedure alternative che coinvolgano in prima battuta gli operatori, come quelle c.d. di *notice and take down*, che possano portare a configurare un obbligo di rimozione di contenuti a richiesta dell'interessato: qualche segnale in questo senso sembra potersi rinvenire sia nella recente legge italiana (n. 71 del 2017) sul "*cyber* bullismo"[25], sia nella legge tedesca sui *social network* approvata nell'autunno scorso[26].

Simili procedure (che forse sarebbe più corretto definire di "intervento su richiesta") possono rappresentare una soluzione praticabile, a condizione, però, di non sottovalutarne le numerose criticità, ben evidenziate, ad esempio, dalle incertezze nella giurisprudenza sul c.d. "*hosting* attivo", e anche in alcuni errori di prospettiva nella valutazione della portata della sentenza *Google Spain*: ed infatti, anche una volta esclusa l'esistenza di un obbligo generale di sorveglianza, e circoscritto il coinvolgimento del *provider* all'obbligo di rimozione su richiesta o segnalazione dei privati (dell'interessato o di altri utenti), i problemi sono tutt'altro che risolti.

---

[24] Non vi è dubbio che l'imposizione ai *provider* di veri e propri obblighi di controllo realizzerebbe una forma di censura: non sembra infatti invocabile, in questo caso, quanto è stato ritenuto sia dalla Corte costituzionale (30 giugno 1960, n. 44) sia dalla Corte EDU (sez. II, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia,* ric. 48898/99) con riferimento all'obbligo di controllo del direttore responsabile, dal momento che il controllo effettuato da un giornalista su altri giornalisti nell'ambito di una impresa editoriale è ben altro dal controllo di una impresa privata che non ha (almeno non in via prevalente) natura editoriale, esercitato in forma capillare ed estensiva e finalizzato non già a mantenere l'indirizzo e l'identità editoriale di una testata, ma al monitoraggio indifferenziato dell'attività di manifestazione del pensiero di singoli cittadini, comunità di utenti, operatori professionali dell'informazione. Sul rischio della c.d. *collateral censorship* (particolarmente evidenziato nella *dissenting opinion* dei giudici Sajo e Tsotsoria alla sentenza della Corte EDU del 2015, *Delfi c. Estonia,* ric. 64569/09) v. M. Balkin, *Old School/New School Speech Regulation*, in *Harward Law Review*, 2014, n. 127, 2311; sulla "censura privata" v. anche M. Bettoni, *Profili giuridici della privatizzazione della censura*, in *Ciberspazio e diritto,* 4, 2014, 363 ss. Sul problema del "filtraggio" dei contenuti da parte dei *provider*, v. anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in particolare i casi *Sabam* (C-70/10 del 2011) e *Netlog* (C-360/10 del 2012).

[25] Nonostante le numerose, immancabili pecche sul piano della tecnica normativa (evidenziate ad es. da M. A. Senor, *Un primo commento alla legge sul cyber bullismo,* in *questa Rivista,* 2017, 174 ss.), a partire dalla stessa definizione di "*cyber* bullismo" fino alla individuazione dei soggetti tenuti alla rimozione (che determina una situazione di incertezza sulla stessa applicabilità della disciplina ai gestori di *social network*), la legge si segnala positivamente per l'abbandono del tradizionale approccio repressivo e censorio. In particolare, l'art. 2 della legge, intitolato «tutela della dignità del minore», prevede la possibilità da parte della vittima (o del genitore o esercente la potestà) di «inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito Internet o del social media un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore, diffuso nella rete Internet», anche se non costituente reato, e, in caso di mancato riscontro entro 24 ore dal ricevimento dell'istanza, e di mancata ottemperanza entro 48 ore, la possibilità di «rivolgere analoga richiesta, mediante segnalazione o reclamo, al Garante per la protezione dei dati personali, il quale, entro quarantotto ore dal ricevimento della richiesta, provvede ai sensi degli articoli 143 e 144 del citato decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

[26] La cui traduzione italiana, a cura di G. Giannone Codiglione, può leggersi in *questa Rivista*, 2017, 185 ss.; sulla *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* v. M. Bassini - G. E. Vigevani, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *questa Rivista,* 2017, 11 ss.; G. De Gregorio, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?, ivi,* 91 ss.; F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, *ivi,* 48 ss.

In primo luogo, se non c'è dubbio che l'obbligo di rimozione non può che conseguire ad una segnalazione dell'interessato o di altro utente (dovendosi quindi escludere l'imposizione di obblighi generali di sorveglianza), d'altro canto non si può eludere il problema per cui, proprio in ragione dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, la rimozione di un singolo contenuto o di più contenuti comunque identificati nella segnalazione potrebbe rivelarsi una misura del tutto inefficace, considerata la "viralità" che contraddistingue la disseminazione dei contenuti *online*, e l'estrema facilità della loro riproduzione, con la conseguente possibilità che il contenuto rimosso venga immediatamente ripubblicato da altro indirizzo, o magari addirittura con altro identificativo.

E' chiaro, insomma, che se da un lato un *obbligo di rimozione*, per essere realmente efficace, dovrebbe accompagnarsi a un *divieto di ripubblicazione*, dall'altro un simile divieto, o viene affidato a strumenti automatizzati che riescano ad individuare e a segnalare quel determinato contenuto (e soltanto quello), indipendentemente da cambiamenti che possano essere stati operati nel nome del file, nella sua estensione, dimensione, ecc., oppure postula un obbligo di controllo generalizzato, sia pure *a posteriori*, e sia pure finalizzato solo all'individuazione e al blocco di quegli specifici contenuti.

Un altro problema non da poco è rappresentato dalla necessità di individuare il momento in cui il *provider* consegue l'effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto: posto che l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza implica che il *provider* non possa considerarsi responsabile se non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del contenuto, è chiaro che ci sono contenuti la cui illiceità può essere agevolmente constatata *prima facie*, senza richiedere particolari approfondimenti, e contenuti il cui carattere illecito non è autoevidente, ma richiede accertamenti che possono a loro volta implicare la necessità di utilizzare conoscenze giuridiche specialistiche (in questo caso, resta anche da chiedersi se valutazioni di questo tipo possano essere demandate, sia pure in prima battuta, ad un soggetto privato come il *provider*).

Ancora, e soprattutto in questo ultimo caso, ci si deve chiedere se nell'accertamento dell'illiceità del contenuto debba essere coinvolto anche colui che lo ha pubblicato in rete (responsabile del sito, titolare di *blog* o utente di *social network*): proprio nei casi in cui l'illiceità non sia auto evidente, infatti, non dovrebbe ammettersi che l'accertamento dell'illiceità del contenuto sia demandato esclusivamente all'interazione tra il soggetto che richiede la rimozione e il gestore della piattaforma.

A questo proposito, a fronte di soluzioni piuttosto sbrigative e disinvolte che talora si propongono anche sulla base di una lettura approssimativa ed imprecisa della sentenza *Google Spain*[27], più equilibrata sembra la strada intrapresa dalla legge tedesca cui

[27] Il fatto che, nella sentenza *Google Spain*, il responsabile della pubblicazione sia escluso dal procedimento che porta alla rimozione del *link* dai risultati della ricerca, e non abbia alcuna possibilità di impugnare una eventuale decisione di accoglimento, si giustifica solo in ragione del carattere per così dire "minimale" della tutela accordata dalla sentenza della Corte di giustizia: il contenuto, infatti, non solo non è rimosso dalla rete, ma continua a essere reperibile anche dallo stesso motore di ricerca, e ciò rispetto a cui la sentenza fornisce tutela è solo quella anomala, e per molti aspetti rudimentale e imprecisata forma di "profilazione" che si effettua nel momento in cui, per acquisire sommarie informazioni su qualcuno, digitiamo in un motore di ricerca il suo nome o cognome. Inoltre, e su questo la sentenza è chiara, l'accoglimento della richiesta di deindicizzazione non presuppone affatto l'accertamento dell'illiceità del contenuto, che deve essere rimosso non perché falso o lesivo di diritti, ma semplicemente perché

si è accennato, che demanda ai gestori di individuare procedure le quali prevedano che vengano informati della decisione adottata, oltre ai «soggetti che hanno inoltrato la segnalazione», anche «gli utenti che hanno pubblicato il contenuto oggetto di contestazione»[28]: anche se resta da chiedersi se, specie laddove l'illiceità del contenuto sia controversa, non sarebbe più opportuno che il soggetto che ha pubblicato il contenuto contestato sia ammesso a contraddire sin dalla fase iniziale della procedura.

Infine, un ultimo rischio che deve essere considerato è quello che l'imporre ai *provider* di dotarsi di strutture complesse per gestire le richieste di rimozione finisca col generare forti effetti anticoncorrenziali, contribuendo ad aggravare ulteriormente l'assetto pressoché monopolistico che connota i diversi mercati dei servizi *online*: ma peggio ancora, e in ultimo, è lo scenario in cui due dei problemi cui si è accennato (il rischio della censura privata e quello delle distorsioni anticoncorrenziali) finiscono per sovrapporsi, dando luogo a decisioni di rimozione dettate da considerazioni economiche e commerciali (relative, ad esempio, alla posizione o alle condizioni economiche del soggetto che effettua la segnalazione) piuttosto che da un obiettivo apprezzamento sulla illiceità del contenuto stesso.

Si tratta, come è chiaro, di problemi tutt'altro che di agevole soluzione, ma si possono forse immaginare alcune indicazioni di massima per impostare una riflessione al riguardo.

In primo luogo, sembra evidente che occorre abbandonare la generica e ormai insoddisfacente definizione di *Internet service provider*, e la tripartizione di *hosting*, *caching* e semplice trasporto contenuta nella direttiva sul commercio elettronico, tripartizione che non è in grado di cogliere efficacemente le peculiarità che contraddistinguono i soggetti che oggi dominano la scena (a cominciare da motori di ricerca, *social network* e siti che ospitano *user generated contents*): a questo proposito, sarebbe però anche opportuno evitare di introdurre nuovi termini e concetti, a loro volta fonte di ulteriori problemi definitori[29], e cercare invece di definire meglio i concetti giuridici - e il relativo regime – corrispondenti ai termini oggi di uso corrente, come appunto *social network* o "motore di ricerca".

Sempre per quanto attiene alla esigenza di ridefinire la figura e i compiti del *provider*, non si può, poi, non tenere conto anche della dimensione economica, territoriale e personale di tali soggetti: non è assolutamente accettabile che vengano sottoposti alle

l'interessato ne desidera l'oblio, decorso un certo periodo di tempo. Queste due considerazioni possono, forse, giustificare il fatto che il responsabile della pubblicazione non debba essere coinvolto, così come il fatto che al gestore del motore di ricerca sia richiesta una valutazione del tutto prodromica e superficiale, che non può e non deve spingersi neppure a valutare la verità o il carattere diffamatorio o lesivo della notizia. Qualora l'intervento di rimozione fosse più incisivo, o richiedesse valutazioni più complesse rispetto a quella del tutto superficiale compiuta da Google a fronte della richiesta di deindicizzazione, allora nel procedimento dovrebbe certamente essere coinvolto anche il responsabile effettivo della pubblicazione, cui dovrebbe essere consentito controbattere e anche impugnare l'eventuale decisione di accoglimento, esattamente come è consentito all'interessato. Va da sé che questo postula, se non l'affermazione esplicita, quanto meno un passo significativo verso l'affermazione di una sorta di "diritto ad essere indicizzati" che finisce col mettere in discussione l'assioma dell'assoluta segretezza dell'algoritmo di ricerca e delle sue modifiche.

[28] Art. 3, n. 9, della legge.

[29] Come, ad esempio, quello di «piattaforme informatiche destinate alla diffusione *online*» utilizzato nel disegno di legge A.S. 2688 della XVII legislatura (Gambaro e altri), o quello del tutto generico di «gestore di sito Internet» utilizzato nell'art. 1, c. 3, della recente legge n. 71 del 2017 sul c.d. "cyber bullismo".

stesse regole il piccolo imprenditore che effettua limitati servizi di *hosting* e i grandi intermediari c.d. *over the top* che operano a livello globale, con fatturati che equivalgono al bilancio di uno stato di medie dimensioni; l'esigenza di effettuare una differenziazione di ordine, per dire così, dimensionale, cioè attinente alla dimensione economica (dell'azienda, del suo fatturato, del suo mercato) è del resto anche imposta da un'esigenza di ripristino di un minimo di equilibrio concorrenziale[30].

Ancora, occorre definire procedure che diano spazio e possibilità di intervento a tutti i soggetti coinvolti: non solo l'interessato (o, se non coincide con questi, il segnalante) e il *provider*, ma anche l'utente, l'autore, l'editore, insomma colui che ha immesso in rete il contenuto di cui si discute: tenendo conto, peraltro (e questo rappresenta un ulteriore profilo problematico), che, specie nell'universo dei *social media*, quest'ultimo potrebbe anche non essere un solo soggetto, ma una "catena" di soggetti che hanno condiviso e contribuito a diffondere una notizia[31].

Ciò detto, resta poi un ultimo, grande problema di fondo: chi detta le regole per questo tipo di procedure? È preferibile un intervento legislativo, che definisca un quadro di regole identico per tutti gli operatori, oppure il legislatore potrebbe limitarsi a indicare alcune linee generali e lasciare poi agli stessi operatori il compito di adattarle alle proprie specificità, sottoponendo poi i relativi atti di autoregolamentazione al controllo di apposite autorità amministrative?

Anche se il ricorso a strumenti di autoregolamentazione quali "codici di condotta", codici di "buone pratiche" e simili ha ormai assunti dimensioni impressionanti, e forse in alcuni ambiti rischia di essere sopravvalutato, in questo caso occorre probabilmente ammettere che la scelta più opportuna, in considerazione delle profonde differenze esistenti in concreto tra le situazioni ed i soggetti da regolare, potrebbe essere proprio quella di coinvolgere gli stessi operatori nella definizione delle regole e delle procedure da seguire.

Anche sotto questo profilo, sembrerebbe dunque apprezzabile la scelta del legislatore tedesco, che non pretende di individuare un procedimento uguale per tutti, ma obbliga i gestori a stabilire delle regole, comunicarle alle autorità e riferire sulla loro applicazione, limitandosi a stabilire alcune linee generali: tra le quali, come si è ricordato, l'esigenza di coinvolgere l'effettivo autore e responsabile della pubblicazione del contenuto

[30] Anche sotto questo profilo, sembrerebbe da valutare positivamente la scelta della legge tedesca approvata nell'autunno scorso, che oltre a dare (§1) una definizione di *social network,* (individuati nei "fornitori di servizi di telecomunicazione che per scopo di profitto gestiscono piattaforme Internet progettate per permettere agli utenti di condividere qualunque tipo di contenuto o di renderlo accessibile al pubblico") ha poi introdotto un limite (di 2 milioni di utenti registrati) al di sotto del quale il social network è dispensato dagli obblighi imposti dalla legge.

[31] Per inciso, il tema del coinvolgimento dei responsabili si sovrappone anche a quello dell'anonimato: fermo restando che una garanzia assoluta di anonimato non sembra potersi ammettere (al riguardo, sia consentito rinviare a M. Cuniberti, *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato,* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2014, 110 ss.), la scelta di mantenere l'anonimato fatica, ovviamene, a conciliarsi con l'esigenza di partecipare al procedimento attraverso cui si accetta l'illiceità del contenuto in rete; sicché, anche qualora si immaginassero meccanismi atti a conciliare le due esigenze, tali meccanismi potrebbero comunque operare solo entro certi limiti, superati i quali il mantenimento dell'anonimato non potrebbe che essere "pagato" con il "prezzo" rappresentato dalla impossibilità di partecipare e di interloquire nel procedimento finalizzato alla rimozione, o, all'opposto, l'esigenza di contraddire verrebbe "pagata" con la rinuncia all'anonimato.

online.

Insomma, le procedure di rimozione, o *notice and take down* che dir si voglia, rappresentano probabilmente uno strumento imprescindibile, oggi, anche per evitare di sovraccaricare le istanze giurisdizionali ed amministrative, a condizione che vengano introdotte con ponderazione, con adeguata considerazione delle peculiarità dei diversi mezzi, e senza la pretesa che possano rappresentare la soluzione di ogni problema.

Soprattutto, ciò che occorre evitare, nell'inquadrare le molteplici figure di *provider* affermatesi a partire dall'avvento del c.d. *web 2.0,* è di cadere nell'alternativa secca tra la figura del mero fornitore neutrale di servizi (ciò che queste figure, per le ragioni cui si è accennato, non più sono ormai da tempo) e quella dell'editore, con le relative responsabilità: tale alternativa è impropria e mal posta, in quanto esclude che possa esistere una via di mezzo, in cui, pur non riscontrandosi una responsabilità editoriale in senso proprio, si riconosce l'esistenza di una posizione di potere privato, cui non possono non accompagnarsi ragionevoli obblighi e responsabilità, in particolare obblighi di collaborazione per il contrasto alle attività illecite.

5. Libertà in rete e potere pubblico: regolazione del mezzo v. controllo sui contenuti

Se dal rapporto tra le libertà e i poteri privati si passa a quello con i poteri pubblici, un primo dato che emerge (anche se non mancano segnali in controtendenza) sembra costituito da una crescente consapevolezza della inutilità della intensificazione del ricorso alla sanzione penale (o all'aggravamento delle sanzioni penali esistenti) come strumento per contrastare le attività illecite o pericolose *online*.

Ciò non significa, però, che la tendenza all'uso (e all'abuso) di strumenti penalistici sia del tutto scomparsa: oltre a riaffiorare, periodicamente, all'interno di progetti di legge finora (fortunatamente) mai arrivati in porto[32], essa riappare anche nelle frequenti occasioni in cui l'utilizzo di Internet nel compimento di un illecito viene considerato dal legislatore come una aggravante rispetto a reati esistenti[33]; in cui, in sostanza, una determinata attività, solo perché svolta attraverso strumenti informatici o telematici, viene considerata più pericolosa o socialmente dannosa della stessa attività svolta mediante strumenti differenti.

Questa tendenza suscita non poche perplessità, almeno quando l'attività in questione consista nella diffusione di notizie o di opinioni, che dunque verrebbe punita più severamente quando si avvalga di strumenti informatici o telematici piuttosto che di altri mezzi di pubblicità, ad esempio i *mass media* tradizionali.

Deve essere chiaro che ciò di cui qui si discute non è che venga attribuito rilievo alla maggiore lesività che comporta l'uso di un mezzo di pubblicità: se così fosse, saremmo

[32] A cominciare dal già citato disegno di legge A.S. 2688 (Gambaro e altri) presentato alla fine della XVII legislatura.

[33] Si possono menzionare, a titolo esemplificativo, l'art. 612 – *bis*, c. 2, c.p., sul c.d. *stalking* (come modificato dal d. l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni in l. 15 ottobre 2013) o l'art. 414, c. 3 e 4, c.p., sulla istigazione a delinquere o l'apologia di delitto (come modificati dall'art. 2, c. 1, lett. *b)*, n. 2), del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, nella l. 17 aprile 2015, n. 43).

nell'ambito di qualcosa di consolidato e abbastanza pacifico (basti pensare alle aggravanti della diffamazione)[34]. Ciò di cui si discute, è, invece, la pretesa di attribuire un connotato di maggiore lesività all'uso di strumenti informatici e telematici *in sé e per sé considerato*, indipendentemente dall'idoneità a raggiungere un numero maggiore o minore di utenti: così, per esemplificare, lo stesso reato finirebbe con l'essere sanzionato più severamente se commesso attraverso un *blog* frequentato da una decina di utenti che attraverso la trasmissione di un canale televisivo nazionale o un grande quotidiano.
Non sembra potersi invocare, a favore di tale maggiore severità, l'argomento[35] secondo cui la stampa, e in generale l'informazione veicolata attraverso i *mass media* tradizionali, è già presidiata da una serie di meccanismi e controlli "interni" (dalla responsabilità – e relativi poteri di controllo - del direttore e dell'editore, sino ai poteri disciplinari dell'Ordine) che ne limitano gli eccessi, ne prevengono o correggono gli errori, agevolano l'individuazione di un responsabile, che insomma dovrebbero limitare e contenere il rischio di illeciti, mentre, invece, la manifestazione del pensiero *online*, pur potendo astrattamente raggiungere un numero di destinatari anche superiore a quello dei *mass media* tradizionali, non presenta simili meccanismi di controllo e moderazione, che consentano di ridurre il rischio di illeciti.
Questo, infatti, potrà anche essere vero[36], ma non si vede come possa giustificare un diverso trattamento sanzionatorio, che può essere giustificato solo a partire dalla maggiore gravità e lesività di una condotta, non dalla maggiore difficoltà a controllarla, prevenirla, accertarla e reprimerla.
La ragionevolezza di una simile scelta appare, quindi, quanto meno discutibile: non solo perché, in sé, l'uso delle tecnologie informatiche o telematiche può consentire di raggiungere moltissime o pochissime persone, in dipendenza di una pluralità di fattori, sicché non rappresenta in alcun modo un indice della maggiore o minore diffusività, e quindi lesività, della condotta sanzionata; ma anche perché, oggi, l'integrazione tra *mass*

[34] Peraltro, proprio il riferimento alla diffamazione evidenzia un ulteriore, specifico profilo di irragionevolezza di tali aggravanti, dal momento che la diffamazione, esattamente all'opposto di quanto avviene in questi casi, è tuttora punita più severamente se avviene «a mezzo stampa» (art. 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47) che con «altro mezzo di pubblicità» (art. 595, c. 3, c. p.).

[35] Adombrato in qualche modo nella relazione di accompagnamento del già citato disegno di legge A.S. 2688 (Gambaro e altri), che abbonda di previsioni in cui il comportamento sanzionato, consistente nella diffusione di notizie o in altre forme di manifestazioni del pensiero, è punita esclusivamente (o in maniera più grave), se avviene attraverso piattaforme telematiche.

[36] La Corte EDU, ad es., ha ammesso che le differenze che intercorrono tra Internet e la stampa possano giustificare differenze di trattamento relativamente alla «riproduzione di materiali dalla stampa e da Internet»: in particolare, la sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina,* del 5 maggio 2011 (ric, 33014/05), giustifica tali possibili differenze di trattamento sulla base della considerazione che «*the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights ad freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press*»: pertanto «*the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ*». Va detto, peraltro, che il caso riguardava la condanna per diffamazione di alcuni giornalisti che avevano ripreso delle notizie reperite su Internet, in presenza di una legislazione che, nella medesima situazione, escludeva la responsabilità di chi avesse ripreso analoghe notizie dalla stampa, e che la Corte, all'esito del giudizio, dichiara la violazione dell'art. 10, ritenendo che la mancanza di una disciplina che preveda analoghe forme di esenzione anche per chi riprende notizie dalla rete facesse venir meno il presupposto della previsione con legge della misura richiesto dall'art. 10, par. 2, CEDU (cenni analoghi si rinvengono anche in *Stoll c. Svizzera* del 10 dicembre 2007, ric. 69698/01, e *KU c. Finlandia* del 4 dicembre 2008, ric. 2872/02).

media tradizionali e nuovi *media* è tale che una notizia diffusa attraverso i primi è con ogni probabilità destinata ad essere ripresa e amplificata dai *social* e dai *media* digitali, e viceversa.

Si comprende agevolmente, quindi, come non abbia alcun senso attribuire rilievo all'uso di una o altra tecnologia trasmissiva ai fini di determinare l'illiceità, o la maggiore o minore severità del trattamento sanzionatorio di una condotta riconducibile alla diffusione di notizie o opinioni.

In realtà, l'indubbia differenza che esiste tra i tradizionali *mass media* e i c.d. nuovi *media* digitali riguarda, come si è accennato, non già la gravità dell'illecito in sé, ma la difficoltà di prevenirlo, accertarlo e sanzionarne i responsabili: ma se è così, la differenza dovrebbe condurre, ragionevolmente, all'elaborazione di regole relative non già al trattamento giuridico dei contenuti, bensì all'uso corretto, leale e trasparente del mezzo; più che di occuparsi del contenuto (lecito o illecito, vero o falso, lesivo o inoffensivo) del messaggio in sé (che non cambia a seconda che il messaggio sia veicolato attraverso l'una o l'altra piattaforma tecnologica, analogica o digitale che sia), si tratta, insomma, di contrastare modalità scorrette di diffusione del messaggio.

A questo proposito, si possono segnalare due problematiche sicuramente meritevoli di attenzione, anche se certo non di agevole soluzione: il tema della profilazione dell'utente finalizzata all'invio di materiale di comunicazione politica e quello della trasparenza circa la fonte dell'informazione *online*.

Quanto al primo tema, l'uso della profilazione per finalità di *marketing* è a tal punto elemento integrante dell'economia dei nuovi *media* che non sembra in alcun modo limitabile, nonostante i tentativi di attribuire un qualche rilievo al consenso dell'utente attraverso meccanismi di *opt – in* o *opt out*[37]: tuttavia, la recente vicenda *Cambridge Analytica*, se ha rappresentato poco più che la scoperta dell'acqua calda nel momento in cui ha rivelato la pervasività (e la pericolosità) di simili meccanismi, potrebbe indurre a chiedersi se si possa quanto meno immaginare che, rispetto alla diffusione di alcune tipologie di contenuti (informativi, o magari più specificamente di comunicazione politica) l'uso delle tecniche di *marketing* diretto e della pubblicità comportamentale basata, appunto, sulla profilazione dell'utente, possa essere limitato, o addirittura escluso del tutto.

Non vi è dubbio che una limitazione del genere possa risultare tecnicamente difficile, in un contesto in cui la profilazione dell'utente è prassi ordinaria e quotidiana: ma se, lasciando per il momento impregiudicata la possibilità tecnica di un simile risultato, ci si interroga sulla sua compatibilità con il quadro costituzionale vigente, un riferimento di qualche utilità può essere rappresentato dalla vigente disciplina della comunicazione politica.

In numerosi paesi europei, ed anche in Italia, con la legge n. 28 del 2000, la disciplina

[37] V. ad es. il recente studio *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy* dove si osserva (p. 274): «la convinzione che il consenso possa rappresentare il principale elemento di legittimazione anche nel contesto digitale espone ogni intervento normativo all'esito tragico dello sforzo di Sisifo, specie se si considera che non si intravedono modelli di business alternativi rispetto a quelli che ricavano profitti dalla profilazione degli utenti e dalla pubblicità»; sicché (riprendendo una espressione di B.J. Koops, *The trouble with European data protection law*, in *Tilburg Law School Researh Paper,* n. 4/2015) «il vero problema della tutela dei dati personali risiede nel suo essere lettera morta».

della comunicazione politica contempla al suo interno anche la limitazione del ricorso ad alcune tecniche tipiche della comunicazione pubblicitaria per veicolare messaggi politici: tra questi, in primo luogo, il divieto di trasmettere in televisione *spot* elettorali, in campagna elettorale, o addirittura in generale, anche fuori dalle campagne elettorali [38].
Simili restrizioni vengono comunemente giustificate con l'esigenza di limitare l'ingerenza del potere economico nella formazione della volontà politica: si tratta sicuramente di un'esigenza condivisibile, anche se non si può sfuggire all'impressione che il divieto degli *spot* elettorali in televisione sia una misura ormai un po' anacronistica, se si pensa al potere che può esercitare chi, detenendo le risorse per lavorare sui c.d. *big data* (e cioè per effettuare le complesse – e costosissime - operazioni di *data mining*, *data analysis* ecc.), può disporre dei profili degli utenti ed utilizzarli per l'invio di materiale informativo volto ad orientarne le scelte politiche; un potere, va aggiunto, molto più pervasivo e pericoloso, in quanto sotterraneo e assai meno percepibile di quello chi è in grado di comprarsi spazi pubblicitari in tv, posto che la pubblicità radiotelevisiva è pur sempre governata da un insieme minimo di regole che ne garantiscono, quanto meno, la riconoscibilità[39].
Tali restrizioni possono però giustificarsi in base ad un altro e, forse, oggi più convincente principio: quello per cui le tecniche della comunicazione commerciale non dovrebbero essere utilizzate nell'ambito della comunicazione politica, per il semplice fatto che le idee non sono merci, che il cittadino non è un semplice "consumatore di informazioni", che, insomma, ciò che va bene per vendere un dentifricio non va bene per vendere un programma politico[40]: e allora, a ben vedere, un divieto di applicare alla comunicazione politica tecniche di *marketing* diretto basate sulla profilazione dell'utente non sarebbe altro che l'applicazione, ad un altro ambito comunicativo, di uno dei principi della disciplina della comunicazione politica, e cioè la limitazione della possibilità di utilizzare strumenti della comunicazione commerciale in ambito politico.
Un altro ambito su cui non si può non abbozzare una riflessione è quello della trasparenza sulle fonti della notizia: non si tratta qui del complesso tema dell'anonimato in rete[41], poiché il problema che si vuole porre non riguarda tanto la immediata identificabilità dell'utente che immette o condivide informazioni o opinioni in rete (magari nascondendosi dietro lo schermo di un *nickname*) quanto la possibilità di sapere di quale tipologia di utente si tratta, al fine di evitare che forme di comunicazione commerciale o propaganda politica siano dissimulate dietro l'apparenza di semplici manifestazioni del pensiero.
In altri termini, si tratta di accertare che chi si presenta in rete nelle vesti di un sem-

[38] Una rassegna delle differenti soluzioni adottate nei diversi paesi aderenti alla CEDU si può rinvenire nella sentenza della Corte EDU, Grande Camera, *Animal Defenders International c. Regno Unito*, ric. 48876/08 (2013).

[39] Al riguardo, sia consentito rinviare a M. Cuniberti, *Il divieto della pubblicità politica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Osservatorio AIC*, settembre 2013, 29 ss. in particolare.

[40] Sulla differenza tra «cittadino informato» e «consumatore di informazioni» sono sempre attuali le considerazioni di C. R. Sunstein, *Republic.com,* New York, 2002, trad. it. *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2003.

[41] Su cui molto si è scritto: da ultimo, v. G. Resta, *L'anonimato in Internet,* in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *op. cit.*, 66 ss.

plice utente, di una persona fisica che sta esercitando la sua libertà di manifestazione del pensiero, sia effettivamente tale, e non sia invece, un programma (c.d. *bot*) o una identità fittizia (c.d. *fake account*) attraverso cui opera un'organizzazione, sia essa privata o governativa, legale o illegale, con finalità di lucro o politiche: il che assume, del resto, una ulteriore e particolare importanza in un contesto tecnologico in cui proprio il fatto che una notizia sia condivisa – o addirittura apprezzata – da un gran numero di utenti tende ad aumentarne la diffusione, secondo quello che è un vero e proprio effetto "a cascata".

Se è vero, insomma, che *bot* e *fake account* sono tra gli strumenti cui maggiormente si deve la "viralità" della diffusione delle c.d. *fake news* in rete[42], allora si possono, forse, immaginare strumenti che siano in grado di operare sul versante della trasparenza, in modo da rendere riconoscibile, se non l'identità, quanto meno la effettiva natura del mittente del messaggio, e in alcuni casi anche vietare pratiche scorrette volte a dissimulare tale natura.

Forse non è possibile impedire ad un privato cittadino di esprimere l'opinione che il vaccino provoca l'autismo, che la terra è piatta o che l'uomo non è mai sbarcato sulla luna: ma certamente è possibile accertarsi (e a questo fine potrebbero utilizzarsi anche procedure automatizzate) che quel privato cittadino sia veramente tale, e non sia, invece, una identità più o meno fittizia che opera per finalità commerciali o politiche (ad esempio, nel caso dei vaccini, al fine di indirizzare gli utenti verso cure "alternative" che magari costituiscono vere e proprie truffe), o di manipolare il loro consenso a fini politici; è possibile, insomma, verificare che la fonte da cui proviene l'opinione controversa sia effettivamente un soggetto che sta esercitando la sia libertà di manifestazione del pensiero, e non uno strumento al servizio di interessi politici o commerciali, leciti o illeciti, di organizzazioni pubbliche o private, siano essi società commerciali, fornitori di beni o servizi più o meno legali, partiti politici, governi stranieri, ecc.

Anche in questo caso (e ciò conferma come, in molti casi, i temi che si pongono in relazione alle nuove tecnologie non siano che la riproposizione di temi e problematiche già presentatesi in altri ambiti) può essere utile un parallelo, questa volta con la disciplina della comunicazione pubblicitaria: il principio in base al quale si sanziona la pubblicità occulta e non trasparente, il principio, cioè, per cui deve essere data all'utente la possibilità di distinguere tra informazione (o semplice manifestazione del pensiero) e pubblicità commerciale, e si possono colpire modalità scorrette di comunicazione pubblicitaria dissimulata sotto le vesti dell'esercizio della libertà di cronaca o di critica, può tranquillamente essere applicato anche in questa sede, per distinguere ciò che è effettivamente manifestazione del pensiero da ciò che è altro (comunicazione commerciale, propaganda politica o, peggio, attività di disinformazione organizzata al fine di perseguire illeciti profitti).

Anche in questo caso, è chiaro che l'applicazione pratica del principio può non essere agevole, e non esente da errori e margini di imprecisione: ma quello che conta è innanzitutto definire il senso del possibile intervento, che – si ripete - non dovrebbe essere tanto il controllo o la repressione sui contenuti (con l'inevitabile rischio di dar vita a

[42] In particolare, v. F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura,* in *questa Rivista,* 2017, 48 ss.

forme di censura e ad eccessi autoritari)[43] quanto l'imposizione di regole di lealtà, correttezza e trasparenza sui mezzi; il che, per inciso, sembrerebbe anche più conforme alla tradizione liberale espressa nello stesso art. 21 Cost., in particolare dove si fa riferimento (c. 3 e 5) alla possibilità di porre regole per l'individuazione dei responsabili e di rendere noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

[43] Da ultimo, questo rischio è particolarmente sottolineato nel documento predisposto dal "Gruppo di esperti di alto livello" nominato nel gennaio 2018 dalla Commissione europea per approfondire il tema delle strategie di contrasto alle fake news e alla disinformazione in rete, il cui approccio equilibrato si segnala, e va apprezzato, anche per contrasto con altre, ben più bizzarre ed inquietanti iniziative della UE nel contesto della "guerra alla disinformazione", come ad es. (per citare la più eclatante) la costituzione, addirittura presso la Commissione UE, di una "Task force per la comunicazione strategica sull'est Europa" (*East Stratcom Task Force*), che tra le sue iniziative edita un sito (*euvsdisinfo.eu*) specificamente dedicato a contrastare la (sola) disinformazione e la propaganda russa: una iniziativa che ha suscitato polemiche, per l'evidente difficoltà di distinguere "contropropaganda" e propaganda, e anche per alcuni gravi incidenti di percorso, come l'aver bollato alcuni periodici indipendenti come organi di disinformazione al servizio del Cremlino.

L'ingiusto processo mediatico*

Antonio Riviezzo

Abstract

L'autore analizza la fenomenologia del processo mediatico alla luce dei principi costituzionali del giusto processo e del diritto di cronaca, e propone di risolvere le distorsioni che questo può creare attraverso una più estesa deontologia professionale e più rigida disciplina del segreto.

The author analyzes the problem of media trials in light of constitutional principles such as due process and freedom of information, and calls for a stronger professional deontology and a stricter regulation of secrecy as remedies to the relevant distorsions.

Sommario

1. Processo legale e sistema democratico. – 2. Fenomenologia del processo mediatico. – 3. Processo mediatico e populismo. – 4. Strategia e tecnica del processo mediatico. – 5. Processo mediatico e «giusto processo». – 6. Processo mediatico e diritto di cronaca. – 7. Una conclusione controintuitiva: secretare i processi? – 8. Un'ultima precisazione

Keywords

Processo mediatico, Giusto processo, Diritto di cronaca, Informazione, Democrazia

«*Se crepa il toro, ne rimane la pelle;*
se muore l'uomo, ne rimane il nome»
(Antico detto curdo)

1. Processo legale e sistema democratico

Una celebre definizione di democrazia, particolarmente funzionale rispetto al tema della mia comunicazione, è quella per cui essa sarebbe nient'altro che «il governo del potere pubblico in pubblico»[1].

* Il presente scritto costituisce l'ampliamento di una comunicazione dell'A. resa in occasione del Convegno "Giornate sul diritto dell'informazione" tenutosi a Siena, presso il Dipartimento di Scienze politiche e internazionali, nei giorni 17 e 18 maggio 2018.
L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

Da tale definizione ampia, tesa nel contesto originario a marcare la differenza tra sistemi politici democratici e sistemi politici autocratici[2], deriva – per quello che qui interessa – lo specifico corollario a mente del quale anche il potere giurisdizionale, in quanto "posto" dal legislatore, "deve" essere (esercitato in) pubblico[3].

Se infatti il potere legale è "democratico" perché controllabile dal popolo (e, prima ancora, controllabile "in quanto" pubblico); e se ciò vale per il potere legale "supremo", ossia quello di porre le norme; a maggior ragione sembra logico ritenere che una tale caratteristica debba appartenere anche agli altri poteri pubblici, in ispecie a quello "giurisdizionale".

Il quadro ordinamentale "positivo", se non proprio quello "effettivo", conferma sul piano dogmatico quanto viene generalmente asserito sul piano teorico: basti citare – senza approfondire troppo, per non allontanarsi dalla linea di ricerca fondamentale – il principio di pubblicità dei lavori parlamentari (art. 64, c. 2, Cost., minuziosamente disciplinato in diverse disposizioni dei regolamenti camerali)[4] e dell'attività giurisdizionale (*arg.* art. 101, c. 1, Cost., specificato anch'esso analiticamente nei diversi codici processuali)[5]; rispetto all'attività del Governo, il principio di pubblicità assume invece un andamento più sfumato, per ragioni note o comunque intuibili, sebbene anche in tale fattispecie la vocazione democratica dell'ordinamento si manifesti, da un lato, nella progressiva contrazione dell'area degli *arcana imperii* e, dall'altro, nella sottoposizione di tali *arcana* al vaglio del Parlamento e degli organi di garanzia costituzionale[6].

La "pubblicità" della funzione giudicante globalmente considerata, in particolare, implica la "pubblicità dei procedimenti" quale principio generale del sistema processuale[7], pur se suscettibile di eccezioni (*rectius*: secretazioni), comunque tassativamente indicate e limitate nel tempo[8].

La dottrina, poi, è solita distinguere, sulla base delle diverse disposizioni legislative in materia, una pubblicità "interna" da una "esterna", a seconda che il principio involga l'azione dei soggetti processuali ovvero dei terzi estranei, e, sotto il profilo strutturale, una pubblicità "immediata" da una "mediata", a seconda di come il terzo estraneo attinga alle informazioni, se in prima persona (ad es., *ex* art. 471 c.p.p.) o attraverso i *mass*

---

[1] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 86.

[2] *Ivi*, 85 ss., anche e soprattutto alla luce della contrapposizione di «pubblico» (aggettivo e sostantivo) non tanto a «privato», quanto a «segreto».

[3] *Ivi*, 88: «[nei sistemi democratici] la pubblicità è la regola, il segreto l'eccezione».

[4] Cfr. artt. 63-65 Regolamento della Camera dei Deputati e artt. 57 e 70 Regolamento del Senato.

[5] In particolare, si pensi all'art. 471 c.p.p., dato che "normalmente" (quantunque non necessariamente) il procedimento che assume (anche) la fisionomia mediatica è quello penale; ma regole di analogo tenore possono rinvenirsi anche nel codice di rito civile, in quello del processo amministrativo e nell'insieme delle disposizioni disciplinanti il processo tributario.

[6] Cfr. in particolare gli artt. 10-11 della l. 7 agosto 2012, n. 133 e l'art. 40, l. 124/2007, in materia di segreto di Stato. In argomento, può leggersi M.V. Catanzariti, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, 2014.

[7] La prima pronuncia in tal senso della Corte costituzionale risale addirittura al 1965: cfr. C. Cost., 6 aprile 1965, n. 25.

[8] Sempre in ambito processual-penalistico, si pensi all'art. 329 c.p.p. che tutela il segreto investigativo.

media (ad esempio, *ex* artt. 114 c.p.p. e 147 disp. att.)[9].
In tale quadro occorre inserire le riflessioni che seguiranno a proposito del c.d. processo mediatico, manifestazione eminente di pubblicità mediata, eppure locuzione – come si avrà modo di chiarire – per un verso efficace ma per un altro piuttosto fuorviante: il processo propriamente inteso, infatti, è un istituto di diritto positivo, mentre quello mediatico è un fenomeno di matrice eminentemente sociologica, sebbene suscettibile – come si vedrà tra pochissimo – di avere ricadute apprezzabili anche sul piano strettamente giuridico (*infra* § 2).

2. Fenomenologia del processo mediatico

Di c.d. processo mediatico, in verità, scienziati sociali ed esperti a vario titolo di comunicazione ragionano da un bel po' di tempo, mentre i giuristi hanno iniziato relativamente da poco a interrogarsi sulle sue implicazioni strettamente legali[10], se non altro perché l'analisi di un fenomeno di matrice prettamente esistenziale – per di più in continuo divenire – appariva poco conforme al disciplinare scientifico delle scienze dogmatiche.
Tuttavia, la locuzione è oramai entrata a far parte del lessico legale – per così dire – *pleno iure*, per lo meno a far data dalla Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione per l'apertura dell'anno giudiziario 2017, il cui paragrafo 7 è intitolato significativamente «Le distorsioni del processo mediatico»[11].
Segnatamente, in tale documento si evidenzia come «il pre-giudizio costruito nel processo mediatico parallelo» determini un «conflitto tra la giustizia "attesa" [dall'opinione pubblica, *scil.*] e la giustizia "applicata" [dalla magistratura giudicante, *scil.*]»[12].
È evidente che simili affermazioni non nascono come Minerva dalla testa di Giove, ma affondano le radici in un disagio rispetto al fenomeno in discorso che la dottrina più avvertita ha già manifestato[13]; alla luce di ciò, la circostanza che – finalmente – tali concetti siano filtrati in una dimensione istituzionale eminente (qual è indubbiamente quella del supremo organo giurisdizionale ordinario italiano) obbliga anche il giurista

[9] Cfr. ad es. G. Giostra, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, 60 s.

[10] Segnalo in proposito il recente volume di C. Conti (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, Milano, 2016, che, oltre a un inquadramento generale dei problemi, contiene anche le minuziose ricostruzioni di alcuni dei casi più noti che si sono sviluppati lungo il doppio (e spesso divergente) binario della narrazione processuale e di quella giornalistica.

[11] G. Canzio, *Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione per l'apertura dell'anno giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2, 2017, 454 ss.

[12] *Ibidem*. Naturalmente, il Primo Presidente sottolinea solo la distorsione derivante da una *corretta* applicazione del diritto, dandola per scontata; la dottrina – a questa preoccupazione – mostra però sovente di sommarne un'altra, esattamente speculare: che la giustizia «applicata» *si pieghi* alle attese dell'opinione pubblica (*infra*, nt. successiva).

[13] Mi limiterei, per ragioni di spazio, a segnalare solo i contributi che ho maggiormente utilizzato ai fini della formazione della presente comunicazione, ragion per cui i rimandi dovranno intendersi come effettuati anche alle bibliografie ivi riportate: G. Giostra, *op. cit.*, 57; G. Picciotto, *Processo penale e libertà d'informazione*, in *Giur. merito*, 9, 2010, 2267 ss.; S. De Nicola-S. Ingrosso-R. Lombardo, *Comunicazione mediatica e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2, 2012, 1 ss.; C. Conti, *La verità processuale nell'era "post-Franzese": rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio*, in Id., *Processo mediatico e processo penale*, cit., 1 ss.

più prudente sotto l'aspetto metodologico a dover fare i conti con la locuzione in parola, e soprattutto con le sue implicazioni.

"Fenomenologicamente" la dottrina e, ora, anche la giurisprudenza distinguono per lo meno due figure di "processo mediatico"[14]:

a.- un processo mediatico "ausiliario" del processo legale, che riporta, cioè, ciò che avviene in aula, in mera conformità ad un esercizio legittimo, e persino socialmente utile, del diritto di cronaca (giudiziaria), in quanto finalizzato a realizzare più intensamente il principio di pubblicità nel settore dell'amministrazione della giustizia;

b.- un processo mediatico "parallelo" al processo legale, che è la variante cui sembra alludere la summenzionata Relazione del Primo Presidente; una variante in cui – per quanto qui rileva – il profilo cronachistico si mescola con quello valutativo, rischiando per l'appunto di generare quello iato tra giustizia «attesa» e giustizia «applicata» che tanto sembra preoccupare gli addetti ai lavori.

Personalmente, mi sentirei di censire anche una terza variante (o accezione) di processo c.d. mediatico che mi pare stia emergendo dalle pieghe delle prassi informativo-comunicative in essere, ossia:

c.- un processo "esclusivamente" (o "prevalentemente") mediatico, tale essendo quello nel quale "lo stesso materiale probatorio" riversato nel processo legale sia costituito, esclusivamente o in prevalenza, da resoconti giornalistici: penso, ad esempio, ai procedimenti, sportivi e penali, noti come Calciopoli[15].

Ad ogni modo, se si accetta la classificazione dottrinale e giurisprudenziale surriportata (e, volendo, anche la terza variante da me ipotizzata), non potrà comunque negarsi che, almeno *prima facie*, la fenomenologia del c.d. processo mediatico appaia inscrivibile nel perimetro del legittimo esercizio del diritto di cronaca (prima figura) o in quello del diritto di cronaca e di critica (seconda figura), sempre *ex* art. 21 Cost.[16].

Tuttavia, le cose non sono così semplici: il potere intrusivo dei *mass media*, soprattutto allorquando si tratti di orientare l'opinione pubblica, è sin troppo noto per intrattenervisi ulteriormente; basti rilevare che, proprio a seguito di tale effetto – se riflesso o irriflesso, è questione trascurabile nella presente indagine – di distorsione del procedimento di (corretta) formazione del consenso, è invalso l'uso di etichettare il fenomeno in parola anche con la locuzione di "circo mediatico", a marcarne la valenza radicalmente negativa[17].

---

[14] V. per tutti, G. Giostra, *op. cit.*, 58 s.

[15] In effetti, gli investigatori, sebbene abbiano "apparentemente" istruito l'inchiesta attraverso fonti di prova rappresentate da intercettazioni telefoniche, hanno "in realtà" utilizzato i resoconti giornalistici delle singole gare per aggirare l'ostacolo teoricamente insuperabile dell'insindacabilità dei giudizi tecnici degli ufficiali di gara e poter così introdurre una sorta di consulenza tecnica "diffusa" all'interno dell'impianto accusatorio e dimostrare la non genuinità dei risultati delle partite.

[16] La questione mi parrebbe porsi in termini sensibilmente diversi nella terza variante da me isolata («"processo" esclusivamente/prevalentemente "mediatico"»), ma – trattandosi per l'appunto di una figura non (ancora) recepita nel dibattito scientifico – è preferibile lasciarla da parte.

[17] Così, in ambito scientifico, D. Soulez Larivière, *Il circo mediatico-giudiziario*, trad. it. di M. Giustozzi, Macerata, 2008; anche la cronaca conosce però tale espressione e se ne serve piuttosto di frequente: tanto per fare un esempio relativamente recente, il Procuratore capo della Procura di Napoli Giovanni Melillo, in un'occasione pubblica costituita dalla presentazione di un libro di Annalisa Chirico, ha invi-

Nel prosieguo, continuerò però a usare la più neutra espressione di "processo mediatico", così da sgomberare il campo da ogni possibile equivoco: la narrazione dei processi in corso attraverso i *mass media*, infatti, se certamente non è sempre svolta in maniera commendevole e conforme ai parametri legali di riferimento, nemmeno può essere liquidata invariabilmente come una degenerazione del circuito informativo, portatrice di sole disfunzioni e di soli disvalori.

3. Processo mediatico e populismo

In una serie ravvicinata di scritti tanto celebri quanto oramai risalenti, Piero Calamandrei aveva individuato le coordinate di base per lo studio del nesso intercorrente tra processo giurisdizionale, in particolare, e processo democratico, in generale[18].
Segnatamente, il chiaro A. aveva colto esattamente la dimensione di solitudine e, quasi, di "scollamento" dal contesto sociale che caratterizza l'uomo incaricato di amministrare la giustizia «in nome del popolo» nell'ambito di una personale e draconiana «soggezione alla legge», come pretende(rebbe) l'art. 101 Cost.; la soluzione proposta da Calamandrei, per conciliare il principio della sovranità popolare con l'azione burocratica del magistrato chiamato a giudicare, poggiava sulla "credibilità" di quest'ultimo; credibilità costruita però non tanto sulle sue doti personali (certamente necessarie, ma non "giuridificabili"), quanto sulla netta separazione istituzionale tra sfera politica e sfera giurisdizionale, da un lato, e sulla pratica del sillogismo giudiziale quale tecnica decisoria, dall'altro[19].
In altre parole, la strategia di legittimazione del potere giurisdizionale immaginata da Calamandrei tendeva ad affrancare il giudice dall'area carismatica per riportarlo decisamente verso una dimensione legale-razionale[20] che, in un contesto democratico, non poteva che muovere da una fiducia, quasi commuovente, nelle capacità "logiche" degli esseri umani, (fiducia) che doveva accompagnare una riconosciuta competenza tecnica dell'esercente la funzione pubblica[21].
La situazione fattuale odierna, peraltro, rende la suddetta formula doppiamente insoddisfacente, sia in generale (tenuta ed evoluzione del sistema democratico) sia in particolare (ascesa e affermazione del rito c.d. mediatico).
Se potessimo indicare un *focus* comune cui tendono ambedue le linee evolutive summenzionate, infatti, non faremmo troppa fatica a individuarla proprio nel "cedimen-

tato tutti i suoi sostituti pubblici ministeri a «prendere le distanze dal circo mediatico» (fonte: *Il Foglio*, 30 novembre 2017, 2).

18 P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova, 1954. Trattasi della raccolta delle conferenze tenute dal chiaro Autore nella Facoltà di Diritto dell'Università nazionale del Messico nel 1952.

19 P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in Id., *Processo e democrazia*, cit., 45 ss.

20 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. it. di T. Biagiotti, F. Casabianca e P. Rossi, *Economia e società*, Torino, 1999, spec. 34 ss.

21 P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, cit., spec. 56-59. Naturalmente, trattasi di condizione "necessaria ma non sufficiente" per raggiungere lo scopo, dato che nemmeno è possibile ridurre integralmente il giudice – sempre per usare le parole di Calamandrei (a p. 58) – a una «macchina sillogizzante» come immaginava Montesquieu.

to" della separazione tra sfera politica e sfera legale e, a cascata, nella "perversione" del ruolo che il popolo è chiamato a svolgere nella dinamica processuale: oggi infatti «*l'opinione pubblica non vuole solo essere informata:* vuole giudicare»[22]. E per giudicare – di preferenza velocemente e in base alla limitata comprensione dei meccanismi procedimentali nella disponibilità del *quivis de populo*[23] – è sufficiente una «conoscenza profana» (dei fatti e delle norme)[24], che si abbevera ideologicamente alla stessa fonte dalla quale trae forza l'insieme delle idee che oggi chiamiamo "populiste": tutto ciò che proviene "direttamente" dal popolo è per definizione «buono» (*recte*: «giusto», se si parla di "sentenze"), poiché il popolo, a differenza dei suoi governanti, è «onesto»[25].
Insomma: la competenza tecnica del giudicante e l'approccio razionale alla decisione, sui quali tante speranze riponeva Calamandrei, non sono all'interno dell'odierno perimetro culturale, soppiantati da un approccio riduttivista ed eticizzante alle questioni pubbliche[26].

4. Strategia e tecnica del processo mediatico

Le cicatrici di questa risorgente visione della sfera pubblica sono particolarmente evidenti in ambito processuale, tanto che è ormai frequente rinvenirne tracce anche nelle statuizioni giurisdizionali vere e proprie; segnatamente, è stato correttamente rilevato come a soffrire maggiormente di un simile mutamento di paradigma sia il regime giuridico di assunzione e valutazione della prova, persino scientifica[27].
Lo svolgimento dei processi (soprattutto penali) sui *mass media*, col conseguente effetto di spettacolarizzazione della giustizia, finisce infatti per sollecitare non tanto la nostra intelligenza "razionale", quanto quella propriamente "intuitiva", né può dirsi che chi giudica sia immune da tale effetto di manipolazione solo perché giudica[28]: le tendenze al c.d. verificazionismo e – più latamente – all'esperimento di varie strategie c.d. euristiche, al fine di pervenire a decisioni complesse in un contesto di informazioni incomplete, sono un dato ormai acquisito negli studi di psicologia giuridica[29].

---

[22] F. M. Iacoviello, *Conclusioni. Il processo senza verità*, in C. Conti (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, cit., 220. L'enfasi è aggiunta.

[23] P. Bellucci, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2005, spec. 5 ss. evidenzia in particolare la mancanza di alfabetizzazione giudiziaria.

[24] C. Conti, *La verità processuale nell'era "post-Franzese": rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio*, cit., 3 ss.

[25] Così fraseggia il substrato culturale populista M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo* (Relazione al Convegno AIC "Democrazia, oggi", Modena, 10-11 novembre 2017), 1 ss. Il testo provvisorio, qui utilizzato, è liberamente accessibile e scaricabile *online* dal sito istituzionale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

[26] *Ivi*, 19 ss.

[27] P. Felicioni, *Processo penale e prova scientifica: verso un modello integrato di conoscenza giudiziale*, in *Cass. pen.*, 4, 2013, 1620 ss. Mi permetto di aggiungere che tale torsione si avverte soprattutto in presenza della terza variante del rito mediatico da me censita: quella cioè del procedimento istruito esclusivamente o in prevalenza attraverso i resoconti giornalistici (*retro* § 2 *sub* c).

[28] A. Forza, *Razionalità ed emozioni del giudicante*, in *Criminalia*, 2011, 353.

[29] Cfr. D. Kahneman-R. Slovie-A. Tversky, *Judgment under Uncertaunty. Heuristics and Biases*, Cambridge, 1982, e, più precipuamente rispetto al nostro ordinamento, A. Forza, *La psicologia nel processo penale*, Mi-

I giudici (e lo stesso dicasi per l'opinione pubblica in generale) sono però collocati nel mezzo o al culmine di un procedimento informativo che risulta *ab origine* alterato, rispetto alla sua traiettoria fisiologica, dalle parti coinvolte, spesso intenzionalmente, per raggiungere un qualche obbiettivo[30].

In questo senso, riecheggiando una celebre formula, si potrebbe forse parlare di una vera e propria "strategia" del processo mediatico, non dissimilmente da quanto avviene in quell'altra "imitazione" – più o meno pedestre – del processo giurisdizionale che è il processo "politico"[31].

Jaques Vergès, dopo aver individuato la finalità di ogni processo nella risoluzione dei conflitti sociali a vantaggio della classe dirigente[32], propone infatti una bipartizione nello stile del medesimo, a seconda che il privato cittadino "accetti" oppure "rifiuti" l'autorità del giudice: nel primo caso, si svilupperà un processo c.d. di connivenza; nel secondo, uno c.d. di rottura[33].

A seconda della "strategia" prescelta, cambia l'obbiettivo: nel processo "di connivenza", il cittadino cerca di portare argomenti per vincere la causa; in quello "di rottura", invece, il cittadino ricerca solo una cassa di risonanza per affermare le proprie idee, non curandosi della vittoria (quasi sempre irraggiungibile) o della sconfitta processuale[34].

Quanto alle "tecniche", Vergès individua invece due varianti fondamentali: il processo "spettacolo" e il processo "gioco"[35]; in ambo i casi, l'autorità intende servirsi del processo per comunicare alla collettività governata un certo messaggio, ma mentre nel primo caso le regole – per così dire – di "ingaggio" sono stabilite *ad hoc*, nel secondo sono individuate in quelle, "preesistenti", del diritto comune[36].

Credo non rappresenti solo una fallace suggestione ritrovare in tale classificazione una serie di elementi ricorrenti anche nel contesto del processo c.d. mediatico contemporaneo: pure in quest'ultimo infatti, analogamente a quanto censito dall'avvocato francese, l'atteggiamento del privato cittadino e l'apparato di regole (*lato sensu* intese) da applicarsi risultano decisivi per qualificare il tipo di processo "di fatto" praticato.

lano, 2010, spec. 48 ss.

30 Come rileva G. Giostra, *op. cit.,* 62 ss., spesso sono l'accusa e la difesa che si servono dell'agone mediatico per ottenere un vantaggio processuale, ma non è raro il caso in cui sia lo stesso cronista ad assecondare una sua personale (o indotta) visione dei fatti attraverso un governo non irreprensibile dei flussi informativi.

31 L'allusione è a J. M. Vergès, *De la stratégie judiciaire*, Paris, 1968, trad. it di C. Lusignoli, *Strategia del processo politico*, Torino, 1969.

32 *Ivi*, 14.

33 *Ivi,* 15 ss.

34 *Ivi*, rispettivamente, 21 e 59. Come esempio di processo "di connivenza", l'A. pensa, nell'esperienza francese, a quello ai parlamentari malgasci (28 ss.); è un evidente processo "di rottura", invece, quello di Socrate (49 ss.).

35 *Ivi*, 66 ss.

36 Come paradigma del "processo-spettacolo" Vergès identifica quello di Norimberga (69 ss.); un esempio particolarmente chiaro di "processo-gioco" è individuato nel processo staliniano a Bucharin (76 ss., spec. 78).

5. Processo mediatico e "giusto processo"

In proposito, va poi rilevato come Vergès avesse davanti – all'atto di intavolare le "sue" varianti del processo "politico" – il modello processuale legale che sinteticamente viene designato come "inquisitorio".
Ma il processo c.d. mediatico, "per come viene oggi praticato", può essere definito a sua volta un processo di "stampo" inquisitorio?
Probabilmente la risposta è affermativa, ma occorre non ravvicinare troppo i due fenomeni, che conservano differenze sostanziali, dato che il primo continua a essere apprezzabile in ogni caso esclusivamente sul piano "ontologico" (*rectius*: delle "regolarità") mentre il secondo ha natura innanzitutto "deontica" (*rectius*: è apprezzabile sul piano delle "regole", oltre che su quello delle regolarità).
Come è stato ben rilevato[37], infatti, il processo legale (anche inquisitorio) ha un "luogo" (regole sulla competenza), un "itinerario" predeterminato (regole sull'ordine di svolgimento delle attività rilevanti), un "tempo" (regole sul suo termine, individuato col passaggio in giudicato) ed è gestito da un organo "professionalmente" attrezzato; inutile dire che nessuna di tali caratteristiche è rinvenibile della versione mediatica del processo, il quale è caratterizzato – viceversa – da tempi, luoghi e *iter* per lo meno evanescenti ed è per lo più governato da professionisti tecnicamente non preparati al compito[38].
Sugli effetti disfunzionali di tale (de)strutturazione non pare necessario insistere più di tanto[39]; piuttosto, mi preme chiarire un'apparente contraddizione insita nell'assimilazione, poc'anzi suggerita, del processo c.d. mediatico a quello di stampo inquisitorio: come noto, infatti, una delle caratteristiche essenziali di quest'ultimo è la "segretezza"[40], mentre tutto sembra potersi dire del rito mediatico, ma non che esso non sia "pubblico", anzi: "*iper*-pubblico".
Tuttavia, dietro questa apparente difformità a mio avviso si muove una forte similitudine: mentre, infatti, nel contesto del processo legale classico, la pubblicità assolveva ad una funzione democratica e garantistica, consentendo al popolo sovrano di "controllare" il lavoro dei giudici, ora che invece "il popolo" – come detto *supra* – "vuole giudicare", la segretezza finirebbe col costituire un ostacolo rispetto agli obbiettivi

[37] Da G. Giostra, *op. cit.*, 59 s.

[38] Per lo meno tale ultima notazione è condivisa – in senso critico – trasversalmente da ogni componente del sistema, poiché la cronaca giudiziaria, soprattutto in televisione, è il più delle volte effettuata da personaggi operanti al di fuori dei programmi d'informazione, e quindi esternamente alle testate giornalistiche: lo rileva *apertis verbis*, anche la giornalista B. Carfagna, *Processo mediatico e processo giuridico*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 303-304.

[39] Essi sono sinteticamente elencati, nuovamente, da G. Giostra, *op. et loco supra* cit.: «il processo giurisdizionale seleziona i dati su cui fondare la decisione; il processo mediatico raccoglie in modo bulimico ogni conoscenza arrivi a un microfono o ad una telecamera […] Il primo […] è un ecosistema chiuso; il secondo, invece è aperto, conoscendo soltanto regole d'inclusione; la logica dell'uno è una logica accusatoria, quella dell'altro inquisitoria. Nel primo ci sono criteri di valutazione […]; nel secondo, invece, valgono l'intuizione, il buon senso, l'emotività. L'uno obbedisce alla logica del probabile, l'altro a quella dell'apparenza. Nell'uno, la conoscenza è funzionale all'esercizio del potere punitivo da parte dell'organo costituzionalmente preposto; nell'altro, serve a propiziare, e spesso indurre, un convincimento collettivo […]. Nell'uno, il cittadino è consegnato al giudizio di soggetti istituzionalmente deputati ad amministrare giustizia; nell'altro, alla esecrazione della folla mediatica».

[40] *Ex multis*, G. Illuminati, *I principi generali del sistema processuale italiano*, in *Pol. Dir.*, 2, 1999, 301 ss.

propri del nuovo processo inquisitorio c.d. mediatico.
In sintesi: l'assenza di "segretezza" – ammesso e non concesso il principio per cui debbano essere i fenomeni a piegarsi alle categorie intellettuali e non viceversa[41] – non smentisce, ma anzi rafforza la "logica (larvatamente) inquisitoria" del nuovo rito mediatico che tanto preoccupa gli addetti ai lavori.
A questo punto, si tratta di vedere "se ed entro quali termini" il fenomeno in parola possa essere legittimamente inscritto nel quadro ordinamentale, a iniziare dalla sua compatibilità con le disposizioni costituzionali che disciplinano la libera manifestazione del pensiero, declinata specificamente come «diritto di informare», e il «giusto processo regolato dalla legge», che costituisce il modello domestico di riferimento per il processo giurisdizionale.
Per comodità espositiva, inizierò da quest'ultimo.
Invero, di un principio costituzionale definibile quale «giusto processo» si parlava ben prima della revisione costituzionale che, nel 1999, ha significativamente integrato il contenuto dispositivo dell'art. 111 Cost.[42].
Segnatamente, una serie di coordinate fondamentali in materia erano state isolate dalla giurisprudenza costituzionale sin dagli anni Ottanta del Millenovecento, inizialmente con riguardo esclusivo al processo civile[43]; è nel decennio successivo, però, che prende corpo una versione generale del giusto processo italiano, articolata sulle regole costituzionali in tema di giurisdizione imparziale, di diritto di azione del cittadino e di diritto di difesa dell'imputato[44].
La l. cost. 2/1999 si innesta quindi lungo un cammino in parte oramai strutturato, grazie anche al pregresso lavorìo della migliore dottrina[45], la quale aveva pressoché unanimemente concordato sull'inderogabilità di alcuni princìpi-base desumibili già dal testo originario della Carta: *a*) imparzialità e terzietà del giudice; *b*) contraddittorio, "per" la prova e "sulla" prova, oltre che argomentativo; *c*) effettiva parità delle parti; *d*) motivazione (razionale, *scil.*) delle decisioni[46].

---

[41] Critica – a mio modesto parere correttamente – la validità della dicotomia teorica dei modelli processuali in inquisitorio e accusatorio, preferendole positivisticamente l'induzione di un modello costituzionale di «giusto processo» dalle regole attualmente vigenti, S. Buzzelli, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2004, 342.

[42] M. Chiavario, voce *Giusto processo II) processo penale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2001, 1 (*ad vocem*), spec. 2 s.

[43] Si tratta di una serie di quattro decisioni adottate in poco più di un biennio, tutte significativamente redatte dal giudice Andrioli, la cui capostipite può essere individuata in C. Cost., 12 dicembre 1984, n. 282.

[44] Cfr. in particolare le sentt. C. Cost. 6 settembre 1995, n. 432 e 17 aprile 1996, n. 131. In tale anno, le pronunce della Corte che parlano esplicitamente di un «principio costituzionale del giusto processo» sono ben quattordici.

[45] Ricostruisce puntigliosamente lo sviluppo diacronico del dibattito dottrinale *in subiecta materia* M. Cecchetti, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 595, spec. 595-597.

[46] Cfr. in particolare P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, cit., spec. 46 ss., 121 ss. e 145 ss.; ma si vedano almeno anche M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e «*due process of law clause*»)*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284 ss.; L. P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, spec. 119 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, spec. 287 ss.; G. Ferrara, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 3, 1999, 539 ss.; D. Siracusano, *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1427 ss.

In tal senso, anche alla luce delle regole sovranazionali intervenute *medio tempore* (soprattutto la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU, in particolare l'art. 6, e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, in particolare l'art. 14), l'esito della riformulazione dell'art. 111 Cost. appare quasi una logica conseguenza.

Semmai, può risultare curioso come, mentre le fonti esterne (anche quelle successive: v. in particolare la Raccomandazione n. 13 del 2003 del Consiglio d'Europa, in particolare i princìpi 6, 10 e 11, e il XIV Protocollo accessorio alla CEDU, entrato in vigore nel 2010) mostrino di approcciare il tema da una prospettiva eminentemente "individualistica", il legislatore costituzionale abbia preferito adottare una più sfuggente visione "sistemica" del «giusto processo», configurandolo come "strumentale all'attuazione della giurisdizione"[47].

Certamente, un modo per superare l'*impasse* potrebbe consistere nell'esperire una banale interpretazione sistematica che recuperi la doverosa centralità esegetica dell'art. 6 CEDU *in subiecta materia*[48]; tuttavia, va tenuto nel debito conto che il legislatore della revisione costituzionale non ha certo eluso quella prospettiva per mera distrazione o *lapsus calami*: per lo meno, da giuristi questo dobbiamo presumere.

In effetti, basta ripercorrere la genesi e l'*iter* della riforma per rilevare come il testo licenziato dal Parlamento fosse giunto al culmine di una crescente tensione insinuatasi nei rapporti tra le due Camere e la Corte costituzionale, portatrici di due visioni divergenti della materia processuale[49].

All'esito di tale scontro, restano comunque sul campo alcuni dati incontroversi, che si possono dire sufficientemente capienti rispetto alla nostra linea discorsiva: il «giusto processo» *ex* art. 111 Cost. è essenzialmente un "metodo" per trattare le controversie giurisdizionali[50]; tale metodo è caratterizzato da un duplice quadro di riferimento, uno generale e uno specifico per il rito penale.

Nel primo, valgono i princìpi di indipendenza, imparzialità e precostituzione legislativa del giudice, la ragionevole durata del procedimento e la pubblicità delle udienze; nel secondo, vanno a sommarsi ai princìpi generali quelli che le fonti sovranazionali qualificano generalmente come "diritti difensivi minimali" (diritto di conoscere l'accusa; diritto di disporre di tempi adeguati per preparare la difesa, diritto al silenzio, e via discorrendo)[51].

Il tutto si regge su una sorta di meta-principio che tiene assieme tutte le posizioni giuridiche summenzionate: il "contraddittorio paritario"[52].

Questa è la cornice "normativa" in base alla quale valutare il dato "fattuale" del quale stiamo discorrendo; ebbene: possiamo dire con certezza che tutti tali precetti risultino presenti, o anche solo normalmente rispettati, nel rito c.d. mediatico?

Il "giudice" mediatico (lo si voglia identificare col conduttore del programma televisivo o col pubblico che si esprime da casa attraverso i sondaggi o in studio con mormorii o

---

47 Lo rileva, con lucidità e ampia argomentazione, M. Chiavario, *op. cit.,* 3.

48 *Ibidem.*

49 Lo ricorda, con dovizia di informazioni, M. Cecchetti, *op. cit.,* 601 ss.

50 S. Fois, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 3, 2000, 569, spec. 583 ss.

51 M. Chiavario, *op. cit.*, 5.

52 G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, 37.

applausi più o meno spontanei) è davvero "terzo, indipendente e imparziale"?
I "tempi" del rito mediatico – tenuto conto che la soglia di attenzione è massima nei primissimi momenti della vicenda, per poi decrescere rapidamente – sono, anche solo minimamente, "ragionevoli"?
Dato che, di preferenza, il rito c.d. mediatico accede a vicende penalmente rilevanti, si può inoltre parlare di rispetto dei diritti difensivi minimali senza essere assaliti per lo meno da un dubbio?
Siccome a mio avviso la risposta a tutte le domande di cui sopra è negativa, sono portato a concludere che il processo mediatico "così come oggi viene praticato" sia scarsamente compatibile con le "regole" costituzionali in materia di «giusto processo». In altre parole, il processo mediatico è giuridicamente ingiusto.

6. Processo mediatico e diritto di cronaca

Il giudizio espresso, però, è tutt'altro che definitivo per almeno due ordini di ragioni, tra esse strettamente implicate.
Innanzitutto, una "regolarità" illegittima è cosa ben diversa da una "regola" illegittima, per cui la circostanza che lo svolgimento attuale del rito mediatico possa impattare negativamente sulla fisiologia del processo legale e sui diritti costituzionali individuali non significa necessariamente che non esista un modo giuridicamente corretto di praticarlo.
Tanto più – e veniamo così al secondo ordine di ragioni – che risulta oltremodo difficile negare che la fenomenologia criticata abbia scaturigine dall'esercizio di prerogative a loro volta costituzionalmente protette, e segnatamente dal diritto di informare, presidiato dall'art. 21 Cost. con particolare vigore.
Quel che non "funziona" – a mio parere – è che la soluzione dei potenziali contrasti tra il legittimo esercizio del diritto di cronaca e di critica e le altrettanto legittime aspettative delle parti processuali sia rimessa, di volta in volta, alla sensibilità o alla buona volontà del singolo addetto ai lavori, giudice, avvocato, giornalista o intrattenitore che sia.
Mi pare invece che sia improcrastinabile una *interpositio legislatoris* che razionalizzi il fenomeno, anche solo estendendo e attualizzando regole e princìpi già presenti nel sistema, in modo da giuridificarlo compiutamente.
In parecchie ipotesi, infatti, il legislatore ordinario ha da tempo dimostrato di saper trovare un punto di equilibrio tra situazioni giuridiche confliggenti: per esempio – in ambito processual-penalistico – quando ha codificato le ipotesi di rimessione della causa ad altro giudice in presenza di «gravi situazioni locali tali da turbare lo svolgimento del processo e non altrimenti eliminabili, [che] pregiudicano la libera determinazione delle persone che partecipano al processo, ovvero la sicurezza o l'incolumità pubblica o determinano motivi di legittimo sospetto» (art. 45 c.p.p.); o quando ha autorizzato deroghe al principio di pubblicità delle udienze se essa «può nuocere al buon costume ovvero […] quando la pubblicità può comportare la diffusione di notizie da mantenere segrete nell'interesse dello Stato» ovvero in presenza di procedimenti di assunzione di prove che possano «causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni ovvero delle parti private» oppure se lo svolgimento pubblico delle udienze possa «nuocere alla pubbli-

ca igiene» o alla «sicurezza di testimoni o di imputati» o, infine, se si tratti di esaminare persone minorenni (art. 472 c.p.p.).
Per altro verso, si può pensare ai diversi regimi giuridici vigenti in materia di "segreto", sia che esso acceda a situazioni facenti capo a soggetti privati (segreto professionale, scientifico, industriale), sia che riguardi soggetti pubblici (segreto di Stato, d'ufficio, investigativo). In tali ipotesi, vista l'insufficienza della tutela processuale, il legislatore ha infatti optato per misure di carattere sostanziale che paralizzino il diritto antagonista, destinato a cedere dinnanzi alla generale aspettativa di "riservatezza" – pur diversamente qualificata e modulata – dei soggetti pubblici e privati[53].
Alla luce di tali precedenti (e di altri che per ragioni di tempo e di spazio nemmeno si sono ricordati), si possono notare due *rationes* fondamentali delle limitazioni (sostanziali e processuali) della libertà di informare:

a. la tutela del corretto svolgimento del processo legale vero e proprio;
b. la tutela di diritti costituzionali in contrasto con l'esercizio incondizionato delle facoltà *ex* art. 21 Cost.

In tal modo, ritorna in linea di conto la duplice dimensione, individuale e sistemica, del «giusto processo» di cui si discorreva in apertura di paragrafo, ma ciò non aiuta a compiere passi avanti nella predisposizione di una serie di linee di intervento normativo che possano rendere "meno ingiusto" il processo mediatico, se non in ordine all'acquisizione – a questo punto definitiva – che i profili oggettivi e quelli soggettivi della disciplina sono strettamente connessi, e probabilmente inscindibili.

7. Una conclusione controintuitiva: secretare i processi?

Per compiere l'ultimo *step*, evidentemente *de iure condendo*, può quindi essere utile partire da una importante affermazione della Corte di cassazione: «a ciascuno il suo, agli inquirenti il compito di effettuare gli accertamenti, ai giudici il compito di verificarne la fondatezza, al giornalista il compito di darne la notizia nell'esercizio del diritto di informare, ma non di suggestionare la collettività»[54].
Cosa desumere da tale passaggio motivazionale?
Direi, che la "prima linea" di intervento dovrebbe attestarsi sul versante della deontologia professionale dei protagonisti del processo: giudici, pubblici ministeri e avvocati dispongono già di un ben strutturato riferimento organizzativo, costituito, rispettivamente, dal Consiglio superiore della Magistratura e dagli Ordini forensi, nonché di un apparato normativo adeguato (codici deontologici).
Anche ai giornalisti, per il vero, può ascriversi uno statuto giuridico assimilabile (Ordine professionale e apparato normativo *ad hoc*), ma lo stesso non può dirsi per chi giornalista professionista non sia; e chi non appartiene a determinate categorie professionali, nemmeno pare assoggettabile *sic et simpliciter* ad un ordinamento settoriale che – per definizione – gli è estraneo.

[53] Cfr., rispettivamente, P. Barile, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost*., 1987, 29 ss. e L. Paladin, *La libertà di informazione*, Torino, 1979, 20 ss.

[54] Cass. pen., sez. V, 27 ottobre 2010, n. 3674

Con particolare riguardo al rito mediatico, poi, esistono certamente regole deontologiche piuttosto puntuali, che cercano di mitigare l'esercizio dei diritti delle parti (qui la locuzione è comprensiva della figura del giudicante) e dei terzi (qui l'espressione è riferita a chi opera nei *mass media*) in modo da prevenirne gli abusi.
Nondimeno, nuovamente, tali regole non possono avere destinatari diversi da quelli assoggettati all'ordinamento di appartenenza.
Una prima criticità potrebbe quindi essere risolta in due modi radicalmente diversi:

a.- "estendendo" certi princìpi deontologici (e la relativa giurisdizione domestica) anche a chi "occasionalmente" si trovi a svolgere una funzione "oggettivamente rilevante" rispetto alle dinamiche processuali;

b.- "vietando" a tali soggetti non professionisti l'esperimento delle suddette attività oggettivamente rilevanti, almeno per un certo tempo, in modo da preservare la genuinità dell'*iter* processuale e la garanzia dei diritti delle parti coinvolte.

In tal modo, esattamente come il sistema legale accetta che determinate fasi procedimentali o determinati atti possano essere sottratti alla dimensione pubblica, ugualmente sembrerebbe possibile allargare o restringere – a discrezione politica del legislatore – il novero dei soggetti gravati, in relazione al processo, anche di qualche dovere, ovvero di estrometterne (temporaneamente) dal circuito informativo una quota più o meno significativa se non in possesso di determinati requisiti.
In secondo luogo, passando dal "chi" al "cosa" (si può dire o fare), si potrebbe pensare – e qui collocherei la "seconda linea" di intervento – di riperimetrare l'area del "segreto" funzionale al corretto svolgimento del processo, sia in ordine al momento "investigativo" (nel solo procedimento penale), sia in ordine a quello "istruttorio", sia, infine, a quello propriamente "dibattimentale".
Per la verità, vi sono già parecchie disposizioni che sovraintendono a tali questioni, ma è sotto gli occhi di tutti la costante inosservanza di tali precetti, unitamente alla forte difficoltà nell'individuare e nel perseguire gli autori delle violazioni[55].

In proposito, appare condivisibile la preoccupazione di chi annota come la sistematica trasgressione delle disposizioni legislative vigenti in materia potrebbe comportare l'ascesa di un consenso politico trasversale in ordine all'inasprimento dell'attuale regime pubblicitario, con conseguente compressione degli spazi informativi[56].
A questo punto, due sarebbero gli scenari immaginabili:

i. che la nuova e più restrittiva disciplina venga dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale in quanto contrastante (almeno) col principio di pubblicità dei processi, piombando conseguentemente il sistema, con riguardo alla deriva mediatica dei procedimenti giurisdizionali, in una situazione di anomia ancor più rovinosa dell'attuale;

ii. che la nuova e più restrittiva disciplina superi in qualche modo il vaglio di costituzionalità, ma al prezzo di un ovvio depotenziamento del controllo democratico sull'amministrazione della giustizia; depotenziamento comunque ritenuto, a quel

[55] Eppure, a ben vedere, non è che i soggetti legittimamente in possesso delle notizie riservate siano tantissimi: gli avvocati delle parti, i magistrati e i cancellieri; quando si verifica una fuga di notizie, pertanto, qualcuno ha semplicemente violato la legge, oppure ha omesso di preservare la catena di custodia.

[56] Così, in particolare, G. Picciotto, *op. cit.*, 2273.

punto, "ragionevole".

Direi che entrambe le eventualità non risultano particolarmente desiderabili.

Forse, però, le conclusioni potrebbero essere meno sconsolanti se si mutasse, anche solo leggermente, il punto di osservazione sui limiti alla libertà di informare, includendovi la "variabile temporale": in tal caso, infatti, si potrebbe trarre spunto dalla vigente disciplina del "segreto", e segnatamente del "segreto di Stato".

Come ricordato *supra* (§ 1), la materia è stata risistemata da qualche anno, ma il legislatore ha accuratamente evitato di agire con decisione sull'"area" del secretabile, preferendo invece concentrarsi sui profili "temporali" del segreto apposto, nonché su una *"*graduazione*"* dell'intensità del medesimo[57].

La *ratio*, colà, mirava a conciliare le esigenze di riserbo proprie dell'azione politica del Governo con la necessità di un controllo democratico sul suo operato[58]; analoga finalità, *mutatis mutandis*, sembra dover ispirare la disciplina processuale, e pertanto analoga potrebbe essere la soluzione: rimodulazione della finestra temporale entro la quale sia vietata la pubblicazione di determinati atti e individuazione – sempre in base a scansioni temporali certe – di un progressivo allentamento di tale divieto.

8. Un'ultima precisazione

Al netto delle migliorie immaginabili, non mi sembra però il caso – *rebus sic stantibus* – di fare del rito mediatico "il" problema del sistema processuale italiano, rappresentando esso forse più un sintomo che la malattia vera e propria.

In effetti, se si verificano le fughe di notizie dalle cancellerie verso l'arena mediatica, non è per l'assenza di regole in materia, ma perché queste vengono sistematicamente violate, o per lo meno eluse; se anche il processo legale è caratterizzato da problemi di ordine temporale (nel senso, cioè, di una sua "irragionevole lunghezza"), certo non possiamo imputare una tale disfunzione alla sua variante mediatica, che semmai soffre della patologia opposta; così come, per altro verso, l'assenza di effettivo contraddittorio paritario è un'esperienza sempre più frequente nelle aule giudiziarie, e spesso passa attraverso una compressione unilaterale e diseguale dei diritti difensivi minimali, non dissimilmente da quanto è dato riscontrare in molte sedi ove viene celebrato il rito mediatico.

Su un piano più generale, quindi, bisogna concludere che «lentamente, ma inevitabilmente, si è andata affievolendo la cultura della giurisdizione ed ha prevalso quella dell'accusa. […] Non a caso i pubblici ministeri dominano la scena prima ancora che inizi un processo. Non a caso la fase delle indagini diventa sempre più ipertrofica, mentre quella del dibattimento e del giudizio è relegata nel tempo e si riduce sempre più. Che significa, del resto, l'esaltazione dei riti alternativi, più solleciti e sbrigativi, se non la compressione della giurisdizione in ambiti sempre più ristretti?»[59].

In questo, tra processo legale "effettivo" e processo mediatico, non vedo francamente

[57] Cfr. rispettivamente gli artt. 39, c. 8, e 42 della l. 124/2007.

[58] Cfr. in particolare, l'art. 202 c.p.p. come riformato dall'art. 40 della l. 124/2007.

[59] T. Grimaldi, *Giurisdizione e potere. Saggio sul processo politico*, Napoli, 2000, 171.

grandi differenze, ma semmai un comune pericolo incombente: riprendendo il detto curdo posto in *exergo*, infatti, un ingiusto processo (mediatico) rischia – all'atto di "uccidere" civilmente un uomo – di levargli persino il nome.

L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*

Daniele Piccione

Abstract

Il lavoro si propone di leggere, in un'ottica non tradizionale, il peso culturale determinato della proliferazione dei reati di opinione nel sistema penale italiano. Le ragioni di tale fenomeno, assai rilevante nella XVII legislatura repubblicana, é da rintracciarsi in un tentativo delle forze politiche di incrociare una sensibilità collettiva, altrimenti difficilmente attingibile, e supplire all'assenza di vere e proprie garanzie costituzionali attive contro il pensiero sovversivo e antisistema. Riporre fiducia nelle sanzioni incriminatrici, tuttavia, presenta effetti di mutazione sistematica nell'ordinamento e, in particolare, determina il progressivo indebolimento della ricchezza di tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Inoltre, tende a semplificarne la natura dei limiti oggettivi alla libertà di espressione schiacciandoli nella esclusiva prospettiva delle norme di diritto penale.

The essay highlights that Italian Parliament paid special attention in the last four years on hate crimes as well as heinous and disturbing speech. Such a trend led to the introduction of a wide frame of criminal restrictions on freedom of speech. By analyzing the actual reasons why parliamentary groups supported many thought crimes, the essay aims at developing an undeclared, yet ambiguous, attempt in defending democratic constitutionalism, even if the Italian Constitution does not lay down any general protection against "hate speech", "genocide denial" and "heinous speech". Under the surface, there is the need for political parties to shape their own identity during harsh times of crisis.

Sommario

1. Le cause dell'istintivo rifugio nell'incriminazione penale, a fronte dell'emergere del pensiero ostile nei sistemi democratici pluralisti. - 2. Tratti comuni dell'attività legislativa della XVII Legislatura. - 3. Inconscio e immaginario collettivo, di fronte alla traccia costituzionale e all'esercizio del potere legislativo. - 4. Metodi di reazione contro il dilagare del pensiero ostile alla democrazia. - 5. Funzioni della Costituzione contro il pensiero eversivo e il proselitismo antidemocratico.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

Keyword

Libertà di espressione, Negazionismo, Diritto penale, Hate speech, Democrazia protetta

1. Le cause dell'istintivo rifugio nell'incriminazione penale, a fronte dell'emergere del pensiero ostile nei sistemi democratici pluralisti

E' di dominio comune l'idea per cui il ricorrente proliferare delle fattispecie penali e il progressivo abbandono del principio di frammentarietà, discendano da nitide ragioni di politica legislativa e criminale[1]. Del resto, l'introduzione di nuove forme di reato costituisce, non da oggi, un'attrattiva per le forze politiche giacché ne favorisce l'identificazione quali fautrici di ordine, di disciplina e di rigore. Si tratta di autentici magneti del consenso elettorale, i quali, peraltro, rappresentano una risposta ormai consolidata alla dilagante domanda di sicurezza percepita. Sull'enfasi che circonda quest'ultimo valore[2], molto si va discutendo negli ordinamenti democratici pluralisti, ancorché forse non se ne considerino a fondo gli effetti sul piano della psicologia delle masse, sull'effettività dei diritti costituzionali e persino sull'inconscio collettivo. L'offerta di sicurezza anima un dibattito politico incessantemente pervaso da autentiche fobie generalizzate, segnato anche da una scarsa inventiva legislativa, nonché dalla frequente abiura dell'analisi dei dati reali circa la consumazione dei reati; tuttavia, i tempi recenti hanno evidenziato due tratti ambigui non secondari del riproporsi delle istanze securitarie.

Il primo risiede nella tendenza ad incidere sull'effettività della libertà personale. Accade che frammenti delle garanzie che presidiano la libertà del singolo dalle misure limitative della libertà personale si sgretolino al cospetto delle incursioni di discipline di legge, le quali introducono moduli repressivi e schemi di incriminazione penale, in nome dell'esigenza di protezione della sicurezza. Si attua, così, un'implicita rinunzia a segmenti di discipline garantiste in favore di istanze di controllo sociale; queste ultime assumono una forma variegata: sviluppo ed incisione sui diritti del soggetto prevenuto; fiorire di nuove disposizioni incriminatrici che fanno segnare un netto arretramento della soglia della punibilità. Di questo fenomeno, che tende a riproporre un assorbente concetto di ordine pubblico e di sicurezza, costituisce nitido esempio lo scostamento dei valori che riguardano l'esecuzione penale, in cui si percepisce la diffusione progressiva dell'equazione tra pena intramuraria e chiusura ai provvedimenti di umanizzazione del carcere da una parte, e la presunta maggiore sicurezza che si intenderebbe garantire alla cittadinanza, dall'altra[3]. Si va così profilando quell'immagine che tanto in dottrina

[1] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma – Bari, 2008.

[2] Per un'analisi del rapporto tra paradigmi securitari, stati d'emergenza e sistemi e regole della limitazione della libertà personale, sia concesso rinviare ad A. Pace – D. Piccione, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale,* in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. II, Roma – Bari, 2006, 41 ss.

[3] Al riguardo, sono illuminanti le vicende che hanno riguardato l'esercizio della delega in materia di modifica della disciplina dell'Ordinamento Penitenziario, ai sensi della l. 103/2017. Peraltro, qualunque

si stigmatizza: ovvero un concetto di pena in termini di esempio sociale, di simbolico valore negativo conferita a gesti, opinioni ed atti da biasimare, «che minacciano la società in quanto tali e giustificano, quindi, un intervento risanatore»[4].
Il secondo tratto caratteristico che percorre l'ordinamento è invece il surrettizio diffondersi di controlli sanzionatori che si risolvono nell'incremento dei limiti oggettivi alla libertà di espressione, ormai circondata da una costellazione di disposizioni penali che, almeno teoricamente, dovrebbero funzionare da presidio contro la diffusione del pensiero ostile.

2. Tratti comuni dell'attività legislativa della XVII Legislatura

La parabola recente dei reati di opinione e dei nuovi limiti imposti dalla legge penale alla libera manifestazione del pensiero rappresenta, dunque, la faccia di un prisma assai variegato e più profondo di quanto vorremmo. Occorre allora chiedersi quali siano le ragioni di fondo per cui la XVII Legislatura repubblicana ha fatto segnare un notevole incremento del ricorso alla legislazione penale in materia di delitti di opinione. In effetti, nel volgere di un quinquennio, le Camere hanno occupato o tentato di presidiare, con la sanzione penale, tutte le aree dell'espressione ostile ai sistemi democratici.
Peraltro, anche nei casi in cui l'esame parlamentare non ha condotto alla definitiva approvazione degli atti legislativi, si scorge il filo conduttore di una consistente opera di costruzione del consenso, in forza dell'incriminazione del pensiero antisistema e ciò con riguardo: alle condotte negazioniste[5]; ai reati di odio fondati sull'incitazione discriminatoria di varia matrice[6]; al contrasto, sempre mediante la legge penale, alle espressioni e alle opinioni filofasciste e neonaziste[7].

studio sui rapporti tra recidiva ed esecuzione penale umana e risocializzante, ai sensi dell'art. 27 Cost., dimostra che l'esclusività dell'esecuzione penale intramuraria non fa che incrementare l'incidenza della recidiva.

[4] Sono le parole di A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, 2005, 103, in merito alla concezione preventiva e «alla difesa sociale come espressione di rifiuto della libertà dell'uomo».

[5] La l. 115/2016 ha introdotto l'aggravante negazionista nell'ambito della disciplina incriminatrice della Legge Reale. La legge, composta di un solo articolo, così dispone:
«1. All'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «3-*bis*. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

[6] Speculare quanto a impostazione, rispetto alla disciplina penale del negazionismo, era poi il disegno di legge n. 1052, approvato dalla sola Camera dei deputati, volto a contrastare la transfobia e l'omofobia con l'introduzione di specifiche fattispecie incriminatrici sul sistema normativo della stessa l. 654/1975.

[7] Si tratta del disegno di legge a prima firma del Deputato Fiano, A.C. 3343 che risultò approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati nell'autunno del 2017. Il disegno di legge tendeva all'introduzione di un nuovo art. 203-*bis*, nel corpo del codice penale, recante l'incriminazione della "Propaganda del regime fascista e nazifascista". La formulazione di tale nuovo delitto era la seguente:
«Art. 293-*bis*. — *(Propaganda del regime fascista e nazifascista)*. — Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaganda i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista

Occorre allora verificare se gli interventi legislativi effettuati o almeno tentati in queste tre aree, siano riconducibili ad una matrice unitaria e possano essere considerati corrispondenti ad una coerente direttrice di legislazione e di politica criminale[8]. L'introduzione del reato di negazionismo nell'ordinamento, e i ripetuti interventi integrativi (anche solo tentati) degli impianti originari della l. 205/1993, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 122/1993, (nota, nella vulgata, come "legge Mancino") e della l. 152/1975, (conosciuta come "legge Reale")[9], sono accomunati da una tecnica redazionale simile.

La l. 115/2016 ha introdotto l'aggravante negazionista nell'ambito della disciplina incriminatrice prevista dalla legge Reale. Se si prescinde momentaneamente dalla *ratio* della novella legislativa, si può convenire almeno sul fatto che, nel citato quadro di notevole arretramento della soglia della punibilità, si determina un irrigidimento della risposta sanzionatoria. In parte diverso, poi, è l'esito della scelta, di introdurre nella legge europea per l'anno 2017, una disposizione che conferisce rilievo alle condotte discriminatorie compiute dagli enti persone giuridiche. Infatti, nel quadro della lotta «contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale», l'art. 5 della Legge europea innesta sul corpo normativo del d.lgs. 231/2001, l'art. 25-*terdecies*[10]. L'intento è quello di punire, con sanzioni interdittive rivolte alle persone giuridiche, condotte, particolarmente odiose, di incitamento all'odio e alla discriminazione razziale, nonché appunto la diffusione del pensiero negazionista. Dunque, si sviluppa una disciplina complementare, nitidamente orientata a colpire le strutture associative che perseguono finalità di rafforzamento e diffusione dell'odio e del nega-

tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propaganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

La pena di cui al primo comma è aumentata di un terzo se il fatto è commesso attraverso strumenti telematici o informatici».

[8] Ancorché sia condivisibile che nel tempo attuale, la ricerca di tratti unificanti nelle condotte collettive, si presenti assai più ardua che in passato; così, M. Ceruti, *Il tempo della complessità*, Milano, 2018, spec. 99.

[9] Se si vuole, questi argomenti sono già stati svolti analiticamente in D. Piccione, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2017, 505 ss.

[10] «Art. 25-*terdecies*. - *(Razzismo e xenofobia*). - 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 3, comma 3-*bis*, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote. 2. Nei casi di condanna per i delitti di cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno. 3. Se l'ente o una sua unità organizzativa è stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».

I delitti richiamati dall'art. 3, c. 3, della l. 654/1975 (appunto, la "legge Reale") puniscono ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, fondandosi in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

zionismo, dispiegando, con l'interdizione al prosieguo dell'attività, una sanzione di carattere dissolutorio che si affianca alla misura penale classica capace di colpire la libertà personale dell'individuo.

Da ultimo, con l'adozione del d.lgs. 21/2018, nella prospettiva di concentrare nel codice penale le previsioni incriminatrici prima disseminate in una congerie di leggi speciali, è stato introdotto l'art. 604–*bis* che racchiude tutte le disposizioni penali in materia di propaganda discriminatoria, sotto una specifica Sezione che reca la discutibile rubrica relativa alle condotte delittuose contro l'eguaglianza.

Oltre alle disposizioni entrate in vigore nel 2016 e nel 2017, in seguito ricondotti a sistema nell'intento di svolgere la riserva di codice, vi sono poi da considerare gli "atti mancati" della legislatura: il molto citato e discusso disegno di legge Fiano, diretto al contrasto del pensiero e dei simboli neofascisti e nostalgici del ventennio; il rafforzamento della tutela penale anti-omofobica, rimasto non coltivato dopo l'approvazione da parte della Camera dei deputati.

Dalla lettura analitica di questi impianti normativi entrati in vigore o soltanto sottoposti all'esame di uno dei rami del XVII Parlamento repubblicano, si colgono alcuni tratti generali di sicuro interesse rimasti probabilmente nell'ombra per via dell'andamento oscillante dei lavori delle Camere e dello sviluppo carsico dell'esame dei provvedimenti in questione. In primo luogo, sembra consolidarsi l'idea di fondo per cui, rispetto al pensiero di odio, al proselitismo e finanche alla nostalgia verso simboli e culture riconducibili all'estremismo, variamente collegati al Fascismo e al Nazionalsocialismo, l'ordinamento debba rispondere monoliticamente con l'arsenale penale. Prova ne è proprio il frequente innesto delle proposte di modifica legislativa su corpi tradizionali della normazione congegnata in periodi della storia repubblicana, assai diversi sia per clima culturale che per le tecniche di contrasto alle minacce portate nei riguardi dell'ordine pubblico.

Di più, la riprovazione storica, penale e costituzionalistica per la legge Reale e la legge Mancino, entrambe a loro volta debitrici della legge Scelba, ha nel corso del tempo raggiunto toni ed opinioni unanimi.

L'effettività, almeno in termini di politica criminale, di questi impianti legislativi si è risolta in poco meno di nulla, mentre tali disposizioni hanno accumulato gravi demeriti nell'accentuare una ritmica torsione repressiva dell'ordinamento penale. A ciò va aggiunto che la struttura ad albero dei tre corpi normativi ne ha alimentato un insospettabile vitalismo e finanche un periodico sviluppo. Vi è, specie nella tecnica redazionale della legge Mancino e della legge Reale, una sorta di magnetico richiamo per maggioranze parlamentari che sentano l'esigenza di arricchire il panorama delle risposte punitive, a fronte dei reati di opinione e degli orientamenti del proselitismo e dell'istigazione all'odio. Il vitalismo di questi vetusti impianti normativi deve poi riconoscersi a dispetto del fatto che la legge Reale era stata pensata prevalentemente per offrire tutela contro gli estremismi divenuti, nel cuore degli anni settanta del secolo scorso, la cornice ideologica di micidiali e straordinari momenti di tensione e polarizzazione della vita politica. Tali episodi, non di rado, si riflettevano su un ordine pubblico instabile, specie nelle aree metropolitane percorse dalle scorrerie violente e destabilizzanti di sigle terroristiche al confine con l'estremismo politico ed ideologico, ma anche

con bacini di marginalità e criminalità che con le prime si ponevano in posizione di aderenza ed episodica sintonia.

3. Inconscio e immaginario collettivo di fronte alla traccia costituzionale e all'esercizio del potere legislativo

Ma se, rispetto al quadro attuale, appare grandemente diverso il tempo in cui videro la luce la legge Reale e la legge Mancino, se non altro perché il tipo di minaccia che si profila nel presente è del tutto differente, rileva chiedersi la ragione per cui insistere sulle medesime radici di politica criminale cui si fece ricorso in un epoca segnata da tratti peculiari quasi emergenziali e, comunque, da attività criminali di marca assai discrepante con quelle che destano allarme in questo frangente di tempo.

Ad un primo livello, soccorrono tre ragioni di ordine generale. In primo luogo, l'ordinamento italiano non assume le forme e non presenta i congegni costituzionali tipici delle democrazie protette.

Né poi la dottrina costituzionalistica o la giurisprudenza della Corte costituzionale recano le tracce di orientamenti quali quelli in auge, invece, negli Stati Uniti d'America, in cui è dominante e seminale la dogmatica dell'assolutismo del Primo Emendamento. In forza di questo orientamento culturale, il pensiero e l'espressione non devono essere colpiti da giudizi o da patine di disvalore, comunque essi si atteggino. Il che, da un lato spiega bene perché anche il pensiero razzista e il sostegno ad ideologie ispirate a impronte discriminatorie e di odio, non sono mai state attratte nell'area dell'incriminazione penale negli Stati Uniti; dall'altro lato, si mostra come diretta conseguenza della "*exceptional first amendment doctrine"*, la sottrazione ad ogni limitazione legale della libertà d'espressione, persino quando la manifestazione del pensiero si risolva in un'incitazione alla violenza o alla discriminazione.

Per contro, il diritto dell'Unione europea[11] contribuisce a diffondere la direttrice di contrasto all'*hate speech*, mediante il ricorso a disposizioni di incriminazione penale. Non a caso, la dottrina giuspubblicistica italiana, una volta individuata la tendenza evolutiva del diritto continentale agli approcci di contrasto all'espressione antisistema a mezzo delle sanzioni penali, ne ha tratto la conclusione che da tale *milieu* culturale, scaturisca la tendenza interventista del legislatore. Ma forse le ragioni della marcata disinvoltura nell'incrementare l'arsenale sanzionatorio contro i reati d'odio e il nostalgismo del pensiero antisistema sono da ricercare anche altrove.

Le ragioni e le tendenze appena illustrate – unitamente agli inequivocabili segnali dell'attrattività e della redditività in termini di consenso elettorale delle spinte al neose-

[11] Si pensi alla Decisione quadro dell'Unione Europea (decisione 2008/913/GAI del 28 novembre 2008), che dispone una regolazione mediante incriminazione penale dei reati di opinione. Si tratta di un chiaro fattore di proliferazione che ha non poco contribuito ad un riassestamento complessivo del panorama dei limiti penali alla libertà di espressione. Per cogliere i termini di una transizione lunga un trentennio, basta confrontare il lavoro esaustivo di A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, 1988, con le acute note svolte da M. Manetti, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle,* in *Associazione italiana dei costituzionalisti,* 3, 2016; tale A. individua nitidamente (pur non sopravvalutandolo), nel sistema europeo, un fattore di evoluzione tra le due stagioni.

curitarismo, ed al panpenalismo, descritte in principio di queste note – sembrerebbero di per sé bastevoli a spiegare il profilarsi di un sistematico impianto di incriminazioni per condotte esteriori ed espressioni che, qualificate come antidemocratiche, si vorrebbe scoraggiare rifugiandosi nella fede nel miraggio general-preventivo.

Eppure, vi è un diverso piano di analisi in cui rileva addentrarsi, ancorché esso richieda un metodo di studio e di riflessione non appartenente per intero a quelli per solito impiegati nell'indagine costituzionalistica. Sotteso alle più recenti pagine di legislazione volte a circondare di limiti la libertà di espressione, vi è, forse, un elemento di sensibilità collettiva che gioca un ruolo rilevante. Le finalità effettive perseguite dalla sanzione penale del pensiero negazionista potrebbero dirsi quelle di erigere un argine alla diffusa perdita di memoria intorno all'olocausto e ai crimini di guerra nazifascisti. Tuttavia, l'incriminazione del pensiero negazionista non dispiega alcuna efficacia general-preventiva. Esso risponde ad una istintiva istanza di consolidamento dei simboli contrapposti alla negazione della Shoah. Non diversamente si spiega la *ratio* del contrasto, sempre a mezzo di sanzione penale, dell'opera di proselitismo dei "cattivi maestri" che ripropongono la simbologia nazi-fascista. Anche qui, si teme lo sgretolamento e l'appassire delle risorse simboliche per il contrasto delle ideologie antidemocratiche. Soltanto in apparenza, potrebbe spiegarsi secondo una chiave interpretativa differente, la rafforzata sensibilità nel contenere le condotte che favoriscono la discriminazione in base alla razza. Il legislatore avverte, in quest'ultimo ambito, un senso di smarrimento, il perdersi degli antidoti al propalarsi di condotte, gesti, simboli di matrice razzista, intollerante e discriminatoria. Ne discende, ancora una volta, la propensione a rifugiarsi nella sanzione penale, strada comunque di immediata praticabilità e dall'apparente forza intimidatoria.

Tuttavia, se ci si sofferma a riflettere sulle radici di questo sperdimento, non si fa fatica a rintracciarne l'origine. Evidentemente, è avvertito l'abbassamento di intensità della forza dei tre elementi simbolici unificanti che hanno storicamente contenuto il pensiero antidemocratico nell'ordinamento italiano. Si tratta della memoria e dell'identificazione con la Resistenza, come esperienza di liberazione nazionale; dell'effettività della Costituzione, intesa nella sua funzione mitica e archetipica del ritrovarsi sotto un sistema di valori comuni; del processo di identificazione in una parte politica e nella ideologia da questa propugnata come fattore di individuazione[12] personale, e al contempo di appartenenza e di riconoscimento all'intera comunità[13].

L'affievolita forza di questi motivi unificanti a livello comunitario trae origine da complessi fenomeni che non possono qui essere indagati a fondo, giacché meriterebbero l'impiego di ben altre capacità analitiche e differenti impegni di studio.

Tuttavia, non sarà inutile radunare alcuni indizi di un immaginario collettivo che va evolvendo e che molto incide sulla capacità di integrazione dei simboli e dei motivi identificativi comuni. Vi è, in primo luogo, da riconoscere un notevole ampliamento della distanza culturale tra generazioni e il riproporsi «dell'enfatizzazione dell'even-

[12] Il termine è qui impiegato nel senso assegnatogli da C.G. Jung*, L'io e l'inconscio*, Torino, 1985, 85 ss.

[13] In questo senso generale, di Partiti che consentono, nel rappresentare una parte, di immedesimarsi nello schema complessivo disegnato dal Costituente, cfr. M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico tra Otto e Novecento*, Milano, 2013.

to, delle parole, dei carismi personali»[14]. Fenomeni di ordine generale, quali l'ingresso nell'età adulta dei nativi digitali, il diffondersi di veementi amplificazioni circa la necessità del ricambio generazionale nella partecipazione alla vita politica, la fine dell'identificazione, anche sommaria, degli orientamenti post-ideologici della cultura conservatrice e di quella progressista riformista, sono tutti fattori che incidono in modo convergente sullo spirito del tempo[15]. La crisi degli elementi di integrazione[16], allora, non risparmia neanche i simboli[17] e i luoghi della memoria. E questo fenomeno, che è psichico, da un lato provoca affanno; dall'altro induce a scaricare emotivamente un senso di angoscia sulle soluzioni apparentemente praticabili sul piano giuridico. L'avvertito affievolirsi della forza dei fattori di integrazione materiale, intesi «come contenuti di senso e di valori»[18] sortisce anche conseguenze sul piano dei simboli della comunità sociale.

È noto che tali simboli, fosse anche – per assurdo – alla stregua di modelli negativi, hanno la funzione di consentire l'identificazione di quel che è il comune sentire per i consociati, ovvero la condizione indefettibile per creare quel minimo di oggettività sociale sostenuta dai valori comuni. La crisi dell'antifascismo come motivo psicologico collettivo ha dunque natura profonda e non si differenzia dalla sorte toccata ai grandi fattori di integrazione che dovrebbero costellare la vita della Repubblica. Si situano a questo stadio, del resto, le tradizionali indagini di matrice storica, filosofica e giuridica, sulle debolezze e sulle contraddizioni del processo di unificazione come fragilità atavica e fondativa; essa ha segnato, per conseguenza, la parabola di alcuni istituti giuridici, quali il concetto stesso di interesse nazionale scomparso dal Titolo V della Parte II della Costituzione, con conseguenze simboliche oltre che pratiche, sulle quali si è discusso poco. Quel tema, relegato al piano riduttivo dell'analisi delle dinamiche di esercizio del potere tra Stato centrale e periferie dell'autonomia, è divenuto persino preda, nell'ultimo decennio, delle culture tradizionali conservatrici in cerca di vessilli.

Da quanto precede si evince che la lotta al pensiero antidemocratico proveniente da destra non assume oggi reali esigenze di politica criminale, ma assolve a motivi di psicologia collettiva e di valenza simbolica. Il che non implica affatto sminuire la necessità di una salda politica di contrasto, ma consente di perfezionare l'analisi su quali debbano essere gli strumenti per affrontare i reati d'odio, i rigurgiti filofascisti, e l'obliterazione negazionista, ovvero – per parafrasare il titolo di un'autrice geniale – di quanto si deve dire e narrare dell'indicibile[19].

---

[14] La citazione è tratta da un rapporto Censis che evidenziava – e in qualche modo definiva – una tendenza determinante degli anni Ottanta del secolo scorso, richiamata da G. Crainz, *Autobiografia di una Repubblica. Le radici dell'Italia attuale* Roma, 2012, 158.

[15] In questo senso, cfr. K. Jaspers, *La situazione spirituale del tempo (Die geistige situation der zeit),* Roma, 1982, 39.

[16] Come intesi dalla celebre definizione di R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.

[17] Per un'analisi dei simboli in chiave selettiva, distinguendo cioè tra istituti che hanno un esclusivo valore simbolico, e altri che vantano una funzione simbolica, pur assumendo un significato non esclusivo in tal senso, cfr. M. Luciani, *Costituzione italiana: Art. 12*, Roma, 2018, 47.

[18] G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in R. Smend, *op. cit.*, 20.

[19] I. Bachmann, *Il dicibile e l'indicibile*, Torino, 1998.

4. Metodi di reazione al dilagare contro il pensiero ostile alla democrazia

Verificata l'attualità dell'esigenza di contrasto al pensiero ostile in tutte le sue forme, se ne deve tuttavia riassumere l'estrema inadeguatezza se declinata in esclusiva chiave di legislazione penale. Poteva giustificarsi tale opzione di metodo – cioè l'arco riflesso di affidare alla sanzione penale gli esiti di questa lotta – quando l'eversione a destra, propalandosi, portava con sé pesanti implicazioni di tutela dell'ordine pubblico. In quella stagione si assisteva ad un effetto di moltiplicazione del seguito ideologico tra le generazioni più giovani che facevano ingresso nella vita politica degli anni settanta e ottanta. Ma le condizioni attuali non ricordano in nulla il profilarsi di tali esigenze. Pertanto, a non potersi sottrarre a notazione critica, non è solo la scelta ricorrente di affidarsi alla legge penale, ma anche quella di introdurre nuove fattispecie di reato o sistemi di aggravanti, nel corpo di impianti legislativi sorti per contrastare ben diversi fenomeni. Al loro cospetto, le tecniche classiche di arretramento della soglia del penalmente rilevante, dell'espansione dei reati di pericolo, della serie aperta delle aggravanti di orientamento ideologico e, soprattutto, della surrettizia abdicazione al principio del *cogitationis nemo poenam patitur*, trovavano quantomeno una loro spiegazione razionale.
Ora, la maggior parte dell'effetto di proselitismo e dell'opera di cooptazione nel gruppo orientato ideologicamente avviene mediante la rete e di rado assurge ad episodio allarmante sul piano dell'ordine pubblico o presenta rilievo essenziale in condotte delittuose contro la persona. Si deve aggiungere, altresì, che colpire con la sanzione penale l'orientamento ideologico e l'espressione antidemocratica, accresce quell'aura magnetica ed attrattiva[20] che spesso circonda i divieti troppo grezzamente elaborati e applicati a tendenze, vocazioni o orientamenti di pensiero[21]. Se dunque si intendesse rinsaldare i presidi contro i tratti più odiosi del pensiero antidemocratico maturato negli ambienti e nella cultura destrorsa, si dovrebbe guardare a cercare soluzioni che possano rinsaldare i simboli e le forze di integrazione democratica. Si tratta di misure capaci di respingere, sul campo largo della cultura nazionale, l'avanzata del credo, del metodo e dei valori antidemocratici. Un risultato che si ottiene, ovviamente, rinsaldando il peso e il ruolo dell'antifascismo nella cultura della nazione, curandosi però di manutenere le radici profonde dei suoi simboli[22].
In questa prospettiva l'elaborazione teorica può dare frutti maturi per scartare dai me-

[20] Secondo il noto principio per cui «Dove c'è opposizione, c'è attrazione». Così C.G. Jung, *Opere*, Torino, 2007, 528.

[21] Molto spiega, al riguardo, il libro intervista realizzato da G. Bianconi, *A Mano armata. Vita violenta di Giusva Fioravanti*, Milano, 1992, 17 e *passim*, in cui la lucida disamina sulle ragioni dell'adesione prima all'estremismo di destra e poi allo spontaneismo armato, annovera ed enfatizza, nelle memorie dell'interessato, l'essere il solo contro i molti, il battersi contro una sorta di discriminazione che si percepiva come non ragionevole e ghettizzante e che, dunque, proprio per questo affascinava ed attraeva oltre misura. Ma che l'esclusione dal quadro dello scambio democratico di certe matrici di pensiero abbia costituito anche un fattore di supporto all'ideologia e alla fascinazione che circondavano l'estremismo a sinistra, non può ritenersi dubbio.

[22] Sul valore del nazionalismo in questa prospettiva assai poco percorsa – e non a caso – negli studi giuspubblicistici in Italia, cfr., con riguardo agli inni nazionali, P. Häberle, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstates*, Berlin, 2007, 115.

todi fondati sul «potere impositivo rigido e sanzionatorio della *hard law*, verso configurazioni più orientate alla *moral suasion*»[23] e alla piena consapevolezza dei vantaggi di integrare nell'analisi storiografica e nel dibattito pubblico le ideologie antidemocratiche e discriminatorie, così da demolirne le fragili fondamenta. Occorre però fugare i dubbi sul fatto che si sia di fronte alla tradizionale dicotomia che sempre si presenta al momento di elaborare strategie di contrasto agli orientanti antidemocratici. Essa si risolve sovente nella rigida contrapposizione tra chi sostiene le ragioni di preservare le tradizionali direttrici di incriminazione penale del proselitismo e della diffusione del pensiero ostile e delle dottrine autoritarie, o comunque fondate sulla discriminazione razziale, e chi, al contrario, suggerisce che esse debbano confrontarsi nel campo aperto della contesa politica e dello spazio pubblico, nel quale risulterebbero fatalmente sconfitti e battuti.

Gli argomenti impiegati sin qui per sostenere l'anacronismo e la scarsa efficacia del primo orientamento, non implicano l'accoglimento della seconda tesi. Essa sconta i gravi rischi di sottovalutazione di un fenomeno le cui dimensioni e profondità di incisione si manifestano ben dentro i confini europei.

5. Funzioni della Costituzione contro il pensiero eversivo e il proselitismo antidemocratico

Tra le funzioni cui assolvono le Costituzioni vi è quella, ancora una volta relativa al campo della psicologia collettiva, di coagulare e favorire la convivenza dei corpi sociali. Non è un caso che alla base del concetto di funzione psicologica vi sia proprio il comporre e sintetizzare gli elementi dell'esperienza[24]. E ciò vale anche nella prospettiva giuridica. Ne discende che un frangente di notevole rilievo per contrastare le dottrine antidemocratiche destrorse è quello di esplorare, riesaminare e vagliare in profondità le esperienze storiche che hanno visto come teatro l'ordinamento italiano. Le recenti rievocazioni occorse per l'anniversario delle infauste leggi a difesa della razza ha consentito, ad esempio, di portare alla luce, gli atteggiamenti, le condotte e le reazioni che ebbero luogo in occasione dell'irrompere, nell'ordinamento statutario, delle leggi del 1938. Oltre ad una meritevole indagine di carattere storiografico, si fa fronte alla necessità di non disperdere la memoria collettiva di fronte all'abiezione giuridica che si compì mentre il Fascismo toccava l'apogeo della propria parabola, e lo studio accurato dell'effettiva applicazione che quelle disposizioni trovarono da parte della magistratura[25]. Il che consente di comprendere quale sia il modo in cui una collettività accoglie

[23] La citazione nel testo è tratta da S. Petrucciani, *Democrazia*, Torino, 2014, 226, che evidenzia le soluzioni auspicabili per poter far fronte ai generali arrancamenti dei sistemi democratici. Al riguardo, è significativo osservare che uno dei maggiori rischi connessi con il riproporsi degli estremismi di matrice destrorsa, siano essi di foggia nuova, o invece ispirati ad esperienze storiche consumatesi in Europa, è che questi si saldino con i movimenti e le dottrine che, per altre vie e secondo differenti impostazioni culturali, concorrono a svuotare di effettività la partecipazione diffusa alla vita pubblica, per determinare gli orientamenti della comunità statale.

[24] C.G. Jung, *I tipi psicologici*, Torino, 1969, 24 e *passim*.

[25] Ad esempio, v. G. Canzio, *Le leggi razziali e il ceto dei giuristi*, in *Diritto penale contemporaneo,* 5 febbraio

e ammanta di consenso (o quanto e secondo quali presupposti rigetta) l'affermarsi di dottrine antidemocratiche, discriminatorie e vessatorie, frutto di quell'autoritarismo razzista.

Studi e indagini, queste, che potenzialmente possono compensare le mancanze e la sbrigatività che connotarono il passaggio che portò a superare e sostituire il regime – nonché le sue diffusa basi di consenso silente – con una netta cesura di continuità[26]. Fu questo uno degli snodi cruciali che chiusero la strada all'introduzione nella Costituzione repubblicana di meccanismi e istituti tipici della democrazia protetta. Del resto, la tesi che rinverrebbe nella XII Disposizione transitoria il fondamento costituzionale della lotta alle espressioni e ai simboli del pensiero antidemocratico da destra, è stata da tempo sconfessata, non potendosi in alcun modo dimenticare che un conto è introdurre un limite alla libertà di costruzione e indirizzo dei partiti politici; altro incriminare condotte espressive di orientamenti culturali che, odiosi ed esecrabili quanto si voglia, non possono seriamente dirsi prodromici al ritorno alla forma partitica fascista[27].

In realtà, specie nella sua parabola ascendente, il Fascismo aveva condotto con sé un autentico disprezzo per la politica e gli esiti cui condusse l'esperienza del Regime nella storia del Paese avevano contribuito a minare alla base il sentire comune per la partecipazione sociale e politica, mortificando lo *status activae civitatis*[28]; tutto ciò, ancorché la Costituzione repubblicana elevi la partecipazione alla vita politica ad obiettivo permanente di inclusione nel concetto di cittadinanza. Basti pensare, al riguardo, alla formula del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Da quanto precede, si trae allora un ulteriore indizio: per combattere la diffusione del pensiero eversivo e il proselitismo estremista sotto le più varie spoglie, occorre evitare che singole culture e appartenenze politiche siano isolate e marginalizzate, sottratte, in una parola, all'efficacia del processo di integrazione. Il che concorre a spiegare perché il divieto penale, proprio in quanto disposizione di rigido isolamento a fini di incriminazione di un'attitudine o di un orientamento, è destinato a deludere le aspettative di contrasto al pensiero antisistema. Confidando nella fondatezza delle precedenti considerazioni circa l'inefficacia di un incremento dei reati di opinione, risulterebbe confermato che il rischio maggiore per le istituzioni democratiche e, in generale, per le Costituzioni pluraliste, prende corpo proprio quando gli schemi del pensiero tipici delle eresie democratiche, incrociano i motivi

2018.

[26] Sul punto, cfr., tra gli altri, M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto,* 1991, 185 ss., nonché G. Crainz, *Autobiografia di una Repubblica. Le radici dell'Italia attuale*, Roma, 2009, 35 ss. e *passim*.

[27] Sull'inadeguatezza della legittimazione offerta dalla XII Disposizione transitoria per l'introduzione di disposizioni di incriminazione penale che anticipino la soglia della punibilità, ben prima dell'ipotesi di ricostituzione del partito fascista, sia concesso rinviare, da ultimo, a D. Piccione, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, cit., 507. Peraltro, tale insufficienza si riscontra anche a voler accogliere la nota tesi polivalente, secondo cui sarebbe vietata l'esistenza di qualunque partito che persegua l'instaurazione di dittature o l'abbandono degli oggi vigenti principi democratici. Sul punto, cfr. C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 238 ss.

[28] Sulle drammatiche conseguenze per la dipendenza delle amministrazioni pubbliche e il loro rapporto con la politica, dopo il passaggio ordinamentale alla Repubblica, cfr. G. Melis, *L'amministrazione*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma, 1995, 223 ss.

più profondi della disaffezione politica, riuscendo ad intercettarli e a canalizzarli[29].
Contro tale fenomeno, allora, una strada virtuosa rimane quella di rivitalizzare i simboli della Costituzione e rivalutarne la funzione mitica, quella che si esplica anche mediante i miti e i riti costituzionali, anch'essi capaci di equilibrare e mitigare l'influenza dei motivi irrazionalistici inconsci che alimentano, invece, la rinuncia alla partecipazione e l'antipolitica. Si tratta di una via capace di incidere sul livello emotivo della collettività che, come ormai si va dicendo da più di un quindicennio, non deve essere escluso dal quadro dell'analisi politica e giuridica[30]. Muovendosi su questa linea di pensiero, deve accogliersi con favore la recente l. 181/2017, che riconosce la valenza dell'inno nazionale, contribuendo a rafforzarne il radicamento nella cultura del paese, così da determinare una sia pur minima opera di argine contro i processi disgregativi. Si tratta, peraltro, di disposizioni di legge che trovano un precedente recente nella l. 222/2012, anch'essa volta ad integrare, nei percorsi formativi scolastici, programmi didattici che legano le vicende della storia dell'Unità nazionale, proprio con la valenza dei simboli, anche nella prospettiva di studio dell'evoluzione della storia europea e degli anni dell'elaborazione della Costituzione[31].
Tutte ragioni che rafforzano il convincimento per cui, contro le eresie democratiche, serva una seria politica dell'effettività costituzionale e non il suo opposto, cioè «l'allentamento del rigore della fattispecie penale»[32]. Il rischio di cadere in quest'ultima tendenza, di cui costituisce esempio il voler associare alla XII Disposizione transitoria il fondamento legittimante non solo ad introdurre limiti all'associazione partitica, ma ad incriminare forme espressive, sembra ancora una volta confluire in una tendenza manifesta del nostro tempo.
Si ripropone, così, il rischio di smarrire la forza garantista della struttura delle libertà costituzionali, la cui tenuta è ormai insidiata da tendenze applicative e persino giurisdizionali, non meno che da orientamenti culturali; questi, non di rado, sviliscono la forza del dato testuale della Carta fondamentale. In tale prospettiva, non va alimentata la tentazione di traslare l'efficacia di una garanzia costituzionale da un'area dell'ordinamento – la libertà di associazione in partiti politici – all'altra, cioè prevedendo delitti che risultano potenzialmente integrati dalla sola espressione estremista e che dunque limitano l'area della liceità penale dell'espressione. Questa migrazione delle limitazioni dall'esercizio dell'una a quello dell'altra libertà costituzionale si inscrive nell'alveo di processi più ampi e profondi che profilano effetti di sostituzione tra diritti costituzionali e ombre destrutturate ed evanescenti, proprio come capita per la malferma struttura del diritto alla sicurezza. Intanto, all'orizzonte si affacciano categorie inusitate come

[29] Non a caso, ampie aree di convergenza e penetrazione dei motivi alla base dei fascismi nella psicologia collettiva del Novecento, vennero rintracciate sempre da C. Jung, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, Torino, 1972, 42; secondo l'A. i miti totalitari preannunciano il riemergere degli archetipi dell'inconscio collettivo e gli istinti, intesi come impulsi che originano, senza motivazione conscia e consapevole, da «decisioni determinate dall'inconscio collettivo». Di qui l'accostamento dei riferimenti tipici dei fascismi (a cominciare dalle loro venature esoteriche) con elementi irrazionali ed istintuali.

[30] È questo uno dei decisivi pregi dell'analisi svolta da M. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2001.

[31] In questo senso, cfr. ancora M. Luciani, *Costituzione italiana: Art. 12*, cit., 43 e 44.

[32] F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, VIII.

"le libertà sociali"[33] così che l'appannarsi delle categorie dogmatiche dei diritti costituzionali si profila foriero di derive incerte e rischia di risolversi in un'ulteriore lesione di entusiasmo per gli stessi valori democratici. Le dense pagine di vita parlamentare che descrivono il recente proliferare dei delitti di opinione nell'ordinamento meritano dunque di essere guardate con sospetto anche in questa ultima prospettiva.

[33] Sul punto, analiticamente, A. Honneth, *La libertà negli altri*, Bologna, 2017, nonché, in generale, Id., *Il diritto della libertà*, Torino, 2015.

Saggi

Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete

Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. *Fake news*, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*

Andrea Mazziotti di Celso

Abstract

Il tema delle *fake news* è relativamente nuovo e sono recenti i primi tentativi di regolamentare il fenomeno; in particolare, il riferimento è alle leggi adottate in Germania e in Malesia (quest'ultima poi abrogata). L'articolo parte da una definizione di *fake news* e illustra i principali problemi relativi alla loro diffusione, che fra l'altro avviene in parte anche mediante le condivisioni e i commenti generati automaticamente da profili internet fasulli. Ciononostante, i principi costituzionali comuni alle democrazie consolidate, nonché i principi europei e internazionali non sembrano consentire ai legislatori di porre limitazioni stringenti alla libertà di espressione, come pure è avvenuto nei casi in esame. Si assiste inoltre alla paradossale situazione in cui parte del mondo liberale chiede l'adozione di norme fortemente repressive, mentre le istanze di tipo libertario sono sostenute da orientamenti che, in generale, non si distinguono per la difesa dei diritti fondamentali.

Only in the last years fake news has become a debated topic. Therefore, just a few laws aim to fight fake news, such as the ones recently adopted in Germany and in Malaysia (the latter already repealed). Spreading of fake news – in which social bots play a key role – could be dangerous; nevertheless, constitutional, European and international principles prevent excessive restrictions on freedom of speech – just as in Germany and in Malaysia. It is also a paradox that many liberals are calling for the adoption of repressive legislation, whereas groups not so sensitive to fundamental rights protection are calling for "no limits" policy.

Sommario

1. Premessa. – 2. *Fake news*: cosa sono, chi le dice, chi le diffonde, chi le legge. – 2.1. Cosa sono le *fake news*?. – 2.2. *Fake news* e *fake people*: il problema dei *bot*. - 2.3. *Fake sheep* ed "effetto gregge". – 2.4. Se siamo noi a suggerire cosa dirci: il caso *Cambridge Analytica*. – 3. *Fake news* e regolazione. - 3.1. Le notizie false nei sistemi giuridici *pre-web*: Italia e USA. - 3.2. Principi internazionali. - 3.3. La posizione dell'Unione europea: il rapporto dello High Level Expert Group. - 3.4. Primi tentativi di legislazione nazionale e primi problemi. – 4. Il rovesciamento degli schemi: progressisti-censori e autoritari-libertari. – 5. Conclusione

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

Andrea Mazziotti di Celso

Keyworkd
Fake news, Libertà di espressione, Internet, Bot, Diritto penale

1. Premessa

Fino al 2016, il tema delle *fake news* era di fatto assente dai media. Con il referendum sulla Brexit e le elezioni americane del 2016, culminate nella vittoria di Trump, il dibattito è esploso in tutto il mondo, sia a livello giornalistico, che scientifico e politico, tanto che il termine *fake news* è stato scelto come *word of the year* 2017[1]. Nelle ultime settimane, poi, si è ulteriormente infiammato, intrecciandosi con il tema, diverso ma connesso, della sottrazione e accumulazione di dati ai fini della profilazione degli utenti, emerso con lo scandalo Cambridge Analytica, che ha rischiato di travolgere Facebook.
L'attenzione di analisti, commentatori e *policy maker*, nazionali e internazionali si sta concentrando sulle misure da adottare per contrastare le degenerazioni del web. Ed è questa, naturalmente, la questione fondamentale, visto che i primi casi di regolamentazione diretta del fenomeno, sono, in realtà, preoccupanti. Nei prossimi paragrafi si parlerà, ad esempio, della legge prima introdotta e poi abrogata in Malesia (non a caso richiamata nel titolo), che è un buon esempio di come in nome della "verità" si possa finire per comprimere, e nei sistemi più autoritari stritolare, il libero pensiero.
Nel tema della regolamentazione del web si intersecano numerosi aspetti tecnologici, sociologici, filosofici, giuridici e politologici. Si "sfidano" diritti fondamentali come il diritto alla privacy e la libertà di espressione, il diritto di informare e manifestare le proprie idee e quello ad essere tutelati contro la propaganda d'odio e discriminatoria. Vengono in gioco la regolarità delle campagne elettorali e la correttezza delle relazioni internazionali. È insomma un tema chiave per la nostra società dei prossimi decenni.
Il tema della regolamentazione delle *fake news* costituisce l'occasione per affrontare, in questo articolo, anche una questione collaterale, ma fondamentale, sulla quale forse non ci si sta soffermando a sufficienza: l'effetto potenzialmente dirompente che il dibattito sulla regolamentazione del web sta avendo sulle categorie culturali e politiche tradizionali. Di fronte alla tecnologia e ai nuovi strumenti di comunicazione e informazione, molti degli schemi ai quali siamo abituati da decenni rischiano di saltare.
Il mondo liberal-social-democratico, progressista, aperto, globalizzato, multiculturale si sta dimostrando, infatti, talmente preoccupato dal problema della disinformazione online, da invocare spesso soluzioni che contrastano con principi fondamentali delle democrazie liberali, a partire dalla libertà di espressione. Per converso, i movimenti populisti e nazionalisti, tendenzialmente poco sensibili al tema dei diritti di libertà, diventano ultra-libertari quando si ipotizza di regolamentare il web. È un vero e proprio rovesciamento di paradigma che merita di essere analizzato, per le gravi conseguenze che potrebbe avere sullo stato di diritto, come lo abbiamo conosciuto fino ad oggi.
Nei paragrafi che seguono, sono esaminati i principali aspetti rilevanti nell'analisi della

[1] La scelta è dell'editore del famoso Collins Dictionary, che ha segnalato un incremento dell'utilizzo del termine del 365% rispetto al 2016.

regolamentazione online, i principi giuridici in gioco, alcune delle soluzioni già attuate o in discussione, a livello sia nazionale che internazionale, per affrontare poi, nell'ultima parte, il tema della trasformazione delle categorie culturali e politiche nel modo delle *fake news*.

2. *Fake news*: cosa sono, chi le dice, chi le diffonde, chi le legge

Cosa sono le *fake news*? Quante sono? Chi diffonde le *fake news*? Qual è il ruolo dei *bot* (profili social generati automaticamente da software *ad hoc*)? Come funzionano le campagne basate sulla profilazione degli utenti? Chi le gestisce? e dove prende i dati?

2.1 Cosa sono le *Fake news*?

Prima di occuparci della nozione normativa di *fake news* adottata nei paesi in cui il fenomeno è regolato, può essere utile cercare di stabilire che cosa di intenda con questa espressione nel linguaggio comune.
Il termine *fake news* può essere tradotto semplicemente come "notizie false", ma si tratta di una definizione da un lato troppo ampia e dall'altro troppo ristretta per descrivere il fenomeno: troppo ampia perché include qualsiasi tipo di notizia non vera e non tiene conto delle intenzioni di chi la produce e la diffonde; troppo ristretta, perché spesso, per disinformare, vengono utilizzate notizie non del tutto false, o parzialmente vere, ma distorte o presentate in modo tale da condizionare e fuorviare gli utenti.
In questo senso, sembra corretta la definizione di *fake news* contenuta nel dizionario Collins, che parla di «informazione falsa, spesso sensazionale, diffusa dissimulandola sotto forma di notizie di stampa»[2]. Essenziale, in questa definizione, è il riferimento alla diffusione in forma dissimulata («*under the guise of*») che suggerisce come le *fake news* si caratterizzino proprio per la specifica intenzione di spacciare un'informazione falsa per una proveniente da fonte autorevole. È giustificato anche il riferimento al sensazionalismo, che effettivamente caratterizza molte campagne *fake*, anche se in alcuni casi (specie quelli di campagne finalizzate al condizionamento politico promosse da servizi di informazione di altri paesi) la disinformazione assume contenuti e forme più sottili.
Proprio per la vaghezza e ambiguità del termine, lo High Level Group della Commissione europea sulle *fake news* e la disinformazione online, nel suo Rapporto pubblicato a marzo del 2018[3], sul quale si tornerà ampiamente in seguito, ha scelto di non utilizzare mai il termine *fake news*, preferendo fare riferimento alla "disinformazione online".
Nel Rapporto si rileva, infatti, come il termine *fake news* sia stato oramai distorto nel dibattito pubblico: lo usano infatti spesso i politici e i loro sostenitori per contestare le notizie di stampa che non gradiscono. Si finisce così per annacquare il concetto, asso-

[2] «*False, often sensational, information disseminated under guise of news reporting*». Il dizionario Cambridge le definisce invece come «*false stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke*».

[3] *A multi dimensional approach to disinformation*, marzo 2018.

ciandolo alla partigianeria politica o al cattivo giornalismo, piuttosto che alle «forme di disinformazione più perniciose e precisamente definite».
Del resto, sottolineano gli autori del Rapporto, il termine *fake news*, essendo basato sull'oggetto della disinformazione, non è adeguato a catturare la complessità di un fenomeno che coinvolge anche una serie di pratiche come l'uso di account automatizzati, la creazione di reti di *fake followers*, la pubblicità mirata, il *trolling* organizzato e molte altre, che hanno più a che vedere con la circolazione che con la produzione della disinformazione. Di queste pratiche trattano rapidamente i paragrafi che seguono.

2.2. *Fake news* e *fake people*: il problema dei *bot*

Il problema non è solo che sui social vengano diffuse intenzionalmente notizie false. È anche che a diffonderle siano, in molti casi, profili finti (*fake*), generati da software (*bot*), che mettono *like*, condividono e sono persino in grado di interloquire con gli utenti veri, chattando e simulando vere conversazioni. In pratica, siamo spesso davanti a *fake news* diffuse da *fake people*.
Alcuni ricercatori di Indiana University[4] hanno notato come su Twitter la diffusione di articoli di *fake* anche molto virali (in cui le condivisioni da parte di utenti veri sono in teoria più numerose) fosse in gran parte il risultato dell'attività di pochi account, che avevano ritwittato l'articolo centinaia di volte. Sospettando che questi account ultra-attivi fossero controllati da software, gli autori della ricerca hanno allora applicato un sistema per riconoscere i *bot* (Botometer) a 915 account che avevano condiviso almeno un link a uno stesso articolo. Il sistema di riconoscimento ha segnalato come "molto probabili *bot*" solo l'8% di questi account. Ma proprio quell'8% è risultato responsabile per il 33% dei tweet con link all'articolo in comune, e del 36% del totale dei tweet pubblicati.
Due ricercatori di University of Southern California hanno invece analizzato 20,7 milioni di tweet, utilizzando un algoritmo "scova-*fake*" da loro ideato. Ne è emerso che 3,8 milioni di tweet su 20,7 (19%) sono stati generati da 400.000 bot, su un totale di 2,8 milioni di account (15%)[5].
Un altro studio sul voto americano ha analizzato i post pubblicati su sei pagine Facebook di grande successo con posizioni politiche radicali; tre di destra e tre di sinistra. Il 38% dei post pubblicati sulle pagine di destra e il 19% di quelli pubblicati sulle pagine di sinistra è risultato del tutto falso o fuorviante[6].
In Russia, è emerso che, in periodi politicamente significativi, oltre la metà dei tweet politici è generato automaticamente[7]. E anche in Giappone, in occasione delle elezioni

[4] C. Shao-G.L. Ciampaglia-O. Varol-K. Yang-A. Flammini-F. Menczer, *The spread of low-credibility content by social bots,* 2018.

[5] A. Bessi-E. Ferrara, *Social bots distort the 2016 U.S. Presidential election online discussion,* in *First Monday,* 21(11), 2016.

[6] C. Silverman-L. Strapagiel-H. Shaban-E. Hall-J. Singer-Vine, *Hyperpartisan Facebook Pages Are Publishing False And Misleading Information At An Alarming Rate*, in *BuzzFeed News*, 20 ottobre 2016.

[7] D. Stukal-S. Sanovich,-R. Bonneau-J.A. Tucker, *Detecting Bots on Russian Political Twitter*, in *Big Data*, 5(4), 2017.

del 2014, l'uso dei bot è stato massiccio, specie per diffondere idee di estrema destra[8]. Queste notizie false hanno un tasso di condivisione e di diffusione su Facebook molto maggiore rispetto a quelle vere pubblicate sui siti dei giornali più autorevoli e con l'approssimarsi del voto la cosa diventa esponenziale: hanno molto più successo le notizie false di quelle vere[9].

E non è tutto: l'algoritmo utilizzato da Facebook ha caratteristiche tecniche che finiscono per rendere più virali le notizie generate dagli account *fake* rispetto a quelle generate da account aperti da esseri umani[10]. In pratica, un nostro post "vero" va meno veloce di quelli generali dai nostri "amici" virtuali.

2.3. *Fake sheep* ed "effetto gregge"

Perché si usano i *bot* per diffondere *fake news*? La spiegazione è semplice, sociologica e psicologica. Si chiama effetto gregge, o *herd effect* ed esiste da molto prima del web.

Se una posizione politica raccoglie molto consenso, è probabile che la moltiplicazione di aderenti sia esponenziale. Se una notizia è diffusa da molte fonti, diventa più credibile. Già nel 1949 Orwell diceva che «se tutti i documenti raccontavano la stessa favola, ecco che la menzogna diventava un fatto storico, quindi vera»[11]. E allora non esistevano Facebook e Twitter. Al giorno d'oggi i social network amplificano enormemente l'effetto gregge per l'immediatezza e universalità della comunicazione. Se i *like* e le condivisioni sono tanti, si verifica una reazione a catena. Gli utenti tendono ad accodarsi[12]. E se poi il messaggio è semplice e di impatto forte, come molte *fake news*, la diffusione è ancora maggiore.

E allora cosa c'è di più efficace che pubblicare una bufala su due o tre siti web apparentemente indipendenti, per poi spararla a raffica sul web utilizzando *bot* che possono condividerla, ritwittarla o addirittura commentarla centinaia di volte al giorno?

Usando i *bot*, partiti e personaggi politici possono produrre artificialmente *like* e condivisioni, creare siti solo apparentemente differenti, ma in realtà cloni l'uno dell'altro, per rilanciare la stessa notizia. Dare l'impressione che quella notizia sia credibile attraverso una moltiplicazione delle presunte "fonti". Creano così un "gregge virtuale" fatto di account *fake* che convince l'utente "vero" di trovarsi di fronte a un movimento con molti sostenitori e lo porta ad aderire più facilmente al progetto politico.

I *bot* e le *fake news* sono per questo utilizzati dai paesi che vogliono influenzare i risultati delle elezioni di un altro paese. È noto che l'ultima campagna presidenziale americana ha portato a un'indagine del Senato sui presunti rapporti tra il presidente Trump e le

[8] F. Schäfer-S. Evert-P. Heinrich, *Japan's 2014 General Election: Political Bots, Right-Wing Internet Activism, and Prime Minister Shinzō Abe's Hidden Nationalist Agenda*, in *Big Data*, 5(4), 2017.

[9] C. Silverman, *This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook*, in *BuzzFeed*, 16 novembre 2016.

[10] *Ibid.*

[11] G. Orwell, *1984*, Londra, 1949.

[12] Si v. J. Egebark–M. Ekström, *Like what you like or what others like? Conformity and Peers Effect on Facebook*, IFN Working Paper No. 886, 2011, in cui gli autori hanno dimostrato una relazione più che proporzionale tra il numero di *like* su un post e la probabilità che altri utenti aggiungano il loro.

operazioni di hackeraggio della Russia[13]. Un hacker colombiano (che oggi sconta una condanna a 10 anni in un carcere di Bogotà) ha affermato di aver influenzato in modo decisivo varie elezioni in Sudamerica e in Messico, proprio utilizzando migliaia di *fake* accounts e *bot*[14]. E dopo il caso delle elezioni americane, ad aprile di quest'anno la stampa inglese ha riportato il tentativo della Russia di influenzare anche le elezioni inglesi, attaccando i conservatori con tweet lanciati da migliaia di *bot*.
Insomma, i *bot* sono diventati oramai uno strumento di comunicazione politica di uso comune, anche se magari chi li utilizza non lo ammette pubblicamente. E non è facile combatterli, per il principio di tutela dell'anonimato che caratterizza i social network. Un principio che, nato per tutelare chi usa i social network da governi autoritari, rischia di avere un effetto boomerang sulle democrazie più avanzate, impedendo di identificare chi trucca il consenso.
E la situazione si aggrava se chi gestisce una campagna di disinformazione sul web, utilizzando social *bot*, è anche in grado di tarare i messaggi su preferenze, gusti e situazioni personali singoli utenti, essendo venuto in possesso dei loro dati, che dovrebbero essere appunto personali e riservati.

2.4. Se siamo noi a suggerire cosa dirci: il caso *Cambridge Analytica*

Cambridge Analytica è una società specializzata nella profilazione, attraverso i dati raccolti sul web, dei potenziali destinatari di campagne politiche personalizzate che ha collaborato attivamente alla campagna elettorale di Donald Trump.
Il 17 marzo 2018 è scoppiato lo scandalo: è emerso che nel 2014, Cambridge Analytica aveva ottenuto illegalmente i dati personali di 50 milioni di utenti Facebook, attraverso la app "*mydigitallife*" di una società sua partner, che aveva offerto un test della personalità a centinaia di migliaia di utenti. Questi, entrati nella app attraverso Facebook, avevano reso disponibili sia i dati propri che quelli dei propri amici, portando all'accumulo di milioni e milioni di dati. E il titolare della app aveva condiviso illegalmente questi dati con Cambridge, per utilizzarli in campagna elettorale[15].
Lo scandalo ha avuto una eco enorme, facendo traballare Facebook, messa sotto accusa da più parti per lo scarsissimo livello di tutela dei dati dei suoi utenti. Nelle settimane successive, si sono susseguiti messaggi sempre più allarmanti, il fondatore di Facebook, Zuckerberg, è stato sentito dal Senato americano, la Cambridge Analytica è fallita.
In questa sede non ci soffermiamo sulle questioni di privacy, un aspetto fondamentale che tuttavia è al di fuori dell'argomento di questo articolo[16]. È opportuno, invece, un

[13] Sul tema è di grandissimo interesse l'udienza dell'Intelligence Committee del 30 marzo 2017, in cui sono stati affrontati molti degli argomenti di questo articolo.

[14] J. Robertson-M. Riley-A. Willis, *How to Hack an Election,* in *Bloomberg Businessweek*, 31 marzo 2016.

[15] C. Cadwalladr-E. Graham-Harrison, *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*, in *The Guardian,* 17 marzo 2018.

[16] Per effetto dello scandalo Cambridge Analytica, anche negli Stati Uniti è emersa una nuova consapevolezza del tema privacy. Lo stesso Zuckerberg ha annunciato pubblicamente di voler applicare a livello globale le nuove regole sulla protezione dei dati personali in vigore dal maggio 2018 ai sensi del

breve accenno al tema di come le *fake news* si intreccino con queste campagne mirate. E quali pericoli presenti questo intreccio.

Sir Tim Berners-Lee, uno degli inventori del web e fondatore della Web Foundation li aveva anticipati ben prima dello scandalo Cambridge Analytica. In una lettera pubblicata in occasione dei 28 anni dalla sua prima proposta per la creazione di una rete mondiale[17], Berners-Lee aveva, infatti, denunciato i rischi di disinformazione connessi alle campagne personalizzate, per poi chiedersi: «La propaganda mirata consente a una campagna di dire cose completamente diverse, e magari confliggenti, a gruppi diversi. Questo può dirsi democratico?»

La risposta tecnico-giuridica a Berners-Lee sarebbe: Certamente sì. Il principio di democrazia non impone, infatti, a chi fa propaganda di dire le stesse cose a tutti i potenziali elettori.

Ma, applicata al fenomeno di cui parliamo, si tratta di una risposta semplicistica, perché in questo caso l'alterazione del consenso è grave. Viene eliminato qualsiasi equilibrio informativo tra chi fa la campagna e chi ne è destinatario. L'elettore, infatti, non sa che il messaggio di propaganda che riceve è stato creato apposta per lui, e che magari, contemporaneamente, lo stesso soggetto politico manda messaggi di contenuto opposto ad altri utenti. Se gli elettori/utenti lo sapessero, probabilmente chi manda i messaggi incoerenti ne uscirebbe squalificato e privo di credibilità. Può invece mentire e contraddirsi impunemente, perché monitorare tutto il web è impossibile per l'utente medio e l'incoerenza quasi sempre non viene scoperta.

Insomma, ogni volta in cui un utente di social network o altri servizi web consente, più o meno consapevolmente, a chi offre il servizio di avere accesso ai suoi dati personali, rischia che i dati stessi vengano utilizzati per una sua profilazione a fini politici. Profilazione alla quale segue poi un bombardamento di notizie, informazioni, condivisioni e alte interazioni web, generate da *bot* e costruite su misura per lui, per attirarne il consenso. Spesso, si tratta di *fake news*. O meglio, delle *fake news* che l'utente è più propenso a credere, visto che ad altri utenti/elettori, dal profilo diverso, saranno inviati messaggi mirati totalmente diversi.

È evidente che meccanismi del genere portano a distorsioni nella corretta formazione del consenso e alterano il funzionamento della democrazia e richiedono una nuova visione sia dei regolatori che degli operatori del settore.

Lo ha riconosciuto anche Mark Zuckerberg, fondatore di Facebook, nella sua recente audizione al Senato americano: «Non è sufficiente collegare le persone. Dobbiamo assicurare che si tratti di collegamenti positivi. Non basta dare una voce alle persone. Dobbiamo assicurare che la gente non la utilizzi per far male ad altre persone, o per diffondere disinformazione. E non basta dare alle persone il controllo delle proprie informazioni. Dobbiamo assicurare che anche gli sviluppatori con i quali le condividono proteggano tali informazioni… siamo di fronte a un ampio cambiamento filosofico nel modo in cui come azienda ci relazioniamo con la nostra responsabilità. Per i primi 12 o 12 anni della società, ritenevo che la nostra responsabilità fosse essenzialmente quella di creare strumenti che, se messi nelle mani della gente, avrebbero dato loro il

Regolamento Europeo 2016/679 sulla privacy, che fino a quel momento aveva fortemente avversato.

[17] *Three challenges for the web, according to its inventor*, in *World Wide Web Foundation*.

potere di fare buone cose. Credo che abbiamo imparato da una serie di questioni – non solo la privacy dei dati, ma anche le *fake news* e le interferenze straniere nelle elezioni - che dobbiamo adottare un ruolo più proattivo e una più ampia visione delle nostre responsabilità»[18].
Ma affinché ci siano comportamenti corretti da parte di tutti gli operatori del settore dell'informazione, e non solo da parte di coloro che (un po' tardivamente) si attivano spontaneamente, è necessario che anche il regolatore faccia la sua parte? Servono nuove norme? E se sì, quali?

3. *Fake news* e regolazione

Come si è visto, il web e le nuove tecnologie di comunicazione creano meravigliose opportunità, ma anche rischi per la regolarità dei processi democratici. Disinformazione e influenze esterne sono, infatti, enormemente facilitate dall'immediatezza, dalla velocità e dall'anonimato dei messaggi e si devono affrontare questioni rispetto alle quali non solo gli ordinamenti giuridici vigenti, ma intere classi dirigenti non sono evidentemente preparati.
In particolare, il tema dei limiti alla libertà di espressione e alla libertà di stampa, da sempre al centro dei sistemi giuridici delle democrazie liberali, presenta nuove sfide, con le quali legislatori, giudici e operatori del diritto sono chiamati a confrontarsi.

3.1. Le notizie false nei sistemi giuridici *pre-web*: Italia e USA

Ai fini di questa analisi, la nozione di *fake news* non include le informazioni e le notizie che sono già vietate per effetto di altre norme "tipiche", come ad esempio quelle sulla diffamazione, sull'incitazione a delinquere, sulla propaganda razzista. Ci concentriamo, insomma, su notizie false, prodotte e messe in circolazione da persone consapevoli di tale falsità, ma che non sono illegali per altre ragioni.
Se si analizzano due sistemi come quello americano e quello italiano, con una storia e una tradizione giuridica molto diverse, si può riscontrare che, nonostante questa diversità, le conclusioni raggiunte sul trattamento delle notizie false non sono affatto lontane.
In entrambi i sistemi, infatti, la diffusione, anche dolosa, di notizie false non può essere vietata, in assenza di altre circostanze che rendano tale diffusione pericolosa o dannosa per il pubblico, per specifici individui, o per specifici interessi ritenuti superiori (come la non discriminazione).

[18] Hearing before the United Sates Senate Committee on the Judiciary, Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation, 10 aprile 2018.

La Corte Suprema degli Stati Uniti[19] - nel dichiarare contraria al Primo Emendamento[20] una legge che puniva chi affermasse falsamente di aver conseguito una decorazione o una medaglia al valore – ha affermato: «Iil rimedio contro le dichiarazioni false sono le dichiarazioni vere… all'irrazionale si risponde con il razionale, al disinformato con l'illuminato, alla palese menzogna con la semplice verità. […] La teoria che sta alla base della nostra Costituzione è che il miglior test di verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato [del pensiero] […] qualsiasi soppressione della libertà di parola da parte del Governo rende l'esposizione delle falsità più difficile, non meno. La società ha il diritto e il dovere civico di confrontarsi in una discussione aperta, dinamica e razionale. Questi fini non sono ben serviti quando il governo cerca di orchestrare la discussione pubblica attraverso imposizioni basate sul contenuto».

In altre parole: il falso si combatte con una sensibilizzazione al vero. Non spetta al governo dire cosa sia vero e cosa no e tanto meno vietare dichiarazioni e pubblicazioni per il solo fatto della loro falsità. Qualsiasi condizionamento dei contenuti sarebbe contrario alla libertà di parola.

In Italia, l'art. 21[21] della Costituzione tutela in modo altrettanto rigoroso la libertà di stampa e la libertà di espressione e la giurisprudenza costituzionale ha applicato in modo restrittivo le (poche) limitazioni che il legislatore ha introdotto.

Se si eccettuano, infatti, le dichiarazioni diffamatorie, l'unico caso in cui la diffusione di notizie non veritiere è vietata dal nostro ordinamento è la diffusione di notizie false, esagerate e tendenziose idonee a turbare l'ordine pubblico (art. 656 c.p.).

In una sentenza resa oltre cinquant'anni fa[22], la Consulta ha definito false e tendenziose le notizie che «pur riferendo cose vere, le presentino tuttavia (non importa se intenzionalmente o meno) in modo che chi le apprende possa avere una rappresentazione alterata della realtà. Il che può avvenire pel fatto che vengano riferiti o posti in evidenza soltanto una parte degli accadimenti (eventualmente quelli marginali e meno importanti), sottacendone o minimizzandone altri (eventualmente di pari o maggiore importanza, o comunque idonei a spiegare o addirittura a giustificare quelli riferiti); pel fatto che gli accadimenti vengano esposti in modo da determinare confusione tra notizia e

[19] *United States v. Alvarez*, 567 U.S. (2012). Il caso riguardava la conformità alla Costituzione americana dello Stolen Valor Act.

[20] «*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*».

[21] «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denunzia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

[22] C. Cost., 14 febbraio 1962, n. 5.

commento; e in altri simili modi. Suscitando in chi le apprende una rappresentazione alterata della realtà, le notizie tendenziose deformano, dunque, la verità».
La definizione dettata dalla Corte Costituzionale è del tutto coerente con il concetto di *fake news* adottato all'inizio di questo lavoro, visto che comprende anche notizie parzialmente vere, ma presentate con modalità tali da trasmettere comunque un'informazione falsa o distorta. Lo è meno quando include anche le condotte involontarie, perché, come si è visto, il dibattito attuale si concentra sulle *fake news* messe in circolazione intenzionalmente, con l'obiettivo di manipolare o condizionare il consenso politico.
Il tema della rilevanza dello stato soggettivo di chi propaganda il falso è stato affrontato dalla Corte in altra decisione[23], in cui la Consulta si è posta incidentalmente la domanda se la consapevolezza della falsità della notizia possa avere come effetto la perdita delle tutele garantite dall'art. 21 della Costituzione. La Corte non ha però sviluppato oltre il ragionamento per motivi procedurali[24], e deve ritenersi che, in base all'attuale giurisprudenza, anche il messaggio intenzionalmente falso sia protetto dall'art. 21, in assenza di violazioni di altri valori costituzionalmente rilevanti.
Nelle sentenze sopra richiamate si chiarisce, comunque, che la pubblicazione e diffusione di notizie false e tendenziose è punibile solo quando «(indipendentemente dall'intento dell'agente) sia idonea a porre in pericolo l'ordine pubblico»[25].
Anche in Italia, quindi, qualsiasi intervento diretto a limitare la mera diffusione di notizie non diffamatorie o discriminatorie per il solo fatto della loro falsità sarebbe in contrasto con l'art. 21 della Costituzione, a meno di non voler sostenere che le distorsioni dell'ordine democratico derivanti dalle *fake news* sono così gravi da costituire esse stesse un turbamento dell'ordine pubblico.

3.2. Principi internazionali

Se il sistema americano e quello italiano sono coerenti, una delle ragioni è anche il maturare, fin dal secolo scorso, a livello internazionale, di un comune sentire dei paesi democratici riguardo alla libertà di espressione e alla libertà di stampa.
Un comune sentire che ha trovato la sua realizzazione nel secondo dopoguerra con l'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, ai sensi del quale «Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere».

[23] C. Cost., 16 marzo 1962, n. 19.

[24] «Potrebbe, invece, porsi - in tutti i casi, o quanto meno in quelli in cui l'agente sia consapevole della non rispondenza a verità - il problema se la pubblicazione e diffusione di notizie non vere o alterate possa esser configurata come manifestazione del "proprio" pensiero, in quanto tale protetta dall'art. 21 della Costituzione. Ma la questione di legittimità costituzionale sollevata con l'ordinanza che ha promosso il presente giudizio può esser dichiarata infondata anche senza affrontare tale problema».

[25] Nella citata sentenza n. 19 del 7 febbraio 1962, la Consulta ha fornito una definizione molto restrittiva dell'ordine pubblico rilevante ai fini della configurabilità del reato, identificato nella «preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attentato a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza».

È un principio che oggi sembra banale, ma che lo era molto meno nel 1948, e lo dimostra il fatto che una declinazione più specifica di tale principio ha richiesto quasi vent'anni. Solo nel 1966, infatti, con il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (che entrerà in vigore nel 1976) sono state indicate le limitazioni consentite alla libertà di opinione e di espressione.

L'art. 19, c. 3, del Patto afferma che l'esercizio di tali libertà comporta «speciali doveri e responsabilità» e pertanto può essere sottoposto, con norme di legge, soltanto alle restrizioni necessarie per la tutela «dei diritti o della reputazione altrui» e la «salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche».

Si è quindi sancito, a livello internazionale, il divieto di impedire o limitare la circolazione di notizie, solo per la loro falsità. E a quel principio si sono conformati i legislatori e le corti dei grandi paesi democratici, inclusi, come si è visto, gli Stati Uniti e l'Italia.

Quando il tema delle *fake news* è esploso a livello internazionale, ci si è subito resi conto dei pericoli che questo avrebbe comportato per la libertà di espressione. Troppo forte la tentazione per i governi più autoritari di utilizzare un argomento "di moda" come le *fake news* per mettere un bavaglio a stampa e opposizione.

Da tale consapevolezza è nata la "Dichiarazione congiunta su *Fake News*, Disinformazione e Propaganda" firmata il 3 marzo 2017 a Vienna dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la libertà di opinione e espressione, dal Responsabile per la libertà dei media dell'OSCE - Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa -, dal Relatore speciale per la libertà di espressione dell'Organizzazione degli Stati americani e da quello della Commissione africana per i diritti umani[26].

Nonostante il titolo, la Dichiarazione non si occupa tanto di contrastare il fenomeno delle *fake news* e della disinformazione online, quanto piuttosto di evitare che l'esistenza (vera o presunta) delle *fake news* venga usata come scusa per introdurre forme di censura.

Il punto 2 a) della dichiarazione dichiara, infatti, incompatibile con gli standard internazionali qualsiasi generica proibizione della diffusione di informazioni basata su concetti come "notizie false" o "informazioni non obiettive", mentre il punto 1 d) afferma che i titolari dei social network (*intermediaries*) non devono mai essere ritenuti responsabili dei contenuti, a meno che non vi abbiano contribuito o che non si siano rifiutati di rimuoverli nonostante una decisione delle autorità.

Sotto il profilo della lotta alle *fake news*, invece, la Dichiarazione si occupa più delle modalità di diffusione delle bufale che del loro contenuto. Invita, infatti, le piattaforme ad adottare condizioni efficaci e trasparenti sulla gestione dei contenuti (punto 4 b.), anche con riguardo a sistemi di gestione automatizzati e algoritmici (punto 4 d.), e a partecipare alla ricerca e allo sviluppo di soluzioni tecnologiche su disinformazione e propaganda accessibili agli utenti su base volontaria (punto 4 e.).

Sotto il profilo della qualità dei contenuti, la Dichiarazione, al punto 5, da un lato sollecita la stampa e i giornalisti a introdurre sistemi di autoregolamentazione e di monitoraggio per migliorare gli standard di affidabilità delle notizie, e dall'alto invita i social a cooperare e favorire le iniziative di *fact checking* (punto 4).

[26] Disponibile all'url www.law-democracy.org.

3.3. La posizione dell'Unione europea: il rapporto dello High Level Expert Group

A marzo del 2018, come si è già accennato, lo High Level Expert Group on Fake News and disinformation dell'Unione europea ha pubblicato il suo Rapporto finale, intitolato «Un approccio multi-dimensionale alla disinformazione»[27].
Il Rapporto tratta di tutti i principali aspetti della disinformazione online, sia sotto il profilo dei contenuti che delle modalità di trasmissione e circolazione delle *fake news*, partendo dall'individuazione di quattro fattori critici: il coinvolgimento di alcuni attori politici (inclusi talvolta dei governi stranieri) nell'attività di disinformazione, la presenza sul web di media che non presentano standard adeguati di professionalità, il forte coinvolgimento degli stessi cittadini nella diffusione della disinformazione, il crescente aumento del potere delle grandi piattaforme, che sono oggi in grado di raccogliere enormi quantità di dati, che sono certamente utilizzabili per finalità legittime, ma che possono anche essere sfruttati dagli operatori della disinformazione.
Quanto alle soluzioni, il Rapporto rileva preliminarmente come sia preferibile intervenire attraverso l'adozione di *good policies* da parte dei diversi soggetti coinvolti nel settore (*stakeholders*), piuttosto che attraverso fonti di censura e sorveglianza online.
Partendo da questo presupposto, vengono formulate una serie di raccomandazioni agli *stakeholders*, basate sui seguenti principi:

- trasparenza sulle caratteristiche tecniche e sulle fonti di finanziamento: occorre fare in modo che gli utenti sappiano da chi proviene un messaggio politico, se è stato sponsorizzato, se si trova di fronte a un bot o a un essere umano, se l'*influencer* che lo ha diffuso agisce gratuitamente o a pagamento;
- trasparenza sui contenuti: il Rapporto invita a favorire quanto più possibile la pubblicazione online di elementi che consentano agli utenti di giudicare meglio l'affidabilità delle notizie, ad es. attraverso la conoscenza del proprietario, delle procedure adottate e dell'adesione a codici di condotta giornalistica;
- trasparenza ed efficienza dei sistemi di *fact checking*, promuovendo la collaborazione tra Stati Membri e tra *stakeholders* per assicurare la collaborazione internazionale e intersettoriale tra chi svolge attività di *fact checking*[28]. A questo fine, il Rapporto suggerisce la creazione, da parte di università, centri di ricerca e altri *stakeholders*, di Centri Europei per una ricerca interdisciplinare e indipendente sui problemi della disinformazione, che lancino progetti di ricerca finalizzati al monitoraggio l'entità, la diffusione e il potenziale impatto del fenomeno della disinformazione, alla valutazione della veridicità di alcune informazioni di impatto generale e alla mappatura delle fonti delle attività di disinformazione;

[27] Cfr. *supra*, nota 3.

[28] «L'obiettivo finale dovrebbe essere la creazione di un mercato aperto del *fact-checking* che eviti un "monopolio della verità" del quale si potrebbe potenzialmente abusare in alcuni paesi e che potrebbe essere disapprovato dal pubblico in altri paesi. Questa cooperazione potrebbe essere promossa attraverso uno sforzo congiunto pubblico/privato, per esempio sotto forma di partnership pubblico/privato. L'organo di gestione di una tale rete dovrebbe essere un consiglio di esperti e operare autonomamente e in modo indipendente, senza interferenza dei pubblici poteri»: v. par. 4(a)(iii).

- promozione dell'alfabetizzazione mediatica e informativa degli utenti, per assicurare una lettura critica delle notizie diffuse sul web; a tale scopo, il gruppo di lavoro invita, tra l'altro, le istituzioni europee e i governi nazionali a introdurre il livello di istruzione digitale nei criteri di valutazione delle scuole, e in particolare, nel *ranking* PISA dell'OCSE (il Programma per la Valutazione Internazionale degli Studenti)[29] e a sostenere la formazione digitale degli insegnanti attraverso i programmi Erasmus+ e Training and Education 2020;
- messa a disposizione di utenti e giornalisti da parte delle piattaforme di mezzi di "*empowerment*" che ne aumentino senso critico e consapevolezza, ad esempio permettendo agli utenti di avere accesso alle notizie in forme che consentano di conoscerne l'affidabilità (sulla base di segnalazioni di qualità), e di visualizzare contestualmente anche altre fonti, o ai giornalisti di disporre di strumenti per controllare la veridicità delle notizie e visualizzare online la "mappa" delle reti e dei collegamenti coinvolti nella diffusione di una notizia, in modo da poter capire meglio come la disinformazione è creata, diffusa e amplificata; il Rapporto invita anche a promuovere una migliore formazione dei giornalisti;
- diversità e sostenibilità dell'ecosistema mediatico: il Rapporto sottolinea come in questo momento storico alle autorità pubbliche sia richiesto un impegno particolare per tutelare i principi fondamentali della libertà di espressione e di stampa, e il pluralismo dei media. È quindi essenziale intraprendere azioni per tutelare il pluralismo dell'informazione. Si invita quindi l'Unione europea a investire nel sostegno ai media indipendenti un importo almeno pari a quello investito dal Dipartimento di Stato USA (120 milioni di dollari) per contrastare le interferenze straniere nelle elezioni e la sfiducia nella democrazia. In particolare, secondo il gruppo di lavoro, occorre che attraverso politiche mirate all'interno del programma Horizon 2020, vengano destinate risorse a favore di progetti che promuovano il giornalismo di qualità, la ricerca e l'innovazione nel campo delle tecnologie media, dei sistemi di *fact checking*, dei *big data*.

Il Rapporto UE detta poi alcuni principi applicabili alle legislazioni nazionali, sottolineando come queste debbano astenersi dall'interferire con l'indipendenza della stampa, evitare qualsiasi forma di censura, promuovere la tutela dei diritti fondamentali e finanziare il settore dei media per favorirne la sostenibilità a lungo termine, anche con aiuti di Stato rispetto ai quali la Commissione europea dovrà esercitare le proprie competenze per assicurare trasparenza, indipendenza dei media e pluralismo.
Per assicurare che tutti gli interventi sopra riassunti possano ottenere i risultati desiderati, lo High Level Group raccomanda la creazione di una Coalizione di stakeholder per combattere la disinformazione e invita la Commissione europea a promuovere un Codice di Condotta Europeo per contrastare la disinformazione, che coinvolga tutti gli *stakeholders*, dalle piattaforme, ai media, ai centri di *fact checking* e di ricerca. Il rapporto detta dieci "principi chiave" che dovrebbero costituire la base per il Codice di Condotta[30] e fissa a una *roadmap* per l'elaborazione e attuazione del Codice.

[29] V. all'url https://www.oecd.org/pisa/.

[30] Questi i *key principles*:

Il Rapporto UE è un passaggio positivo nell'elaborazione delle azioni di contrasto alla disinformazione online. Di particolare importanza è il fatto che il principio guida alla base dell'intero documento sia quello di non mettere in atto forme di regolamentazione che possano, anche indirettamente, interferire con la libertà di espressione o con lo sviluppo della tecnologia. Trasparenza, ricerca, formazione e collaborazione volontaria sono preferite a censura e interventi normativi restrittivi delle libertà. Altrettanto importante è la dimensione ultranazionale degli interventi proposti: è infatti del tutto evidente che il fenomeno della disinformazione (come quello della tutela dei dati personali) non può essere affrontato efficacemente a livello nazionale, soprattutto per la necessità di coinvolgere piattaforme globali.
Va detto, in conclusione, che la Commissione nelle ultime settimane ha espresso una posizione piuttosto netta nei confronti delle piattaforme social, ribadendo di preferire l'approccio volontario a quello regolamentare, ma avvertendo che se non si arriverà all'elaborazione del Codice di Condotta entro luglio 2018 valuterà interventi normativi da approvare in tempo per le elezioni europee del 2019[31], anche per evitare una frammentazione della regolamentazione causata da interventi dei legislatori nazionali.

3.4. Primi tentativi di legislazione nazionale e primi problemi

Nell'ultimo anno, qualcosa ha iniziato a muoversi sul piano legislativo anche a livello di stati nazionali. In generale, si possono riscontrare due impostazioni diverse: una che punta a intervenire sulla pubblicazione, sulla circolazione e sulla rimozione delle *fake news*, senza norme ad hoc sui contenuti. Un'altra, più aggressiva, che tende a definire le *fake news*, a regolarle, e in qualche caso a vietarle.

1. *Platforms should adapt their advertising policies, including adhering to "follow-the-money" principle, whilst preventing incentives that leads to disinformation, such as to discourage the dissemination and amplification of disinformation for profit. These policies must be based on clear, transparent, and non-discriminatory criteria;*
2. *Platforms should ensure transparency and public accountability with regard to the processing of users' data for advertisement placements, with due respect to privacy, freedom of expression and media pluralism;*
3. *Platforms should ensure that sponsored content, including political advertising, is appropriately distinguished from other content;*
4. *Platforms should take the necessary measures to enable privacy-compliant access to data for fact-checking and research activities;*
5. *Platforms should make available to their users advanced settings and controls to empower them to customize their online experience;*
6. *Platforms should, in cooperation with public and private European news outlets, where appropriate take effective measures to improve the visibility of reliable, trustworthy news and facilitate users' access to it;*
7. *Where appropriate, trending news items should, if technically feasible, be accompanied by related news suggestions;*
8. *Platforms should, where appropriate, provide user-friendly tools to enable users to link up with trusted fact-checking sources and allow users to exercise their right to reply;*
9. *Platforms that apply flagging and trust systems that rely on users should design safeguards against their abuse by users;*
10. *Platforms should cooperate by i.a. providing relevant data on the functioning of their services including data for independent investigation by academic researchers and general information on algorithms in order to find a common approach to address the dissemination and amplification of disinformation.*

[31] C. Supp, *Commission threatens to legislate on 'fake news' ahead of 2019 EU election*, in *EURACTIV.com*, 26 aprile 2018.

I due esempi più interessanti sono la legge tedesca e quella introdotta in Malesia poco prima delle ultime elezioni di quel paese, e abrogata subito dopo. Riguardano aspetti differenti della questione, ma presentano, anche se può sorprendere, problemi analoghi.

Germania: chi non rimuove paga (molto)

Il 30 giugno 2017, il Parlamento tedesco ha approvato una legge (nota come "NetzDG")[32], che è entrata in vigore il 1° gennaio 2018 che impone alle grandi piattaforme come Facebook, Instagram, Twitter, e YouTube, di rimuovere prontamente i "contenuti illegali", come definiti in 22 diverse disposizioni del codice penale tedesco, che vanno dall'ingiuria, all'oltraggio a pubblico ufficiale, fino alle minacce. Le sanzioni, possono arrivare a 50 milioni di euro.

La legge è stata approvata dopo l'enorme risonanza pubblica del caso di Anas Modamani che, dopo essersi scattato un *selfie* con Angela Merkel nel settembre 2015, era stato oggetto di una serie di post falsi nei quali veniva indicato come un terrorista, ma si era visto respingere dal giudice la richiesta di danni avanzata contro Facebook per non aver rimosso tempestivamente i post con la sua foto.

A una prima lettura, la legge non sembra essere contraria ai principi richiamati nei paragrafi precedenti, e in particolare alla Dichiarazione di Vienna che, come si è visto, afferma che i titolari dei social network non devono mai essere ritenuti responsabili dei contenuti, a meno che non vi abbiano contribuito o che non si siano rifiutati di rimuoverli nonostante una decisione delle autorità[33].

Punire chi non rimuove i messaggi diffamatori è, quindi, in linea con i principi fondamentali in tema di libertà di espressione. La legge tedesca, però, non subordina l'obbligo di rimozione a una decisione dell'autorità. Al contrario, il NetzDG da un lato scarica sui social network la responsabilità di identificare autonomamente i contenuti illegali e rimuoverli entro 7 giorni (o 24 ore se l'illegalità è manifesta) e dall'altro non prevede alcun rimedio giudiziario a favore di chi voglia contestare la rimozione invocando la propria libertà di espressione.

Proprio sulla base di questi argomenti Human Rights Watch ha attaccato la legge[34], sostenendo che potrebbe avere l'effetto di rendere ultraprudenti i social newtork che, nel dubbio, potrebbero essere indotti a rimuovere legittime manifestazioni del pensiero per paura di incorrere in sanzioni.

Ed è abbastanza sospetto che tre paesi non certo famosi per la tutela della libera di espressione – Russia, Singapore e le Filippine – abbiano citato esplicitamente la legge

[32] Il testo in lingua inglese è disponibile online.

[33] Italia, nel cosiddetto caso Google (Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107), è stata negata la responsabilità della piattaforma per la pubblicazione di un filmato relativo riguardante un fatto di bullismo su un disabile, con la motivazione che chi "ospita" un video non può ritenersi responsabile come se ne fosse l'autore. Recentemente, senza arrivare a prevedere una responsabilità oggettiva dei titolari per i contenuti pubblicati da altri, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento più severo. Ad esempio, in una recente sentenza della nostra Corte di Cassazione (Cass. pen, sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946), il titolare del sito è stato ritenuto corresponsabile delle affermazioni diffamatorie contenute nel commento di un utente, per non essersi attivato in modo adeguato a rimuoverlo nonostante avesse ricevuto le proteste del soggetto diffamato e le prove della falsità delle accuse.

[34] *Germany: Flawed Social Media Law. NetzDG is Wrong Response to Online Abuse,* in *Human Rights Watch,* 14 febbraio 2018.

tedesca come un esempio positivo da seguire per l'eliminazione dei contenuti illeciti online.

Il bavaglio malese

Il caso malese costituisce un monito ancora più forte per chi invoca una legislazione severa a tutela della "verità". Anche se per fortuna ha avuto vita breve.

Ad aprile di quest'anno, il Governo malese, al centro di una tempesta mediatica per un enorme caso di corruzione che coinvolgeva direttamente il Primo Ministro Datuk Seri Najib, ha approvato una legge che puniva con multe pesantissime e la prigione fino a 6 anni chi diffondeva notizie «in tutto o in parte false», senza ulteriori precisazioni.

Ovviamente l'opposizione è insorta, denunciando il rischio di censura, soprattutto visto che il Governo aveva affermato parecchie volte che tutti gli articoli di stampa sullo scandalo non erano altro che *fake news*. Lo stesso premier, al momento dell'approvazione della legge, aveva detto chiaramente che «i termini libertà di espressione e liberà di stampa non devono essere interpretati sulla base di un'interpretazione universale o generale modellata dall'Occidente, ma devono invece essere disciplinate in conformità alla cultura e alle sensibilità locali».

Dove hanno portato «cultura e sensibilità locali»? È stata sufficiente la prima sentenza, emessa il 30 aprile scorso, per rendersene conto: un cittadino danese è stato condannato sulla base della nuova legge per aver postato dolosamente («*with ill intent*») un video su Youtube in cui affermava che la polizia aveva risposto a delle chiamate che segnalavano un attentato dopo 50 minuti, mentre la polizia aveva in realtà risposto in soli 8 minuti… Non potendo pagare la multa di 10,000 *ringgit,*l'imputato che ha (ovviamente?) confessato, si è preso un mese di prigione.

Sarebbe interessante sapere come abbia fatto la polizia a dimostrare che l'imputato era a conoscenza della falsità della notizia. Non lo sapremo mai visto che, come si è visto, c'è stata una confessione. Ma quale sarebbe stato l'esito del processo se, ad esempio, a postare il video fosse stato un giornalista sulla base di informazioni contrastanti con quelle della polizia basate su una fonte verificata ma anonima? Non è difficile ipotizzare che ci sarebbe stata una condanna anche in quel caso. E non servono commenti per spiegare quale pericolo rappresentino per la democrazia leggi di questo tipo.

In Malesia, la democrazia ha funzionato (o forse la legge anti *fake news* non è arrivata in tempo), visto che il premier Najib ha perso le elezioni del 9 maggio. E la legge è stata rapidamente abrogata dalla nuova maggioranza[35].

Si tratta di un esempio virtuoso, in cui chi ha vinto le elezioni nonostante la legge "tacita-opposizioni" ha deciso di non approfittarne. Ma in quanti casi si può confidare che questo accada? Siamo sicuri che avremmo sempre (neo) governanti così "illuminati"? Non è forse più prudente attendersi che, rovesciati i ruoli, la nuova maggioranza preferisca, con qualche scusa, tenersi un potenziale strumento di controllo delle opposizioni? Perché questo è il tema centrale quando si invoca una regolamentazione delle *fake news*: una volta inserite forme di controllo sui contenuti, non si può mai sapere a chi cadranno in mano.

[35] M. Monti, *Cronaca dell'emanazione e dell'abrogazione dell'Anti-Fake News Act malaysiano,* in *questa Rivista,* 3, 2018, 435 ss.

4. Il rovesciamento degli schemi: progressisti-censori e autoritari-libertari

Come si accennava all'inizio di questo articolo, il fenomeno delle *fake news* e della disinformazione online sta portando a un rovesciamento degli schemi culturali e politici tradizionali in tema di libertà di espressione.

Coloro che richiedono gli interventi più aggressivi contro le piattaforme globali e per bloccare la diffusione e moltiplicazione delle bufale sono, infatti, gli esponenti del mondo liberale e progressista, ovvero coloro che, dopo aver perso il referendum sulla Brexit, le elezioni americane e quelle italiane, si sono convinti che social network, nuovi strumenti di propaganda e *fake news* abbiano contribuito in modo decisivo al successo dei movimenti di protesta e favoriscano la diffusione virale del linguaggio d'odio, discriminatorio, e "scorretto". Per contro, i movimenti anti-sistema, populisti e nazionalisti, inclusi quelli di estrema destra, quando si tratta del web diventano i più scatenati paladini della libertà di espressione, un principio che non fa certo parte del loro DNA ideologico e storico.

Va detto che, in linea generale, l'atteggiamento del mondo "aperto" rispetto alla disinformazione non è né ingiustificato, né contraddittorio.

Non è sorprendente perché è vero che Donald Trump, il movimento per il Leave nel referendum sulla Brexit e i partiti populisti hanno fatto un utilizzo massiccio ed efficace dei social network, delle *fake news* e di tutte le tecniche di disinformazione esaminate nei paragrafi precedenti.

Non è contraddittorio, perché alla base delle posizioni illuministe sta proprio la lotta alle credenze popolari, la ricerca di verità dimostrate e sperimentate, la diffusione della conoscenza scientifica.

Le contraddizioni emergono, però, quando si passa all'elaborazione delle soluzioni. In molti casi, infatti, affiora, anche in personalità di orientamento liberale e progressista, la tentazione di introdurre strumenti di controllo e regolamentazione delle bufale e dei contenuti ritenuti aberranti (come il linguaggio d'odio o discriminatorio) che stridono con alcuni capisaldi della società aperta e liberale, e in particolare con la libertà di espressione[36].

[36] Si veda ad esempio, la proposta di legge presentata al Senato nella passata legislature a prima firma Gambaro che punisce con l'ammenda «Chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi». Ancora più preoccupante l'art. 2, che prevede la reclusione non inferiore a un anno per «chiunque 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 con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione online». Il generico riferimento al «nocumento agli interessi pubblici» riporta a precedenti inquietanti ed è in evidente contrasto con tutti i principi internazionali richiamati in questo lavoro. All'art. 7, poi, si replica, di fatto, la legge tedesca, con tutti i suoi difetti, stabilendo che «I gestori delle piattaforme informatiche sono tenuti ad effettuare un costante monito-raggio dei contenuti diffusi attraverso le stesse, con particolare riguardo ai contenuti verso i quali gli utenti manifestano un'attenzione diffusa e improvvisa, per valutarne l'attendibilità□ e la veridicità. Quando i gestori rintracciano un contenuto di cui al comma 1 e ne stabiliscono la non attendibilità□ sono tenuti alla rimozione dello stesso dalla piattaforma».

La stessa legge tedesca costituisce un esempio in questo senso: nell'ansia (giustificata) di limitare l'enorme diffusione del linguaggio d'odio e delle bufale diffamatorie, si sono introdotte norme che rischiano di portare a eccessive limitazioni della libertà di espressione e ad attribuire troppo potere alle società che gestiscono i social, costrette a diventare insieme pubblici ministeri e giudici quando si tratta di decidere della validità dei contenuti che transitano sulla loro piattaforma. Con l'evidente rischio che, per evitare sanzioni, i gestori dei social finiscano per consentire solo la diffusione di contenuti *mainstream* del tutto innocui e, aggiungo io, inutili, rimuovendo in automatico qualsiasi contenuto che abbia suscitato una protesta o una contestazione.

Se l'intervento tedesco, pur difettoso, è stato fatto probabilmente in buona fede, accade sempre più spesso che le *fake news* vengano utilizzate dai capi di governo di vari paesi (autoritari e non) per lanciare nei confronti dei media attacchi finalizzati a creare le condizioni per l'introduzione di restrizioni della libertà di stampa[37]. Lo si è visto anche con riguardo al caso malese.

Per questo, sarebbe davvero consigliabile per coloro che si sentono iscritti alla categoria dei "liberali, progressisti e democratici" essere molto più prudenti nel fare proposte "*anti-fake*", che spesso, invece, sfiorano la censura e lasciano trasparire la convinzione neanche troppo nascosta di essere gli illuminati depositari del vero, che si battono contro oscurantismo, ignoranza e falsità. Un atteggiamento che in taluni casi trascende fino a portare i "progressisti" a contestare persino l'espressione di idee diverse (anche se magari controverse e provocatorie), come è avvenuto a Roma quando un manifesto anti-abortista è stato rimosso a seguito di una sollevazione di forze politiche e movimenti femministi che ne contestavano l'affissione in quanto offensivo della sensibilità delle donne e contrario a una legge dello Stato. Come se contestare una legge dello Stato, o la stessa Costituzione, fosse vietato[38].

È un approccio doppiamente pericoloso.

Come ha sottolineato lo High Level Group dell'UE nel suo Rapporto, uno degli effetti negativi che derivano da cattive pratiche come la censura e la sorveglianza online e consentire a chi è autore della disinformazione di adottare una narrativa "noi contro di loro" che rischia di delegittimare le risposte alla disinformazione.

Associare le *fake news* ai propri avversari politici può sembrare conveniente, ma sortisce un effetto diametralmente opposto a quello desiderato, creando nel pubblico avverso, ma spesso anche in quello neutrale, la convinzione che chi dice di voler combattere la disinformazione è in realtà fazioso quanto chi la utilizza.

Il secondo, e più grave, problema legato alla richiesta di misure draconiane contro la diffusione di *fake news* è che per poter intervenire contro le notizie false è necessario che qualcuno decida quali sono le notizie vere. E affidare una decisione del genere all'autorità costituita può essere molto pericoloso quando, come nel caso delle notizie

[37] *Predators of press freedom use fake news as a censorship tool,* in *Reporters without borders. For freedom of information,* 16 marzo 2017.

[38] La cosa più grave è che la rimozione sia stata basata su una norma, l'art. 12 del Regolamento della Pubblicità di Roma Capitale che vieta «l'esposizione pubblicitaria il cui contenuto sia lesivo del rispetto delle libertà individuali, dei diritti civili». Ancora una volta, siamo di fronte a una violazione palese della libertà di espressione, che dà diritto di esprimersi liberamente anche contro gli stessi principi costituzionali.

politiche, governo, maggioranza (e talvolta anche i giudici) hanno un interesse diretto nella questione. Nella sentenza citata in precedenza della Corte Suprema americana, Justice Kennedy aveva citato Orwell[39] affermando: «La nostra tradizione costituzionale è contraria all'idea che abbiamo bisogno del Ministro della Verità dell'Oceania»[40].

Dietro le proposte troppo repressive dei liberali in tema di *fake news* si nasconde, come detto, la presunzione di essere, più degli avversari, titolari della "verità". È un errore. Nenni disse che «a fare a gara a fare i puri, troverai sempre uno più puro che ti epura». Parafrasandolo, si potrebbe dire che «a fare a gara a chi dice cose più vere, troverai sempre uno che dice cose più vere di te».

Il pericolo rappresentato dal "Ministero della Verità" appare ancora maggiore in questo momento storico in cui a confrontarsi sono, come detto più volte, il mondo aperto, liberale e progressista e i movimenti populisti e nazionalisti che spesso strizzano un occhio a forme, per ora blande, di autoritarismo.

In questo contesto, introdurre meccanismi che affidano alle autorità, e quindi potenzialmente alla maggioranza, il compito di intervenire in modo tanto pervasivo sulla libertà di espressione, potrebbe rivelarsi un boomerang, se (ed in Italia è appena successo), le forze anti-sistema dovessero arrivare al potere. In quel caso, infatti, forze tipicamente poco sensibili alla tutela delle opinioni altrui si troverebbero in mano uno strumento potentissimo per limitare la libertà di espressione dei propri avversari politici e della stessa stampa.

Un ragionamento analogo vale per l'anonimato. Alcune proposte di legge, anche in Italia, hanno proposto come soluzione alla disinformazione la pubblica registrazione presso il tribunale di tutte le piattaforme che pubblicano contenuti online[41], altre, addirittura, il divieto di pubblicare sulle piattaforme digitali contenuti anonimi[42].

Il ricorso a divieti del genere sarebbe un errore gravissimo. L'anonimato è unanimemente riconosciuto come un valore fondamentale per la funzione da esso svolta soprattutto per la tutela della libertà di espressione dei dissidenti nei regimi autoritari. E lo conferma anche la Carta dei diritti in internet, approvata all'unanimità nel novembre 2015 dalla Camera dei deputati,[43] che consente eccezioni necessarie e proporzionate all'anonimato solo in presenza di «rilevanti interessi pubblici».

Anche nel caso dell'anonimato, del resto, il rischio è quello del capovolgimento dei ruoli. Chi propone di abolirlo dovrebbe porsi la domanda di cosa accadrebbe se al governo arrivasse una forza politica con tentazioni autoritarie, che si troverebbe nella

[39] G. Orwell, *op. cit.*

[40] V. *United States vs. Alvarez*, cit.

[41] Proposta di legge Gambaro, cit., art. 3.

[42] Proposta di legge De Girolamo, A.C. 4692, art. 1, c. 1.

[43] Art. 10: «Ogni persona può accedere alla rete e comunicare elettronicamente usando strumenti anche di natura tecnica che proteggano l'anonimato ed evitino la raccolta di dati personali, in particolare per esercitare le libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure. 2. Limitazioni possono essere previste solo quando siano giustificate dall'esigenza di tutelare rilevanti interessi pubblici e risultino necessarie, proporzionate, fondate sulla legge e nel rispetto dei caratteri propri di una società democratica. 3. Nei casi di violazione della dignità e dei diritti fondamentali, nonché negli altri casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria, con provvedimento motivato, può disporre l'identificazione dell'autore della comunicazione».

condizione di poter conoscere, con una semplice ricerca online, l'identità di tutti coloro che hanno espresso sui social una posizione politica avversa, magari anche alcuni anni primi.
Essere contrari al divieto di anonimato, non significa, peraltro, essere contrari a qualsiasi possibilità di identificazione degli utenti. Al contrario, significa riflettere su soluzioni che consentano di tutelare la *privacy* degli utenti e tutelare la libertà di espressione, ma assicurino al contempo la possibile identificazione in specifici e limitati casi previsti dalla legge[44].

5. Conclusione

Il web presenta nuove sfide che, se affrontate senza adeguata riflessione e sull'onda emotiva del momento politico e sociale, rischiano di mettere in crisi alcuni dei valori fondanti delle democrazie liberali.
E il paradosso, come si è visto, è che spesso a proporre soluzioni troppo restrittive sono proprio gli esponenti del mondo liberale e "aperto", come se libertà di espressione, libertà di stampa e diritto alla *privacy*, come li abbiamo conosciuti fino ad oggi, fossero improvvisamente diventati inidonei a gestire il mondo digitale.
Non è così. Sicuramente la comunicazione online richiede la ricerca di nuove soluzioni e nuove politiche, ma queste non devono mai perdere di vista la necessità di rispettare rigorosamente i principi costituzionali dei quali abbiamo ampiamente trattato. Occorre evitare divieti e prescrizioni che interferiscano, anche solo potenzialmente, con la libertà di espressione, che non è "uno" dei principi fondamentali della democrazia liberale, ma piuttosto "il" principio, senza il quale nessuna vera democrazia può esistere.
Trovare soluzioni rispettose delle nostre libertà è possibile, anche se complesso. E per questo ritengo utile e apprezzabile il lavoro contenuto nel Rapporto dello High Level Group dell'Unione Europea trattato in precedenza, nel quale si propone una combinazione di azioni sul piano tecnologico, giuridico e culturale, mirate a gestire il tema delle *fake news* e della disinformazione senza ledere la libertà di espressione e di stampa. Si può discutere delle singole soluzioni, ma il metodo e i principi sottostanti sono condivisibili.
Chi vuole un mondo aperto, progressista, liberale deve dimostrare anche a chi la pensa diversamente che le libertà fondamentali vanno tutelate sempre, rigorosamente, anche quando sembrano favorire i nostri avversari. Spetta, insomma a chi promuove l'innovazione e propugna il metodo scientifico per combattere le *fake news* e la disinformazione, dimostrare che qualsiasi fenomeno problematico della nostra società, anche il più nuovo e complesso, può essere sempre gestito senza ledere libertà e diritti.
Senza ricorrere, per far valere le proprie idee, al "Ministero della Verità".

[44] Si veda l'interessantissima proposta di legge A.C. 4791, presentata alla Camera a prima firma Quintarelli, nella quale si propone l'introduzione di fornitori di identità digitali protette, utilizzabili per da parte degli utenti che vogliano restare anonimi come "identità parallele" per essere identificati dai fornitori di servizi web. In base alla proposta, i fornitori di identità digitali protette sarebbero tenuti a rivelare l'effettiva identità dell'utente che ne abbia acquisita una solo in specifici casi previsti dalla legge, e in particolare nel caso in cui siano stati commessi reati.

Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*

Victor Claussen

Abstract

New legal challenges emerge from the Internet as social networks make it possible for false information to be published for political purposes as well as a new level of anonymous hate speech online. These challenges are amplified by the international connectivity of social media users. Legislators face a new task of balancing an effective fight against fake news and hate speech online with the right to freedom of expression. The "thin line" between unfavorable and illegal content must be upheld and respected by the laws counteracting the latter.

This paper takes a closer look at both hate speech and fake news and how they are counteracted against in the EU territory and specifically by the German legislator with the new Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG). After examining hate speech and fake news, the paper gives a brief overview of the new German law and then continues to explore its effectiveness and legality in the national, European and international legal sphere. It ends with an overall evaluation of the situation regarding hate speech and fake news and offers improvements and alternatives for the NetzDG.

Summary

1. Introduction. – 2. The European framework. – 2.1. Freedom of expression. – 2.2. Service provider liability: The E-Commerce Directive. – 2.3. Fake news. – 2.4. Hate speech. – 3. The Network Enforcement Act (NetzDG). - 3.1. Scope of application. – 3.2. Reporting obligation. – 3.3. Procedures regarding complaints about unlawful content. – 3.4. Fines. – 4. Legal concerns. – 4.1. Constitutionality. – 4.2. European law. – 4.3. International law. – 5. Evaluation. – 5.1. Legality perspective. – 5.2. Improvements and alternatives. – 6. Conclusion

Keywords

Hate speech, Fake news, Freedom of speech, Social media, Internet

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

1. Introduction

In recent times, the impact of social media over our day-to-day life has continued to increase. Social networks replace news agencies, marketplaces, political forums and communication platforms for more than two billion people around the globe as of 2018.[1] With more than a quarter of the world's population and more than half of the people in the European Union being affected by social media,[2] there is an urgent need for a legal framework. As the internet continues to create a sphere outside the reach of national jurisdictions, the demand for a supranational legal framework to guarantee fair competition, consumer protection and individual rights seems to increase. This paper shall explore the latter, more precisely the fundamental right to freedom of expression, and how the German legislator and the European Union try to strike a balance between this right and combatting the concrete (legal) problems that arise from the leviathanic status of social media today. First, the following analysis will attempt to concretize the problems of fake news and hate speech online and explore what kind of legislation the European Union has passed to fight them. It will then scrutinise the effectiveness and constitutionality of the new German law created to combat fake news and hate speech online (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* or *NetzDG*[3]). Finally, alternative measures will be proposed, and a conclusion will be drawn.

2. The European framework

2.1 Freedom of expression

In 1976, the European Court of Human Rights (ECtHR) concluded that «Freedom of expression […] is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population».[4] The court had stressed out the importance of the thin line between illegal content and solely unfavourably received information. A piece of legislation can only interfere with freedom of expression under the premise that purely illegal content is counteracted against while the thin line is upheld under all circumstances.

In the US-American constitution, freedom of expression is included in the First Amendment which emphasizes its important standing in the US legal system. Accordingly, the requirements for a restriction of an expression are high, as illustrated by the case law. In *Brandenburg v Ohio*, the US Supreme Court ruled that a restriction would

---

1 D. Ingram, *Facebook hits 2 billion-user mark, doubling in size since 2012*, in www.reuters.com, 27 June 2017.

2 *Share of individuals in European countries using social networks in 2016*, in www. statista.com, December 2016

3 *Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Network Enforcement Act)*, Ministry of Justice and Consumer Protection, English Version, 12 July 2017.

4 ECtHR, *Handyside v United Kingdom*, app. 5493/72 (1976), § 49.

only be justifiable if the expression was «directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action».[5] This underlines the broad interpretation of freedom of expression and its standing in the US legal system, as these requirements persist since the judgement of 1969.

In the European legal tradition, the right to freedom of speech was less distinctive and ambiguously interpreted by the national legislators at the time. Only after the Second World War, the Council of Europe drafted a uniform right to freedom of speech in the European Convention of Human Rights (ECHR) for the territory of Europe.

Art. 10 ECHR protects freedom of expression, including the «freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority». Paragraph 2 constitutes a possibility of restricting this freedom in order to preserve the integrity of a democratic society. Valid reasons for a restriction include «the prevention of disorder or crime, […] [and] the protection of the reputation or rights of others» which are to be scrutinized under the aspect of proportionality. This resembles a rather strict approach to freedom of expression when compared to the level of protection granted by the US-American legal system.

While the addition of Protocol 14 in 2010 would grant the Convention a legal status superior to secondary EU law but inferior to the treaties[6], the European Court of Justice denied this accession to the ECHR as the EU would then be «subject to the control mechanisms provided for by the ECHR and, in particular, to the decisions and the judgments of the ECtHR».[7] However, the EU is bound to fundamental rights principles according to Art. 6 (2) of the Treaty on European Union (TEU). Additionally, the European Court of Justice (CJEU) agreed that treaties such as the ECHR «can supply guidelines which should be followed» and that the Court is «bound to draw inspiration».[8]

The second legal source, the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EUCFR), gained full legal effect following the Lisbon Treaty of 2009. It protects fundamental rights in the jurisdiction of the Union with the status of primary EU law. Art. 11 EUCFR is equivalent to Art. 10 ECHR; however, being a Union treaty, it has a superior legal status.[9] Similar to Art. 10(2) ECHR, restrictions of Art. 11 EUCFR must be provided for by law and subject to proportionality according to Art. 52 EUCFR, which includes general provisions regarding the limitations of fundamental rights.

---

[5] *Brandenburg v Ohio*, 395 US 444 (1969); in detail: E. Volokh, *The 'Speech Integral to Criminal Conduct' Exception*, in *Cornell Law Review*, 101, 2017, 993-997.

[6] E. Pache – F. Rösch, *Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, in *Zeitschrift Europarecht*, 2009, 786.

[7] CJEU, Opinion no. 2/13 (2014), § 181.

[8] CJEU, 4-73, *Nold v Commission* (1974), § 13.

[9] G. Gaja, *Accession to the ECHR*, in A. Biondi – P. Eeckhout – S. Ripley (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, 194.

2.2 Service provider liability: The E-Commerce Directive

To evaluate solutions for the new phenomena of fake news and hate speech online, general liability for online content needs to be explored. Users and private uploaders remain responsible for the content they provide according to national laws of civil and criminal liability. The accountability of a digital platform depends on whether it is a content provider or a service provider. Content providers are treated equal to traditional publishers with full editorial liability for online content whereas service providers can be exculpated. In 2000, the European Union adopted the Directive 2000/31/EC («Directive on electronic commerce» or «E-Commerce Directive») to provide «legal certainty for business and consumers» regarding electronic services and commerce. The E-Commerce Directive differentiates between three types of service providers. According to Art. 12, «mere conduit» providers who solely transmit information without initiating it or selecting or modifying the receiver or the content are not liable for the information. If information is stored temporarily, automatically and intermediately, the service provider can be excluded from liability as a «caching provider» under the conditions of Art. 13 (a) – (e) of the Directive. However, the social networks in question permanently store information and consequently amount to «hosting providers» as laid out in Art. 14 E-Commerce Directive. They are generally liable for the content uploaded to their platform and can only be excluded if they have «no actual knowledge of illegal activity or information» (Art. 14 a) or «upon obtaining such knowledge […], act[s] promptly to remove or to disable access to the concerned information» (Art. 14 b).

The European Court of Human Rights upheld a strict application of the requirement of knowledge regarding illegal content in *Delfi AS v Estonia*. In that case, it denied a violation of Art. 10 ECHR in the fining of a website for refraining from removing «clearly unlawful» comments by an anonymous user.[10] However, this could impose an indirect duty for websites to monitor all third-party content, according to the joint dissenting opinion of the judges Sajó and Tsotsoria,[11] which would effectively contradict Art. 15 of the E-Commerce Directive. The controversy of the judgement draws attention to the different stances regarding legal scrutiny between the ECtHR and the CJEU.[12] This approves a kind of heterogeneity regarding the balance between freedom of expression and liability for illegal content online for national legislators which also seems to emerge from the quasi dualistic jurisdiction in Europe.

2.3 Fake news

A 2017 study revealed that more than 40 Million people use the internet to inform

[10] ECtHR, *Delfi AS v Estonia,* app. 64569/09 (2015).

[11] *Ibid.*, joint dissent opinion of the Judges Sajó and Tsotsoria, 68-86.

[12] In detail see M. Bassini – J. Barata Mir, *Freedom of expression in the internet: The ECtHR*, in O. Pollicino – G. Romeo (eds.), *The Internet and Constitutional Law*, London, 2016, 89-91.

themselves about the news in Germany at least once a week.[13] For 64% of the population aged 18-24 online media is the main source of information, more than half of which are social media. Almost three quarters of prospective teachers receive information about contemporary political events online. Nowadays, the internet and social media have a huge impact on public opinion-formation, especially in the younger generations. Consequently, the veracity of online information is more important than ever.
In recent years, the systematic spread of false information on social media has led to the development of the notion of "fake news". This spreading of false information has predominately arisen in the context of political events but has also occurred during scientific or natural events. Historically, the spreading of false information as a political tool has been used for centuries. When the city of Rome partially burnt down in the year 64 AD, Emperor Nero claimed that the Christian minority was responsible for the outbreak and used it as a justification for their persecution. Many of them were publicly executed while the identity of the incendiary remained unclear.[14]
In 1835, The Sun, a New York newspaper, published a series of articles about the discovery of civilization on the moon known as the "Great Moon Hoax".[15] The newspaper became increasingly popular and was widely circulated before it was discovered a few weeks later that the articles had been a hoax. This is known as one of the first deliberate distributions of false news by a news agency since the emergence of printed news.
As for the novelty of the notion, there is no legal definition of "fake news". Arguably there should be a differentiation between "fake news" and simple false information. The Cambridge Dictionary defines the prior as «false stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke».[16] Scholars on the other hand have proposed a rather narrow definition, which includes the creator's knowledge about the falsity, and consequently an intention to influence others.[17] The German Duden Dictionary summarizes this as a «manipulative intention» while spreading false information.[18] From a legal point of view, this raises the question whether the spreading of solely deliberate untrue information should be restricted by law or if any content including false information that is spread even unconsciously should be subject to legislation.
To effectively fight the problems arising with upcoming fake news, a broader approach should be taken to the definition of "fake news" since the malicious intent of the creator cannot always be determined, especially in the cyber sphere. As the identification of "fake news" as such is often difficult for the consumer, the unconscious sharing or

13 S. Hölig – U. Hasebrink, *Reuters Institute Digital News Survey,* 2017, 17.

14 M. Owen – I. Gildenhard, *Tacitus, Annals*, in *Latin Text, Study Aids with Vocabulary and Commentary*, 2013, 235-238 («*subdidit reos* […] meaning 'to put someone up on false charge' leaves us in no doubt as to Nero […] offering up scapegoats to cover his own perceived responsibility for the fire»).

15 N. Hendley, *The Big Con: Great Hoaxes, Frauds, Grifts, and Swindles in American History,* Santa Barbara, 2016, 145-149.

16 *"fake news"* in the Cambridge English Dictionary, April 2018,

17 D. Klein – J. Wueller, *Fake News: A legal perspective*, in *Journal of Internet Law*, 20(10), 2016, 6; R. Ling – E. Tandoc – Z. Wei Lim, *Defining Fake News*, in *Digital Journalism*, 6(2), 2017, 147-148.

18 *Fake News: Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Synonyme*, in www.duden.de, April 2018.

spreading of false information should not be subject to sanctions. However, it can be subject to removal by the provider of the social network according to the NetzDG as discussed in the following.

2.4 Hate speech

The legal framework regarding hate speech faces new challenges through the distribution of the internet. For example, the problem of identification and localization online and therefore identifying the jurisdiction constitutes a difficult task. Additionally, a concrete legislation on fighting hate speech online could be considered a «Law of the Horse». In other words, it could amount to an unnecessary piece of legislation whose legal interests are already sufficiently protected by a more general law.[19] It is important to strike the right balance between effective measures against harassment in the internet and the right of individuals to freely express their opinion. A precise definition of the notion of hate speech in its implementation is consequently crucial.

In 2008, hate speech was defined by the Council of the European Union as «public incitement to violence or hatred directed against a group of persons or a member of such a group defined on the basis of race, colour, descent, religion or belief, or national or ethnic origin».[20] The underlying wording originates from Art. 2 of the Additional Protocol to the Convention of Cybercrime which proposes a definition for racist and xenophobic material for the purpose of a harmonized legislation regarding cybercrimes.[21] In contradiction to "offline hate speech" the publication of such incitement is simplified by the means of the internet. In particular, social media opens many possibilities to share and spread individual harassment. In connection with the aspect of anonymity online, the problem of hate speech is amplified through the cyberspace. Whereas personal hate speech as a criminal offence is simply a matter of national criminal law, online hate speech must be considered on a larger scale. The internet can hardly be localized and therefore assigned to a national jurisdiction. A geographical determination of the information, based on the physical storage of the data, would pass the responsibility to the providers of networks and websites. For example, information could be stored on US territory but still be accessible in other jurisdictions. However, in other related jurisdictions, such as the US legal system, different scales might be applied in regard to defining criminal hate speech. Additionally, restricting access to online sources as a result would interfere with the right to information and seems like an inappropriate measure to fight hate speech.

This problem of jurisdiction is left to the member states and their definition of territory in the International Convention on Cybercrime of 2004. Relying on cooperation of

[19] F. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1, 1996, 207-208.

[20] Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law.

[21] Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, 28 January 2003.

member states and leaving the responsibility to national authorities seems like a missed opportunity to deal with the cyberspace jurisdiction problem via an international approach.[22] EU legislation in this regard applies the principle of nationality in addition to territoriality in an attempt to extend jurisdiction to EU citizens abroad.[23] However, as national legislators struggle to provide legal protection from online harassment, the competence of the European Union according to the subsidiarity principle in Art. 5 TEU is justified. In 2016, the European Commission published a Code of Conduct in cooperation with the "Big Four" of the internet (Facebook, Twitter, YouTube and Microsoft). To achieve the goal of combatting hate speech online, such IT companies should acknowledge their shared responsibility with the EU member states and therefore undertake measures so that «illegal hate speech online is expeditiously reviewed by online intermediaries and social media platforms».[24] In detail, the participating companies agree to review and, if necessary, remove content including hate speech, raise awareness through rules or community guidelines, and generally cooperate with the EU and its member states to promote and enforce the fight against hate speech online. In June 2017 and January 2018, the Commission determined the progress made through the Code of Conduct. The share of removed hate speech rose from 28% to 59% and then to 70% respectively while illegal content was processed twice as often in the first 24 hours after it was published in over 80% of the cases. Additionally, another two significant IT companies, Instagram and Google+, admitted to the agreement.[25] However, the Commission also stated that the process of fighting hate speech lacks an effective persecution by law enforcement agencies as well as feedback to the users flagging hate speech and submitting reports.

Despite the legislation's progress, its self-regulatory approach leaves the determination of whether content amounts to illegal hate speech to the providers of social networks and websites, more precisely their employees. This could ultimately lead to a private censorship where content that is simply unwanted by the providers is removed under the pretext of combatting hate speech. This again interferes with the individual right to freedom of expression as well as the right to information enshrined in Art. 10 ECHR. Lately, the European Commission published a recommendation for member states to regulate the fight against hate speech on a national level which promotes a similar approach as the Code of Conduct.[26] Whether such a piece of legislation can effectively counteract illegal hate speech will be reviewed by reference to the German NetzDG as an example.

---

[22] C. van de Heyning, *Jurisdiction and constitutional protection*, in O. Pollicino – G. Romeo (eds.), *The Internet and Constitutional Law*, London, 2016, 39-40.

[23] Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems, replacing the Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems.

[24] *European Commission and IT Companies announce Code of Conduct on illegal online hate speech,* European Commission Press release, 31 May 2016.

[25] *Countering illegal hate speech online – Commission initiative shows continued improvement, further platforms join*, European Commission Press Release, 19 January 2018.

[26] *Commission Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online*, European Commission Recommendation C (2018) 1177 final, 1 March 2018.

3. The Network Enforcement Act (NetzDG)

The Network Enforcement Act (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, hereinafter "NetzDG") was drafted in 2017 as a result of lacking effectiveness in social media mechanisms against illegal content online. In 2015, a task force was established by the German Ministry of Justice (BMJV) to work together with relevant social networks (Facebook, Google, Twitter) and NGOs that promote voluntary self-control of online content. The IT giants agreed to improve their user-flagging mechanisms and examine reported content 24 hours after it was published. They worked together with the NGOs to train employees and exchange information regarding reporting mechanisms to ultimately construct a code of conduct.[27]

However, an evaluation of the improvements in a research by jugendschutz.net, a German NGO, made it clear that the reporting mechanisms improved efficiency but the measures undertaken by the social networks were insufficient to guarantee a comprehensive protection from illegal content online.[28] On the basis of similar research in early 2017,[29] and the possible influencing of the presidential election of the United States in 2016 through fake news articles on Facebook, the BMJV presented a draft legislation for the NetzDG in April 2017.[30] It includes a legal obligation for social networks to report their processes that counteract illegal content online (Art. 2), to establish a mechanism to ensure the «report and takedown procedure» (Art. 3) and provisions on regulatory fines for non-compliance with the NetzDG (Art. 4). This underlying research was criticized for being carried out mostly by non-legal experts and also only two offences were evaluated (Art. 86a and Art. 130 of the German Criminal Code). Additionally, a recent study carried out by the Johannes Gutenberg-University Mainz shows that hate speech online is mostly a peripheral phenomenon and therefore overestimated by the legislator.[31]

3.1 Scope of application

The scope of the NetzDG is precisely narrowed down to social networks with more than two million registered users in Germany. Art. 1, (1) gives a legal definition of a

[27] *Ergebnispapier der Task Force "Umgang mit rechtswidrigen Hassbotschaften im Internet" vorgeschlagene Wege zur Bekämpfung von Hassinhalten im Netz*, German Ministry of Justice and Consumer Protection, in www.bmjv.de,15 December 2015.

[28] *Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter Ergebnisse des Monitorings von Beschwerdemechanismen jugendaffiner Dienste*, German Ministry of Justice and Consumer Protection, in www.bmjv.de, 26 September 2016.

[29] *Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter Ergebnisse des Monitorings von Beschwerdemechanismen jugendaffiner Dienste*, German Ministry of Justice and Consumer Protection, in www.bmjv.de, 14 March 2017.

[30] *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)*, German Ministry of Justice and Consumer Protection, in www.bmjv.de, 5 April 2017.

[31] K.-H. Ladeur – T. Gostomcyk, *Das NetzDG und die Logik der Meinungsfreiheit*, in *Kommunikation & Recht*, 6, 2017, 390; P. Jürgens – M. Magin – B. Stark, *Ganz meine Meinung? Informationsmediäre und Meinungsbildung*, in *Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen*, 55, 2017, 154.

social network as «platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public». Networks which aim to pursue specific topics or users, such as business networks, professional and technical platforms, online games and commercial websites are excluded from the cope.[32] As to the restriction of application in Art. 1, (2) not more than seven social networks in Germany are affected, all of which have already implemented measures to comply with the NetzDG.[33]

To ensure a strict interpretation of the notion of «unlawful content», Art. 1, (3) lists several offences according to the German Criminal Code (*Strafgesetzbuch* or *StGB*) that amount to the definition of unlawful content in the sense of this legislation. It includes offences such as example public incitement of crimes (§ 111 StGB), threats to commit offences (§ 126 StGB), incitement to hatred (§ 130 StGB) and defamation of religions (§ 166 StGB) or people (§ 186 StGB) as examples of illegal hate speech. Offences that resemble the spreading of fake news are intentional defamation (§ 187 StGB), treasonous forgery (§ 100a StGB) and forgery of data (§ 269 StGB).

3.2 Reporting obligation

If a social network receives more than 100 complaints in a year, the provider is required to publish a biannual report about the exact number of complaints, the steps that are taken to counteract criminal acts online and the mechanisms that process complaints from users. Beyond that, the interorganizational structure of the network, industry associations, external consultations and time as well as results of received complaints are to be mentioned in the report according to the enumeration in Art. 2, (2). The legislator justifies this with a general accountability of «market-dominant intermediaries of internet-based communication»[34] for public transparency.[35] Another aspect of this reporting obligation is the retrospective evaluation of the effectiveness of the NetzDG.[36]

3.3 Procedures regarding complaints about unlawful content

Art. 3 of the NetzDG contains a comprehensive list of requirements to regulate the procedures «for handling complaints about unlawful content» (para. 1). According to

[32] *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)*, Drucksache 18/12356, 16 May 2017, 19 (hereinafter "NetzDG Draft").

[33] *NetzDG: Sieben Unternehmen haben Kontaktstellen benannt*, in www.netzpolitik.org, 8 January 2018.

[34] M. Eifert, *Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 20, 2017, 1453.

[35] M. Liesching – P. Schmitz – G. Spindler, *Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Kommentar,* Munich, 2018, *NetzDG* § 2 para. 1.

[36] *NetzDG Draft*, p. 20.

the legislator, these requirements simply carry out the (consisting) legal obligation to remove illegal content, but on an online level.[37] It is therefore an aspect of regulatory compliance for providers of social networks. It includes a scrutiny of reported content regarding its illegality and its removal within strict time frames in case the illegality is confirmed. This obligation is highly contested and claimed to contradict constitutional and European law,[38] as discussed in the following. After constitutional concerns were raised in a public hearing of the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection,[39] the legislator added the possibility of «self-regulation» by an institution pursuant to Art. 4(6).

3.4 Fines

Lastly, the NetzDG states the violations of the reporting duties or the procedures regarding complaints about unlawful content as an administrative offence, according to Art. 4. They are punishable with regulatory fines of up to 5 Million Euro. Art. 4(3) addresses the aforementioned problem of limited national jurisdiction as sanctions can be imposed «even if it is not committed in the Federal Republic of Germany». It follows an approach similar to the Anglo-Saxon extraterritoriality principle applied by the CJEU in competition law cases as the «Effects Doctrine». Such application out of the scope of national jurisdiction raises concerns under international law as discussed below.[40]

4. Legal concerns

The provisions of the NetzDG are subject to legal concerns in respect to international and European law as well as compatibility with the German Constitution (*Grundgesetz* or *GG*) which will be addressed in the following. Critics include UN Special Rapporteur on Freedom of Expression David Kaye[41], Council of Europe Secretary General Thorbjørn Jagland[42] and the international NGO Human Rights Watch[43]. In Germany, several legal experts and organizations started a collective petition against the law («Declaration for Freedom of Expression»).[44] Only recently, the German Liberal Party FDP started legal proceedings to attain a constitutional scrutiny of the NetzDG by the

37 *NetzDG Draft,* S. 21.

38 M. Liesching – P. Schmitz – G. Spindler, *op. cit., NetzDG* § 3 para. 1.

39 Session 153 of the Committee on Legal Affairs and Consumer Protection, Protocol Nr. 18/153, in www. bundestag.de, 19 June 2017.

40 V. Lowe, *International Law and the Effects Doctrine*, in *Cambridge Law Journal*, 48(1), 1989, 9.

41 *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, UN Human Rights, Office of the High Commissioner, in www.ohchr.org, 1 June 2017.

42 *Secretary General concerned about Internet censorship*, Council of Europe, in www.coe.int, 1 June 2017.

43 *Deutschland: NetzDG mangelhafter Ansatz gegen Online-Vergehen*, Human Rights Watch, in www.hrw.org, 14 February 2018.

44 Declaration on Freedom of Expression - In response to the adoption of the Network Enforcement Law ("Netzwerkdurchsetzungsgesetz") by the Federal Cabinet on April 5, 2017.

German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht* or *BVerfG)*.[45]

4.1 Constitutionality

4.1.1 Interplay between the Grundgesetz and EU primary law

The ECHR and the EUCFR have the status of EU treaties and are therefore part of European primary law. The CJEU established two main principles regarding the relationship between European and national law i.e., direct effect and supremacy. The direct effect of European law was introduced in the *Van-Gend-en-Loos* decision of 1963 in which the CJEU ruled that provisions of European law confer rights on the individual.[46] This means that national courts have to enforce these provisions *vis-à-vis* citizens of the member states. In the *Costa v ENEL* decision of 1964, the CJEU additionally ruled that European law prevails over national legislation.[47] In the follow-up judgement *Internationale Handelsgesellschaft*, the court expanded the supremacy of EU law even to fundamental human rights provisions in the constitution of a member state.[48] As this case dealt with an alleged violation of the *Grundgesetz*, the *BVerfG* stated its opinion on such undermining of national sovereignty, also known as *Solange I*. The court stated that in a «hypothetical case of a conflict between Community law and [...] the guarantees of fundamental rights in the Constitution» the latter would prevail as long as («*solange*») the EU organs did not remove the conflict of norms.[49] However, in the light of expanding fundamental rights standards on European level, the court revised the judgement in 1986 and ruled that *as long as* the European Communities «generally ensure an effective protection of fundamental rights» the *BVerfG* would refrain from exercising their judicial scrutiny (*Solange II*).[50] Therefore, the application of constitutional provisions would be overruled by sources of European primary law in a conflictual case.

However, the level of protection in national legislation was adapted to the European treaties by CJEU case law. Art. 53 ECHR entails the principle of minimum standard by the Convention, which can generally be set higher by the member states or the EU, as specifically stated in Art. 52 par. 3 («This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection»). Contrarily, the CJEU pursues a uniform standard of the level of protection; it ruled that the standard in national provisions can neither be lower (*Åkerberg Fransson*[51]) nor higher (*Taricco*[52]) than that provided for by EU law. This

[45] *Die erste Klage gegen das NetzDG läuft*, Freie Demokratische Partei, in www.fdp.de, 12 June 2018.

[46] CJEU, 26-62, *Van-Gend-en-Loos* (1963).

[47] CJEU, 6-64, *Costa v ENEL* (1964).

[48] CJEU, 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970).

[49] BVerfGE 37, 271 – *Solange I*, (1974), § 56.

[50] BVerfGE 73, 339 – *Solange II*, (1986), § 132.

[51] CJEU, C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson* (2013).

[52] CJEU, C-105/14, *Taricco* (2015); C-42-17, *M.A.S. and M.B* (2017).

effectively creates a *de facto* harmonization of fundamental human rights standards in the European jurisdiction.[53] However, it is debatable whether such process should be subject to CJEU law-making or if European constitutional provisions enshrining uniform standards are the next logical step of integration. This question will be disregarded at this point as it is not subject of the analysis this paper pursues.

4.1.2 Constitutional freedom of expression

a) Art. 5 I 1 Grundgesetz

The *Grundgesetz* protects the individual right to «express and disseminate […] opinions in speech, writing and picture» in Art. 5(1). The notion of opinion is to be understood in a broad sense. It cannot be limited unless the expression amounts to an «abusive criticism» which is not protected by Art. 5. This approximately resembles the aforementioned thin line between a critical opinion worth protecting and an expression constituting unlawful conduct. However, the NetzDG allows for the hindering of the freedom of expression through social networks as intermediaries. While the law aims to follow a «legislative obligation to remove illegal content»[54], it promotes a *de facto* system of "removal in case of doubt" where content will be removed without scrutiny.[55] The "thin line" then becomes a broad strip of precarious content which will be removed altogether. The risk of a regulatory fine for the social network is converted to an omnipresent threat of removal. This could pose a "chilling effect" leading to users not exercising their *Grundrecht* to freedom of expression in the face of an imminent restriction.[56]

In reality, the obligations from the NetzDG leave the social network providers to make a simple economic decision between the cost of a wrong verdict and the establishment of a legal team to correctly scrutinize content or eventually the price of the regulatory fines. Users will rarely take action against an unjustified removal of their content in front of a court because of their typical structural inferiority, also including an economic consideration on their side. Additionally, since the NetzDG does not impose fines for an unlawful removal of rightful

53 E. Cannizzaro, *Towards a Uniform Standard of Protection of Fundamental Rights in Europe?*, in *European Papers*, 2, 2017, 5.

54 *NetzDG Draft,* p. 22.

55 M. Liesching, *Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG - Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte,* in *MultiMedia und Recht,* 1, 2018, 27; M. Liesching – P. Schmitz – G. Spindler, *op. cit., NetzDG* § 1 para. 25; G. Spindler, *Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?* in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2017, 481.

56 ECtHR, *Goodwin v. UK,* app. 17488/90 (1996), § 39; A. Koreng, *Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Neue Wege im Kampf gegen "Hate Speech"?* in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2017, 204; N. Guggenberger, *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2017, 100; on "chilling effects" see in detail S. Assion, *Überwachung und Chilling Effects* in *Tagungsband zur Telemedicus Sommerkonferenz 2014 – Überwachung und Recht*, 2014.

content,[57] the fear of the fines will outweigh justness most of the time.
On a larger scale, these regulations heavily influence the public process of developing opinions, which the NetzDG aims to protect.[58] The *BVerfG* evaluated this process as the «element of life» for the freedom of expression,[59] being «*un des droits les plus précieux de l'homme*»[60] in 1958. This process is carried out by the public broadcasters[61] and therefore, *mutatis mutandis*, by social media.[62] As the spectrum of opinions is indirectly limited by the NetzDG, it can be concluded that the law imposes obligations that violate the freedom to express opinions protected by Art. 5 GG.

b) Art. 5 II Grundgesetz

Naturally, freedom of expression is not unlimited. Article 5 II allows for certain restrictions by general laws, youth protection and personal honor. Due to the aforementioned broad interpretation of an «expression» in the sense of Art. 5 GG, the *BVerfG* ruled that an expression of illegal intentions should not be derogated if the illegal content remains in a theoretical state. Beyond that, the attempt to prevent harmful content resulting from an expression, as well as the general ban of expressions hostile to the constitution, pose a violation of Art. 5 GG.[63] According to the Court, sole worthlessness or dangerousness of an expression could not be reason for a restriction of such.[64]
Additionally, based on the importance of this *Grundrecht*, derogations must be subject to proportionality. Consequently, they must «pursue a legitimate aim and must be suitable, necessary and, in the strict sense, proportionate to achieving this aim».[65] Considering the scope of Art. 5 GG and the strict requirements to derogating laws developed in the *BVerfG* case law, it is unlikely that the NetzDG would withstand judicial scrutiny in regard to the justification of the obvious restrictions to Art. 5 GG.[66]

[57] K.-H. Ladeur – T. Gostomzyk, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, 2017, in www.bitkom.org, 81.

[58] N. Guggenberger, *op. cit.,* 100.

[59] BVerfGE 7, 198, para. 33.

[60] Art. 11 of the Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789 ("*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*").

[61] BVerfGE 12, 205; BVerfGE 57, 295.

[62] BVerfG 1 BvR 134/03, § 59.

[63] BVerfGE 124, 300, § 72.

[64] BVerfGE 90, 241

[65] BVerfGE 67, 157, § 173; BVerfGE 70, 278 § 286; BVerfGE 104, 337 § 347; BVerfGE 120, 274 § 318, 319; BVerfGE 125, 260 § 316.

[66] K.-H. Ladeur – T. Gostomcyk, *Das NetzDG und die Logik der Meinungsfreiheit,* cit., 393.

4.1.3 Principle of legal certainty

The principle of *nulla poena sine lege certa* is expressed in Art. 103 II GG. It is a crucial element of the general rule of law and obligates the legislator to formulate laws sufficiently precise to allow for legal certainty. The NetzDG neither provides a distinct definition of «obvious unlawful content» nor clearly state the obligations arising for the social networks. In fact, content *per se* cannot be «unlawful»; strictly speaking, only the conduct of distributing certain content can be subject to criminal law.[67] Convictions under German criminal law only arise if unlawfulness and guilt are confirmed by a court without any apparent exculpations or justifications. The legislator gives contradictory instructions on how the unlawfulness has to be assessed by the social network and how the procedure regarding removal must be designed.[68] Additionally, the provisions of the NetzDG fail to provide a sufficiently specific scope for the report pursuant to Art. 2.[69] Due to the shift of responsibility for this kind of assessment, no relationship between the court and the user is apparent. This impedes the possibility to take action against the "judgement" as the opponent of the user is typically the social network. An adjudicative scrutiny remains solely for the cases brought in front of the court by a user which seems to contradict the *Justizgewährungsanspruch* («right to access to justice») as part of effective legal protection in Art. 19 IV GG and Art. 20 III GG. Furthermore, the legislator explains the element of obviousness as «no deepened assessment [being] necessary».[70] This is not sufficient for legal certainty as the evaluation will be carried out by "legal amateurs".[71] However, to guarantee a uniform level of protection between the social networks, an adjudicative interpretation is indispensable.[72] The *Oberlandesgericht Hamburg* (Higher Regional Court) recently ruled that even the entitlement as «asshole» can be justified under certain reasons.[73] Consequently the necessity for a «deepened assessment» on a case-by-case basis becomes clear. In this regard, the claim of the legislator that certain content is «obviously unlawful» cannot be upheld.[74]

4.1.4 Privatization of law enforcement

Criminal law and prosecution are responsibilities of the state, according to Art. 74 GG. The NetzDG transfers this responsibility to private social network providers due to its

67 M. Liesching, *op. cit.*, 26.

68 *NetzDG Draft,* p. 20.

69 K.-H. Ladeur – T. Gostomcyk, *Das NetzDG und die Logik der Meinungsfreiheit,* cit., 391-392.

70 *NetzDG Draft,* p. 24.

71 M. Liesching – P. Schmitz – G. Spindler, *op. cit., NetzDG* § 1 para. 7.

72 R. Schwartmann, *Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem NetzDG*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2017, 318; A. Koreng, *Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes*, cit., 204.

73 OLG Hamburg, 9 W 93/16, 14 November 2016.

74 A. Koreng, *Hate-Speech im Internet – Eine rechtliche Annäherung*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2017, 159.

obligation to decide whether content is illegal and therefore subject to removal. This shift of judicial competence was observed in the *Google Spain* case, where the CJEU ruled that individuals are entitled to removal of their information in the Google search engine. However, Google as the intermediary was in charge to assess if search results «appear to be inadequate, irrelevant or no longer relevant or excessive in the light of the time that had elapsed» and could therefore be removed.[75] The Advocate General in *Google Spain* warned of such a case-by-case analysis on behalf of the service provider.[76] Equally, the German constitutional judge Masing criticized the judgement of the CJEU as creating «private arbitration courts with far-reaching judgmental powers» and therefore extending Google's control on the individual.[77] A similar role is assigned to social networks in the NetzDG as they are equally obligated to evaluate content, undermining the judicial competence of the state in the process. The German Ministry of Economic Affairs and Energy addresses this as a «privatization of law enforcement».[78] Social networks already practice a certain evaluation of reported content in the lights of their Terms and Conditions to ascertain the rule of law.[79] But in the light of the regulatory fines leading to the aforementioned economic consideration, most judgements will be decided at the expense of users.

4.1.5 Other concerns

Additionally, the NetzDG contains contradictions with the federal jurisdiction, the principle of equality in Art. 3 GG, and the *nemo tenetur* principle.

a) Competence of the Federation

The competence to adopt a law is only of federal nature when prescribed by Art. 70 ff. GG. However, the NetzDG does not fall under the classifications of Art. 73(1) no. 7 GG (telecommunication) nor Art. 74(1) no. 11 GG (economic affairs). Art. 73(1) no. 7 GG concerns technical aspects of telecommunication in regard to standards and norms. However, the provision does not apply to measures regarding transferred content or its monitoring.[80] Art. 74(1) no. 11 GG is not applicable either because freedom of expression and effective cyber-prosecution outweigh the economic aspect. Therefore, such legislation would be a competence of the federal states («*Bundesländer*»).

---

[75] CJEU, C-131/12 (2015), § 72.

[76] CJEU, C-131/12, Opinion of Advocate General Jääskinen (2013), § 131.

[77] J. Masing, *Preliminary Analysis of the Google Decision of the CJEU*, in www.verfassungsblog.de, 14 August 2014.

[78] *Fake News & Hate Speech im Internet: Brief von Ministerin Zypries an den Vizepräsidenten der Europäischen Kommission*, German Ministry of Economics and Energy, in www.bmwi.de, 27 February 2017

[79] M. Eifert, *op. cit.,*1451; A. Schiff, *Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen - Das NetzDG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts,* in *MultiMedia und Recht*, 2018, 368.

[80] H. Gersdorf, *Hate Speech in sozialen Netzwerken: Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke,* in *MultiMedia und Recht*, 2017, 440.

b) Principle of equality

As mentioned before under concerns on a European level, the NetzDG imposes a seemingly arbitrary threshold of 2 million users to fall under the scope of the legislation. The intention of protecting small businesses is obvious, but a numerical threshold nevertheless contradicts Art. 3 GG. The question of why a social network with 1,9 million users should be treated differently than a social network with two million users is left open.

c) *Nemo tenetur* principle

The principle that no person is compelled to accuse themselves («*nemo tenetur se ipsum accusare*») is not only an aspect of the free development of one's personality in Art. 2 GG but it is also enshrined in Art. 14(3) lit. *g*) of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 (ICCPR). The legislator specifically included the prosecution of natural persons responsible for violations of the NetzDG, for example, the owner of the social network.[81] At the same time, the NetzDG obligates these natural persons to provide reports and documentations about their complaint-management-systems. This would effectively require them to deliver evidence as a foundation for their punishment, which contradicts the *nemo tenetur* principle.[82]

4.2 European law

4.2.1 Primary law

a) Freedom of expression in the European treaties

The freedom of expression in Art. 11 EUCFR and Art. 10 ECHR could potentially be violated by the NetzDG and its restrictive nature, that has been determined in the previous. Derogations of fundamental human rights in the ECHR are assumed if the public measure at hand appears to be «affecting» or even «chilling» for the individual.[83] Whereas the "chilling" character of the NetzDG is debatable,[84] it is undoubtedly «affecting» the providers of social networks as well as their users. Regarding the EUCFR, the *Dassonville Formula is to be applied mutatis mutandis,*[85] meaning that a derogation is assumed[86] through any measure «capable

[81] *NetzDG Draft,* p. 12.

[82] B. Heymann – J. Wimmers, *Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme*, in *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 2, 2017, 102.

[83] J. Meyer-Ladewig – M. Nettesheim - S. Von Raumer, *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, Baden-Baden, 2017, Art. 11, para. 15.

[84] A. Koreng, *Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes,* cit., 204; N. Guggenberger, *op. cit.*, 100.

[85] W. Frenz, *Handbuch Europarecht Band 4: Europäische Grundrechte*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009, para. 497.

[86] *Ibid.,* para. 1824.

of hindering [individual rights], directly or indirectly, actually or potentially».[87] According to Art. 10(2) ECHR and the general clause of Art. 52(1) EUCFR, the measure must be prescribed by law and pursue a legitimate aim. Additionally, the necessity in a democratic society is required, including the suitability, necessity in a stricter sense and proportionality of the measure, all of which are assessed in the following in regard to the NetzDG.

The legal basis of the derogation is required to be adequately accessible and formulated with sufficient precision to enable individuals to regulate their conduct.[88] However, contradictions with the principle of legal certainty have been discussed on a constitutional level in the previous, emphasizing that the NetzDG seems to lack in sufficiently precise phrasing. Neither the social network nor its users are provided with provisions which allow them to regulate their conduct. According to section 4 (1) no. 2 NetzDG, the social network faces fines if it «fails to provide, provide correctly or to provide completely, a procedure mentioned [in section 3 (1) sentence 1] ». The requirements for the complete maintaining of an «effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content» (*ibid.) are unclear and can therefore not enable the social networks to regulate their conduct. The removal of controversial content which is not amounting to any of the offences mentioned in the NetzDG has been reported only days after the law entered into force. For example, a tweet even by the former German Minister of Justice Heiko Maas, the main person responsible for the draft of the NetzDG, was deleted for unknown reasons.*[89] This illustrates that a recommendation for users to regulate their conduct can equally not be assumed. The lawful basis for derogating freedom of speech provisions in European treaties is consequently not apparent.

The requirement of a legitimate aim pursuant to the European provisions is subject to a broad interpretation.[90] Therefore, the prevention of crime and the protection of the interests of others can be considered legitimate aims pursued by the NetzDG in the sense of European law. Contrarily, the suitability of the law to transpose such aims into legal reality can only partially be assumed. The offences regarding fake news are rarely relevant[91] and the unlawful nature of content seems not to be the source of the problem but rather the circulation of virulent headlines and «alternative facts».[92] Both can hardly be prevented on a legal or even technical level and the legislator should consequently take another approach as discussed in the fourth part of this paper.

Preventing the commitment of hate speech offences cannot be assured by the scrutiny mechanism on the shoulders of the social networks either. It is more

87 CJEU, 8/74, *Dassonville* (1974), § 5.

88 ECtHR, *Barthold v. Germany,* app. 8734/79 (1985), § 45.

89 *Maas-Tweet über Thilo Sarrazin gelöscht*, in *Spiegel Online*, 8 January 2018.

90 W. Frenz, *op. cit.,* para. 1848; H. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar*, Buch, 2016, Art. 11, para. 31.

91 M. Liesching, *op. cit,* 29.

92 R. Stoker, *Yes, there are 'alternative facts.' That's different from falsehoods*, in *The Washington Post*, 31 January 2017.

likely that the removal of possibly hateful content online leads to a further polarization of users (e.g. "echo chambers") as the process of public opinion-formation is distorted. Furthermore, no additional measures are undertaken by the NetzDG to enhance law enforcement and prosecute cyber-offenders to hold them liable under criminal law. Such provisions of less restrictive nature would promote the prevention of publishing unlawful content presumably even more effective, which also contradicts the necessity of the NetzDG in a stricter sense. A civil-procedural counterproposal lowering the barriers of imposing a refraining order for users of social media in the form of an online process was also made. This would simplify the enforcement of individual rights *vis-à-vis other individuals, including an* identification of the applicant to prevent abuse and a temporary blocking of the content until it is scrutinized by the judiciary.[93] In conclusion, less restrictive approaches would be similar or even more effective than the provisions of the NetzDG and consequently, a necessity in a stricter sense cannot be presumed.

To assess the proportionality, the relation between the degree of restrictiveness and the effectiveness of the law must be considered in the light of the derogated fundamental right. The provisions of the NetzDG promote a private law enforcement by the social networks, disregarding the included restrictions of the freedom of expression. At the same time, they cannot ensure the prevention of crime and the protection of individual rights effectively. Considering the fundamental standing of the freedom of expression in the European treaties as a basic principle for democracy, the proportionality principle is hardly met.

As mentioned in the introduction, social networks nowadays also act as news agencies for the users. In this regard, the ECtHR ruled that the restriction of journalistic content is subject to even stricter scrutiny.[94] Therefore, the NetzDG would need to apply a higher standard regarding the derogation of such content, which is not apparent. Consequently, the provisions of the NetzDG are unlikely to withstand the judicial scrutiny of European courts in regard to the proportionality principle.

In summary, the NetzDG poses derogations of the freedom of expression, enshrined in Art. 11 EUCFR and Art. 10 ECHR, which cannot be justified for the various reasons mentioned.

b) Stance of the ECtHR

The ECtHR outlined the conditions for conforming with Art. 10 ECHR, more precisely regarding the liability of online service providers, in recent judgements. In *Delfi v Estonia, the removal of defamatory comments did not amount to a violation of* Art. 10 ECHR.[95] In the *Index.hu ZRT v Hungary* case on the other hand, the court ruled that offensive and vulgar speech can be protected by Art. 10 ECHR, as

[93] In detail see R. Köbler, *Fake News, Hassbotschaft und Co. - ein zivilprozessualer Gegenvorschlag zum NetzDG*, in *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 4, 2017, 282-284.

[94] ECtHR, *Axel Springer v Germany*, app. 48311/10 (2014), § 54.

[95] ECtHR, *Delfi AS v Estonia*, app. 64569/09 (2015).

long as the expression does not amount to unlawfulness.[96] These seemingly contradictory judgements stress out the importance of a case-by-case analysis which guarantees the "thin line"[97], as also mentioned by the president of the *BVerfG*.[98] Removal by an online service provider is therefore only justified and proportionate in the sense of Art. 10 ECHR if the expression of opinion amounts to unlawful conduct.

However, a general obligation to remove content transfers the required case-by-case analysis to the social networks, therefore creating "chilling effects" on the network as well as every subject of scrutiny. The ECtHR approved the scrutiny in the hands of a private intermediary in the *Google Spain* judgement; however, such shift of judicial responsibility is questionable.[99] A different stance was taken by the ECtHR in the context of restricting journalistic activities which were addressing «political speech or matters of public interest».[100] The court ruled that such content would enjoy special protection under European law and can only be limited under very few conditions. As content in social media often includes expressions with political content, the NetzDG creates a similar unwanted effect which is not in accordance with Art. 10 ECHR.

In the light of the European judiciary, the NetzDG seems to be disproportionate to achieve its legitimate goal of fighting illegal content online. The broadly interpreted expression of one's opinion is restricted and with the current structure of the NetzDG, this restriction includes lawful comments which are on the protected side of the "thin line".[101]

4.2.2 Art. 3 E-Commerce Directive

As mentioned before, cybercrimes are accompanied by problems of jurisdiction in the cyberspace. The discussed conflict in international law also applies in the European context. Paragraph 1 of Art. 3 E-Commerce Directive introduces the principle of origin, according to which service providers fall under the jurisdiction of the state whose territory they are instated. Paragraph 2 additionally prohibits a restriction by states of service provider freedoms established in other member states. This principle is highly contested by scholars; however, this shall not be discussed at this point. Rather, the question to be considered is whether the NetzDG provides a derogation from the principle according to paragraph 4. It is clear that the law unfolds legal effect in other member states as the regulatory offences are fined disregarding the origin of the per-

96 ECtHR, *Index.hu Zrt v Hungary*, app. 22947/13 (2016).

97 *Ibid*., § 69.

98 H.J. Papier, *Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 42, 2017, 3030.

99 J. Masing, *Preliminary Analysis of the Google Decision of the CJEU*, in www.verfassungsblog.de, 14 August 2014.

100 ECtHR, *Axel Springer v Germany*, cit., § 54.

101 H. Gersdorf, *op. cit.,* 446, 447.

petrator according to Article 4(3).
Nonetheless, this derogation of the principle of origin could be justified according to the Directive. Art. 3(4) states that derogations are permitted if they are necessary for public policy, public health, national security or the protection of consumers. The legislator argues that the NetzDG introduces an effective complaint management that improves the prosecution of criminal offences[102] which appears to be a justified derogation according to Art. 3(4) lit. *a*) no. (i) E-Commerce Directive («in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences»). However, the European Commission stated that Art. 3(4) E-Commerce Directive does not include general measures in regard to financial services and that especially derogations have to be considered on a case-by-case basis. As the NetzDG imposes a general rule in Art. 4(3), the derogation might not be justified and therefore contradict European law.

4.2.3 Art. 14 E-Commerce Directive

Art. 14 of the Directive lays out a derogation from general content liability for service providers if the provider does not know about the existence of illegal content (para. 1 a). Additionally, a service provider will also be excused if they obtain knowledge about illegal activity and consequently remove or disable all access to such content (para. 1 b). Such exception shall occur «expeditiously», allowing for certain flexibility if interpreted literally.
The NetzDG on the other hand states fixed deadlines of 24 hours or seven days as required by Art. 3(2). Therefore, the German legislator carries out a legal interpretation of Art. 14 E-Commerce Directive in the NetzDG. According to Art. 267a of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) however, the interpretation of EU secondary law is under the exclusive jurisdiction of the CJEU. This was also ruled by the German Federal Supreme Court regarding the interpretation of Art. 14(1) E-Commerce Directive. The court stated that a collective definition of legal notions on a European level allows for further harmonization and therefore the German legislator can introduce «neither broader nor stricter regulations in the national legislation».[103] In this regard, there is no leeway in the legal adoption of the Directive through the member states.
Consequently, the German legislator oversteps its competence and disregards the flexibility aspect demanded by the Directive which ends in an incompatibility of the NetzDG with Art. 14 E-Commerce Directive. Additionally, the question arises as to whether legal pressure to assess the unlawfulness of content in a fixed time limit of 24 hours influences the quality of the assessment. In reality, this might lead to a hasty verdict which suffers from legal uncertainty just to avoid the regulatory fines.

[102] *NetzDG Draft,* p. 14.

[103] BGH I ZR 39, 12, § 19, in *Neue Juristische Wochenschrift,* 2014, 552-553.

4.2.4 Art. 15 E-Commerce Directive

Art. 15 of the Directive includes an indirect exemption from a service provider liability as it prohibits a statutory obligation to generally monitor all information. However, this is approximately what the NetzDG does in Art. 3, as the deadlines can realistically not be kept without an automatic system monitoring information of all users. The CJEU ruled in the *L'Oréal/eBay* decision that an obligation for websites to generally monitor information in order to prevent unlawful conduct contradicts Art. 15 E-Commerce Directive. The court also found a violation of Art. 3 E-Commerce Directive as measures of the Directive must be fair, proportional and not excessively costly.[104] The ruling was approved as applicable for social networks as well in the *Netlog* case, when the CJEU stated that filtering systems are prohibited even to prevent a violation of IP rights through the upload of copyright protected music.[105] As this was also approved by the German Federal Supreme Court,[106] a violation of Art. 15 E-Commerce Directive through the obligations of Art. 3 NetzDG is presumable. In conclusion, it is unlikely that the legislation would withstand judicial scrutiny in this regard.

4.2.5 Other concerns

a) Art. 56 TFEU: Free movement of services

The free movement of services in the EU territory is one of the four freedoms of Art. 26(2) TFEU. Art. 56 TFEU prohibits any restriction on the freedom to provide services. The NetzDG imposes a restriction on the services provided by social networks through the application of German criminal law and the cross-border establishment of regulatory fines. Such restrictions can be justified under the requirements laid out in the *Säger* case by the CJEU.[107] The restricting measure must be indistinctly applicable, objectively necessary, and justified by imperative reasons to the public interest. Then again, it must not exceed what is necessary to achieve such imperative reasons. While effective criminal prosecution fulfills the requirement of public interest, the necessity of the NetzDG is contested as discussed in the previous.

b) Equal treatment

The principle of non-discrimination is the very basis of the European integrated market and it applies to many aspects of European law. It obligates states to treat their nationals and nationals from other member states the same way.[108] However, Art. 18 TFEU is only a «specific expression of the general principle

104 CJEU, C-324/09, *L'Oréal SA and Others v eBay* (2011), § 139.

105 CJEU, C-360/10, *Sabam v. Netlog* (2012).

106 BGH I ZR 240/12, § 51.

107 CJEU, C-76/90, *Säger v. Dennemeyer* (1991), § 15.

108 CJEU, C-186/87, *Cowan v Trésor public* (1989), § 10.

of equality».[109] This general principle of equal treatment emerges from the different articles including a prohibition of discrimination (Art. 18, 36, 37, 45 II, 49, 56, 63 TFEU).[110] According to Art. 54 TFEU, companies enjoy this equality principle in the same manner as they are to be treated equal to natural persons. Additionally, Art. 14 E-Commerce-Directive does not take into account the size of a company.[111] The scope of the NetzDG merely includes such companies that amount to the definition of social networks according to Art. 1 and, specifically, for such with more than two million users. This unequal treatment including a seemingly arbitrary threshold violates the principle of equality on a European level.

c) Distortion of competition

The tool of regulating competition is under the exclusive competence of the EU, as competition regulations can only be effective on a European level. The former Minister of Economic Affairs Brigitte Zypries warned against a «fragmentation of the integrated market» through different legislation in EU member states affecting competition.[112] Additionally, Art. 117 TFEU obliges member states to consult the European Commission before adopting a law that has an effect on EU competition. However, the German legislator failed to do and consequently contradicted European law.

4.3 International law

The NetzDG allows for sanctioning a regulatory offence against the legislation even if it is not committed in the state of Germany (Art. 4(3). This raises concerns about the compatibility of the NetzDG with the international law principle of territoriality. As mentioned before, cybercrime introduces the possibility of committing an offence in one state that unfolds effect in another state. This undermines the national obligation to criminal prosecution as an expression of sovereignty. The German criminal law applies to all offences that are committed in the territory of Germany (§ 3 StGB), but also for those that violate certain domestic legal interests while being committed abroad (§§ 5-7 StGB). However, according to international law, criminal law is limited by the national jurisdiction of other states as already ruled in the *Lotus* case.[113] A cross-border legal effect can especially be developed if «security, territorial integrity or political independence» are at risk.[114] The *BVerfG* adopted the rule that states may

[109] CJEU, C-280/93, *Germany v Council of the European Union* (1994), § 67.

[110] S. Glock, *Der Gleichheitssatz im Europäischen Recht – Eine rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in ausgewählten Mitgliedstaaten der Europäischen Union, des EGMR und des EuGH*, Gießen, 2007, 163-166.

[111] B. Heymann – J. Wimmers, *op. cit.,* 96.

[112] *Fake News & Hate Speech im Internet: Brief von Ministerin Zypries an den Vizepräsidenten der Europäischen Kommission*, German Ministry of Economics and Energy, in www.bmwi.de, 27 February 2017.

[113] *The case of the S. S. "Lotus"*, in *PCIJ Series A* No. 10, 7 September 1927.

[114] Harvard University (ed.), *Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, in *The American Journal of International Law,* 29, Supplement: *Research in International Law*, 1935, 440.

prosecute offences that threaten the «existence or other important legal interests of the state».[115] In this regard, the broad scope of the StGB is considered a violation of international law.[116]

Regarding the NetzDG, it is debatable whether it implements important legal interests of the state which would deny a contradiction to international law principles. The German legislator claims the NetzDG to be necessary to effectively combat and prosecute hate crimes and other punishable content which allows for a «peaceful living together of the liberal and democratic society».[117] However, the German Federal Supreme Court recently denied the application of German criminal law in the case of a Czech citizen that uploaded Nazi symbols to the internet. The court found a violation of § 86a StGB, which is also listed as an offence protected by the NetzDG in Art. 1(3). Nevertheless, it ruled that a sole online accessibility from Germany does not justify prosecution by the German authorities.[118] This indicates that the cross-border sanctioning in Art. 4(3) of the NetzDG could run dry for several offences. In conclusion, the NetzDG is not *per se* in violation of international law. However, the application of German criminal law for the offences listed in Art. 1(3) of the NetzDG must be under judicial scrutiny by the German Federal Supreme Court in case they are committed abroad.[119] A general application on the other hand could not be justified under international law.

5. Evaluation

5.1 Legality perspective

The German writer Kurt Tucholsky claimed that «the opposite of good is well-meant». The intentions of the legislator seem to be indeed «well-meant»[120] as an attempt was made to oppose difficulties arising from the internet. However, the result of these intentions has been a piece of legislation which effectively transfers the problem of grasping the "thin line" to social networks acting as «deputy sheriffs» on behalf of the state.[121] Their users end up being the bereaved parties as they have to fight the IT leviathans for their freedom of expression and it seems unlikely that they will win.

In the light of the empirical evidence that hate speech online is only a peripheral concern, legitimacy of the legislative activity, effectiveness and necessity of the NetzDG must be reconsidered.[122] The NetzDG aims to fight hate speech and fake news but has failed to pursue them effectively on two levels. For hate speech online, the NetzDG

115 BVerfGE 92, 277 in *Neue Juristische Wochenschrift,* 1995, 1811, 1813.

116 K. Ambos, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Buch, 2017, para. 10-11 (with additional references).

117 *NetzDG Draft,* p. 14.

118 BGH III StR 88/14, 19 August 2014.

119 B. Heymann – J. Wimmers, *op. cit.,* 94.

120 N. Guggenberger, *op. cit.*, 98 («well thought, poorly made»).

121 *Ibid.,* 100.

122 K.-H. Ladeur – T. Gostomcyk, *Das NetzDG und die Logik der Meinungsfreiheit,* cit., 390.

is not necessary. Social network providers are obligated to ascertain the rule of law[123] and they do so by establishing a code of conduct in their terms and conditions. If the "thin line" was crossed, and published content made the user liable under criminal law, authorities could start legal proceedings. Regarding the protection of individual rights, users have the possibility to request a refraining order under the rule of German Civil Law.[124] Contrarily, the problem that users are *de facto* not being prosecuted by the authorities is not properly addressed in the NetzDG. The removal of content in social networks might rather lead to a retreat to smaller websites out of the scope of the NetzDG. The radicalization of critical opinions was observed to be amplified in the context of similar opinions. Such process of polarization is also known as the «echo chamber phenomenon»[125] which is therefore possibly promoted by the NetzDG.[126]

Additionally, the NetzDG has been far from effective in achieving its goal of preventing fake news.[127] The provisions regarding fake news in the NetzDG are limited (§ 187 StGB) and they are rarely applicable to the fake news phenomenon.[128] In reality, the source of fake information can hardly be determined and made subject to criminal law. On a larger scale, the problem lies in the amplification by media services in social networks which have a commercial interest in publishing content that is appealing to the users. Recent studies show that it is more likely for users to disseminate information if it is false.[129] This implies that fake news produce a higher commercial profit in social networks.

However, media provider like newspapers are not held responsible for spreading fake information on social media even if such information heavily distorts the aforementioned public process of developing opinions. Just recently, the German boulevard newspaper *Bild* reported about the split-up between the two conservative parties in Germany (CDU and CSU) on Facebook. This caused an outrage by users, only to be revealed as a canard shorty after.[130] Incidents like that outline the commercial interest outweighing the importance of truthful news reports. To effectively prevent «experiences in the US presidential election» as the NetzDG aims to do,[131] the legislator must address the economic consideration behind publishing information without underlying proof of verity.

Notwithstanding the «well-meant» intentions behind the legislation, a basis for the exercise of legislative power is not apparent. The legislator oversteps its competence

123 T. Ceffinato, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internetplattformbetreibern*, in *Juristische Schulung,* 5, 2017.

124 BGH VI ZR 93/10, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, 148; A. Schiff, *op. cit.,* 367.

125 J. Cappella – K. Jamieson, *Echo Chamber: Rush Limbaugh and the Conservative Media Establishment*, Oxford, 2010, 75-78.

126 G. Nolte, *Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 7, 2017, 560.

127 B. Holznagel, *Phänomen "Fake News" – Was ist zu tun?*, in *MultiMedia und Recht*, 2018, 21.

128 M. Liesching, *op. cit.,* 29.

129 S. Vosoughi – D. Roy – S. Aral, *The spread of true and false news online,* Research by the Massachusetts Institute of Technology (MIT), in *Science*, 359, 2018.

130 *"Titanic" legt Medien herein*, in *Spiegel Online*, 15 June 2018.

131 *NetzDG Draft,* p. 1.

by underestimating fundamental rights and principles of law in a what seems to be a hastily drafted law. The enhancement of online prosecution or lawful measures against actual offences in social media, by contrast, would be justifiable. In conclusion, the restrictions emerging from the provisions of the NetzDG are neither effective nor necessary to achieve the goals set in the reasoning by the legislator.[132] The violations of several constitutional rights and principles cannot be justified and are in practice, with the words of Kurt Tucholsky, «the opposite of good» for users of social media.
However, the restrictiveness of the NetzDG in the European Context is unexpected. Regarding Germanys leading role in the European Union, a restrictive approach *vis-à-vis* American IT giants seems like a first step towards undermining their dominant global position.[133] Notwithstanding the legal problems arising from the NetzDG, it seems like a counter position to the excessively extensive view on freedom of expression in the US.[134] However, the duel between EU politics and US companies should not be carried out at the expense of the individual. Germany's strict position could be an inspiration for a possible EU-wide approach of fighting hate speech and fake news tying on the General Data Protection Directive.[135] Such a piece of EU legislation must be carefully constructed not to violate the standard of the freedom of expression in European jurisdiction, as the NetzDG seems to do.

5.2 Improvements and alternatives

In conclusion, the evaluation of content should not be exercised by the social networks themselves. However, the legislator could approach more effectively the legitimate rationale of the NetzDG through different measures. Incentives should be created to organize the assessment to be made by independent legal experts, as the NetzDG attempts to do with the introduction of «self-regulatory» measures in Art. 3(6). Another option could be a transfer of all reported content to a state authority for a quasi-judicial evaluation. Censorship would be counteracted through an anonymized process and the creation of case groups. The mere criminal nature of content would be assessed under a binding code of conduct elaborated between the government, legal experts, and NGOs. In the case of a criminal proceeding, the anonymization would be repealed to allow for an effective prosecution. The echo chamber phenomena could be prevented with a legislation applicable to all service providers regardless of their user count, demanding a share of their annual profits to fund such an authority.
This approach could be criticized as a state monitoring of content, as the reporting of content can easily be abused and effectively all content would be under judicial scrutiny. The operating expenses also must be taken into consideration. The deadlines

132 *NetzDG Draft,* p. 1.

133 R. Schütz, *Regulierung in der digitalen Medienwelt - Fünf aktuelle Herausforderungen,* in *MultiMedia und Recht,* 2018, 37.

134 A. Heldt, *Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA,* in *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 45, 2017, 1460.

135 *U.S. Websites Go Dark in Europe as GDPR Data Rules Kick In*, in *Wall Street Journal*, 25 May 2018.

should be removed completely as they possibly influence the accuracy of the assessment. However, the burden of proving whether an evaluation was done «expeditiously», as required by Art. 14 E-Commerce-Directive, should be up to the assessor.
On a broader scope, a binding EU legislation could be considered an effective alternative, which would include an authority on a European level to assess the compatibility of content in social media with a code of conduct established between the member states. The authority would be similar to the European Data Protection Board which ensures the application of the General Data Protection Directive. In case the code of conduct is violated by published content, the authority would transfer the case to national criminal prosecution authorities to prevent the undermining of national criminal law. The legislation should include a clear definition of the "thin line" where freedom of expression ends and criminal responsibility for the individual starts.
For the problem of fake news distorting political processes, the legislator should approach the connection between news and commercial profit. However, instead of fighting fake news, which is in practice not effectively possible, the focus should be on "promoting real news". An effective legislative approach could include a prohibition of financing news services within legal borders. This would lead to a division between non-profit "news providers" and commercially driven "story providers". The verity of information could be approved by a collaboration between state authorities, NGOs, and the users, including a kind of certification for users to efficiently identify "real news". As a voluntary code of conduct has proven to be ineffective,[136] such law would require binding obligations. A task for the legislator could be the improvement of the electronic process and therefore creating a foundation for a system which promotes "real news".
There are various possibilities at both national and European level to effectively approach the issues addressed by the German legislator in the reasoning for the NetzDG. A follow-up legislation on the General Data Protection Directive could be considered the next logical step for the integration not only of the European market, but also a more consistent protection of human rights in Europe. Other than the NetzDG, such a legislation needs to be in favor of the individual and binding for all the EU member states, while limiting the power of the US-American tech giants.

6. Conclusion

Freedom of expression is an individual right. Its underlying idea includes a development of an individual opinion in a public process. With the restriction of publishing opinions through private intermediaries based on economic consideration, such process seems unachievable. On the one hand, the universal freedom to express opinions also applies in a social network to the extent in which it is legally permissible to do so. Violations of criminal provisions or individual rights of others online on the other hand must be equally counteracted in an effective way. The "thin line" separating the protected expression of an opinion and an unlawful offence has to be carefully as-

[136] *NetzDG Draft,* p. 1.

sessed. A seemingly insignificant removal of individual content restricts and damages the process of developing opinions as a whole, which cannot be justified under the principles of law.

The legislator seems to have realized the necessity of a strict approach *vis-à-vis* IT leviathans. The NetzDG takes a step in the right direction by trying to approach the threats posed by the general shift of activities to an online level. However, it fails utterly to create an effective countermeasure due to the fact that it violates constitutional and European laws and possibly international law in the attempt to achieve its goals.

On a larger scale, legislators need to work together with the users of social networks, legal experts, non-profit organizations and possibly with each other in order to strike the right balance between effective law enforcement against hate speech on the cyber level and protecting the right of the individual user in social networks. Consequently, this includes restrictive measures against the multi-billion-dollar IT companies behind those networks without burdening the individual. The problem of fake news and its accompanying distortion of political dialogue on the other hand is more complex and can hardly be solved with the legal instruments at hand. In this regard, the legislative focus should be on the seemingly indispensable tie between providing news and commercial interest.

A national law attempting to fight hate speech online and fake news equally with simple restrictive measures, such as provided for by the NetzDG, seems destined to be ineffective and ultimately unlawful.

Altri saggi

L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *digital privacy* come osservatorio privilegiato*

Oreste Pollicino

Abstract

Lo scritto affronta lo spinoso tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, in particolare concentrandosi sulla diversa prospettiva (statunitense ed europea) sul tema, sia dal punto di vista di teoria generale che di applicazione giurisprudenziale. Quindi si concentrerà sulla problematica dell'efficacia diretta orizzontale di quei diritti che sono in grado di rafforzare la posizione dell'individuo *vis*-à-*vis* i nuovi poteri privati emergenti nell'era digitale, utilizzando la recente giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di privacy e tutela dei dati personali quale *case study*.

The essay explores the problem of horizontal effects of fundamental rights, focusing on the different approach in Europe and the US both from a legislative and case law perspective. Then, the essay will tackle the problem of affording horizontal direct effects to fundamental rights that are capable of strenghtening individuals' protection vis-à-vis the new private powers emerging in the digital age, most notably looking at the recent case law of the Court of Justice on privacy and data protection as a case study.

Sommario

1. Introduzione. – 2. *Defrenne II* e l'efficacia orizzontale *ante Cartam*. – 3. L'efficacia orizzontale dei principi generali: storia e conseguenze di un "crampo mentale". – 4. Il peculiare *case study* della privacy digitale. - 4.1 *Da Digital Rights Ireland* a *Google Spain*. - 4.2 Il caso *Schrems*. – 5. Conclusioni.

Keyword

Efficacia orizzontale, Diritti fondamentali, Privacy, Dati personali, Corte di giustizia

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

1. Introduzione

Si potrebbe sostenere, come fa Robert Alexy[1], che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (autorità vs. libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati)[2].

Il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall' "olimpo" dei filosofi all' "arena" dello *ius dicere*, rischia di non superare il *test* del diritto costituzionale comparato, perché, come si vedrà tra un momento, le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da *humus* assiologico culturale.

Negli ultimi vent'anni, osservando diverse esperienze nazionali in chiave comparata, la questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali è stata affrontata in diversi ordinamenti anche fuori dall'Europa. Partendo dal Canada, come testimoniato dalla Canadian Charter of Rights and Freedoms del 1982[3], passando per il Sud Africa prima sotto la Costituzione *ad interim* del 1993 e poi la Costituzione finale del 1996[4] per poi giungere all'Irlanda[5] nonché ad Hong Kong con la Bill of Rights Ordinance del 1991, è possibile constatare la rilevanza transnazionale della questione relativa all'efficacia dei diritti fondamentali[6].

Spostandosi in particolare nello scenario statunitense, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al I Emendamento che riconosce la libertà di espressione (*right to free speech*), l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione della c.d. *state action doctrine*[7], in forza della quale le garanzie previste

---

[1] R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 570-571.

[2] G. Romeo, *Federalising and constitutionalising a legal order: the case for (still) entrusting the bill of rights with the task of full integration,* in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, forthcoming.

[3] V. in particolare il caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, 2 S.C.R. 573 (1986).

[4] L'art. 8, c. 2, della Costituzione sudafricana stablisce: «*A provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking account of the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right*». Inoltre, l'art. 9, c. 4, impone l'obbligo per i privati di non discriminazione.

[5] A differenza dell'approccio verticalistico statunitense, la Corte Suprema dell'Irlanda ha riconosciuto un ampio effetto orizzontale delle norme costituzionali. Come osservato dal giudice Walsh nel caso del 1973 *Meskell v. Coras lompair Eireann* 1965 WJSC-HC 5078: «[I]*f a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right or the infringement of a constitutional right, that person is entitled to seek redress against the person or persons who infringed that right*"» E come chiarito dal giudice Costello in *Hosford v. John Murphy & Son*s, 1987 ILRM 300 (HC): «*Uniquely, the Irish Constitution confers a right of action for breach of constitutionally protected rights against persons other than the State and its officials*». Tra i vari diritti a cui è stata riconosciuta un'efficacia orizzontale, si menzionano qui la libertà di associazione (*Meskell v. Coras lompair Eireann*, cit.) e discriminazione in base al sesso (*Murtagh Props. Ltd. v. Cleary,* 1972 I.R. 330 - Ir. H. Ct.).

[6] M. Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423 ss.

[7] V., in particolare, S. Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review,* 102, 2003, 388-458; M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*,

dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati[8].

La ragione alla base della resistenza alla accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega perché l'architrave e, ancor prima, il terreno culturale che fa da *humus* al costituzionalismo statunitense è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata. In altre parole, come ha osservato Mark Tushnet, the «*judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy*». Questo approccio di fatto impedisce la penetrazione delle garanzie costituzionali nelle dinamiche intersoggettive rendendo impossibile la trasformazione dei *constitutional rights* in istanze direttamente azionabili.

Un tale *humus* costituzionale rende di fatto impossibile l'attecchimento in terra statunitense della teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*)[9] che dopo aver preso il via dalla giurisprudenza coraggiosa, per l'appunto, delle corti tedesche a partire dagli anni '50[10], è diventata familiare anche per altre corti costituzionali europee ma anche per la Corte europea dei diritti dell'uomo[11] nonché, come si dirà più dettagliatamente in seguito, per la Corte di giustizia dell'Unione europea. Anche le nuove Costituzioni post-comuniste dell'Est Europa si occuparono – seppur sulla base di presupposti diversi – della questione[12].

In altre parole, nel costituzionalismo europeo non è un tabù parlare di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, il che non può stupire se si riflette sul DNA caratterizzante lo spirito di detto costituzionalismo alla cui base risiede, il meta-principio di dignità umana, che non solo ricorre formalmente in molte disposizioni delle costitu-

in International Journal of Constitutional Law, 1, 2003, 79 ss.; W. R. Huhn, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice,* in *Hofstra Law Review*, 84, 2006, 1380 ss.

[8] A tal proposito, un esempio è fornito di applicazione orizzontale dei diritti fondamentali è fornito dal caso della Corte Suprema degli Stati Uniti *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948). Il caso di specie riguardava una clausola contrattuale secondo cui gli afroamericani potevano vendere le case acquistate soltanto ai bianchi. In particolare, la controversia emersa riguardo tale previsione contrattuale portava la Corte Supreme a rivedere la decisione della *lower Court*. Ritenendo una tale restrizione lesiva della *equal protection clause*. Tuttavia, la dottrina costituzionale degli Stati Uniti ritiene che le disposizioni costituzionali non hanno effetti orizzontali. In particolare, v. M. Tushnet, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School Law Review*, 33, 1988, 383 ss.

[9] M. Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7(4), 2006, 341 ss.

[10] BVerfGE 7, 198. Il caso *Lüth* riguardava un esponente della classe politica che si era opposto alla distribuzione del film antisemita "Jüd Jüss". In particolare Lüth veniva condannato a risarcire i danni che aveva causato attraverso la sua attività di boicottaggio. A seguito di tale decisione, Luth si appellava alla Corte costituzionale lamentando la violazione della sua libertà di espressione. La Corte costituzionale tedesca affrontava quindi una questione attinente all'estensione dei diritti costituzionali nei rapporti *inter privatos*. In tale occasione, la Corte tedesca per la prima volta ha sostenuto che i diritti costituzionali non costituiscono soltanto delle pretese dell'individuo nei confronti dello Stato ma formano un insieme di valori che si applicano in tutte le aree del diritto fornendo indicazioni assiologiche al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Nel caso di specie, la tutela della libertà di espressione non si sviluppa soltanto in senso verticale nei confronti dello Stato, ma anche in senso orizzontale visto che le norme di diritto civile devono essere interpretate secondo lo spirito della carta costituzionale.

[11] Si veda in particolare CEDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, n. 91 (1985).

[12] C. R. Sunstein, *Against Positive Rights*, in A. Sajo (ed.), *Western Rights? Post-Communist Application*, The Hague, 1996, 225-232.

zioni europee[13] e costituisce il Titolo I della Carta dei diritti fondamentali ma plasma sin dalle fondamenta detto spirito in reazione, ovviamente, a quell'annichilimento della dignità che ha caratterizzato i regimi totalitari ed autoritari[14].

Proprio tale *humus* consente, in Europa, di non considerare di per sé costituzionalmente intollerabile ogni processo di "giudizializzazione" delle relazioni *inter privato*s in cui entra in gioco l'applicazione orizzontale dei diritti previsti dal *bill of right*s di riferimento. Al contrario lo stesso *humus*, ponendo la tutela della dignità[15] quale valore paradigmatico ammette, in astratto, un'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali quando questa sia funzionale alla protezione più ampia dei diritti in gioco. Lo stesso concetto di abuso del diritto, di fatto sostanzialmente estraneo alla teoria costituzionale statunitense ed invece non solo noto al costituzionalismo europeo, ma anche codificato dalle due Carte dei diritti paneuropee (art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 17 della Convenzione EDU) sembra remare nella stessa direzione[16].

Fatte queste premesse assai preliminari e, dunque, per forza di cose non esaustive, lo scritto si articolerà in tre parti principali che si concentreranno sul fronte europeo della questione.

Nella prima, rischiando di fare dell'archeologia costituzionale, però funzionale alla comprensione di come alcuni problemi legati all'applicazione diretta della Carta siano più di ordine nominale che sostanziale, si richiamerà il momento in cui, assai prima dell'adozione (prima) e entrata in vigore (nove anni dopo) di quest'ultima, la Corte di giustizia, proprio allo scopo di tutelare quel valore di dignità a cui prima si faceva riferimento, ha deciso, assai coraggiosamente, per una previsione del Trattato di Roma assai più vaga e potenzialmente meno *self-executing* del principio più generale presente nella Carta di Nizza, di attribuire alla stessa disposizione del Trattato di Roma efficacia diretta orizzontale. Nella seconda parte si richiameranno brevemente le ragioni (e gli effetti) del "crampo mentale" che ha portato la Corte di giustizia a sancire l'efficacia diretta orizzontale di alcuni principi generali del diritto dell'Unione.

Quindi, nella terza parte, ci si interrogherà sull'impatto della Carta. In particolare, in questo caso, verrà analizzato l'approccio generale della Corte in materia di efficacia orizzontale diretta delle disposizioni della stessa Carta, per poi riflettere come in alcuni ambiti, più che in altri, la stessa Corte di Lussemburgo sembri propensa a riconoscere

---

[13] Risulta particolarmente rilevante che l'art. 1 della Costituzione tedesca sancisca l'intangibilità della dignità dell'uomo prevedendo il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla. Per alcune riflessioni critiche sul tema si veda G. Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and American Constitutionalism*, in G. Nolte (ed.), *European and United States Constitutionalism*, Cambridge, 2005.

[14] Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta si vedano, in particolare, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Amsterdam, 2016; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal* 21, 2015, 657 ss.; D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, 479 ss.

[15] A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta Online*, 2, 2018.

[16] Per alcune riflessioni di diritto comparato sul punto M. Byers, *Abuse of Rights: an Old Principle a New Age*, in *McGill Law Jounral*, 47, 389 ss.

un effetto orizzontale diretto alla Carta dei diritti, anche se spesso tali manovre non sono del tutto evidenti, ma si tratta di un effetto orizzontale per così dire "subdolo" o "indiretto". L'ambito che si utilizzerà quale *case study* è quello della protezione dei dati personali.

2. *Defrenne II* e l'effetto orizzontale *ante Cartam*

Come è noto, nella versione originaria del Trattato di Roma, in aderenza al modello di competenze per attribuzione congenito al sistema comunitario[17], era previsto un solo divieto di una certa generalità, quello concernente la discriminazione sulla base della nazionalità[18], e una segmentazione di altre proibizioni di discriminazioni per quante erano le aree di competenza attribuite alla Comunità stessa. È vero, vi era l'art. 119 CE che prevedeva il principio della parità di retribuzione tra lavoratore e lavoratrice per lo stesso lavoro. Non solo, però, il raggio di azione di tale disposizione era ridottissimo (rispetto a impatto, estensione e potenziale del divieto generale di discriminazione sulla base del sesso), ma specialmente la sua *ratio*, almeno nelle intenzioni originarie dei Padri fondatori, ben lontana dal perseguire l'obiettivo di realizzare una piena parità retributiva tra uomini e donne, era animata da un fine di carattere economico, come del resto, più in generale, il principio di *equal treatment* in tutti i suoi campi di applicazione nella dimensione sovranazionale[19], e in particolare tendeva a evitare il fenomeno distorsivo della concorrenza infracomunitaria, il c.d. *dumping sociale.*

Un'analisi dei lavori preparatori al Trattato di Roma potrebbe essere illuminante per una chiarificazione del concetto. Si scoprirebbe, infatti, che la disposizione presente all'art. 119 CE, concepita per «correggere gli effetti di specifiche distorsioni concorrenziali che potevano avvantaggiare o svantaggiare determinati settori»[20], era stata

[17] D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Parigi, 1991.

[18] Art 6 CE. Si noti che nel Trattato costituzionale della UE le disposizioni riguardanti l'eliminazione di tutte le possibili discriminazioni, comprese quella sulla nazionalità, erano state "raccolte" sotto il medesimo titolo dedicato a "Non discriminazione e cittadinanza". Per un esame approfondito sul punto cfr. C. Novi, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di occupazione e condizioni di lavoro nel diritto comunitario: il felice connubio tra codificazione ed innovazione,* in *DPCE*, 2004, 1239 ss.

[19] La promozione e valorizzazione giurisprudenziale del principio di uguale trattamento nel contesto europeo è stata, infatti, funzionale alla eliminazione degli ostacoli che si frapponevano al raggiungimento dell'obiettivo principe della prima fase dell'integrazione comunitaria: vale a dire il raggiungimento del mercato unico. Cfr., nello stesso senso, G. De Burca, The *Role of Equality in European Community Law*, in A. Dashwood-S. O'Leary (eds.), *The Principle of Equal treatment in EC Law*, Londra, 1997, 13 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda l'Avvocato Generale Tesauro che aveva modo di rilevare a proposito del principio di parità di trattamento come «tale principio ha carattere fondamentale, non solo perché pietra angolare dei sistemi giuridici contemporanei, ma anche per una ragione più specifica. La legislazione comunitaria è, infatti, una legislazione concernente essenzialmente fenomeni e attività economiche. In tale materia, stabilire regole diverse per situazioni analoghe non solo si traduce in una disuguaglianza dinanzi alla legge, ma comporta, per di più e inevitabilmente, delle distorsioni di concorrenza assolutamente inconciliabili con la filosofia di fondo del mercato comune». Cfr. § 11 delle conclusioni formulate dall'AG Tesauro per la causa C-63/89, *Les assurance du crediti SA v. Council*, definita nella decisione CGUE, C-63/89, *Les assurance du crediti SA v. Council* (1991).

[20] Cfr. *Rapport des chefs du delegations aux ministres des affaires etrangeres* (direttore P. H. Spaak), in occasione della conferenza di Messina del 2-3 giugno 1955, 61.

fortemente voluta dalla Francia che aveva, al tempo, i differenziali retributivi più bassi tra salari percepiti, rispettivamente, da lavoratori uomini e lavoratrici donne[21] rispetto a quelli presenti negli altri cinque Stati membri. Una tale situazione comportava l'alto rischio che una buona parte dell'attività industriale francese che, specie nel settore elettrico e tessile, al tempo impiegava prevalentemente manodopera femminile, si trovasse in una situazione di debolezza concorrenziale rispetto agli stessi o simili segmenti industriali degli altri Paesi della Comunità in cui lo stesso quantitativo di manodopera femminile veniva impiegato a salari decisamente più bassi[22].

L'art. 119 si rivolgeva, inoltre, esclusivamente agli Stati membri nel richiedere ai poteri legislativi interni di adottare le discipline a livello nazionale più idonee per garantire effettività, e quindi giustiziabilità, negli ordinamenti giuridici nazionali, al diritto alla parità retributiva tra i sessi per uno stesso lavoro (o per uno equivalente).

È stata la Corte di giustizia[23] ad interpretare assai creativamente il portato dell'art. 119 CE in modo da attribuirgli, in evidente contrasto con il tenore letterale della disposizione[24], un effetto diretto orizzontale. In tale scenario, relativamente all'attribuzione di effettività al principio, fino ad allora soltanto proclamato, di parità retributiva tra uomo

[21] Cfr., non solo per un approfondimento della questione concernente la nascita dell'art. 119 CE ma, più in generale, essenziale per una comprensione delle logiche compromissorie ad alta tensione politica che hanno da sempre influenzato evoluzioni ed involuzioni della politica antidiscriminatoria comunitaria, C. Hoskins, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union,* Londra, 1996. V. anche C. Barnard, *The economic objectives of art. 119*, in T. Hervey-D. O' Keeffe (eds.), *Sex Equality Law in the European Union,* Chichester*,* 1996, 321, e sempre Id., *Gender Equality in the EU*: *A Balance Sheet*, in P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, 215 ss., spec. 217. Vedi anche L. Levi Sandri*, Articolo 119,* in R. Quadri-R. Monaco-A. Trabucchi (a cura di), *Trattato istitutivo della comunità economica europea*, vol. II, Milano, 1965, 953 ss.; T. Perez del Rio, *Parità retributiva*, in A. Baylos Grau-B. Caruso-M. D'Antona-S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 336 ss.; T. Elman, *The EU and Women: Virtual Equality*, in P.H. Laurent-M. Maresca (eds.), *The State of European Union, Deepening and Widening,* Londra, 1998, 225 ss., spec. 226; G. De Burca, *The Role of Equality in EC law,* in A. Dashwood-S. O' Leary (eds.), *The Principle of Equal Treatment in European Community Law,* Londra, 1997, 13 ss., spec. 27; P. J. Bouchard, *Le concept d'egalitè des sexes en droit europèen communautaire: une perspective feministe*, in *Osoode Hall Law Review*, 1993, 625 ss. Non è forse superfluo notare come la stessa *ratio* di realizzare una *fair competion* infracomunitaria caratterizzante "i natali" dell'art. 119 CE sia stata anche alla base della decisione degli Stati di dare vita, nel 1919, all'Organizzazione internazionale del lavoro che non è quindi sorta con l'obiettivo, almeno originario, di migliorare le condizioni dei lavoratori (e delle lavoratrici). Com'è stato infatti opportunamente fatto notare, «*the idea of international labour treaties was a by product of the general legislation in nineteenth-century Europe. Legislated improvements in the terms and conditions of employment were thought to impose a competitive disadvantage in the world markets. This obstacle could be overcome by international agreements that raised standards simultaneously. The idea was reformist. It assumed the legitimacy of the capitalist concern with competition. In the beginning it was almost an idea of reform-minded businessmen*». Cfr. D.E. Moynihan, *On the Law of the Nations*, Cambridge, 1990, 57.

[22] Differenza di retribuzioni per lavori equivalenti che era al tempo in Francia del 7% rispetto al 20% e 40% di quella caratterizzante, rispettivamente, il mercato del lavoro olandese e italiano.

[23] Cfr., per una significativa delineazione dell'evoluzione giurisprudenziale e dell'approccio "aggressivo" della Corte in tema di *gender equality*, C. Hoskins*, Gender Issues in International Relations: the Case of the European Community,* in *Review of International Law Studies,* 1994, 225 ss., in cui l'Autrice adotta il concetto di "*gender*" come punto di partenza per esaminare *ratio* e struttura di alcuni dei processi politici che si sono sviluppati nel contesto comunitario. V. anche, sugli stessi temi, C. Barnard, *op. cit*., 327-330.

[24] Prima della storica decisione della Corte che si commenterà tra un momento soltanto la dottrina più attenta si era posta il problema della applicazione diretta dell'art. 119. Cfr. E. Vogel-Polsky, *L'art. 119 du Traité de Rome peut-il être considéré comme self-executing?*, in *Journal des tribunaux*, 1967, 283 ss.

e donna, la sentenza *Defrenne II*[25] ha la stessa rilevanza che la decisione *Costa c. Enel*[26] può vantare in riferimento al concetto di superiorità del diritto comunitario sul diritto interno e la sentenza *Simmenthal*[27] a proposito della nozione di *effet utile* quale predicato imprescindibile del diritto europeo.

La novità della situazione che si presentava alla Corte può essere apprezzata alla luce di differenti aspetti. In primo luogo, le era richiesto, per la prima volta, di attribuire effetto diretto ad una disposizione del Trattato contenente un obbligo di realizzare un obiettivo di politica sociale. Area, quest'ultima, che non solo per definizione comporta un certo margine discrezionale di azione per così dire "strutturale" in capo agli Stati membri, ma che rappresenta, da sempre, un baluardo di quel segmento di sovranità di quest'ultimi, nonostante l'accelerazione del processo di integrazione a livello sovranazionale. In secondo luogo, per quanto invece attinente specificatamente la richiesta di attribuzione all'art. 119 dell'effetto diretto orizzontale, la disposizione oggetto del contendere non sembrava prestarsi particolarmente a vedersi attribuito un tale effetto essendo, come già accennato, in forza del suo tenore letterale, inequivocabilmente ed esclusivamente rivolta agli Stati membri[28]. Si trattava di un'importante differenza rispetto alle altre disposizioni del Trattato, gli artt. 48 e 59, cui la Corte aveva già riconosciuto un'efficacia diretta orizzontale, che non si riferivano esclusivamente, almeno in via esplicita, agli Stati membri[29].

Infine, a differenza di tali previsioni, la formulazione linguistica dell'art. 119 CE faceva della disposizione in esame una norma di principio finalizzata all'enunciazione generale del diritto a una retribuzione eguale per lavori equivalenti.

I Governi degli Stati membri intervenuti, specie quelli irlandesi ed inglesi, sottolinearono nelle loro osservazioni tale aspetto, evidenziando come, in assenza di una normativa nazionale di attuazione, il disposto dell'art. 119 CE rimanesse vago e incompleto. Né a maggior ragione, aggiungevano, sarebbe spettato alla Corte integrarne il significato attribuendole un valore precettivo che si sarebbe evidentemente scontrato con l'enunciazione linguistica della disposizione tipicamente configurante uno *statement of principle*. Una elegante parafrasi da parte dei rappresentanti politici nazionali per invitare l'organo giurisdizionale comunitario a non indossare gli scomodi (e impropri) panni del legislatore.

---

[25] CGUE, 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* (1976). La sentenza è stata ampiamente discussa in dottrina. Tra i primi commenti, cfr. O. Stocker, *Le second arret Defrenne. L'égalité de rétribution des travailleurs masculins e des travailleurs féminin*, in *Cahier de dr. Eur.*, 1977, 180 ss.; W. Van Gerven, *Contribution dell'arret defrenne au development du droit comunitarie,* ivi, 131, G. Catalano Sgrosso, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, 245 ss.

[26] CGUE, 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL* (1964).

[27] CGUE, 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA* (1978).

[28] Questo il tenore letterale dell'art. 119 al tempo: «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

[29] La decisione con cui è stato riconosciuto un effetto orizzontale diretto agli allora artt. 48 e 59 CE in tema, rispettivamente, di libera circolazione dei lavoratori e di servizi risale al 12 dicembre 1974, CGUE, 36/74, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federación Española Ciclismo* (1974).

La Corte, nonostante le peculiarità evidenziate della disposizione in esame e le fondate obiezioni da parte dei Governi intervenienti, si pronunciò a favore dell'attribuzione all'art. 119 di un effetto diretto non solo verticale ma anche orizzontale tra privati.
La Corte, pur ammettendo che la *ratio* dell'art. 119 era "anche" ("esclusivamente", come si è detto, per i padri costituenti del 1957) quella di evitare che, nella competizione infracomunitaria, le aziende degli Stati che avevano dato pratica attuazione al principio di pari retribuzione tra i sessi fossero svantaggiate, rispetto alle aziende degli Stati che non si erano ancora attivati per eliminare la discriminazione retributiva a danno della manodopera femminile, aggiungeva, ponendo per la prima volta le basi per la costruzione di una dimensione sociale europea fino allora mai presa seriamente in considerazione, che «l'art. 119 rientrava, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità dato che questa non si limitava soltanto a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde era sottolineato nel preambolo[30] del Trattato CE»[31].
L'*homo oeconomicus*, protagonista indiscusso dei primi due decenni del processo di integrazione comunitaria, dopo anni di assoluto predominio, si vedeva affiancato dall'*homo operosus*, le cui esigenze di protezione e di garanzia offuscavano, per una volta, le ragioni di "Sua Maestà" *competition law* attraverso l'individuazione che la Corte faceva del preambolo del Trattato come fonte privilegiata per l'identificazione del *telos* ultimo del suo approccio interpretativo.
Il riferimento, assiologicamente caratterizzato, all'obiettivo, per la prima volta apertamente dichiarato, di realizzare una forma di "progresso sociale" ha avuto, infatti, la forza necessaria di sovvertire il portato che sembrava emergere da un'interpretazione letterale dell'art. 119 CE.
Una volta agganciata la *ratio* della disposizione in esame a una doppia base legittimante, economica e sociale, era stato facile per la Corte elevare il principio di parità retributiva a "uno dei principi fondamentali della Comunità europea"[32]. Nonostante la forte caratterizzazione assiologica che la prima parte del *reasoning* del giudice comunitario aveva attribuito al portato dell'art. 119, rimaneva un ostacolo per il riconoscimento di una sua efficacia non solo diretta ma anche orizzontale: la "lettera" della disposizione che, come detto, poneva un obbligo esplicitamente ed esclusivamente rivolto agli Stati membri (nel senso, ovviamente di Stati-apparati).
La Corte, nel caso di specie, riteneva tale circostanza di carattere puramente formale e non idonea ad escludere che un obbligo direttamente gravante sui governanti nazionali

[30] In riferimento all'utilizzo del preambolo da parte dei giudici comunitari, Rasmussen, con la consueta contestazione nel merito e asprezza nei toni nei confronti dell'attivismo della Corte di Lussemburgo, aveva rilevato come «*the Court seeks inspiration in guidelines which are essential politic in nature, and hence not considered applicable:* […] *this is the root of judicial activism which may represent an usurpation of power*». V. H. Rasmussen, *op. cit.*, 62. A questo riguardo deve notarsi, in dissenso con tali riflessioni, come i preamboli non solo costituiscano abitualmente una fonte giuridica vincolante ma anche, nel caso di specie, come il riferimento della Corte al preambolo assumeva un'importanza eccezionale in quanto, al tempo, la parità retributiva non figurava tra gli obiettivi fondamentali previsti dai primi articoli del Trattato CE.

[31] *Defrenne II,* § 10.

[32] *Ibid.,* § 12.

potesse avere, come contropartita, l'attribuzione di diritti ai singoli "governati" interessati all'osservanza di detto obbligo da parte degli Stati membri.
Si trattava, a ben vedere, di un "riadattamento" del portato più innovativo di *Van Gend en Loos* alla sfera sociale oggetto privilegiato del caso in esame. Si ricorderà, infatti, come in quella decisione, relativamente ad una disposizione appartenente alla sfera di azione economica della Comunità come quella prevista dall'ex art. 12 CE[33] e quindi funzionale alla realizzazione del mercato unico, veniva riconosciuto il diritto dei singoli, per la prima volta nel *new european legal order*, considerati destinatari diretti, insieme agli Stati membri, delle normative di un ordinamento sovranazionale[34], a fare accertare giudizialmente l'inadempienza, da parte del proprio Stato di appartenenza, all'obbligo di *non facere* derivante da tale disposizione. Allo stesso modo, a ben rifletterci, nel caso in esame, la Corte, alla mancata osservanza da parte degli apparati costituzionali (e istituzionali) degli Stati membri dell'obbligo di agire al fine di introdurre quelle regolazioni sociali a garanzia e protezione dei lavoratori (e lavoratrici) che concretizzassero, a livello nazionale, il progetto di una dimensione sociale sovranazionale, faceva corrispondere il diritto, in capo a tutti i cittadini (lavoratori e lavoratrici) interessati alla realizzazione di quel progetto, di convenire in giudizio il proprio datore di lavoro per far valere il loro diritto, principio fondamentale della Comunità secondo la Corte, alla parità retributiva rispetto ai colleghi dell'altro sesso che svolgessero mansioni uguali o equivalenti.
La Corte, in *Defrenne II*, si spingeva, a ben vedere, ancora oltre. Essendo perfettamente consapevole che, per garantire l'effettività di tale diritto, non sarebbe stato sufficiente (come invece lo era stato nel caso dell'art. 12 CE avendo l'autorità pubblica il monopolio nell'introduzione dei dazi) attribuirgli una efficacia diretta solo nei rapporti verticali pubblico/privato (avendo luogo la maggior parte delle discriminazioni retributive nel settore privato), ammetteva la possibilità anche di una applicazione diretta dell'art. 141 CE nei rapporti di lavoro interprivati.
Ciò significava, in altri termini, che l'ex hostess signora Defrenne era legittimata a convenire la compagnia aerea Sabena, ex datore di lavoro, e a esperire nei suoi confronti un'azione risarcitoria davanti al Tribunale del lavoro belga[35].
Se ci si riflette, in questo *caso,* ed è per questo motivo un *caso* paradigmatico troppo spesso dimenticato, l'*enforcement inter privatos* del principio di non discriminazione sulla base del sesso è funzionale a garantire una tutela piena ed effettiva alla dignità umana, in questo caso la dignità della Signora Defrenne, evidentemente lesa da un trattamento

[33] Che prevede un divieto per gli Stati membri di istituire dazi doganali e ostacoli al commercio infracomunitario.

[34] V. decisione *Van Gend en Loos*, laddove la Corte rilevava, assai innovativamente che «la Comunità costituisce un ordinamento di nuovo genere che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che pertanto indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

[35] A ben vedere la Corte in *Defrenne II* sembra aver osato più rispetto a quanto ha fatto nella pur assai audace *Van Gend en Loos* anche per un'altra ragione legata al tipo di obbligo derivante dalle due disposizioni cui i giudici di Lussemburgo, nei casi che si stanno raffrontando, hanno attribuito efficacia diretta. Mentre, infatti, l'art. 12 (ora 25) richiedeva un obbligo di *non facere* per gli Stati membri (divieto di esigere dazi doganali all'importazione o all'esportazione o tasse di effetto equivalente), l'art. 119 (ora art. 141), una volta riconosciuta la sua efficacia diretta, obbligava gli Stati membri ad un *facere positivo* (prendere tutte le misure legislative necessarie al fine di assicurare la pari retribuzione tra uomini e donne

cosi palesemente discriminatorio.
Quella dignità di cui si parlava in apertura, ingrediente caratterizzante del costituzionalismo europeo a cui, proprio alla luce di tale ingrediente, non può essere estranea l'applicazione diretta orizzontale dei diritti fondamentali.

3. L'efficacia orizzontale dei principi generali: storia e conseguenze di un crampo mentale

"*Stop the European Court of Justice*": era questo il non eccessivamente criptico titolo dell'editoriale in cui, nel 2008, Roman Herzog, ex presidente della Repubblica federale tedesca e della Convenzione per l'Europa, reagiva alla sentenza *Mangold* dei giudici di Lussemburgo[36]. Sentenza in cui un'interpretazione creativa, ai confini, invero, della manipolazione, del principio generale di non discriminazione sulla base dell'età consentiva di prevederne la sua applicazione diretta, e conseguentemente, un ampliamento smisurato dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, in riferimento peraltro a una direttiva il cui termine di recepimento non era ancora scaduto. Nonostante il caloroso invito a un *self-restraint* formulato da Herzog, la Corte di giustizia non sembrò voler dare segni di arresto. Al contrario, con la decisione *Dansk Industri*[37] del 19 aprile 2016, la Corte ha ulteriormente accelerato lungo quel percorso giurisprudenziale verso l'attribuzione di efficacia diretta ed orizzontale ai principi generali del diritto dell'Unione ossia a "bypassare" il divieto, che emerge granitico dalla giurisprudenza della stessa Corte, di attribuzione di un effetto diretto di natura orizzontale alle direttive[38].
Fin dagli anni '80, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno sempre ammesso, a certe condizioni, esclusivamente l'effetto diretto di natura verticale (rapporto tra Stato e privati) delle direttive e negato invece l'effetto orizzontale (inter-privati) delle stesse, escludendo quindi che quest'ultime potessero creare obblighi a carico di un privato e, conseguentemente, che il contenuto delle stesse direttive, anche quando la sua natura precettiva sia chiara, precisa e incondizionata (le condizioni a cui è vincolata l'attribuzione dell'effetto diretto) potesse essere fatto valere nei confronti di soggetti privati[39].
Un crampo mentale che ha costretto, anche nei casi citati, di raggiungere un effetto analogo attribuendo efficacia diretta a portati normativi, quali i principi generali, che geneticamente sono caratterizzati da maglie assai più larghe di quelle che contraddistinguono la portata semantica significante delle disposizioni delle direttive.
In un tale contesto, l'adozione della Carta di Nizza nel 2000 e il riconoscimento del suo effetto vincolante da parte del Trattato di Lisbona nel 2009 ha portato a un nuovo dibattito sul tema dell'orizzontalità dei diritti fondamentali nell'ambito costituzionale

che effettuavano un lavoro uguale od equivalente).

[36] CGUE, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* (2005).

[37] CGUE, C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen* (2016).

[38] Si veda anche CGUE, C-555/07, *Seda Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG* (2010).

[39] CGUE, 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health* Authority (1986); C-91/92, *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl* (1994).

europeo[40].

Tuttavia le tesi che sembrano giustificare l'estensione della dottrina dell'effetto orizzontale anche alle previsioni della Carta potrebbero, a prima vista, scontrarsi con il dato letterale dell'art. 51, c. 1, a detta del quale «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze». Quel riferimento ai "suddetti soggetti", tra cui evidentemente non sono contemplati gli individui, potrebbe remare contro una estensione orizzontale dei diritti fondamentali alle controversie tra soggetti privati. Tale estensione potrebbe infatti rischiare non solo di non rispettare il limite soggettivo previsto, ma di ampliare l'ambito del diritto dell'Unione. Ipotesi che, come recita l'art. 51, c. 2, non è consentita dalla Carta stessa[41].

Non si può non notare come la rilevanza delle considerazioni a favore della limitazione dell'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta che facciano leva sul dato testuale del richiamato art. 51 della stessa non sembrino per nulla convincenti.

Già in *Defrenne II*, la Corte di giustizia, come si è visto in precedenza, aveva mostrato di non prendere in eccessivo conto il portato letterale della disposizione rilevante ai fini del riconoscimento della portata orizzontale e diretta del diritto in questione. Anzi, osservando che «sebbene [le] disposizioni del trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri», tale circostanza «non esclude affatto che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati», la Corte sembrava aver già superato *ante litteram* l'argomentazione restrittiva di carattere letterale sopra esposta. Se a ciò si aggiunge che, nel preambolo della Carta, è indicato che «il godimento dei diritti non esclude la responsabilità e doveri nei confronti degli altri», le argomentazioni a favore dell'estensione dell'orizzontalità sembrano tutt'altro che infondate.

Ulteriori elementi a sostegno della tesi dell'efficacia orizzontale delle disposizioni della Carta possono essere rinvenuti nella sentenza *AMS*[42] nella quale la Corte sembra aver fornito un ulteriore tassello aggiuntivo. Sotto tale profilo, al punto 47, la Corte ha osservato che «le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della citata sentenza Kücükdeveci, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale». Sebbene la Corte non abbia minimamente riconosciuto un'applicazione generale di carattere orizzontale di tutte le disposizioni della Carta, ma abbia fatto riferimento soltanto all'art. 21, non è possibile trascurare come alcuni diritti

[40] Secondo l'art. 6 TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

[41] Secondo l'art. 51, c. 2: «La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

[42] CGUE, C-176/12, *Association de Médiation Sociale v. Hichem Laboubi* (2014).

fondamentali, e in particolare quelli derivanti dal suddetto divieto di non discriminazione, potrebbero essere oggetto di applicazione orizzontale per via della loro struttura simile a quella dell'art. 21.

Infatti, partendo, da tale suggestione, è possibile notare come la struttura di altre disposizioni della Carta consiste essenzialmente in un divieto che potrebbe essere applicato in modo estensivo in virtù dell'orientamento della Corte nel caso *AMS*. In particolare, senza pretesa di esaustività, occorre richiamare l'art. 1 della Carta riguardante la dignità umana[43], l'art. 5 che prevede il divieto di schiavitù[44], nonché gli artt. 7 e 8 in materia di privacy e protezione dei dati personali che, come si vedrà in seguito quando si dirà riguardo le decisioni sulla *digital privacy*, costituiscono proprio uno dei casi in cui è possibile apprezzare come la Corte di giustizia abbia riconosciuto una tutela ampia di tali diritti fondamentali andando oltre il limite costituito dalla forma e estendendo orizzontalmente il loro effetto.

Occorre a questo punto soffermarsi sulla decisione della Corte nel caso *AMS* prima menzionata dal momento che ha deciso in senso negativo riguardo l'applicazione orizzontale dell'art. 27 riguardante il diritto di informazione e consultazione dei lavoratori specialmente nonostante il carattere meno vago della disposizione in questione[45]. Tuttavia, come apparirà chiaro, una circostanza che non può essere ignorata è la diversità della pretesa che, in quest'ultimo caso, coinvolge il riconoscimento di diritti sociali, come tali potenziali fonte di spesa e quindi di grande prudenza da parte della Corte.

Nel caso di specie, la direttiva 2002/14, in attuazione dell'art. 27, stabilisce un quadro generale per l'informazione e la consultazione dei lavoratori all'interno dell'Unione[46]. La controversia è scaturita dal momento che la Francia aveva escluso alcune tipologie di contratti di lavori dal godimento del diritto in questione.

Lo snodo principale della questione è costituito dal punto 41 della decisione in esame in cui la Corte si è focalizzata sul comprendere «se la situazione oggetto del procedimento principale sia simile a quella esaminata nella causa conclusasi con la […] sentenza *Kücükdeveci*, di modo che l'art. 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, possa essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare, se del caso, la norma nazionale non conforme alla citata direttiva». Appare subito chiaro come, in questo caso, la Corte abbia fatto riferimento esplicito a un proprio precedente in materia di effetto orizzontale (di un principio generale). Nel caso di specie, la Corte si è distanziata da quest'ultimo dal momento che l'art. 27 viene inquadrato nella sfera dei principi (piuttosto che dei diritti) con la conseguenza che, al fine di produrre pienamente i suoi effetti, tale principio «deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale», come precisato al punto

[43] Secondo l'art. 1: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

[44] Secondo l'art. 5: «Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio. È proibita la tratta degli esseri umani».

[45] Secondo l'art. 27: «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

[46] Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori – Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulla rappresentanza dei lavoratori.

45 della motivazione. Tuttavia, in modo differente rispetto al caso *Kücükdeveci*[47], la Corte ha chiarito la distinzione ritenendo che «il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'art. 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale».
Tuttavia, secondo l'Avvocato generale, sarebbe stato possibile fare valere il diritto di cui all'art. 27 in una controversia fra privati «con eventuale conseguente disapplicazione della normativa nazionale»[48] sulla base di un percorso che la Corte avrebbe intrapreso «con le sentenze CIA Security, Mangold o Kücükdeveci»[49]. Contrariamente anche rispetto alla suddetta opinione, la Corte ha risposto in modo fermo ritenendo che l'art. 27 della Carta non può essere invocato in una controversia, al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata. Infatti, secondo i giudici di Lussemburgo: «Tale constatazione non può essere infirmata da una lettura dell'art. 27 della Carta in combinazione con le norme della direttiva 2002/14, posto che, non essendo detto articolo di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, a diverso risultato non porterebbe neppure una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva sopra citata»[50].
Risulta evidente a questo punto il sopra citato crampo mentale. Infatti, la differenziazione operata dalla Corte di giustizia basata sulla dicotomia diritti e principi introduce nel sistema costituzionale europeo una contraddizione piuttosto significativa, visto che attribuisce efficacia orizzontale a principi generali, quale nel caso *Kücükdeveci* il principio di non discriminazione in base all'età, e la nega a disposizioni della Carta il cui livello di precisione risulta assai più elevato rispetto al portato del principio generale in questione, come appare chiaro nel caso *AMS*[51].
Sullo stesso filone, più di recente, nel caso *IR*[52], la Corte è tornata ad esprimersi sul tema dell'efficacia orizzontale in un'altra controversia riguardante i diritti dei lavoratori e, in particolare, attinente all'art. 4, c. 2, della direttiva 2000/78 riguardante la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[53]. La vicenda riguardava il licenziamento di un medico impiegato in una società tedesca, il cui oggetto sociale consisteva nella realizzazione dei compiti della Caritas quale espressione dell'esistenza e della natura della Chiesa romano-cattolica. Lo scioglimento del rapporto di lavoro era la conseguenza del secondo sposalizio del medico il quale non aveva ottenuto pre-

47 CGUE, C-555/07, *Seda Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.* (2010), § 47.

48 Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón nel caso C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Hichem Laboubi*, § 80.

49 *Ibid*., § 77.

50 *Kücükdeveci*, § 49.

51 Come osservato da Bindi e Pisaneshci riguardo alla natura giuridica dell'art. 50, la Corte è stata chiara osservando che «le disposizioni del diritto primario che impongono obblighi precisi e categorici, che non richiedano, per la loro applicazione, alcun intervento ulteriore delle autorità dell'Unione o nazionali, attribuiscono direttamente diritti ai soggetti dell'ordinamento». Nel caso di specie, il principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 conferisce ai soggetti dell'ordinamento europeo un diritto direttamente applicabile. Si veda E. Bindi-A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: Procedimenti e "doppio binario" al vaglio della Corte EDU*, Torino, 2018, 243. Il caso in questione è CGUE, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2018).

52 CGUE, C-68/17, *IR c. JQ* (2018).

53 Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la

viamente l'annullamento del primo. Indipendentemente dalle questioni attinenti alla giustificazione del licenziamento, la Corte si è occupata di rispondere al quesito della Corte federale tedesca in merito all'obbligo per il giudice nazionale, nell'ambito di una controversia tra privati, di disapplicare una disposizione nazionale che non possa essere interpretata in modo conforme alla disposizione della direttiva in questione.
Passaggio chiave nel *reasoning* della decisione è il punto 69 nella quale la Corte chiarisce che «il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione»[54]. Come osservato dagli stessi giudici di Lussemburgo, tale statuizione non costituisce un *novum* nel panorama costituzionale europeo considerato che già prima del conferimento alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, tale principio era radicato nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, quindi, la traduzione del divieto di discriminazioni previsto dalla Carta costituisce soltanto una forma di codificazione di ciò che già per gli Stati membri era un principio condiviso.

4. Il peculiare esempio della *privacy* digitale

Se quello definito fin qui può sembrare un approccio non del tutto cristallino da parte della Corte di giustizia rispetto alla questione dell'attribuzione di un effetto orizzontale ai diritti previsti dalla Carta, la situazione risulta ancor più complessa in ambiti di tutela come quelli stabiliti dagli artt. 7 e 8 della stessa, riguardanti, rispettivamente, la tutela della vita privata e la protezione dei dati personali, in cui appare chiaro come la Corte, in modo non evidente e fingendo di interpretare la normativa secondaria – in particolare la direttiva 95/46 – abbia manipolato l'estensione delle suddette garanzie riconoscendone implicitamente la loro efficacia orizzontale senza stravolgere i propri precedenti.
I giudici comunitari con tre decisioni tra il 2014 e il 2015 hanno fatto emergere la chiara volontà, da parte degli stessi giudici, di prendere (forse troppo) sul serio la protezione di un nuovo *digital right to privacy* andando oltre un approccio meramente formalistico e assicurando un ampio livello di protezione degli articoli 7 ed 8 riconosciuti dalla Carta, anche a discapito di altri diritti di rango pari-ordinato, come, in primo luogo, libertà di espressione
È possibile semplificare tale processo richiamando tre *landmark decisions*. Si tratta, in particolare, del caso *Digital Rights Ireland*[55], occasione in cui i giudici di Lussemburgo hanno annullato, perché in contrasto con alcune previsioni della Carta, la direttiva

parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, OJ L 303, 16-22.

[54] CGUE, C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* (2018), § 76.

[55] CGUE, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.* (2014).

2006/24[56] in materia di conservazione dati (c.d. *data retention*); del caso *Google Spain*[57] dove la Corte ha stabilito, *inter alia*, l'obbligo per i motori di ricerca, a certe condizioni, di rimuovere, su espressa richiesta del ricorrente, *link* relativi a pagine Internet contenenti informazioni in grado di poter ledere il c.d. diritto all'oblio del soggetto i cui dati personali, e spesso sensibili, permangono per un periodo significativo in rete; del caso *Schrems*[58] in cui la Corte ha invalidato la Decisione della Commissione che aveva omologato i principi del *Safe Harbor* nell'anno 2000[59].

Sebbene a prima vista le tre fattispecie possano sembrare diverse e non avere punti in comune, esse condividono almeno due elementi chiave: in primo luogo, la dimensione digitale (e quindi la prospettiva transnazionale) e, in secondo, la necessità di garantire un elevato livello di tutela della privacy e dei dati personali in quanto diritti fondamentali da tutelare anche (e specialmente) nei confronti di nuovi poteri privati della rete. Come si avrà modo di apprezzare, non è una coincidenza che in questi casi la Corte abbia garantito un margine di tutela elevato di tali diritti ampliandone i confini di tutela. Emerge infatti come i giudici di Lussemburgo sia pervenuti a tale esito attraverso una lettura manipolativa della disciplina di diritto derivato alla luce dei parametri costituzionali – gli artt. 7 e 8 della Carta – che configurano lo statuto a tutela della *digital privacy*.

4.1 Da *Digital Rights Ireland* a *Google Spain*

Il primo passo verso una tutela estensiva della privacy e dei dati personali viene compiuto in *Digital Rights Ireland*[60], occasione in cui la Corte ha riconosciuto una così ampia tutela dei suddetti diritti fondamentali tale da giustificare l'annullamento della direttiva 2006/24.

Tra le varie argomentazioni sviluppate nel caso in questione, risulta cruciale sottolineare la chiara intenzione della Corte di ricondurre la tutela dei dati personali, che grazie

[56] Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006 , riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, OJ L 105, 54-63.

[57] CGUE, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* (2014).

[58] CCGUE, C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* (2015).

[59] Decisione della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative "Domande più frequenti" (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, OJ L 215, 7-47.

[60] Per alcuni commenti, v. L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.,* 8-9, 2014, 1850 ss.; R. Flor, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "*data retention*" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine*?, in *Rivista Trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2, 2014, 178 ss.; A. Vedaschi-V. Lubello, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy: a European perspective*, in *Tilburg Law Review* 20, 2014, 14 ss.; M. Nino, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4, 2014, 803 ss.; F. Fabbrini, *The European Court of Justice Ruling in the Data Rentention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.,* in *Harvard Human Rights Journal*, 28, 2015, 65 ss.

all'art. 8 si emancipa dalla visione statica della privacy (art. 7), nel novero delle tradizioni costituzionali degli Stati membri riconoscendoli, quindi, quali valori condivisi all'interno dell'Unione. Quando in realtà, questo non era (e non è) esattamente lo *status quo*. In particolare, al fine di addivenire a tale risultato. la Corte ha voluto fare credere, con un sapiente gioco di illusione ottica – e in questo il Preambolo[61] della Carta ha fornito un ottimo *assist* laddove fa riferimento alla stessa quale un semplice esercizio di riaffermazione dei diritti provenienti da tradizioni costituzionali comuni – che la Carta stessa, sia, utilizzando l'espressione di Lessig[62], esclusivamente una *codifying constitution*, vale a dire un documento di natura costituzionale che si fa carico soltanto di catalogare l'esistente, e di sistematizzare, e per l'appunto, "codificare" a livello super primario percorsi evolutivi (in questo caso riferiti alle tradizioni costituzionali comuni) già presenti nell'ambiente giuridico in cui prende corpo il nuovo *bill of rights*.

A guardar bene, però, la Carta di Nizza ha una natura ambivalente. È sicuramente una *codifying constitution,* ma non soltanto. Ha anche in sé molto della seconda categoria identificata da Lessig, quella che lui definisce *transformative constitution* e che si distingue per una attitudine della Carta alla modifica dello *status quo*, innovando su aspetti essenziali della cultura giuridica caratterizzante il contesto di riferimento in cui prende corpo, e quindi andando oltre le tradizioni costituzionali esistenti. Attitudine ad essere (anche) una *transformative constitution* che emerge proprio con riferimento all'art. 8 della Carta che, a ben vedere, non costituisce la proiezione europea di un fattore costituzionale condiviso come invece ci vorrebbe fare credere la Corte di giustizia, nel tentativo di legittimare il suo intervento ablatorio, fondandolo sul preteso collegamento tra dimensione europea e quella costituzionale degli Stati membri. A disporre, infatti, di una espressa tutela costituzionale relativa alla protezione dei dati sono esclusivamente l'Olanda, dopo la revisione costituzionale del 1983, la Spagna, all'art 18, c. 4, della sua Costituzione ed alcune esperienze costituzionali dell'Europa centro-orientale.

Una volta radicate la privacy e la protezione dei dati personali nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, la Corte è andata ben oltre tale riconoscimento in *Google Spain*. Si può affermare come il ruolo giocato dagli artt. 7 e 8 della Carta non sia stato esclusivamente quello di parametro interpretativo della disciplina rilevante. La Corte sembra infatti averne presupposto, non si sa quanto consapevolmente, un'efficacia diretta orizzontale di tali diritti nei confronti di un operatore privato quale, nel caso di specie, un motore di ricerca. In particolare, il passaggio rilevante a questo proposito è quello previsto, *inter alia*, dal paragrafo 96 della decisione citata, laddove la Corte si chiede se l'interessato abbia diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati generato da un motore di ricerca. L'unico modo per rispondere positivamente, come fa la Corte, a tale quesito, essendo l'informazione rilevante in questo caso vera e non parziale, ed

[61] Secondo il Preambolo della Carta: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

[62] L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

essendo il diritto in questione, come l'Avvocato generale ha spiegato in dettaglio nelle sue conclusioni, non enucleabile, *de iure condito*, dalla direttiva 95/46, è quello di attribuire un'efficacia diretta orizzontale all'art. 8 della Carta.

Il punto sembra di cruciale rilievo. Da una parte, infatti, uno sdoganamento della possibilità di attribuire efficacia diretta e orizzontale ai diritti fondamentali previsti dalla Carta e rilevanti nell'ecosistema digitale sembra in grado di superare quegli ostacoli che fino ad ora hanno impedito di coinvolgere a pieno titolo gli operatori privati nel processo di promozione e tutela degli stessi diritti in Internet; dall'altra, la Corte sembra implicitamente superare quel formalismo (quasi confusione) espresso nelle decisioni precedenti andando oltre le mere argomentazioni letterali.

Un altro aspetto della sentenza in questione che manifesta il medesimo approccio espansivo (*melius*, manipolativo) utilizzato dalla Corte al fine di riconoscere un diritto all'oblio digitale attiene all'estensione della nozione di stabilimento anche a soggetti non residenti nel territorio dell'Unione. In primo luogo, occorre osservare la sempre più consolidata attitudine ad applicare la disciplina europea in tema di protezione dei dati personali tutte le volte in cui il soggetto interessato sia un cittadino europeo, *melius*, un residente nel territorio dell'Unione, indipendentemente – il che non sarebbe ovviamente una novità –, non solo dal luogo in cui si trovano i *server* da cui ha origine l'attività di trattamento dati, ma anche dalla circostanza, molto meno ovvia, che, tanto sotto il profilo oggettivo dello strumentario rilevante, quanto sotto quello soggettivo dello stabilimento del responsabile del trattamento, il trattamento non sia avvenuto in Europa.

A ben vedere, infatti, l'interpretazione estensiva che la Corte ha dato della locuzione nel "contesto dell'attività" di stabilimento, in forza della quale, di fatto, si considera responsabile del trattamento chi, per la stessa ammissione della Corte, non effettua un trattamento in senso stretto, perviene, in sostanza, con altro mezzo, allo stesso risultato dell'art. 3, c. 2, del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali[63]. Al punto 58, la Corte esplicita le ragione di tale approccio espansivo osservando che «non si può accettare che il trattamento di dati personali effettuato per le esigenze del funzionamento del suddetto motore di ricerca venga sottratto agli obblighi e alle garanzie previsti dalla direttiva 95/46, ciò che pregiudicherebbe l'effetto utile di quest'ultima e la tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche che detta direttiva mira a garantire […], segnatamente il diritto al rispetto della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, al quale detta direttiva riconosce un'importanza particolare».

Tale approccio espansivo, già presente nel caso *Digital Rights Ireland*, può essere letto anche dal punto di vista politico, e non strettamente giuridico, come espressione di una sovranità digitale europea che mira a delinearsi in modo fermo rispetto al contesto transnazionale in cui Internet si sviluppa. Il passaggio rilevante in cui sembra chiaramente manifestarsi lo spostamento dell'attenzione della Corte di giustizia dalla questione relativa alla legge applicabile a quella connessa, invece, alla infrastruttura

[63] 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 (regolamento generale sulla protezione dei dati), OJ L 119, 1-88.

geografica rilevante, è quello in cui, in *Digital Rights Ireland*, i giudici comunitari hanno modo di affermare che, visto che detta direttiva «non impone che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell'Unione, e di conseguenza non si può ritenere pienamente garantito il controllo da parte di un'autorità indipendente, esplicitamente richiesto dall'articolo 8, paragrafo 3, della Carta, del rispetto dei requisiti di protezione e di sicurezza, quali richiamati ai due punti precedenti»[64].
In questo caso, il portato normativo dell'art. 8, c. 3 della Carta è utilizzato dalla Corte per giustificare l'esigenza, non si capisce bene come attuabile in concreto, che i dati personali dei residenti in Europa, trattati al fine di prevenire attentati alla sicurezza nazionale, siano conservati all'interno del territorio degli Stati membri dell'Unione europea. È evidente come la dimensione giuridica della identificazione della legge applicabile e quella geografica del luogo di conservazione dei dati costituiscano due tasselli dello stesso mosaico giurisprudenziale volto a fare della "legge" e del "suolo" europei le due colonne portanti per la costruzione di una fortezza continentale a presidio dei dati personali dei residenti in Europa. Fortezza sicuramente inespugnabile all'interno, ma che rischia di non avere quei ponti levatoi che consentano un'effettività extraterritoriale della disciplina europea preposta alla tutela della privacy digitale.
Sembra proprio questo il limite più evidente del processo in corso ad opera di giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet, la cui natura transnazionale di portata globale non sembra supportare il successo, con riferimento, appunto, alla effettività della tutela apprestata, di tentativi, seppure comprensibili e financo lodevoli negli intenti, di radicale regionalizzazione della protezione. Regionalizzazione, quest'ultima, che rischia di trasformarsi, peraltro, in una segmentazione e perfino balcanizzazione dei meccanismi di protezione.

4.2 Il caso *Schrems*

Se questo è lo scenario delineabile già nel 2014 dall'analisi dei casi *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*, il caso *Schrems*[65] sembra confermare la tendenza espansiva della tutela della privacy e dei dati personali nonché l'estensione della già menzionata sovranità digitale europea.
Anche in questo caso in un particolare passaggio della pronuncia in esame[66], sembra cogliersi nuovamente quell'attitudine a un'interpretazione espansiva, quasi manipolativa, delle disposizioni contenute nella direttiva, secondo una deviazione, non si fatica a credere volontaria, incline a garantire alla tutela dei dati personali il più ampio spazio:

[64] *Digital Rights Ireland*, § 68.

[65] Per alcuni commenti v. G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 4-5, 2015, 383 ss; O. Pollicino-M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. Resta-V. Zeno-Zencovich (a cura di), *op. cit.*, 73 ss; M. Scheinin, *The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion*, in www.verfassungsblog.de, 7 ottobre 2015; R. Miller, *Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power*, ivi, 7 ottobre 2015; C. Kuner, *The Sinking of Safe Harbor*, ivi, 8 ottobre 2015; O. Lynskey, *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems*, ivi, 9 ottobre 2015.

[66] *Schrems*, § 72

la Corte attribuisce all'art. 25, c. 6 della direttiva 95/46, la norma su cui poggia il potere della Commissione di constatare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali offerto da un paese terzo, lo scopo di assicurare la continuità (quasi un prolungamento spaziale della tutela giuridica) del grado elevato di protezione che la direttiva mira a stabilire all'interno dell'Unione europea. Sembra che, anche in questo caso, la Corte non si sia astenuta ma abbia anzi dato seguito a questa attitudine[67].

Osservando più attentamente la decisione in questione, è possibile considerare come in questo caso la Corte abbia fatto riferimento a due modelli di privacy utilizzando il parametro europeo della Carta e la tutela riconosciuta dall'ordinamento statunitense. Così, le valutazioni condotte dalla Corte di giustizia, se investono direttamente la decisione adottata dalla Commissione, concernono in larga parte le garanzie (non) previste dall'ordinamento statunitense, risolvendosi in un apprezzamento della loro equivalenza (sostanziale) rispetto al quadro dettato dalla direttiva 95/46 in Europa. Il sistema del *Safe Harbor* e i principi che vi sono racchiusi costituiscono pertanto il parametro interposto al quale i giudici di Lussemburgo si riferiscono per valutare la legittimità della decisione della Commissione.

Inutile negare che il portato degli artt. 7 e 8 della Carta, formalmente non coinvolti in questa "triangolazione" tra decisione, direttiva e *Safe Harbor*, sia in realtà decisivo. È proprio la valorizzazione delle disposizioni della Carta, infatti, che permette alla Corte di giustizia di elevare, da un lato, la valutazione generale sul livello di protezione offerto dalla direttiva, e dall'altro, lo standard di "tolleranza" per legittimare il trasferimento di dati personali fuori dall'Unione europea, convertendo – come detto – in equivalenza il parametro, formalmente incardinato nell'art. 25 della direttiva, di adeguatezza.

Il risvolto sotto il versante argomentativo sembra coincidere con una trasformazione del principio di adeguatezza, cui la direttiva 95/46, all'art. 25, àncora la valutazione della legittimità del trasferimento di dati personali verso paesi terzi, un principio di protezione sostanzialmente equivalente della tutela dei diritti fondamentali in gioco[68]. Tale trasfigurazione del contenuto del test alla base della legittimità dei trasferimenti di dati personali verso paesi terzi si giustifica con l'intento di offrire una rinnovata e rinvigorita interpretazione dei diritti fondamentali alla privacy e alla tutela dei dati personali. La lettera della direttiva ha così formato oggetto di un processo di (neanche troppo velata) manipolazione che, dietro un'evidente pressione per un rafforzamento delle tutele nel rapporto con l'ordinamento statunitense, ha condotto all'annullamento della decisione

[67] In questo modo, l'argomentazione della Corte sembra dare a tratti credito alle opinioni di molti dei commentatori che hanno indicato nella sentenza *Schrems* la reazione, in parte anche emotiva, dell'Europa allo scandalo NSA e alle operazioni di sorveglianza globale messe in atto dal governo degli Stati Uniti, dietro il consenso o quantomeno la complicità (forse inconsapevole) di alcuni Stati membri: un contesto nel quale, stando a un piano giuridico, gli Stati Uniti non garantirebbero i presupposti per una tutela efficace, esponendo a pregiudizio i dati personali trasferiti dall'Unione europea soprattutto nell'ambito dei trattamenti effettuati da autorità pubbliche.

[68] In sintesi, l'art. 25 della direttiva 95/46/CE stabilisce che il trasferimento di dati personali verso paesi terzi può aver luogo soltanto se il paese di destinazione garantisce un livello di protezione adeguato, fatte salve le misure nazionali di attuazione della altre disposizioni della direttiva. Il compito di valutare l'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo è affidato alla Commissione dal par. 6 dell'art. 25, secondo la procedura regolata all'art. 31 della direttiva. Nel caso la Commissione constati l'inadeguatezza del livello di tutela assicurato da un paese terzo, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a evitare ogni trasferimento di dati personali verso tale Stato.

con cui la Commissione si era espressa in punto di adeguatezza. Con una motivazione, tuttavia, che rispecchia indirettamente l'insufficienza di questo criterio, in surrogazione (interpretativa) del quale viene utilizzato il parametro relativo alla equivalenza sostanziale della protezione. Diversamente, non si comprenderebbe il motivo per cui, all'atto dell'adozione della decisione[69], quando la Carta dei diritti fondamentali ora così valorizzata stava per vedere la nascita, ma il suo spirito non avrebbe potuto non influenzare le scelte del legislatore europeo, seppure a titolo di *moral suasion*, la Commissione abbia potuto licenziare un atto con il quale si accertava la sostanziale adeguatezza delle garanzie previste dall'ordinamento statunitense in materia di trattamento dei dati personali. A maggior ragione, questa considerazione deve valere a comparto normativo invariato, stante l'assenza di modifiche che abbiano investito le disposizioni dell'ordinamento statunitense in materia.

Mutato così il paradigma cui informare la valutazione da parte della Corte di giustizia, è stato per quest'ultima gioco facile addivenire all'annullamento della decisione. Si potrebbe inoltre porre in questione se abbia rivestito maggiormente carattere politico la decisione che è stata oggetto di annullamento ovvero la sentenza che l'ha decretata, vale a dire se i motivi che hanno condotto la Commissione, nel 2000, ad affermare forse anche per ragioni non meramente giuridiche l'adeguatezza del sistema di *Safe Harbor* siano prevalenti rispetto a quelli che hanno guidato la Corte di giustizia verso un'opposta, seppure "manipolata" valutazione.

L'approccio della Corte non può che manifestare una forma di *judicial activism* tesa alla manipolazione dei parametri costituzionali rilevanti tanto da estendersi allo scrutino di regole extra europee. Il motivo di tale approccio, in particolare nel caso di specie, può essere rinvenuto nella rilettura di un atto originariamente compatibile con il diritto dell'Unione europea che era stato adottato prima che la Carta di Nizza fosse emanata nel 2000 seppur senza efficacia vincolante. Tale "dinamizzazione" del giudizio della Corte risulta cruciale se si pensa che l'adozione della Carta che ha innalzato il livello di tutela dei diritti fondamentali è giunta poco prima di un momento cruciale per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti la cui risposta è stata espressa da un abbassamento della tutela dei diritti attraverso l'adozione dell'US Patriot Act nel 2001.

Il momento in cui tuttavia diviene più evidente l'operazione complessiva condotta dalla Corte di giustizia, insieme alle forzature che essa inevitabilmente implica, è quello relativo al giudizio sul rispetto delle condizioni previste dalla direttiva 95/46 per la legittimità della decisione della Commissione. In tale ambito, compito della Corte diviene quello di condurre uno scrutinio sul livello di adeguatezza della tutela offerta dall'ordinamento statunitense.

Il punto che maggiormente si presta alla manipolazione interpretativa della Corte di giustizia è quello in cui i giudici osservano che, a ben vedere, la direttiva non individua in maniera esaustiva e analitica i criteri per valutare l'adeguatezza del livello di protezione offerto dall'ordinamento di un paese terzo. Né, aspetto ancora più rilevante, la nozione di adeguatezza è oggetto di specifica definizione. Al riguardo, infatti, l'art. 25, c. 2, si limita a stabilire che l'adeguatezza «è valutata con riguardo a tutte le circostanze

[69] S. Rodotà, *Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa*, in www.repubblica.it, 12 ottobre 2015.

relative a un trasferimento o ad una categoria di trasferimenti di dati»; e, in secondo luogo, che «sono presi in considerazione la natura dei dati, le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese d'origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate». Questa indicazione, nondimeno, presenta tutt'altro che carattere esaustivo. In sintesi: non c'è riscontro di un concetto di adeguatezza espresso in senso vincolante, né di un set di criteri ai quali tale apprezzamento debba necessariamente essere informato.

In particolare, nella decisione in questione, emerge chiaramente lo sbilanciamento della Corte a favore di una tutela dei dati personali secondo un canone di equivalenza anziché di mera adeguatezza: questa sfumatura sembra emergere nell'enfasi data all'obiettivo dell'art. 25 della direttiva, vale a dire «assicurare […] la continuità del livello elevato di tutela di tale protezione in caso di trasferimento di dati personali verso un paese terzo» (nella versione in lingua inglese «*to ensure that the high level of that protection continues where personal data is transferred to a third country*»)[70]. La vera declinazione del parametro di adeguatezza secondo un'angolazione che lo parifica a quello di equivalenza si nota nel successivo passaggio in cui la Corte[71], pur premurandosi di precisare che lo standard di adeguatezza non implica un livello di protezione identico a quello europeo, richiamando le argomentazioni dell'Avvocato generale[72], specifica che il termine adeguatezza sottende l'esigenza di livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione – passaggio cruciale – «in forza della direttiva 95/46, letta alla luce della Carta». Ecco il preorientamento assiologico (o, se si volesse leggere maliziosamente, il pregiudizio assiologico) che conduce alla conversione del parametro di adeguatezza in quello di equivalenza tramite il trasformatore permanente della Carta dei diritti fondamentali: la Corte è chiara nell'esprimere l'avviso che è proprio una lettura teleologicamente ispirata dalla Carta a legittimare questa operazione di manipolazione della direttiva.

Si registra poi un'attenzione da parte della Corte alla natura dinamica del livello di protezione, che può variare a seconda di fattori diversi. Proprio per questo la Corte precisa che la Commissione è tenuta a effettuare una verifica periodica sull'adeguatezza della protezione in forza della direttiva. Siffatta verifica, aggiunge la Corte, è «in

---

[70] *Schrems*, § 72.

[71] *Ibid.,* § 73.

[72] Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot in *Schrems*, al § 141, richiamato dalla Corte, si osserva: «Un paese terzo assicura un livello di protezione adeguato solo qualora, al termine di una valutazione di insieme del diritto e della prassi nel paese terzo in questione, essa sia in grado di dimostrare che tale paese offre un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello offerto da tale direttiva, anche se le modalità di tale protezione possono essere diverse da quelle generalmente vigenti all'interno dell'Unione». Dunque, l'autore, o quantomeno l'artefice in prima battuta della manipolazione è piuttosto l'Avvocato Generale. Che, non a caso, dopo essersi spinto così coraggiosamente in un argomento assai delicato, avverte, al successivo punto, l'esigenza di precisare che «[b]enché il termine inglese "*adequate*" possa essere inteso, dal punto di vista linguistico, nel senso che esso designa un livello di protezione appena soddisfacente o sufficiente, e avere pertanto un campo semantico diverso dal termine francese *"adéquat"*, si deve osservare che il solo criterio che deve guidare l'interpretazione di tale termine è l'obiettivo consistente nel conseguimento di un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali, come richiesto dalla direttiva 95/46».

ogni caso obbligatoria quando taluni indizi facciano sorgere un dubbio al riguardo»[73]. E naturalmente, ai fini di tale verifica deve tenersi conto delle circostanze intervenute successivamente alla decisione della Commissione: ecco l'esigenza di una rivisitazione sul rispetto dello standard che la direttiva impone per assicurare quella continuità di protezione anche sotto il profilo temporale, e non meramente spaziale[74].

Al successivo punto 74 la sentenza fa emergere un ulteriore profilo di dinamizzazione, laddove la Corte precisa che gli strumenti di tutela scelti dai paesi terzi possono essere senz'altro differenti da quelli adottati negli Stati membri per ottemperare ai requisiti della direttiva «letta alla luce della Carta». Si intravede in questo passaggio un'ulteriore traccia dell'itinerario di manipolazione che percorre l'intera architettura della sentenza: non è più la direttiva la sola base giuridica cui ancorare la valutazione di legittimità e di conformità all'*acquis* europeo della decisione della Commissione, ma quest'ultima si allarga alla Carta dei diritti fondamentali, che entra sulla scena con la sua portata "costituzionalizzatrice" e rende evidente il percorso da una protezione perlopiù mercantilistica della circolazione dei dati personali a una *fundamental rights oriented*.

Il punto è strategico per la Corte al fine di riaffermare che gli strumenti adottati da paesi terzi devono rivelarsi efficaci ad assicurare una protezione sostanzialmente equivalente a quella garantita all'interno dell'Unione. L'approccio dei giudici del Lussemburgo sembra peculiare a questo riguardo. Da un lato, infatti, la Corte fa esplicitamente ammissione della diversità degli strumenti che possono assicurare, in paesi terzi, la tutela dei dati personali secondo standard adeguati, se comparati al livello di protezione dell'Unione europea. Sembrerebbe dunque un passo indietro, una sorta di *self-restraint* della Corte che prende atto che al (quasi) medesimo risultato è possibile pervenire tramite un percorso diverso, così ponendo le basi, concettualmente, per una sostanziale insindacabilità delle soluzioni normative adottate in ordinamenti diversi da quello dell'Unione europea. Dall'altro lato, però, la Corte entra eccome nel merito degli strumenti normativi che assicurano la protezione dei dati personali nell'ordinamento cui si riferisce la constatazione di adeguatezza contenuta nella decisione 2000/520, ossia quello statunitense. E lo fa con un approccio che è inedito, almeno per quanto riguarda le decisioni che più direttamente vertono in materia di diritti fondamentali, e non

[73] *Schrems*, § 78.

[74] Si coglie in questo atteggiamento l'influenza esercitata, ancora una volta, dal parere dell'Avvocato generale, che ai §§ 146 ss. precisa: «Al fine di assicurare l'effetto utile dell'articolo 25, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 95/46, occorre tenere conto del fatto che l'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo costituisce una situazione evolutiva che può mutare nel tempo in funzione di una serie di fattori. Gli Stati membri e la Commissione devono pertanto essere costantemente attenti ad ogni mutamento di circostanze idoneo a rendere necessaria una rivalutazione dell'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo. Una valutazione dell'adeguatezza di tale livello di protezione non può affatto essere fissata a un momento determinato e, poi, essere mantenuta indefinitamente, a prescindere da qualsiasi mutamento di circostanze che mostri che, in realtà, il livello di protezione offerto non è più adeguato. L'obbligo del paese terzo di assicurare un livello di protezione adeguato costituisce pertanto un obbligo di durata. Pur se la valutazione è effettuata in un momento determinato, il mantenimento della decisione di adeguatezza presuppone che nessuna circostanza intervenuta successivamente sia in grado di rimettere in discussione la valutazione iniziale effettuata dalla Commissione. Infatti, non si deve perdere di vista il fatto che l'obiettivo dell'articolo 25 della direttiva 95/46 consiste nell'evitare che i dati personali vengano trasferiti verso un paese terzo che non assicura un livello di protezione adeguato, in violazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'articolo 8 della Carta».

di libertà economiche: con uno sguardo pragmatico e un'attenzione particolare per il soddisfacimento dell'obiettivo di tutela sotteso alle misure in questione.
Come osservato, quindi, dal criterio dell'adeguatezza previsto dalla direttiva 95/46 alla base della decisione della commissione del 2000 si è passati a quello basato sulla sostanziale equivalenza dei sistemi di protezione dei diritti fondamentali. Un criterio che non trovava base giuridica nella disciplina europea in materia di privacy ma non è nuova nella giurisprudenza di matrice costituzionale della Corte di giustizia. Non può sfuggire, a tale proposito, il richiamo che nelle maglie della pronuncia la Corte compie, riallacciandosi alla sentenza, o per meglio dire, alla saga *Kadi*[75].
Segnatamente, al punto 60 della sentenza *Schrems*, la Corte di giustizia esprime il principio per cui l'Unione europea, testualmente, è un'Unione di diritto, nel senso classico per cui «gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali». Questa precisazione serve ai giudici per puntualizzare, subito dopo, che le decisioni della Commissione adottate ai sensi dell'art. 25, c. 6, della direttiva 95/46 non possono sottrarsi a tale regola.
Leggendo la sentenza *Schrems* in controluce con la vicenda *Kadi*[76] si coglie l'immagine di un sistema europeo che risponde a un modello autonomo, un paradigma che in una costruzione dualistica non ammette forzature o restrizioni in materia di diritti fondamentali. Sembra potersi affermare che rispetto a ordinamenti diversi con cui il sistema giuridico europeo entra in comunicazione (e che impropriamente potremmo definire, da un punto di vista funzionale, il parametro interposto che attribuisce contenuto alle disposizioni dell'ordinamento comunitario) la tutela dei diritti fondamentali costituisce un baluardo invalicabile, un controlimite insuperabile di fronte al quale ogni norma o prassi di senso contrario risulta recessiva.
È un riappropriarsi di una sovranità, in fondo mai messa in discussione né ceduta, sul terreno ultimo dei diritti fondamentali
Restando in tema di equivalenza del livello di protezione, infine, non si può non menzionare un terzo caso che rappresenta la dinamica tra corti costituzionali ed europee nella ricerca di un equilibrio di sistema. Nella sentenza *Bosphorus*[77], la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in maniera storica sul tema della sindacabilità in

[75] Sono quattro le pronunce che appartengono alla saga *Kadi*: Trib. CE, T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione* (2005); CGUE, C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (2008); Trib. UE, T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea* (2010); CGUE, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi* (2013).

[76] Per alcuni commenti, v. V. Sciarabba, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la 'Carta di Nizza': l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 febbraio 2014; V. Sciarabba-O. Pollicino, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza 'costituzionale' europea*, in *DPCE,* 1, 2009, 159 ss.; G. F. Ferrari*, Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, ivi, 187; R. Dickmann, *Il 'principio di legalità comunitaria' nel sindacato della Corte di giustizia delle Comunità europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in www.federalismi.it, 31 settembre 2008; B. Conforti, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il Diritto dell'Unione europea* 1, 2006, 333 ss.; C. Tomuschat, *Primacy of the United Nations Law. Innovation Features in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2006, 537 ss.

[77] CEDU, *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret c. Irlanda*, ric. 45036/98 (2005).

base alla CEDU delle norme di diritto derivato dell'Unione, e segnatamente norme contenute in regolamenti.

È alla sentenza *Bosphorus* che risale l'enunciazione della *presumption of conventionality*. Invero, la Corte di Strasburgo aveva già affermato, nella sua giurisprudenza, l'insussistenza di una responsabilità per gli Stati membri dell'Unione europea per violazione della CEDU quando la loro condotta fosse originata dall'osservanza di norme di diritto derivato sulle quali (come nel caso dei regolamenti, direttamente applicabili) gli Stati non dispongono di alcun potere discrezionale, a condizione che nel sistema comunitario i diritti fondamentali ricevessero una protezione equivalente a quella prevista dalla CEDU.

Nella sentenza *Bosphorus* la Corte rifinisce questo principio, precisando come il principio di equivalenza debba intendersi in un'ottica di comparabilità tra i sistemi. Così al punto 155: «*By "equivalent" the Court means "comparable"; any requirement that the organisation's protection be "identical" could run counter to the interest of international cooperation pursued* […]. *However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection*».

Dunque le autorità degli Stati membri non possono rispondere di violazioni della Convenzione, se agiscono in ossequio a norme direttamente applicabili dell'Unione europea. Tale presunzione, per cui gli Stati membri assicurano una protezione equivalente, può essere smentita solo nel caso in cui la tutela dei diritti fissati dalla CEDU sia manifestamente insufficiente.

Sul punto, basti ricordare che quella che è apparsa come la possibile chiusura del sistema, ossia l'adesione alla CEDU dell'Unione europea – allo stato soltanto annunciata, e giudicata incompatibile con lo stato degli atti dalla Corte di giustizia in un parere del 2013[78], sembra un disegno ancora lontano dal potersi concretizzare. Rimane così aperto, e la casistica ne conferma l'attualità, il tema della effettiva equivalenza (*rectius*: comparabilità) tra le garanzie stabilite a livello dell'Unione europea e della CEDU a tutela dei diritti fondamentali[79].

5. Conclusioni

A questo punto, occorre riprendere le fila di questa analisi potendo subito sottolineare come la questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali sanciti nella Carta sembra tutt'altro che risolta. Sebbene l'interpretazione letterale dell'art. 51 della Carta possa supportare un'interpretazione che limita l'applicazione dei diritti fondamentali nei rapporti *inter privatos*, tuttavia, dall'analisi fin qui svolta, appare chiaro come la

[78] CGUE, 18 dicembre 2014, parere n. 2/13.

[79] Si veda V. Zagrebelsky, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 9, 2015, 1 ss.; S. Douglas-Scott, *The Relationship between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon*, in S. de Vries-U. Bernitz-S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford, 2015; O. De Schutter, *Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties*, in V. Kosta-N. Skoutaris-V. Tzevelekos (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, 2014, 177 ss.

Corte, almeno in alcuni casi, non abbia incontrato alcuna difficoltà a superare il dato testuale al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali nel contesto costituzionale europeo.

E questo è evidente specialmente in materia di privacy e *data protection* nel contesto digitale, terreno su cui la Corte di giustizia ha giocato un ruolo da protagonista garantendo un'ampia tutela dei diritti fondamentali anche oltre i confini letterali e formali previsti dalla Carta. Tale approccio può essere apprezzato almeno sotto due profili fondamentali strettamente correlati: da un punto di vista territoriale e soggettivo.

Il primo. Come visto nelle tre decisioni appena analizzate, uno dei fattori determinanti che hanno spinto la Corte a riconoscere una tutela estensiva della privacy e dei dati personali è stata la dimensione a-territoriale delle nuove tecnologie. Tale approccio risulta chiaro non solo come visto in *Digital Rights Ireland* riguardo l'annullamento della direttiva 2006/24 per via della sproporzione dei termini di conservazione, ma anche nel caso *Google Spain* dove non solo il diritto all'oblio è stato garantito agli utenti ma è stata riconosciuta una nozione di stabilimento di carattere ampio dovuta alla possibilità per soggetti privati di esercitare la propria attività d'impresa pur non avendo una sede nell'Unione. Allo stesso modo, la sentenza *Schrems* pone il territorio in una posizione di subordinazione rispetto alla necessità di tutelare i diritti fondamentali. Inoltre, il passo ulteriore compiuto in questa sentenza non consiste soltanto nella caducazione della Decisione di adeguatezza del 2000 ma nell'estensione dell'efficacia del parametro europeo rispetto alla normativa degli Stati Uniti e quindi alla sua giurisdizione.

Il secondo. Da un punto di vista soggettivo, la Corte ha esteso le garanzie di cui ai suddetti diritti fondamentali anche ai rapporti tra soggetti privati. Mentre in *Digital Rights Ireland* and *Schrems*, tale profilo può essere apprezzato in via indiretta, questo risulta particolarmente evidente in *Google Spain* dove la Corte, riconoscendo il ruolo cruciale dei motori di ricerca nel trattare le informazioni a disposizione, ha ritenuto necessario dapprima responsabilizzare tali soggetti ritenendoli titolari del trattamento dei dati risultanti dalle ricerche lanciate attraverso i propri servizi, dall'altro, attraverso il riconoscimento del diritto all'oblio, la Corte ha fornito un rimedio agli utenti al fine di poter ottenere dopo un (indefinito) periodo di tempo la rimozione dei *link* (e non delle informazioni) riguardanti fatti o notizie attinenti all'interessato, applicando orizzontalmente – seppur implicitamente – i diritti previsti dalla Carta.

Il riconoscimento di tale rimedio, che apparentemente deriva da un'interpretazione estensiva delle disposizioni della direttiva 95/46, può essere letto in realtà come un'espressione orizzontale dell'efficacia degli artt. 7 e 8 della Carta. Appare chiaro infatti come seppur la possibilità per gli utenti di esercitare il proprio diritto al *delisting* abbia una base normativa, l'approdo a tale interpretazione è dovuto all'intento della Corte di assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta. Tale scelta porta a riflettere sul tema del rapporto tra Costituzione e privati che esercitano funzioni para-pubblicistiche nel panorama costituzionale europeo. Questo profilo risulta particolarmente evidente in *Google Spain* dove l'esigenza di riconoscere un diritto all'oblio applicando orizzontalmente – seppur implicitamente – il diritto alla privacy degli interessati trova la sua ragione nell'interesse a limitare l'espansione di forme di potere che non sono più esercitate solamente dall'attore pubblico ma anche

da soggetti privati come nel caso di specie da un motore di ricerca.
Occorre quindi chiedersi, in conclusione, quale è il momento in cui alcune forme di iniziativa economica, specialmente in ambito digitale, si trasformano tecnicamente in potere e, conseguentemente, quale strumentario offre oggi il diritto costituzionale per reagire a tale trasformazione Ed ancora: quali condizioni devono esistere perché il diritto pubblico consideri potere un soggetto o un'attività privati? E quali conseguenze ne trae? Tali quesiti conclusivi a cui non si fornirà risposta in questa sede risultano tuttavia fondamentali dal momento che toccano una premessa fondamentale, come brillantemente osservato da Edoardo Chiti, del diritto amministrativo, quella per cui l'unico potere legittimo è quello pubblico.
Tuttavia, le domande non si esauriscono solo alla fase di comprensione del fenomeno ma è necessario riflettere anche, come si diceva, sugli strumenti interpretativi oggi a disposizione del diritto costituzionale ed in particolare, dalla teoria dei diritti fondamentali. Di fronte ad abusi di potere di nuovi poteri privati, quali i possibili rimedi che siano in grado di assolvere, anche in ambito digitale, alla missione originaria del costituzionalismo, limitare e incanalare il potere (originariamente esclusivamente di natura pubblicistica)?
In particolare, ed è davvero la domanda finale, è sufficiente riflettere sulla dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali oppure è necessario pensare alla enucleazione di nuovi diritti che rafforzino la posizione (al momento assai debole) degli individui-utenti rispetto ai nuovi poteri (privati) della società algoritmica?

The right to data portability and user control: ambitions and limitations*

Laura Somaini

Abstract

This article covers the right to data portability and analyzes its incidence in relation to the policy objectives set out by the EU regulator. Art. 20 of Regulation (EU) 679/2016 ("GDPR") establishes a general-purpose control mechanism of horizontal application to facilitate the sharing and re-use of personal data among data subjects and promote the free flow of personal data within the European Union. As a key enabler of user control, the right to data portability aims to transform passive subjects into active data re-users. This objective presents an opportunity to develop a user-centric digital environment, by mandating easy retrieval of personal datasets and automatic transfers between digital providers. Nonetheless, the overview of the provision's elements proves that the right applies in a reduced range of situations, suffers several limitations and raises pivotal concerns for data security, undermining the creation of a safe and trust-worthy data-driven environment. Consequently, this article questions the significance of the right's reach and the intensity of the alleged user control, whose beneficial impacts largely depend on the extent to which individuals will exercise the right in practice.

Summary

1. Portability: an emerging concept. - 2. Introduction to Art. 20 of GDPR. - 2.1 The setting of data portability: the EU data-driven economy. - 2.2 Regulating data portability under data protection law: justification and critique. - 3. Policy objectives of the right to data portability. - 3.1 Reality and risks of user control. - 4. Overview of the elements of Art. 20 of GDPR. - 4.1 The right to receive personal datasets: Art. 20(1). - 4.2 The right to transmit datasets directly between data controllers: Art. 20(2). - 4.3 A broad balancing clause: Art. 20(4). - 4.4 Types of data covered by data portability. - 4.5 Making data portability meaningful: interoperability and standardization of data formats. - 5. Concluding remarks.

Keywords

Data portability, Right to data portability, GDPR, Data protection, Personal data

*L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

1. Portability: an emerging concept

The portability of data and content is currently emerging as an autonomous new concept in the European framework. The proposed *Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*[1] provides a consumer data retrieval right, with the aim to ensure that consumers benefit from effective protection in relation to the right to terminate a contract. The Portability Regulation[2] seeks to ensure that digital content acquired by consumers in one Member State can be accessed without fee from any other Member State. Such initiatives strive to empower consumers to govern the contractual relationships they conclude online. Furthermore, the EU legislative trilogue reached a provisional political agreement in June 2018 on the proposed *Regulation on free flow of non-personal data*,[3] with the objective to achieve a more competitive and integrated EU market for data storage and processing services. The framework includes a portability principle for professional users, albeit left in practice to industry self-regulation. The proposed regulation, complementing legislation on the protection of personal data, attempts to create a comprehensive and coherent approach to the free flow of all types of data within the European Union. The abovementioned examples demonstrate the relevance and multi-dimensional aspects of portability and data portability in the digital world. The kind of portability this article will focus on is personal data portability, as provided by Art. 20 of the General Data Protection Regulation ("GDPR").[4]

2. Introduction to Art. 20 of GDPR

The General Data Protection Regulation defines data portability as the right of the data subject to obtain personal datasets, «in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided». The provision encompasses three distinct rights: the right to receive personal data in a structured and machine-readable format, the right to transmit personal data to another data controller and the right to transmit personal data directly from one data controller to another. Art. 20(2) introduces the truly innovative aspect of the right, by establishing a general entitlement to request portable data transfers directly between data controllers, at the choice of the data subject, provided that the transfer is technically feasible. Paragraphs 3 and 4 provide wide balancing clauses for the exercise of

[1] Artt. 13(2)(c) and 16(4)(b) of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM (2015) 634.

[2] Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on cross-border portability of online content services in the internal market, OJ L 168, 30 June 2017, 1–11.

[3] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, COM (2017) 495.

[4] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4 May 2016, 1–88.

the right, respectively, to protect the exercise of the right of erasure[5] and third-party rights and freedoms.

At the outset, the provision confers an entitlement to natural persons, thus excluding data portability in business-to-business relationships, not covered by the GDPR.[6] The grounds of applicability set by the provision depend preliminary on the compliance of data processing operations with all rules laid down in the GDPR. Accordingly, data subjects must be informed by the data controller about their right to port data in accordance with Artt. 13(2)(b) and 14(2)(c). Pursuant to Art. 20(1)(a), data portability applies where the processing is based either on consent, or on a contract,[7] provided that data processing is carried out by automated means. Conversely, the Regulation does not establish a general right to data portability for circumstances falling outside the abovementioned grounds, as explicitly specified in Recital 68 of GDPR. Furthermore, the right shall not apply where data processing «is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of an official authority vested in the controller».[8] In these cases, there is no obligation upon data controllers to provide general data portability.[9]

Although data retrieval and transfer rights are not a new concept and appear straightforward, the discussion *infra* presents contextual, interpretative and technical complexities arising from the new right.

---

[5] This aspect will not be discussed in this article. In short, the European lawmaker did not envisage the exercise of Art. 20 as a tool to simultaneously withdraw data from the original data controller in favor of the receiving controller without exercising the right of erasure. The two rights are founded upon different legal bases and constitute autonomous claims actionable by data subjects. See e.g. P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services*, in *Computer Law & Security Review*, 34(2), 2018, 10.

[6] Data portability and related rights within B2B relationships are left to arrangements among contracting parties and therefore may vary significantly in a number of given situations. Anecdotal evidence suggests that clauses on data portability are often left out of contracts and that smaller business players encounter difficulties in retrieving their data, for instance, upon termination of the contract. See European Commission, *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy*, SWD(2017) 2 final, 47; Id., *Comments made by participants at the EC workshop on Building the European Data Economy*, 21 September 2016.

[7] Regarding the material scope of application of portability, the European legislator's approach is contradictory. Art. 15(3) GDPR on the right of access provides a wider scope, setting out that «the controller shall provide a copy of the personal data undergoing processing» irrespective of the purpose of processing. The EU legislator disregarded the European Data Protection Supervisor's recommendation to provide a wider scope of application for Art. 20. See European Data Protection Supervisor, *Opinion 3/2015 (with addendum) Europe's big opportunity - EDPS recommendations on the EU's options for data protection reform*, 9 October 2015, 12 at fn. 34.

[8] See Recital 68 of GDPR. Where the operation falls under the material scope of application of the right, this may be limited on the basis of the fulfillment of the grounds listed in Art. 23 of GDPR, which aim to protect different facets of public interest sectors. Moreover, Artt. 89(3) and 85(2) provide grounds allowing Member States to place further limitations.

[9] E.g. situations of this kind may be those of financial institutions receiving portability requests concerning personal data processed as part of their obligations under sectorial legislation governing the prevention and detection of money laundering or other financial crimes; or moreover, portability requests concerning professional contact details processed in business-to-business (B2B) relationships in cases where those data are processed on bases other than consent or performance of a contract.

2.1 The setting of data portability: the EU data-driven economy

While data protection law is ever more accused of being «dead letter»,[10] the EU reformed data protection framework ambitiously establishes its dual objective to protect fundamental rights of natural persons and promote the free movement of personal data within the Union, as enshrined in Art. 1(2)-(3) of GDPR. The regulation, remedying previous legislative fragmentation, seeks to strengthen online data protection rights and accordingly, unlock the potential of the digital economy and data-driven technologies. Unjustified restrictions on the free movement of different types of data are likely to constrain the development of the European data economy, impacting the accessibility of more innovative and/or cheaper data services for organizations.[11] Ultimately, this leads to risks of market fragmentation, reduction of the quality of services and of competitiveness of data service providers. In today's context, national boundaries no longer play a dominant role in building barriers to the free flow of data. Rather, these are created by lock-in and data retention strategies implemented by an array of stakeholders. Such obstacles hinder data re-use and sharing and decrease the potential benefits of data.[12]

Raw data has no inherent value in itself.[13] Value can be created where data is contextualized and combined with other datasets in such a way as to produce new insights that become commercially profitable.[14] In this perspective, the metaphor presenting data as «the new oil»[15] is well fitting, in the sense that data, just like oil, in its raw form, is almost useless. Yet, when properly refined, it can be turned into a valuable resource. Therefore, organizations need not merely collect raw data, but rather, they must possess the analytical tools that enable the transformation of data into personality profiles,

[10] B. J. Koops, *The Trouble with European Data Protection Law*, in *International Data Privacy Law*, 4(4) 2014, 258.

[11] The value of the European data economy is expected to increase to €739 billion, 4% of the overall GDP by 2020. See European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Building a European Data Economy"*, 10 January 2017, COM(2017) 9 final; European Data Market study, SMART 2013/0063, IDC, 2016.

[12] Key barriers to data sharing include: incentives related to upfront investments in data supply, limits to data ownership and control, barriers to data portability and interoperability. Organizational barriers within single organizations in the form of data silos prevent the reuse of data across organizational units. See OECD, *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*, Interim Synthesis Report, OECD Publications, 2014, 42.

[13] According to the Financial Times personal data value calculator, the average person's data typically retails for less than one dollar. General information about a person (age, gender and location) is worth a mere $0.0005 per person, whereas a person shopping for a particular product is slightly more valuable to companies promoting those goods. The most expensive troves of data are the most personal and secretive: for $0.26 per person, buyers can access lists of people with specific health conditions or taking certain prescriptions. See Financial Times, *How much is your personal data worth?*, 12 June 2013.

[14] Conseil National du Numérique, *Opinion of the French Digital Council on the Free Flow of Data in the European Union*, April 2017.

[15] The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 May 2017. For a critical view, see Harvard Business Review, *Big Data is not the new oil*, 30 November 2012.

in order to adequately tailor products and services.[16] Therefore, the quantity and quality of personal data, as well as the knowledge required to analyze and extract value, are key for successful data-driven businesses.

Whereas data streams typically contain combinations of personal and non-personal information, any policy measure must take into account this economic and contextual reality, while at the same time, ensuring that fundamental rights be respected under the framework on the protection of personal data. Among the instruments that encourage data circulation, create value and develop new uses for data, there are the principle of data portability and tools for data sharing. Respectively, they respond to situations where one actor conducts lock-in strategies and situations where there is necessity to share data between different economic stakeholders.[17]

As data is an essential resource for economic and societal growth, regulating the allocation of data and the ability to control data has become pivotal. The new forms of data sharing and control are key to create genuine value both for economic operators and individuals and generally foster the EU data economy.[18]

2.2 Regulating data portability under data protection law: justification and critique

For the purposes of giving effect to the fundamental right of data protection, Art. 20 of GDPR introduces a new general right to data portability. The GDPR establishes a general-purpose control mechanism of horizontal application, chiefly, to facilitate the sharing and re-use of personal data among data subjects.[19] Before the entry into force of the GDPR, no legal instrument regulated this right in Europe. However, forms of data portability already existed. Typically, certain service providers did provide tools to

[16] See European Data Protection Supervisor, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 September 2016, 6. Indeed, creating value from data is much more a process of cultivation than one of extraction or refinement. The data value cycle describes data-driven innovation processes and includes different phases through which data is transformed: "datification" and data collection (creating a large pool of data, i.e. big data), data analytics (a set of techniques and software tools allowing data to be linked to other datasets in order to be used), the creation of a knowledge base of individuals and organizations accumulated over time through analytics and finally, data-driven decision making. This last phase is what allows to create the social and economic value of data, in the twofold steps of gaining insights, by transforming data into knowledge and taking action, i.e. using it for actual decision making. See OECD, *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*, cit., 23.

[17] C. Zolynski, *Free flow of data*, speech at *Digital Assembly 2017*, 16 June 2017.

[18] It should, in principle, benefit online platforms, firms and consumers alike. Applications built on personal data can provide quantifiable benefits of as much as €1 trillion annually by 2020, with one third of the total accruing to private and public organizations, and two thirds accruing to consumers. See Boston Consulting Group, *The value of our digital identity*, Liberty Global Policy Series, 2012. Broadly speaking, data collection and analyzing methods should advantage society, since the knowledge about consumers allows firms to predict future trends and current preferences, a diversity of offers and products will arise, as they may invest in niche products. Furthermore, the use of targeted marketing should reduce the amount of undesirable advertisement and will thus reduce the costs for consumers. See R. H. Weber, *Information at the crossroads of competition and data protection law*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 12(2), 2014, 171.

[19] I. Graef - M. Husovec - N. Purtova, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in*

retrieve datasets and established their own terms and conditions to exercise the right.[20] Historically, the debate on data portability arose from the necessity to endow online users with the ability to migrate and share data generated through their online activities. A first market-driven attempt to promote freedom and control over personal data was brought forward in 2007 with the "Bill of Rights for Users of the Social Web",[21] a non-binding document setting out certain fundamental rights for Internet users and duties for website providers. Advocates in favor of portable personal data supported an open approach to ease the migration of users and their data between different websites.[22]

Within the EU legislative discourse, the European Data Protection Supervisor ("EDPS") recommended an express regulation of this right, considering that it would reinforce the set of existing rights of the data subject, in order to «assist individuals in ensuring that providers and other relevant controllers give them access to their personal information while at the same time ensuring that the old providers or other controllers delete that information even if they would like to keep it for their own legitimate purposes».[23] Notwithstanding, the fact that a similar provision has not been experimented before adds on to legal uncertainty and causes serious concerns for addressees of the provision.[24]

From the outset, critics argued that data protection is not the adequate field of law to locate data portability, suggesting that it may be better regulated by consumer protection law;[25] or, as falling within domains that govern abuse of power by commercial

EU Law, Tilburg Law School Research Paper No. 2017/22, 2017, 3.

[20] E.g. Google offers a tool ("Google Takeout"), to download the data created in its own Google+ in a variety of open formats; Facebook offers the feature "Download Your Info". However, in practice, transferring datasets through those functions is anything but an easy procedure, as the data is not extracted in a format that may be easily imported into another social network. Moreover, social network providers do not allow third-party websites to acquire users' data directly. For instance, Facebook prohibits automatic collection of user content, see *Terms of Services on Safety*. For an overview, see S. Sica - V. D'Antonio - G. M. Riccio, *La Nuova Disciplina Europea della Privacy*, Padova, 2016, 236; I. Graef, *Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union*, in *Telecommunications Policy*, 39(6), 2015, 506.

[21] J. Smarr - M. Canter - R. Scoble - M. Arrington *et al.*, *A Bill of Rights for Users of the Social Web*, 2007.

[22] E.g. the Data Portability Workgroup, founded in November 2007. They further argued that data sharing and migration tools could change the economic structure of the web, as businesses rushed to build and enable new services, in order to take advantage of the free circulation of information. See Financial Times, *Social networks may find it does not pay to be too possessive*, 21 January 2008.

[23] See European Data Protection Supervisor, *Opinion on the Communication from the Commission on "A comprehensive approach on personal data protection in the European Union",* OJ C 181/01*,* 14 January 2011, 19.

[24] B. Custers - H. Uršič, *Big data and data reuse: a taxonomy of data reuse for balancing big data benefits and personal data protection*, in *International Data Privacy Law*, 6(1), 2016, 1; O. Lynskey, *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, in *European Law Review*, 42(6), 2017, 794.

[25] This criticism was pointed out in a reservation made by the UK within the Council of the EU. Several other delegations also remarked that data portability could be a rule of competition law and/or intellectual property law. See *Note from the Presidency of the Council of the European Union to the Working Group on Information Exchange and Data Protection (DAPIX) on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*, 7978/1/15 REV 1, Brussels, 12 May 2015, 45. The relevance of data portability within the consumer protection framework is supported by the

operators, under the scope of unfair business practices and electronic commerce legislation, or moreover, in the ambit of competition law.[26]

Framing such power abuse under questions of data protection law, the argument would continue, may lead to introducing new types of protection into an already complex system. Along these lines, in 2014 the European Data Protection Supervisor introduced, conveniently, a debate on the interplay between data protection, consumer protection and competition laws in the framework of the digital economy.[27] Indeed, in data-driven consumer markets, the boundaries of consumer and data protection laws are not undisputed. The two areas of law have progressively drawn closer on data-related issues, at EU legislative and policy-making level. Notwithstanding, personal data exercise a critical role and must be clearly framed to ensure adequate protection.[28]

In practice, the right was successfully negotiated within the Council of the European Union and as the GDPR has entered into force, *de lege lata* data portability falls within

case of French law *Loi no. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*. The revised French Consumer Code *Loi No. 93-949 du 26 Juillet 1993* now provides a new right of consumer data portability for all types of data applicable to providers of online public communications services.

[26] B. J. Koops, *op. cit.*, 14; O. Tene - J. Polonetsky, *Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 11(5), 2013, 269. At the time of the proposal for the GDPR, then-Commissioner for Competition Almunia stated that «only time will tell» whether the right qualified as a matter for regulation or competition policy. J. Almunia, *Competition and personal data protection*, speech at Privacy Platform, *Competition and Privacy in Markets of Data*, Brussels, 26 November 2012. It cannot be excluded that the European Commission may enforce competition rules where a dominant provider impairs users' ability to port personal data when switching online services. See also D. Geradin - M. Kuschewsky, *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, in *SSRN Electronic Journal*, 2013, 13. Indeed, the fact that the Commission has taken action towards enabling the transfer of professional user data, within the Google investigation IP/10/1624 initiated in 2010 regarding the limitation of portability of advertising campaign data, supports the possibility to consider portability also as a competition issue.

[27] European Data Protection Supervisor, *Preliminary Opinion on the Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, March 2014. In 2017 the EDPS also established the Big Data & Digital Clearing House, endorsed by resolutions of the European Parliament (14 March 2017) and of the 2017 International Conference of Privacy and Data Protection Commissioners. The Digital Clearing House aims to bring together agencies from the areas of competition, consumer and data protection laws willing to share information and discuss how to enforce rules in the interests of the individual in the most effective way.

[28] Different approaches could be devised. One approach supports a strict division of tasks between the two fields, where all matters related to personal data fall primarily under data protection law. However, a drawback may be that data protection would cover increasingly greater aspects regarding digital markets. Growing criticism argues that data protection law, by setting informed consent as the paramount legal basis for data processing in consumer transactions, does not afford an optimal level of protection of the interests of online consumers. A second approach endorses parallel applicability of consumer and data protection laws. Ideally, along these lines, the two fields of law would complement each other and offer a comprehensive set of rights and remedies to provide a high level of protection in the digital market ecosystem, be individuals vested in their capacity as consumers or as data subjects. However, the interplay between the areas of consumer and data protection is not yet sufficiently well understood. See See N. Helberger - F. Zuiderveen Borgesius - A. Reyna, *The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law*, in *Common Market Law Review*, 54(5), 2017, 1428-1429; B. J. Koops, *op. cit*. Broadly speaking, there is a need to develop a sophisticated integrated approach of the relevant provisions in competition, consumer, data protection and intellectual property laws, to foster a well-functioning framework for the protection of privacy in the digital economy. See W. Kerber, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11(11), 2016, 866.

the scope of data protection law and must be treated accordingly.[29]

3. Policy objectives of the right to data portability

At its heart, data portability essentially constitutes the ability for individuals to re-use their data across interoperable applications. Whilst the broader goal is to foster the free development of the human personality, the means to do so are technical processes directly connected to the protection of informational privacy on the one hand, and ensuring a level playing field among digital service providers, on the other.[30] Within the EU legal framework, the right to data portability is devised along the human rights rationale underlying EU data protection law.[31]

Firstly, a general data portability right allows the individual to enjoy a strengthened right to informational self-determination,[32] overarching objective of the data protec-

[29] The Article 29 Working Party rightly points out that: «the GDPR is regulating personal data and not competition». See Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, WP 242, rev.01, 5 April 2017, 4. See also European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data*, cit., 32. The European Commission clearly held that data portability falls within the scope of data protection, as a means to enhance the free flow of data within the Union. See e.g. N. Dubois, Policy Officer Data Protection Unit at DG Justice, *Data Portability at the crossroads of data protection and competition policy*, speech at BITS Seminar on Data Portability, Brussels, 29 April 2014.

[30] The idea associating data portability to the human personality derives from the concept of a "digital identity", where personal data and their combination may be interpreted as a continuation of one's personality in the digital environment. See G. Zanfir, *The right to Data portability in the context of the EU data protection reform*, in *International Data Privacy Law*, 2(3), 2012, 3. On the other hand, data portability aims to tackle specific problems of technology market scenarios. According to Van der Sloot, Art. 20 of GDPR was specifically designed to break Facebook's dominance in the data economy. See B. van der Sloot, *Do data protection rules protect the individual and should they? An assessment of the proposed General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 4(4), 2014, 319.

[31] Albeit not mentioned expressly in Art. 8 of the EU Charter of Fundamental Rights, the right to data portability constitutes a facet of the right to data protection, in accordance with the legislative history of the GDPR. Contemplating data portability as a fundamental right, as part of the jurisprudence on data protection in the EU, is underpinned by the goals of the Regulation itself, pursuant to Art. 1. Furthermore, the European Commission holds that «not being able to use these media [Web 2.0 tools and social media] effectively restricts the exercise of fundamental rights in the social reality». See European Commission, *Commission Staff Working Paper Impact Assessment*, 29 SEC(2012) 72 final. However, doubt on its status as a fundamental right was cast by part of scholarship. See P. Swire - Y. Lagos, *Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique*, in *Maryland Law Review*, 72(2), 2013, 339. A non-fundamental dimension is supported by the instrument's legal basis, Art. 16 of TFEU, mandating the use of the ordinary legislative procedure. Nevertheless, the EU Charter does not create a hierarchy of rights. The Court of Justice, in CJEU, C-293/12, *Digital Rights Ireland* (2014), at para 40, supported that further data protection rights may fall within the scope of Art. 8. Although interpreting the Charter in light of secondary legislation may constitute a logical fallacy, the approach of the Court suggests that there should be no preclusion to a fundamental standing of the right. Nonetheless, the precise relationship between the objectives and implications of Art. 20 of GDPR remains contested. If it is recognized a fundamental right status, the right to data portability should be able to trump competing economic interests, as the Court maintained in CJEU, C-131/12, *Google Spain* (2014), at para 97, that Artt. 7 and 8 of the Charter «override, as a rule» economic interests of data controllers in the context of the legitimate interests test. See O. Lynskey, *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, cit., 794, 812.

[32] See e.g., G. Zanfir, *op. cit.*; E. Fialova, *Data Portability and Informational Self-Determination*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 8(1), 2014, 47-48; G. Finocchiaro, *Il nuovo Regolamento europeo sulla*

tion reform. In this context, the availability of workable mechanisms for data subjects to access, modify, delete, transfer, or otherwise further process (or let third parties process) their own data will result in empowering data subjects,[33] allowing them to benefit from value-added services of third parties and "share the wealth" created by big data.[34] Effective data control is an important precondition to ensure that individuals enjoy a high level of data protection.[35] As stated in the opening sentence of Recital 68 of GDPR, the new right aims to strengthen individual control of data subjects over their own personal data and hence, sits coherently within the renewed data protection regime.[36] For the purposes of EU data protection law, user control ensures that individuals be empowered to detect unfair biases and challenge mistakes more easily and effectively and helps prevent secondary uses of data for purposes that go beyond legitimate expectations of the data subject.[37] The European Data Protection Supervisor described the right as «allowing the individual to decide what happens to their data».[38] It allows individuals to self-present: by providing greater control over data, different elements of their personality can be revealed to different audiences instead of a "one size fits all" disclosure deriving from a lack of data control.[39] Through user control, the right seeks to transform individuals from passive subjects into active data re-users within an interconnected digital environment, beyond mere data accessibility.[40] The right aims to achieve full accessibility, easy management and re-usability of personal data. This specificity relies on the requirement that data processing and transmission

privacy e sulla protezione dei dati personali, in *Le riforme del diritto italiano*, Bologna, 2017, 6.

[33] Empowerment in this context encompasses the individual's perception of the extent to which he or she can control the dissemination and use of his or her personal information. See V. Midha, *Impact of consumer empowerment on online trust: An examination across genders*, in *Decision Support Systems*, 54(1), 2012, 198-205.

[34] Article 29 Working Party, *Opinion 3/2013 on purpose limitation*, 2 April 2013, WP203, 47. See also P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 11.

[35] European Commission, *A comprehensive approach on personal data protection in the European Union*, 2010, COM(2010) 609 final, 7; *Id.*, *Impact Assessment*, cit.; European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2015 Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability, 19 November 2015,* 5. See also S. Sica - V. D'Antonio - G. M. Riccio, *op. cit.*, 237.

[36] Individual control over personal data constitutes an autonomous normative objective underpinning the EU data protection framework, thus justifying the coherence of Art. 20. See Recital 7 of GDPR; O. Lynskey, *Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability*, cit., 809. Within the setting of the GDPR policy objectives, data portability is devised as an operational objective within the specific objective of individual control over personal data and trust in the digital environment. The latter is, in turn, specific to the general objective to increase the effectiveness of the fundamental right to data protection. Data portability should reduce "grey areas" where rights of individuals are not properly respected. See European Commission, *Impact Assessment*, cit., 43, 67.

[37] European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2015 Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, cit., 5; Id., *EDPS response to the Commission public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, 15 December 2015, 4.

[38] European Data Protection Supervisor, speech at *Brussels Matters*, Brussels, 21 May 2015, 5. The EDPS mentions «true data portability» as capable of bringing about a paradigm shift in the digital revolution.

[39] O. Lynskey, *Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' Of A Right To Data Protection In The EU Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 63(3), 2014, 591.

[40] B. Custers - H. Uršič, *op. cit.*

should be executed in formats that support re-usability, with little or no effort by the data subject. The rationale is thus directly linked to the principle of data quality, which ensures the "useableness" of datasets.[41]

Secondly, the provision aims to correct a common situation characterizing data-driven markets, where data retention serves as an obstacle for online users to freely choose services.[42] Within this context, a switching cost occurs where users are effectively impeded from changing services, regardless of the fact that better, cheaper or more "privacy-friendly" services become available on the market.[43] As services are tailored to individuals based on their data, the information upon which specific adjustments are perfected becomes extremely valuable in terms of commercial profitability. Data portability is generally associated with low switching costs and low market entry barriers,[44] therefore, if properly implemented and enforced, the general right should mitigate the reluctance of users to give up profiles and sets of information created over time.[45] Therefore, the easier it is for a data subject to transfer personal data from an online service to another, the easier it will be to switch from one provider to another, while continuing, at the same time, to benefit from customized adjustments.[46]

Thirdly, the entitlement to request the transfer of personal datasets eases the process to move, copy or transmit personal data from one IT environment to another.[47] In this sense, data portability constitutes data re-use *per se*.[48] Data portability should help

[41] For the definition of "qualitative dataset", see Open Data Handbook, *Glossary*.

[42] According to a Eurobarometer survey of 2011 on data protection in the EU, 71% of respondents claimed that the ability to transfer personal information stored and collected through a website when changing service provider or quitting the service was important to them. Furthermore, social networking or sharing website users (both 75%) resulted more likely to value the portability of personal data than those not involved in activities of the social web (both 67%). See European Commission, *Data Protection and Electronic Identity in the EU*, Special Eurobarometer 359, 2011, 160-161.

[43] European Commission, *Impact Assessment*, cit., 28; see also S. Sica - V. D'Antonio - G. M. Riccio, *op. cit.*, 235-236. Specifically, this may entail the loss of contact information, calendar history, interpersonal communications exchanges and other kinds of personally or socially significant data, in turn, very difficult to recreate or restore. Even where possible, re-entering data manually may constitute a major effort. Moreover, switching costs may prevent consumers from using various services, i.e. multi-homing, in equal proportions. In case of price increases or changes in services, users have a reduced negotiation power. See B. Engels, *Data portability among online platforms*, in *Internet Policy Review*, 5(2), 2016, 2. As data portability and switching of service providers are mutually dependent, the Commission is favorable to the development of standard contract terms requiring the service provider to implement the portability of users' data. See European Commission, *Building a European Data Economy*, cit., 16.

[44] European Commission, *Building A European Data Economy*, cit. See also W. Kerber - H. Schweitzer, *Interoperability in the digital economy*, Joint Discussion Paper Series in Economics, MAGKS, 12, 2017, 20. In fact, switching costs are negatively correlated with data portability, i.e.: the easier it is for users to port their data from one platform to another, the lower will costs to switch to another platform be. See B. Engels, *op. cit.*, 3.

[45] European Data Protection Supervisor, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, cit., 14. The Article 29 Working Party held that the right to portability would put «a clear end» to user lock-in situations. See Article 29 Working Party, *Opinion 8/2014 on Recent Developments on the Internet of Things*, WP 223, adopted on 16 September 2014, 20; S. Sica - V. D'Antonio - G. M. Riccio, *op. cit.*, 240.

[46] K. Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford, 2011, 405.

[47] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 4.

[48] B. Custers - H. Uršič, *op. cit.*

rebalance the relationship between data controllers and data subjects, jeopardized by substantial power and information asymmetries. Indeed, safeguards allowing direct access to one's datasets in a portable, user-friendly and machine-readable format may redress economic imbalances,[49] even more so where the data subject is entitled to request direct data transfers between controllers. Adopting this approach entails a more fair and transparent involvement of individuals, supporting, on the other hand, the minimization of unfair or discriminatory practices and reduction of risks linked to uses of inaccurate data for decision-making purposes.[50]

Fourthly, data portability constitutes a feature to promote competition in those markets that require consumers to take their data when changing service provider.[51] It should, therefore, serve as an incentive for controllers to improve services, in order to retain their customer/user base because of the high value of the service itself, rather than relying on poor data protection conditions that lock consumers into their services or platforms.

Fifthly, data portability is expected to promote data-driven innovation within the digital single market, by incentivizing developers of digital services to offer additional features and applications to the benefit of users.[52] In fact, obstacles impeding data re-use and sharing may lead to stifle benefits deriving from potential unexpected uses. Data portability is a tool for data circulation, value creation and should drive the development of new uses for personal data in the digital environment, in a safe and secure manner, under the control of an informed data subject.[53] Likewise, data portability should promote a controlled data sharing between organizations and thus, help enrich services and customer experiences online.

Data portability, therefore, as part of the rationale of data protection legislation, enshrines a double objective: an economic and a human rights objective. It endows data subjects, as recipients of both general and specific positive obligations, with control and freedom over their online consumerist choices. As a result, the general right to data portability is instrumental to support the free flow of personal data within a level playing field for data controllers.[54] In theory, the provision constitutes a valuable attempt to attain effective data control, genuine freedom of choice online and the ability

[49] Article 29 Working Party, *Opinion 3/2013 on purpose limitation*, cit., 47; European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2015 Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, cit., 13.

[50] Article 29 Working Party, *Opinion 3/2013 on purpose limitation*, cit., 47; P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 2.

[51] J. Almunia, *op. cit.* The former Commissioner for Competition explicitly stated: «customers should not be locked in to a particular company just because they once trusted them with their content». See also D. Geradin - M. Kuschewsky, *op. cit.*, 11.

[52] P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 2; International Working Group on Data Protection in Telecommunications, *Privacy principles under pressure in the age of Big Data analytics*, Working Paper on Big Data and Privacy, 55th Meeting, Skopje, 5-6 May 2014, 16. The International Working Group suggests that data portability, over time, should foster more privacy-friendly services.

[53] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 5.

[54] European Data Protection Supervisor, *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, cit., 3.

to make better-informed and safer choices regarding the use of data.

3.1 Reality and risks of user control

As discussed, the EU legislator devised a general right to data portability pursuing multifold objectives. The discussion will focus on the primary objective of the right under data protection law, i.e. achieving control over personal data. This section casts doubt on the significance of user control and displays the risks that data portability could produce.

The rhetoric of data control has been a building block of the data protection reform and the rationale of the right to data portability. Indeed, the idea of empowering individuals to reclaim their data, by suggesting that personal data "belong" to the data subject, is widespread in Europe and internationally.[55] Arguments claiming property-related features of data portability,[56] relying on the right's potential to enable the data subject's entitlement to trade data and to "take their data and leave", should be nuanced. As it is, the right does not produce the key characteristic of property, i.e., the right to exclude.[57] To the contrary, data portability promotes data circulation and sharing. In time, the concept of data portability could foster the idea that personal data, rather than amounting to an asset exclusively held by either individuals or organizations, may be instead treated as a joint resource and a basis for innovation and value

[55] See e.g., European Data Protection Supervisor, *Towards a new reality: Taking back control of our online identities*, Press Release, Brussels, 20 October 2016; J. Brill, *Reclaim Your Name*, Keynote speech at *23rd Computers Freedom and Privacy Conference*, Federal Trade Commission, Washington DC, 26 June 2013.

[56] See e.g., I. Rubinstein, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in *International Data Privacy Law,* 3(2), 2013, 5, 8; D. Geradin - M. Kuschewsky, *op. cit.*, 10; P. Swire, *The Right to Data Portability: Privacy and Antitrust Analysis*, George Mason Conference on Search & Social Media, 16 May 2012. Prof. De Hert argues that data portability constitutes a «first step» towards the idea of default ownership over personal data. See P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 9. The possibility that the rationale of the right may amount to individual ownership is also suggested in B. van der Sloot, *op. cit.*, 315. In this context, data portability is often compared with number portability, where Directive 2002/22/EC ("Universal Service Directive") created a *quasi*-property right over mobile telephone numbers. Number portability was designed to reallocate entitlements from economic operators to consumers and ensure that consumers be able to change their provider while maintaining their original number. The rationale lies with the expectation of eliminating (or at least reducing) costs for switching, thereby making the sector more competitive. See e.g., S. Buehler - R. Dewenter - J. Haucap, *Mobile number portability in Europe*, in *Telecommunications Policy*, 30(7), 2006. Although the two provisions are often compared and share the entitlement to request a service provider to transmit a dataset or number directly to a new provider, they do not overlap. Firstly, the way in which the requirement to transfer is framed is different: the GDPR awards a general right under certain circumstances, whereas in the telecommunications framework, a general duty to enable number portability is imposed on all providers. Secondly, the policy objectives differ: the GDPR promotes data protection rights, whereas the Universal Service Directive sought to foster competition in the telecom sector. Thirdly, whereas telecom operators merely allocate to their customers a number assigned by a public authority, Art. 20 of GDPR does not confer ownership over ported data but merely facilitates control for the purposes of re-use. Contrary to a mere issue of technology, the data portability framework may have far-reaching effects and results in additional complexities due to the nature of their object, i.e. personal data, requiring adequate remedies. See I. Graef, *Mandating portability and interoperability in online social networks*, cit., 504, 506, 508, 512.

[57] I. Graef - M. Husovec - N. Purtova, *op. cit.*, 6-7. In general, data are non-rival and non-exclusive, as no contract prevents users from sharing their personal information with multiple parties.

creation.[58]

In practice, the perception of control over personal data in the European Union is very low, where only 15% of users claim they have «complete control»; conversely, some 31% of users perceive «no control at all» over their personal information.[59] A similar assessment was remarked by the Article 29 Working Party ("WP29"), with regards to decisions made by complex technological systems, where it found that individuals «do not understand and have no control over» such decisions.[60] This apparent trust crisis is attributable to the inconsistency of purposes for which personal data are used and a significant difficulty to hold service providers accountable.[61] Indeed, in data-driven environments, data collected by a service provider will likely be shared with and used by other entities along the value chain. Individuals do not merely enter into a bilateral relationship with their original provider, but rather in a multilateral one with numerous entities whose uses of those data may be opaque, or unknown.

Critical arguments point out that EU data protection law relies too heavily on informational self-determination and wrongly places the focus on user empowerment.[62] In theory, data protection law attempts to correct internal failings that prevent individuals from controlling their personal information in an effective manner.[63] It provides individuals with actionable tools to avoid being *de facto* locked into contractual relationships concluded online, such as consent, rights to information, rights of access, portability, rectification and deletion of data. However, individual control is inherently frustrated by information and power asymmetries between individuals and organizations.[64] Such asymmetries are created by an imbalance in the amount and quality of information about individuals held by, or accessible to, industry and governments, combined with individuals' inability to govern the use of their own data.[65] Along these lines, individual

[58] O. Tene - J. Polonetsky, *op. cit.*, 269.

[59] The remaining 50% of surveyed respondents perceive «partial control» over their personal data. Of the respondents perceiving they do not have complete control, 67% claims to be concerned by the issue. See European Commission, *Data Protection*, Special Eurobarometer 431, 2015, 9.

[60] Article 29 Working Party, *Opinion 3/2013 on Purpose Limitation*, cit., 45. See also S. Sica - V. D'Antonio - G. M. Riccio, *op. cit.*, 227.

[61] A high level of trust is essential for attaining the data-driven economy. See European Commission, *Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions Towards A Thriving Data-Driven Economy*, COM(2014) 442 final. In turn, trust requires the essential prerequisites of legitimacy and effectiveness, necessary to regain and ensure that citizens trust the Union's ability to deliver in the areas of data protection and privacy. For an overview, see H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU*, in *Law, Governance and Technology Series* 31, Dordrecht - Heidelberg - London - New York, 2016, 5-6.

[62] See B. J. Koops, *op. cit.*, 251-253.

[63] F. Costa-Cabral - O. Lynskey, *Family Ties: the intersection between data protection and competition in EU law,* in *Common Market Law Review*, 54(1), 2017, 19.

[64] C. Lazaro - D. Le Métayer, *The control over personal data: True remedy or fairy tale?,* in *Scripted. A Journal of Law, Technology and Society*, 12(1), 2015, 3; for a critical argument, see R. Brownsword, *Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing and Confidentiality*, in S. Gutwirth - Y. Poullet - P. De Hert, *et. al.* (eds.), *Reinventing Data Protection*, Dordrecht - Heidelberg - London - New York, 2009, 83-109.

[65] World Economic Forum, *Rethinking Personal Data: Trust and Context in User-Centred Data Ecosystems*, Industry Agenda, May 2014, 3.

control constitutes an insurmountable fallacy, unlikely of ever being achieved.[66] Furthermore, the newly established user control tool could also foreshadow risks for security and individual privacy. A lack of security undermines user confidence and trust towards particular services and the general functioning of the market.[67] Data access and openness inevitably produces tensions with the principle of data security. While controllers must ensure that the data they hold is appropriately secured, mandatory portability, nonetheless, poses threats of breaches in the course of data transmission and may create significant tension with the right to data security.[68] System interoperability, on which portability relies, may also magnify this problem, as a factor increasing security and privacy breaches and potential fall-outs.[69] Allegedly, data portability could even cause a «race to the bottom on privacy»,[70] for instance, where data controllers do not ensure equivalent levels of data protection. Personal data could be used wrongfully, e.g. to scrap information from third-party websites and in such cases, the harms may well be worse than those of the restriction of portability.[71] The proliferation of openly accessible data access points, whether in the form of export functionalities or application programming interfaces ("API"), increases the risk of data security breach-

[66] In other words, «the delusion that data protection law can give individuals control over their personal data, which it cannot». B. J. Koops, *op. cit.*, 251-253. Part of scholarship also holds that individual control over personal data in certain contexts, namely, where individuals face monopolies, is simply «illusionary». See C. Kuner - F. H. Cate - C. Millard - D. J. B. Svantesson - O. Lynskey, *When two worlds collide: the interface between competition law and data protection*, in *International Data Privacy Law*, 4(4), 2014, 247. Broadly speaking, research has shown that the main concerns in the field of privacy and social network applications are related to the inability of users to maintain control over the transfer of personal information and the lack of transparency of the process. See B. Van der Auwermeulen, *How to attribute the right to data portability in Europe: A comparative analysis of legislations*, in *Computer Law and Security Review*, 33(1), 2017, 60.

[67] See e.g., Recitals 1 and 2 of Directive (EU) 2016/1148 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union, OJ L 194, 19 July 2016, 1-30. The Digital Single Market Strategy pursues as a priority the reinforcement of trust and security in digital services and in the handling of personal data in the context of the digital single market. See European Commission, *Communication A Digital Single Market Strategy for Europe*, 6 May 2015, COM(2015) 192 final, pt. 3.4.

[68] The principle of data security is enshrined in Art. 32 GDPR as a reflection of the duty on data controllers to ensure security of data processing and Art. 40(2)(h) provides the preparation of codes of conduct for security measures. The definition of the right to data portability should be completed in full awareness of these risks; however, there is no mention of it in the plain text of Art. 20, Recital 68, nor in the WP29's Guidelines. See P. Swire - Y. Lagos, *op. cit.*, 373. For an overview, see F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, *Il Regolamento europeo 2016/679*, in *I diritti nella "rete" della rete*, Torino, 2016, 289.

[69] U. Gasser, *Interoperability in the digital ecosystem*, Berkman Center Research Publication No. 2015-13, 2015, 13-14.

[70] J. Grimmelmann, *Saving Facebook*, in *Iowa Law Review*, 94(4), 2009, 1194. Indeed, complete data portability may have an adverse impact on data protection, because a ported dataset into a receiving online platform may not provide an equivalent degree of protection. See R. H. Weber, *Data Portability and Big Data Analytics. New Competition Policy Challenges*, in *Concorrenza e Mercato*, 23(59), 2016, 68; Id., *Information at the crossroads of competition and data protection law*, cit., 179; F. Pasquale, *Beyond Innovation and Competition: The Need for Qualified Transparency in Internet Intermediaries*, in *Northwestern University Law Review*, 104(1), 2010, 153 at fn. 256. In the context of social networks, «once data becomes completely portable, people can easily evade any privacy restrictions placed by the initial social networking site simply by porting the data over to another venue not subject to those restrictions». See C. S. Yoo, *When Antitrust met Facebook*, in *George Mason Law Review*, 19(5), 2012, 1155.

[71] R. H. Weber, *Information at the crossroads of competition and data protection law*, cit., 179.

es.[72] The Article 29 Working Party identifies twofold aspects for the data controller's responsibility. On the one hand, the transmission process itself requires important measures to guarantee its integrity (by using, e.g., data or end-to-end encryption). On the other, the controller must also assure that the data is transmitted to the correct recipient (for instance, applying strong authentication measures).[73] Notwithstanding these concerns, Art. 20 is designed to allow to download and receive, at once, a lifetime worth of personal information, with the additional requirement for controllers to comply «without hindrance».[74] The WP29 recommends that data controllers assess specific risks linked with data portability and take appropriate measures to mitigate those risks.[75] Further concerns, not explicitly addressed by the WP29, include the allocation of responsibilities in the case of a direct transfer between data controllers, where the original transmitting controller is not able to verify the receiving controller, even where designated by the data subject.[76] Viable security norms and standards must be developed and arguably, data controllers should be able to legitimately reject portability requests in the interest of the data subject. Finally, another concern lies within the responsibility of the data subject: namely, the risk that storage facilities, systems and devices used by individuals do not meet adequate – or even minimum – standards

[72] P. Przemysław Polański, *Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 7(4), 2018, 145-146. For instance, Facebook has many APIs (e. g. Facebook Login API, Pages API, Groups API etc.) with multiple entry points, which enable software developers to obtain access to personal data. Improperly implemented APIs could lead to massive data security breaches through loopholes found in popular web frameworks and result in the proliferation of harmful content in cyberspace.

[73] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability,* cit., 19. The GDPR addresses the issue linked to authentication in Art. 11(2), where the data subject may provide further information to allow identification, while Art. 12(6) enables data controllers to request further information where they have reasonable doubts concerning the data subject's identity. See O. Lynskey, *Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability*, cit., 808. However, the recommendation of technical safeguards does not take into account the additional burden of developing such tools for the data controller, nor does it provide an acceptable standard of encryption to meet the legal obligation of security. See Centre for Information Policy Leadership, *Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability*, cit., 14.

[74] Indeed, this should not be interpreted as prohibiting an online provider from acting upon signals of a higher risk of identity fraud, such as double checking the identity of the subject issuing a portability request, for instance, when the request comes from a new IP address. See P. Swire - Y. Lagos, *op. cit.*, 374-375.

[75] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 19. Examples of what those measures may include: additional authentication information (e.g. shared secret or one-time passwords), suspension or freezing of the data transfer where there is suspicion that an account has been compromised, authentication by mandate (e.g. token-based authentication). However, the WP29 points out that these measures cannot prevent data subjects from exercising their rights, nor should they impose additional costs on the data subject. For an overview of recommendations on technical and organizational measures, see Article 29 Working Party, *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, 3 October 2017, WP250, 5-6; for a business perspective, see C. Tankard, *What the GDPR means for businesses*, in *Network Security*, 6, 2016, 7-8. It may be plausible for data protection authorities to regulate this matter, fulfilling the task referred in Art. 57(i)(v) of GDPR. The effort may also be met at EU level through the consistency mechanism in accordance with Art. 64(2) of GDPR. See L. Scudiero, *Bringing Your Data Everywhere: A Legal Reading of the Right to Portability Reports: Practitioner's Corner*, in *European Data Protection Law Review*, 3(1), 2017, 124-125.

[76] Centre for Information Policy Leadership, *Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability*, cit., 14.

of security. Informational education is still limited, yet, a necessary step to achieve empowerment and meaningful data control.
In practice, the ability of the right to positively enhance user control depends on the willingness and the extent to which data subjects will actually exercise their rights, hold data controllers accountable and demand that high security standards be respected in order to foster a safe and trust-worthy data environment.

4. Overview of the elements of Art. 20 GDPR

This paragraph presents the elements of the general right to data portability. Through the analysis of its features, the discussion demonstrates that Art. 20 applies in a reduced range of situations and suffers substantial limitations, putting into perspective the ambitions of the right and its ability to bring about a paradigm shift in the data-driven economy.

4.1 The right to receive personal datasets: Art. 20(1)

Firstly, Art. 20 endows the data subject with a right to receive personal data provided to and processed by the data controller and to further store that data for any other use. In this dimension, the right resembles a comprehensive form of access, pursuant to Art. 15 of GDPR. However, the Regulation is silent as to what kinds of uses follow from ported data. Art. 20 provides no specification as to the data processing method in order to exercise the right, insofar as the processing is carried out by automated means, pursuant to Art. 20(1)(b), therefore, slightly restricting the material scope of the GDPR.[77] The formats that the data subject receives shall be «structured, commonly used and machine-readable», despite the processing method used by the data controller. This feature of the right requires data controllers to implement export and download functionalities to enable transmission in a structured and machine-readable format,[78] chiefly, to allow re-usability.
The provision in force removes the discriminatory applicability that was initially pro-

[77] As noted, the GDPR regime applies to processing «wholly or partly by automated means […]» as per Art. 2(1). Data portability, conversely, may be exercised in the circumstances of processing executed «wholly» by automated means. Nevertheless, it seems likely that Art. 20(1) will be interpreted in light of Art. 2(1) GDPR, thus including also «partly» automated processes, given that attempts to narrow the scope of data protection legislation through an excessively restrictive interpretation of the automation criterion have been overlooked by the Court of Justice in the past. See Opinion of AG Sharpston in C-28/08, *Commission v Bavarian Lager* (2010); discussed in O. Lynskey, *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, cit., 800.

[78] The term "machine-readable" refers to data in a format that may be automatically read and processed by a computer, where the representation of the data on disk does not represent the actual relationships present in the data (formats of the kind are, e.g., CSV, JSON, XML). This entails that computer programs should be able to process incoming data automatically, with no or minimum human involvement. See Open Data Handbook, *Glossary*, cit.

vided in the Draft Regulation,[79] which limited informational self-determination of those subjects whose personal data was processed electronically but in untraditional formats.[80]

The provision further declines the right by imposing an obligation as to the modality of performance, i.e. «without hindrance». The requirement indicates that the data controller must ensure the absence of any legal, technical or financial obstacle, refraining or slowing down the access, transmission or re-use of portable datasets to the expense of the data subject or the receiving controller. By way of example, fees for data delivery, lack of interoperability or access to a data format or APIs, or the provided format, as well as excessive delay or complexities to retrieve the full dataset, deliberate obfuscation of the dataset, specific and undue or excessive sectorial standardization or accreditation demands, may generally be considered as constituting «hindrance».[81] Nevertheless, legitimate obstacles may justify hindrance in the execution of portability requests, for instance, where the data controller is not able to identify the data subject. In such cases, the burden of providing justifications as to why an obstacle may be legitimate lies with the data controller. Although it is not undisputedly clear what may constitute hindrance in the handling of portability requests, insofar as time constraints, or excessive delays are involved, the limits provided by Art. 12 of GDPR, apply.

4.2 The right to transmit datasets directly between data controllers: Art. 20(2)

Art. 20(2) of GDPR provides the data subject with the right to request that their personal data be ported directly to another controller of their choice. This "controller-to-controller" data portability is far more significant than the individual's right to merely retrieve or transfer data. The provision establishes a general-purpose mandate addressed to data controllers to carry out automatic transfers to other providers,[82] re-

[79] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*, COM/2012/011 final.

[80] Art. 18(1) of the Draft Regulation provided a right for the data subject to obtain from the data controller a «copy» of data undergoing processing, provided that his or her data were processed by electronic means and in a structured and commonly used format. Although a majority of data processing is electronic, the Draft Regulation did not entitle the data subject to choose the format of processing, nor did it require that the data subject be informed about what format would be used. This subtle distinction could have resulted in a disadvantage upon one group of data subjects, namely, those whose personal data were not processed by electronic means, or not in a structured and commonly used format - essentially depleting their ability to exercise the right. It may also have encouraged controllers to avoid the use of structured and commonly used formats, either to spare the costs of copying and transmitting datasets or to impede the migration of data subjects to other services. See E. Fialova, *op. cit.*, 48-51, 54.

[81] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 15.

[82] According to the Commission's Proposal, the legal base for exercising the right was different whether the individual requested to receive a copy of his/her personal data or to transmit the dataset to another controller. In the first case, the proposed Art. 18(1) did not specify the legal basis, consequently allowing applicability of the general GDPR legal basis; whereas in the second case, paragraph 2 specified that the direct data transfer between data controllers was applicable insofar as the data was provided by the subject and where the processing was based on consent or contract.

gardless of the business sector involved. This innovative feature is oriented towards the interconnection of digital services.[83] Controlled data sharing between providers should be promoted with the view of enriching available services and improving consumer experiences.

Nonetheless, the provision restricts the scope of direct portability when such operations are «technically feasible». The GDPR does not clarify what circumstances determine technical feasibility and may result in creating undue leeway to bypass the provision.[84]

The Regulation prohibits data controllers from construing and establishing barriers hindering seamless data transmissions. Accordingly, data controllers should facilitate the exercise of data subject rights, pursuant to Art. 12(2), within the context of transparent modalities for the exercise of the rights of data subjects. On the other hand, data controllers may incur in significant costs and efforts to comply with data transfer requests. Controller-to-controller portability requires a digital service provider to write specialized code in order to export data from the sending service's system and import it to another recipient system.[85] On the one hand, the Article 29 Working Party suggests that implementation costs of Art. 20 are encompassed in ordinary business costs and the European Commission maintained that those costs are minimal, since the transfer of user data is usually already possible through other interfaces, e.g. for third-party application developers or exchanges with affiliated companies.[86] On the other hand, industry and scholars note that this requirement may result in disproportionate costs for smaller organizations, as they may not possess the resources to fully understand and implement the technical procedures for direct data transfers.[87]

---

[83] P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 4.

[84] A. Diker Vanberg - M. B. Ünver, *The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?*, in *European Journal of Law and Technology*, 8(1), 2017, 3.

[85] P. Swire - Y. Lagos, *op. cit.*, 344-45. According to a broad reading of the right, the export-import code, likewise other technical services, are needed to ensure that data exportation from one controller and importation into the system of another controller, be carried out «without hindrance», as per Art. 20(1) of GDPR. This requirement supports a strong form of interoperability. According to a narrower interpretation of the hindrance requirement, portability would not place an affirmative obligation on the original controller to transfer data directly, it would, rather, seek to prevent a data controller from technically impeding the transfer of data to another controller. The latter interpretation would indeed reduce costs for the original controller, however, the text and rationale of the right support a broad interpretation, as an obligation to provide seamless exportation tools is clearly placed upon the data controller. Industry stakeholders suggest that a solution for direct data transfers, in some instances, could be the "data-pull model". This model would enable individuals and the receiving provider to agree on appropriate processing of data before the transfer, it would not require competing services to understand the internals of other services' systems and would incentivize the receiving provider to create tools to absorb transferred data and gain potential new customers. See Centre for Information Policy Leadership, *Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability" adopted on 13 December 2016,* 15 February 2017, 4.

[86] See European Commission, *Impact Assessment*, cit., 106. The assessment also notes that use of existing interfaces for these purposes would allow the development of portability functions very quickly.

[87] See e.g., A. Diker Vanberg, *The Right to Data Portability in the GDPR: What Lessons Can Be Learned from the EU Experience?*, in *Journal of Internet Law*, 21(7), 2018, 13-14; P. Swire - Y. Lagos, *op. cit.*; R. H. Weber, *Data Portability and Big Data Analytics*, cit., 66-67; Centre for Information Policy Leadership, *Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability"*, cit., 2. The CIPL report suggests that an overly broad implementation of the right may entail unrealistic efforts for controllers

Conclusively, controller-to-controller data portability is an ambitious and innovative feature of Art. 20 GDPR. As users may typically be uninterested in a pure data export, the full enjoyment of the right and thus, the empowerment of data subjects, rely on the ability to effectively exercise this dimension of the right in practice and its enforceability against a non-compliant controller. Pressure from data subjects requesting direct and automatic portable transfers should compel data controllers to provide seamless technical feasibility and abide by Art. 20(2).

4.3 A broad balancing clause: Art. 20(4)

Art. 20(4) of GDPR states that the right to data portability «shall not adversely affect the rights and freedoms of others». This provision refers to the circumstance where a dataset includes data concerning multiple subjects other than the requesting data subject. Nonetheless, the Regulation is silent on the approaches to address and settle conflicts involving the rights and freedoms of third parties.

The clause is intended to avoid data retrieval and transmission of non-consenting data subjects to a new data controller, in cases where these data are likely to be processed in ways that would negatively impact their rights and freedoms, e.g., if the transfer prevents other data subjects from exercising their rights under the GDPR. The wording provides a broad and general balancing clause, yet, does not grant a prevalence of other rights over data portability, but merely, a "non-prevalence" rule between conflicting rights.[88]

Where personal data of other subjects are contained in a dataset, another legal basis for processing must be identified. In these circumstances, the data of third parties may be legitimately processed by the controller where it does so on the basis of a legitimate interest pursuant to Art. 6(1)(f) of GDPR.[89] Importantly, responsibility for potential impacts on third parties appears to rest on requesting data subjects, to the extent that the data controller does not determine the processing in any way.[90]

Generally, the rights of third parties will be respected where their transferred dataset is processed for the same purposes as those stated by the original transmitting controller. Therefore, the receiving data controller may not use third-party personal data for their

to set up workable technical systems. In many situations, providers will have to make substantial investments to create compatible ICT infrastructures and APIs. On the one hand, the exercise of the right should not be restricted, while on the other, disproportionate efforts on part of providers should not be imposed, particularly in those cases where portability does not award added value to individuals.

88 P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit*., 6. See also Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 11.

89 Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability,* cit., 11. Examples may be in the context of a webmail service or bank account, where contacts containing personal information of other individuals are included. It is unlikely here that the rights and freedoms of third parties are adversely affected, where the use of that information remains, under the new data controller, processed for the same purpose (e.g. to form history of the account or to be used as contact addresses).

90 *Ibid*. In other words, according to the WP29, if personal data relate to the data subject or to a third party, it is responsibility of the requesting data subject to ensure that data protection rights of third parties are respected. See also A. Diker Vanberg, *The Right to Data Portability in the GDPR,* cit., 12.

own purposes without knowledge and consent of the party involved.[91] The WP29 further recommends that data controllers implement tools enabling data subjects to select the relevant data they wish to have ported, and where relevant, exclude personal data regarding other subjects. Data controllers should, moreover, implement consent mechanisms to ease the transmission of data for those cases where third parties are willing to consent.[92] In practical terms, where the data controller may legitimately deny a portability request violating the rights of a third party, the delimitation will likely discourage data subjects from invoking their right to data portability.[93]

Art. 20(4) also covers the rights of data controllers. Although there is no explicit mention in Art. 20 nor in Recital 68, Recital 63 on the right of access maintains that «rights and freedoms of others» include «trade secrets or intellectual property and in particular the copyright protecting the software». The 29WP's Guidelines only incidentally address this issue, by maintaining that «the result of those considerations should not be a refusal to provide all information to the data subject», as provided in Recital 63 and moreover, that the controller should not reject a portability request based on the infringement of other contractual rights. Whereas it specifies that the individual may not misuse information obtained under Art. 20 in ways that may qualify as unfair practices or that violate intellectual property rights, it affirms, on the other hand, that potential business risks cannot in and of themselves serve as a basis for refusing portability, insofar as controllers transmit data in a form that does not disclose information covered by trade secrets or intellectual property rights.[94] While the recommendation is meant to

[91] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability, cit.*, 12; P. Voigt - A. von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A practical Guide*, Dordrecht - Heidelberg - London - New York, 2017, 172-173. The WP29 recommends that social network providers should not enrich the member profiles by using personal data transmitted by data subjects through a portability request. They must respect the principle of transparency and ensure they rely on an appropriate legal basis for each processing operation. Neither can the third party data be used to retrieve information about them or create specific profiles, even if the provider already holds data regarding the third party.

[92] Undue limitations placed on the GDPR regime may interfere with the results originally pursued. See O. Lynskey, *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability,* cit., 814. Guidance on this point is controversial and not sufficiently clear. The WP29's recommendations on this point may place an unreasonable burden on both transmitting and receiving controllers. In fact, the position contradicts the approach supporting a broad definition of data «concerning the data subject». See Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 9. This aspect will be further discussed *infra* in paragraph 4.4. Furthermore, the fact that the receiving controller must determine a legal basis for processing third party data seems unreasonable, given that such data is "incidental" and its legitimacy may be obvious in many cases. See Centre for Information Policy Leadership, *Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability",* cit., 9. DigitalEurope, representing digital technology industry in the EU, encourages to include further considerations for the protection of third parties, i.e.: proportionality of the amount of requested data, purpose for which the right is exercised, feasibility or complexity of separating other subject's data, usability of the ported data when third subject's data are excluded and the actual legal basis on which the personal data of third parties can be transferred to another data controller without their consent. See DigitalEurope, *DigitalEurope's views on Article 29 Working Party draft Guidelines on the right to data portability (WP 242)*, Brussels, 1 February 2017, 3-4.

[93] A. Diker Vanberg - M. B. Ünver, *The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?*, cit., 3.

[94] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 12; P. Voigt - A. von dem Bussche, *op. cit.*, 173. Organizations should be able to strip valuable data from requested datasets if it adversely affects trade secrets and IP rights. See A. Diker Vanberg - M. B. Ünver, *The right to data portability in the*

prevent the depletion of the right and non-compliance, it must be ensured that it works in a balanced manner. Greater flexibility in recognizing competing rights and interests involved is worth consideration. This entails ensuring that legally protected rights be respected and impeding that organizations acquire unfair advantages.[95] In practice, it will be for the courts to establish on a case-by-case basis whether the exercise of data portability adversely impacts third-party rights in each specific circumstance.
In sum, it appears that the GDPR may have underestimated the number of conflicts involving third party rights and this provision, contingent upon the interpretation that will be adopted by the European Data Protection Board and settled by the courts, may significantly impair the reach of the right.

4.4 Types of data covered by data portability

According to Art. 20(1), personal data falling under its scope must, firstly, «concern» the data subject requesting portability and secondly, be «provided by» the data subject to a controller. Data that is not personally identifiable, such as anonymized data, are excluded from the GDPR regime, whilst pseudonymous data, which merely reduces the linkability of a dataset with the original identity of a subject, are bound to fall within the scope of Art. 20.[96] Typically, controllers will process datasets containing personal data of several data subjects. In this context, data controllers should not adopt too restrictive an interpretation of data «concerning the data subject» involved in processing operations. In these cases, the data subject issuing a portability request shall obtain access and receive those records. However, where those datasets are directly transmitted to a new data controller, the receiving controller shall not process the data for any purpose, which would adversely impact the rights and freedoms of the other data subjects and third parties whose information is included in those records.
The second condition required by Art. 20(1) is that personal data concerning a data subject must be «provided by» the data subject. This provision restricts the material scope of portable data.[97] Firstly, an individual actively and knowingly providing their

GDPR and EU competition law, cit., 5. While individual data will hardly qualify as a trade secret, pursuant to *Directive (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure*, OJ L 157, 15.6.2016, the combination of data and information may well do so. See J. Drexl - R. M. Hilty - L. Desaunettes *et al.*, *Data Ownership and Access to Data*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate, Research Paper no. 16-10, 7. For an overview of the right's interplay with IP regimes, see I. Graef - M. Husovec - N. Purtova, *op. cit.*, 11-18.

[95] Centre for Information Policy Leadership, *Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability",* cit., 10.

[96] The rule is derived *a contrario* from Art. 11(2) of GDPR. The provision states that, where processing does not require identification and the data controller is able to demonstrate that it is not in a position to identify the data subject, among other rights, portability shall not apply «except where the data subject, for the purpose of exercising his or her rights under those articles, provides additional information enabling his or her identification». Although this could cover pseudonymous data, the data controller is not under a positive obligation to acquire additional data to identify the data subject pursuant to Art. 11(1) and Recital 57 of GDPR.

[97] A strict interpretation of the definition «provided by the data subject» may lead to unrealistic results.

personal information to the data controller, e.g., when creating an online account, typically submitted through online forms and tools of a website or mobile application. Broadly speaking, the individual performs direct actions, aware of the fact that they result in the origination of data. Whereas the individual may be unaware of the linked implications, the fact that data is, nevertheless, being created should be «obvious – or at least intuitive».[98]

Secondly, online providers will often hold more varied troves of data, such as those obtained through observation of the activities related to the use of their service. In particular, this type of data, so-called "observed data", is observed and recorded in a digital format, either at the moment of their creation, or transmitted to a digital carrier after observation. While individuals may be aware that observed data is created (through active engagement, for instance), it may nonetheless go unnoticed for the better part. On this point, the Article 29 Working Party has clearly advised that the definition of data «provided by the data subject» be interpreted as including personal data observed from online user activities.[99] Including observed data resulting from on-

For instance, in the case of data ported within an email service, a restrictive interpretation would include in the scope of Art. 20 merely outgoing emails (actively provided by the data subject), whilst incoming emails (provided by other individuals) would not be subject to portability. See T. J. McIntyre, *Making sense of the right to data portability*, speech at *CDPC 2016 Invisibilities & Infrastructures 9th International Conference*, Brussels, 27-28-29 January 2016.

[98] Working Party on Security and Privacy in the Digital Economy, *Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking*, Summary of the OECD Privacy Expert Roundtable, 21 March 2014, 5. This type of data may be categorized and distinguished based on the context in which data are originated, i.e.: data disclosed by individuals in the context of a loan application ("initiated data"), data created when buying a product with a credit card ("transactional data"), or data shared (actively) via an online social network ("posted data").

[99] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 9-10. The EDPS advised that the right be given a wide scope of application, not limited to the processing operations using data provided by the data subject. See European Data Protection Supervisor, *EDPS recommendations on the EU's options for data protection reform*, cit., 12 at fn. 34. However, a broad interpretation of the definition of "observed data" may lead to unjustified impacts on intellectual property rights and trade secrets. Online services and platforms may restrict the download or transfer of data covered by intellectual property or other restrictions, as is, e.g., the case of Facebook's "Terms of Services on Safety". See Centre for Information Policy Leadership, *GDPR Implementation Challenges: A Summary of CIPL GDPR Project Participants' Feedback,* 27 April 2017, 7. See also Working Party on Security and Privacy in the Digital Economy, *Protecting Privacy in a Data-driven Economy*, cit., 5. Examples of observed data may be e.g. search histories, activity logs, traffic data, location data, as well as raw data processed by smart meters and smart objects, data originating from online cookies, generated by sensors, and passively created observational data (e.g. captured by CCTV cameras combined with facial recognition). However, the Centre for Information Policy Leadership supports a stricter interpretation. Comparing the wording of Art. 20 with Art. 13 on access, a discrepancy emerges, where the former refers to data «provided by» the data subject and the latter to data «collected from» him or her. This raises the question whether "observed" data falls under the scope of "provided" data, as held by the WP29, or if it is more likely to qualify under a passive dimension, i.e. "collection from" the data subject. Given that individuals often do not have an active role in the creation process of observed data, it may seem correct to treat those data as being merely collected and thus, beyond the scope of application of Art. 20, facially referring to active provision. Observed data may fall within or out of the scope of portability depending on whether the data is inextricably linked to the service in question and thus, provided by the individual (e.g. wearable tracking devices collect raw data for the specific purposes of the service, which awards added value and of which the individual is typically aware of), or when the data essentially constitutes a byproduct of technical analysis (e.g. network traffic data), generated by systems and not provided by the individual in return for a particular benefit or as part of the service. See Centre for Information Policy Leadership, *Comments*

line activities may allow data subjects to gain a better understanding of implementation choices of the data controller.

Moreover, it should allow individuals to broadly appreciate the extent to which their fundamental right to informational privacy is respected.[100] The objectives underlying the data protection reform generally, and the right to data portability specifically, support a broad interpretation of the term «provided by the data subject» for the purposes of effective protection and guaranteeing that data subject rights are not impaired by arbitrary choices of service providers.

Thirdly, data may also be created on the basis of provided data, yet be autonomous. Those are "derived" and "inferred" data, respectively, generated by other data or constituting a product of probability-based analytical processes.[101] Whether data are derived from the analysis of actively provided data, or constitute the outcome of an assessment regarding a data subject or their profile, they cannot be considered as «provided by» the data subject for the purposes of Art. 20(1) and thus, fall outside its scope of application. Indeed, secondary data not only goes beyond the text of Art. 20, but may also hinder other rights, for instance, those protected by trade secrets, intellectual property and other legally protected interests. Nonetheless, the data subject may still exercise relevant rights covering inferred or derived data regarding him or her, in particular, through the right of access. As demonstrated, the types of data that may be ported are limited to certain restricted categories of data.[102]

Part of scholarship devised two opposite practical options based on the interpretation of Art. 20 of GDPR. Firstly, a minimum approach encompasses merely data that are

on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability", cit., 8. Moreover, other industry stakeholders hold that including observed data in the definition places a disproportionate obligation on telecom operators and is not practical. See European Telecommunications Networks Operators' Association, *Legal memo with respect to the Article 29 Guidelines on the right to data portability*, 170131 ETNO Data Portability Memo, 16 February 2017, 8-9; DigitalEurope, *DigitalEurope's views on Article 29 Working Party draft Guidelines on the right to data portability*, cit., 5.

[100] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 9-10.

[101] "Derived data" constitute new data elements related to a specific individual. Data belonging to this category are created in a fairly mechanical manner, by way of simple reasoning and basic mathematics, which detect patterns within a dataset and create subsequent classifications. Although classifications as such may well be used for predictive purposes at a later stage, they are not in themselves based on probabilistic reasoning. Examples of derived data are: computational data (e.g. calculation of customer profitability based on the ratio between number of visits and items bought) and notational data (e.g. detection of common attributes among "profitable" customers used to classify potential customers). "Inferred data" constitute the outcome of detecting correlations, in turn, used to create predictions about behaviors, then used to categorize individuals. Examples of inferred data are statistical data (e.g. credit risk scores, life expectancy scores) and advanced analytical data (e.g. likelihood of future health outcomes based on an analysis of large and diverse medical datasets). These types of data may also be created in contexts that are different and unrelated to the purposes of the original data collection or of the processing. Typically, the data subjects to whom the inferred data pertains are not aware of inferences made about them, nor are they involved in its creation. See Working Party on Security and Privacy in the Digital Economy, *Protecting Privacy in a Data-driven Economy*, cit., 5.

[102] Data controllers must take into consideration that individuals are typically unable to evaluate what data is relevant for portability purposes. A useful option may be to rely on standard download functionalities in the provider's systems, in order to create CSV or other types of files with no systematic ability to tailor the dataset. See Centre for Information Policy Leadership, *Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's "Guidelines on the right to data portability"*, cit., 3-4.

explicitly provided to the data controller. In this case, the right is inherently linked to the right's dimension of data withdrawal from the original data controller (the "*adieu* scenario"). Secondly, an extensive approach, relying on a wide interpretation of data «provided», including observed data, in combination with controller-to-controller data portability, allows a "fusing scenario" promoting the interconnection of services.[103]
Whilst the second scenario positively drives towards the creation of user-centric platforms, in the writer's opinion, interpretations should be nuanced, considering whether data portability provides individuals with added value in a specific circumstance. Therefore, in contexts where general-purpose data portability does not award any meaningful value, Art. 20 could be subject to a narrower interpretation and avoid overburdening data controllers.

4.5 Making data portability meaningful: interoperability and standardization of data formats

Recital 68 of the GPDR encourages data controllers to develop interoperable formats enabling data portability, but at the same time, it weakens its reach by explicitly stating that the provision does not create an obligation for providers to adopt, nor maintain, technically compatible processing systems.[104] Whereas EU legislative instruments provide an array of different definitions of interoperability in different contexts, a well-fitting definition is semantic interoperability, i.e. the ability to automatically interpret the information exchanged meaningfully and accurately in order to produce useful results, as defined by end-users. This entails that the "meaning" of the data is transmitted and is, in turn, necessary to allow re-usability of those data. Technical compatibility, on the other hand, is only incidentally mentioned as part of the definition of data integration, that is, the combination of data from different sources.[105]
Based on the wording of Recital 68, data portability aims to produce interoperable systems, not compatible ones. Although the distinction is not clear-cut, given the wide range of types of data that may be processed by online providers, the Regulation does not impose specific recommendations on what data format must be provided. On this point, the Article 29 Working Party specifies that appropriate data formats will vary, they must, however, be chosen in light of the purpose of being interpretable, in order to allow re-usability, hence, allowing the data subject to exercise his or her rights.[106]

[103] P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 11.

[104] Nonetheless, the implementation of specific software seems necessary, as it is unclear how the right could be exercised if the two communicating systems do not embed a compatible export-import module. See L. Scudiero, *op. cit.*, 120. As to the understanding of the terms, it is not clear what the exact difference, if any, exists between interoperability and technical compatibility. Broadly speaking, interoperability, within the context of ICTs, is the ability to transfer and make data and information useful across systems, applications or components. See J. Palfrey - U. Gasser, *Interop, The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, New York, 2012, 5-8. On the other hand, different datasets are compatible where they «use the same names for the same objects, the same units or coordinates, etc.» See EU Glossary.

[105] EU Glossary, cit.

[106] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 17. Along these lines, data

Indeed, data portability may well remain an unworkable tool for individuals where personal data formats are not standardized.[107] Therefore, Art. 20(1) seems a call for interoperability and standardization directed at industry stakeholders. Art. 18(3) of the Draft Regulation endowed the European Commission with the power to specify the electronic format, technical rules, modalities and procedures for data transmission with particular regard to the implementation of the right to data portability. The removal of this provision from the final text of the Regulation is justified on grounds of technological neutrality and has eliminated the initially envisaged "standardization role" of the Commission.[108] Nonetheless, the issuance of recommendations on the specification of formats and technical aspects would be advisable, likely a task to be addressed by the newly established European Data Protection Board.[109] What is recommended by the 29WP is that the data formats used should have a high level of abstraction from any internal or proprietary format. In this sense, data portability entails an additional layer of data processing by controllers, in order to extract personal information from the platform and filter out data which do not fall in the scope of the right, such as, for instance, inferred data or those related to security.[110] Without interoperable formats and standards, which allow for an easy and seamless data sharing, as well as a cost-effective implementation, the right's effectiveness would essentially be depleted.[111] It would frustrate the right's "controller-to-controller" dimension, as direct data transmission would prove unworkable in practice, likewise, the data retrieval right of individuals, who must be able to read, understand and re-use the dataset with little or no effort. Therefore, an effective right to data portability is consequential to attain-

formats that are subject to costly licensing constraints are not considered adequate.

[107] Be noted, an initiative for data standardization is on foot, see European Commission, *ICT Standardisation Priorities for the Digital Single Market*, COM(2016) 176 final, 9, 2016. The initiative does not specifically cover the right to data portability, but as it will likely impact the major domains of cloud computing and the Internet of Things, the Commission has set both as standardization priorities. Cloud computing services in particular, will, in turn, be a crucial sector for data subjects to exercise the right to data portability.

[108] Council of the European Union, Interinstitutional File: 2012/0011 (COD), 5879/14, 31 January 2014, 3. See also P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 4; P. Voigt - A. von dem Bussche, *op. cit.*, 174.

[109] See Art. 68 of GDPR. The removal of the provision from the Draft Regulation could be due to a fear of a pervasive interference of the European lawmaker in technology areas, typically left to self-correction by market forces. See *Note from the Presidency of the Council of the European Union to the Working Group on Information Exchange and Data Protection (DAPIX)*, 47. Authors have remarked that collaboration among market players is crucial in devising industry norms and standards to this end. See A. Diker Vanberg - M. B. Ünver, *op. cit.*, 4. Within the context of interoperability and data portability relating to cloud services, the creation of standards that are voluntary, industry-led, global and open is advised. See European Parliament, *Cloud computing, an overview of economic and policy issues*, European Parliamentary Research Service, 26 May 2016, 20; DigitalEurope*, DigitalEurope's response to the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, 18 December 2015. The approach was also confirmed in the context of Internet of Things solutions. See European Commission, *Rolling Plan for ICT Standardisation - 2017*, Executive Summary, COM(2016) 176 final, n. 11, 24.

[110] Article 29 Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, cit., 17.

[111] European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2015 Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, cit., 13; I. Graef - M. Husovec - N. Purtova, *op. cit.*, 19-20.

ing a certain degree of interoperability of information systems used by digital service providers.[112]
As the sections *supra* have demonstrated, months after the entry into force of the GDPR, interpretative and technical uncertainties remain open and are likely be settled by the courts, if and when litigation on data portability arises.

5. Concluding remarks

Scholarship has proposed a systematic interpretation of Art. 20, supporting a pragmatic and extensive approach, in order to benefit from the interrelationship that this regulatory tool can have with regards to the Digital Single Market and the fundamental rights of individuals in the online world.[113] Nonetheless, given that many implementation issues remain unresolved, it would be reasonable to balance the provision's effects with the burdens placed on data controllers, insofar as the right does not produce added value for users in specific circumstances.
This article presented the ambitious objectives set out by the GDPR for the purposes of attaining transparent data control. If properly implemented, the right to data portability presents a valuable opportunity to develop a user-centric interconnected digital environment. Nevertheless, this articles casts doubt upon the significance of the provision's reach. The primary objective of the general right is for individuals to reclaim control over their personal data and thus, attempts to rebalance power asymmetries in the online world. In practice, the beneficial impacts of the right and the achievement of a greater degree of user control largely depend on the extent to which individuals will exercise the right in practice and will hold data controllers accountable for complying with their obligations under the data protection framework.
Furthermore, this article has demonstrated that the right to data portability applies in a reduced range of situations and that several conditions may severely limit its practical functioning. In its basic dimension, Art. 20 vests data subjects with the right to obtain their personal datasets in formats that support re-usability. The innovative "controller-to-controller" portability feature, pursuant to Art. 20(2), can only be properly achieved where technically compatible and interoperable solutions are in place to ensure swift and seamless direct data transfers. Moreover, Art. 20(4), providing a broad balancing clause, raises concerns for third-party data that will be contained in a majority of datasets. In fact, the EU regulator may have underestimated the number and extent of potential conflicts and the clause, ultimately, is capable of appreciably limiting the incidence of the right.
The proven limited exercisability of the general right to data portability puts into question the intensity of the alleged control granted to data subjects and its ability to enhance the informational self-determination of European online users. Contrary to its objectives, the GDPR may have adopted too optimistic a view, as data portability may

[112] S. Sica - V. D'Antonio - G. M. Riccio, *op. cit.*, 238.

[113] P. De Hert - V. Papakonstantinou - G. Malgieri - L. Beslay - I. Sanchez, *op. cit.*, 11. For an argument in favor of a minimalistic and conservative approach, see P. Przemysław Polański, *op. cit.*, 146.

even clash with the right to data security. A decreased level of security would produce more harmful effects on individual privacy rights than the potential benefits of portability and instead of empowering data subjects, it could rather increase risks of data breaches in cyberspace and cause an even greater loss of individual control.

The God that failed. La tutela dei *co-patterners* nell'ordinamento internazionale ed europeo*

Gianpaolo Maria Ruotolo

Abstract

Il lavoro analizza le possibili forme giuridiche di tutela dei *co-patterners*, nel contesto dei "*big data* non personali", nell'ordinamento internazionale ed europeo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di alcuni modelli normativi previsti in Europa, come la procedura dei reclami collettivi prevista dalla Carta sociale europea e alcuni meccanismi alternativi di soluzione delle controversie dell'Unione europea.

The paper analyzes the possible legal instruments of protection of co-patterners, in the context of "non-personal big data", in international and European law in the light of the case-law of the European Court of Human Rights and of some normative models offered in Europe, as the "collective complaints procedure" provided for by the European Social Charter and some European Union alternative dispute resolution mechanisms.

Sommario

1. Premessa. – 2. I *big data* non personali come strumento di governance. Alcuni profili di diritto internazionale. – 3. I rischi: influenze indebite e discriminazioni di gruppo nelle *smart cities*. – 4. Il problema dei dati non personali e la difficile azionabilità dei diritti del gruppo di *co-patterners*. – 5. La tutela nei confronti degli Stati: il modello della legittimazione dei gruppi nel contesto CEDU. – 6. La "*collective complaints* procedure" della Carta sociale europea. – 7. Modelli "sostanziali" di tutela delle posizioni giuridiche dei gruppi utilizzabili (anche) nei confronti di privati. – 8. I *big datasets* non personali nell'UE: difficoltà giurisdizionali e un'ipotesi di ADR.

Keyword

Diritto internazionale, Diritto europeo, Big Data, *Co-patterners*, *smart-cities*

* Il presente testo rappresenta una versione ampliata e con l'aggiunta delle note della relazione presentata dall'Autore alla Tavola rotonda su "*Big data*: prospettive di diritto internazionale e dell'Unione europea" svoltasi nel Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 6 giugno 2018 in occasione del Convegno nazionale della Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea (SIDI).
Su determinazione della direzione, l'articolo è stato pertanto sottoposto a referaggio anonimo.

«In physics, a singularity is a point in space or time, such as the center of a black hole or the instant of the Big Bang, where mathematics breaks down and our capacity for comprehension along with it. By analogy, a singularity in human history would occur if exponential technological progress brought about such dramatic change that human affairs as we understand them today came to an end. The institutions we take for granted—the economy, the government, the law, the state—these would not survive in their present form. The most basic human values—the sanctity of life, the pursuit of happiness, the freedom to choose—these would be superseded. Our very understanding of what it means to be human—to be an individual, to be alive, to be conscious, to be part of the social order—all this would be thrown into question, not by detached philosophical reflection, but through force of circumstances, real and present».
(M. Shanahan**,** *The Technological Singularity,* Cambridge, 2015, xv)

1. Premessa

Molto frequentemente i dati vengono oggigiorno raccolti in forma "non personale", e analizzati per facilitare il monitoraggio, la sorveglianza, il controllo (come avviene nel caso di misure di sicurezza o antiterrorismo) o adottare misure di tutela di particolari interessi ritenuti prevalenti (diritti umani, epidemiologia, "*nowcasting*" di tendenze economiche). Ne vedremo più avanti, nel par. 2, alcune applicazioni nell'ordinamento internazionale.

Per il momento basti considerare che in molti casi (forse la maggior parte) i c.d. *big datasets* non sono composti di dati personali in senso stretto, cioè di dati che si riferiscono a individui determinati o determinabili nella loro univocità, e questo perché l'individuo in quanto soggetto distinto da tutti gli altri, in quanto individuo particolare insomma, non è in alcun modo utile a questo tipo di analisi, essenzialmente inferenziale, e quindi perde di centralità e rilevanza.

2. I *big data* non personali come strumento di *governance*. Alcuni profili di diritto internazionale

I dati così raccolti vengono poi analizzati al fine di costruire modelli e profili di gruppo e i risultati dell'analisi sono quindi usati per profilare situazioni generali e applicati su larga scala.

Ora, va detto che, nell'ordinamento internazionale, simili *big datasets* possono essere utilizzati sia dagli Stati sia dalle organizzazioni internazionali per programmare e valutare attività e interventi e rappresentano, quindi, un importante strumento di *governance*. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di monitorare in tempo reale la diffusione di malattie contagiose al fine di adottare tempestivamente misure precauzionali, ai vantaggi che poterebbero derivare dalla raccolta di informazioni su una determinata patologia e sull'efficacia delle diverse terapie disponibili al fine di individuare la più efficace, alla possibilità di calcolare in tempo reale e in maniera affidabile il tasso di inflazione di una data valuta, o, ancora, di prevedere l'andamento del traffico di una metropoli[1].

[1] Sul punto si veda R. Fuller, *Structuring* Big data *to Facilitate Participation in International Law*, in *International*

Ora, la dottrina ha individuato tre distinti modelli attraverso cui i *big data* opererebbero in favore delle collettività:
1) segmentando le popolazioni in gruppi con caratteristiche omogenee rispetto a un determinato ambito, al fine di attuare interventi mirati;
2) promuovendo i principi di trasparenza e partecipazione e consentendo, in seguito all'elaborazione e quindi all'estrazione di dati inferenziali, di individuare le esigenze dei gruppi di persone così individuati per migliorare, di conseguenza, le prestazioni in loro favore;
3) sostenendo o addirittura sostituendo certe decisioni umane con algoritmi automatizzati, con conseguenti vantaggi in termini di efficienza[2].
E alcune tendenze in tal senso possono si registrano già da qualche tempo nell'ordinamento internazionale.
Si pensi, ad esempio, al progetto *Global pulse* avviato ormai quasi dieci anni or sono dal Segretariato generale delle Nazioni Unite[3], il quale mira a promuovere lo sviluppo e l'adozione su grande scala di un approccio innovativo ai *big data*, al fine di utilizzarli alla stregua di un bene pubblico, mediante il quale individuare le migliori strategie possibili di sviluppo sostenibile e azioni umanitarie: i dati, difatti, possono rappresentare uno strumento per acquisire una migliore comprensione delle variazioni del benessere umano, finanche registrando in tempo reale il *feedback* alle azioni poste in essere dalle Nazioni Unite.
Un utilizzo siffatto, seppur non esplicitamente, rievoca la possibilità di qualificare alcuni *big datasets* come beni pubblici globali[4].
Ciò potrebbe avere conseguenze giuridiche di rilievo essenzialmente sotto due profili: la natura *open* dei *big data* di rilevanza pubblica globale potrebbe modificare le condizioni di accesso ai medesimi da parte del pubblico, e, come vedremo più avanti, condurre a concepire i relativi strumenti di tutela non più in termini rigidamente individuali (poco efficaci in considerazione della perdita di rilevanza degli individui, di cui dicevamo in apertura) ma collettivi[5].

Journal of Legal Information, 2014, 504 ss. Per un accenno alle c.d. *smart cities*, v. *infra*, par. 3.

[2] «*Big data levers, such as increasing transparency and applying advanced analytics, offer the public sector a powerful arsenal of strategies and techniques for boosting productivity and achieving higher levels of efficiency and effectiveness*»; cfr. J. Manyika - M. Chui - B. Brown - J. Bughin - R. Dobbs - C. Roxburgh - A. Hung Byers, *The McKinsey Global Institute*. Big data*: the next frontier for innovation, competition, productivity*. Washington, DC, 2011, 54.

[3] www.unglobalpulse.org.

[4] Sui *global public goods* ci permettiamo di rinviare, anche solo per ulteriori riferimenti bibliografici, a G. M. Ruotolo, *Fragments of fragments. The domain name system regulation: global law or informalization of the international legal order?*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, 159 ss., spec. 167 ss. Specificamente sul profilo accennato nel testo v. K. Śledziewska - R. Włoch, *Should We Treat* Big data *as a Public Good?*, in M. Taddeo - L. Floridi (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Dordrecht, 2017, 263 ss.

[5] In merito alla trasparenza delle banche dati pubbliche, ricordiamo che la direttiva dell'Unione europea 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003 relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, impone agli Stati di consentire il riutilizzo di documenti e informazioni in possesso degli enti pubblici per fini commerciali o non commerciali. Sul rapporto tra open data e diritto alla scienza, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ci permettiamo di rinviare a G. M. Ruotolo, *In tema di diritto alla scienza nell'ordinamento internazionale e d'istanze d'accesso aperto alla conoscenza nell'Unione europea e in Italia*, in E. Triggiani - F. Cherubini - I. Ingravallo - E. Nalin - R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, vol. II, 1237 ss.

In tal senso il premio Nobel per l'economia Joseph E. Stiglitz già nella prima metà degli anni '80 del secolo scorso – quando un fenomeno come i *big data* era pressoché inimmaginabile – aveva interpretato le informazioni e la conoscenza come beni pubblici, in quanto dotati delle necessarie caratteristiche («*nonrivarlous nature and nonexcludability*»)[6].
Un altro caso di utilizzo dei *big data* nell'ordinamento internazionale che rispecchia uno dei modelli illustrati – in particolare quello di cui al n. 3) della nostra precedente elencazione, di sostituzione o sostegno alle decisioni umane mediante algoritmi automatizzati – è rappresentato dal procedimento di revisione delle liste delle specie animali e vegetali alle quali garantire protezione ai sensi della Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e fauna selvatiche minacciate di estinzione (*Convention on the International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, CITES)[7].
Tale Convenzione prevede la compilazione di liste delle specie da proteggere, soggette a revisione periodica; la revisione è effettuata dalla Conferenza dei membri della CITES[8], che agisce però sulla base di un'elaborazione matematica di enormi moli di dati che consente di tracciare le modificazioni della presenza/assenza delle varie specie protette sul territorio dei Paesi membri, mediante la costruzione di modelli di distribuzione delle specie (*species distribution modelling*, SDM).
È alla luce di tali modelli che la Conferenza CITES valuta l'opportunità di inserire o escludere dalle liste stesse una data specie[9].
Va pure segnalato, però, che, per quanto concerne l'uso dei *big data* come strumento di *governance* pubblica, l'ordinamento UE fa registrare un certo ritardo: sebbene la Commissione, già in una comunicazione del 2015 relativa a «Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa», avesse auspicato «lo sviluppo di un settore pubblico basato sui dati»[10] – rifacendosi, a tal fine, anche alla Dichiarazione ministeriale "*Towards a new vision for the public sector*", adottata ad Helsinki il 28 ottobre 2015 dagli Stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), i quali «*look forward to the strategic use of new digital tools and of Big Data to enable a data driven public sector*»[11] – ad oggi però non si registra l'adozione di strumenti normativi che impongano o promuovano un uso siffatto da parte di Istituzioni UE e Stati membri.

---

[6] Cfr. J.E. Stiglitz, *Public goods in open economies with heterogeneous individuals*, in J.F. Thisse - H.G. Zoller (eds.), *Locational analysis of public facilities*, Amsterdam/New York, 1983, 55 ss. Si vedano anche J.E. Stiglitz, *Knowledge as a global public good*, in I. Kaul - I. Grunberg - M. Stern (eds.), *Global public goods*, New York, 1999, 308 ss.; Id., *Economic foundations of intellectual property rights*, in *Duke Law Journal,* 2008, 1693 ss. Da ultimo affermano esplicitamente che «*data are—in an economic perspective—non-rivalrous and non-consumable public goods*». V. Zeno Zencovich - G. Giannone Codiglione, *Ten Legal perspectives on the "*Big data *revolution"*, in *Concorrenza e Mercato, Numero speciale su* big data *e concorrenza*, a cura di F. Di Porto, Milano, 2016, 36.

[7] *The CITES Fort Lauderdale criteria: the uses and limits on science in international conversation decision making*, in *Harvard Law Review*, 2001, 1769 ss. (curiosamente il lavoro non reca il nominativo del suo autore).

[8] L'ultima riunione della Conferenza, la diciassettesima, ha avuto luogo a Johannesburg dal 24 settembre all'8 ottobre 2016.

[9] Il database contenente la lista delle specie è consultabile su www.speciesplus.net.

[10] Doc. COM(2016) 288 final del 25 maggio 2016, 5.

[11] www.oecd.org/governance/ministerial/chair-summary-2015.pdf.

3. I rischi: influenze indebite e discriminazioni di gruppo nelle *smart cities*

Va evidenziato, poi, come i *big data* potrebbero anche essere pericolosamente utilizzati per influenzare scelte individuali di rilevanza pubblica nelle direzioni preferite dal gestore del *big dataset*.

Si pensi, ad esempio, alla c.d. *nudges theory*[12], una forma di architettura delle informazioni che mira ad alterare il comportamento delle persone in modo prevedibile, senza però proibire certe opzioni o offrire particolari incentivi[13].

Nelle sue prime modalità di applicazione questa tecnica assumeva forme piuttosto *soft*, in quanto statiche (c.d. *static nudges*, appunto, come nel caso della collocazione di merci in un certo ordine per invogliare l'acquisto di una sola di esse), ma oggi *nudges* dinamici, modificati in tempo reale sulla scorta dell'elaborazione di *big datsets*, possono essere estremamente potenti e pervasivi[14] e potrebbero essere utilizzati non solo con obiettivi commerciali, ma anche, e più pericolosamente, politici[15].

L'uso dei *big data*, poi, comporta rischi di discriminazione nei confronti dei gruppi di persone ai quali i dati si riferiscono, gruppi che vengono creati dall'algoritmo di analisi dei dati.

Ricordiamo che un determinato *dataset*, in quanto riferibile a uno specifico gruppo di individui accomunati da certe caratteristiche (i c.d. *co-patterners*, come possono essere, ad esempio i c.d. *frequent flyers* su una data tratta aerea o gli appassionati di *running* che fanno uso di strumenti di geolocalizzazione per misurare le proprie prestazioni, ma anche, sotto un differente profilo, tutte le persone che risiedono in un dato periodo in una determinata zona di una città) è idoneo, mediante la sua analisi, a individuare linee di tendenza dei comportamenti dell'intera categoria cui i dati si riferiscono.

A mero titolo di esempio si pensi al caso di un'impresa che, sulla base di elaborazioni di *big data*, resasi conto che i dipendenti che vivono più vicino al luogo di lavoro vi rimangono più a lungo di quelli che risiedono più lontano, indirizzi alla luce di questo criterio la propria politica assunzionale: ciò potrebbe condurre a un'ipotesi di discriminazione indiretta qualora le diverse zone di una città dovessero avere composizioni etniche differenti[16].

---

[12] "*Nudge*" può essere efficacemente reso in italiano con "spintarella".

[13] R. H. Thaler - C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, London, 2008, trad it. *Nudge: La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni sul denaro, salute, felicità*, Bologna, 2014; si veda anche la recensione a tale volume di K. Yeung, *Fudge as Nudge*, in *Modern Law Review*, 2012, 122 ss.

[14] Al riguardo, in una prospettiva di *law and regulation*, si è parlato di *hypernudges*; cfr. K. Yeung, *'Hypernudge':* Big data *as a mode of regulation by design*, in *Information, Communication & Society*, 2016, 1 ss.

[15] Ricordiamo che la risoluzione del PE del 2017 sui *big data*, c. 3, lett. *f)* evidenzia i pericoli di influenza di elezioni e risultati politici tramite, ad esempio, la comunicazione mirata. Per un'analisi giuridica di un movimento politico che fa uso di elezioni online al fine di individuare i propri candidati e del possibile impatto che ciò potrebbe avere sulla democrazia nel suo complesso v. S. Curreri - S. Ceccanti, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 799 ss.

[16] Si veda al riguardo il rapporto della Federal Trade Commission statunitense "Big data*: a tool for exclusion or inclusion? Understanding the issues*" del gennaio 2016, reperibile all'indirizzo www.ftc.gov.

O, ancora, si pensi al caso di *PredPol* (*Predictive Policing software*)[17], un programma sviluppato dal Dipartimento di Polizia di Los Angeles in collaborazione con University of California Los Angeles (UCLA) che è in uso da parte di molti dipartimenti di pubblica sicurezza di svariati Stati USA, il quale utilizza i *big data* per fornire previsioni su dove e quando potrebbero verificarsi crimini, al fine di prevenirli mediante il tempestivo dispiegamento delle forze di polizia. Un meccanismo analogo è stato autonomamente sviluppato anche dalla società privata *Hexagon*, che nell'ottica delle c.d. *smart cities*[18]. ha progettato un modello di ecosistema autonomo connesso (*autonomous connected ecosystem*, ACE), cioè un insieme di sistemi che si connettono tra loro e, sfruttando intelligenza artificiale e capacità di calcolo elevatissime tali da consentire di far compiere la gran parte delle analisi già ai sensori, convoglia nell'elaborazione centrale solo informazioni già raffinate, cioè inferenziali[19].

Anche predizioni di questo tipo rischiano di produrre effetti discriminatori: è accertato che l'aumentata intensità del controllo e soprattutto la sua qualità, altamente mirata quanto a modalità, tempi e luoghi specificamente suggeriti dal software (e non già, quindi, come potrebbe avvenire nel caso di un mero rafforzamento delle attività di polizia su un territorio sensibile), avviene più di frequente in zone che sono molto spesso ad alta insistenza di immigrati e minoranze etniche e linguistiche.

Va anche segnalato, per sovrappiù, come una previsione siffatta rischi di avere carattere "autoavverante", nel senso che l'aumento del numero dei crimini intercettati potrebbe essere conseguenza non già di un maggiore tasso criminale nelle zone e, soprattutto, delle minoranze sottoposte a controllo, ma della tipologia di controllo, particolarmente mirato[20].

Si pone quindi in casi siffatti un rischio di discriminazione dei *co-patterners* e, di conseguenza, la necessità di individuare forme efficaci di tutela.

4. Il problema dei dati non personali e la difficile azionabilità dei diritti del gruppo di *co-patterners*

Ora, qualora i dati analizzati per giungere alla previsione che produce effetti discriminatori fossero riferibili a individui determinati o quanto meno determinabili, costoro potrebbero beneficiare degli strumenti previsti dall'ordinamento internazionale o dagli ordinamenti interni: il quadro normativo di diritto internazionale (OCSE, Consiglio d'Europa; analogamente l'UE) relativo al trattamento dei dati è, difatti, quasi esclusivamente redatto con riguardo a informazioni personali, relative cioè a soggetti identificati o almeno identificabili.

[17] www.predpol.com.

[18] Con tale espressione, spesso resa in italiano con "città intelligente", si fa riferimento alle strategie di pianificazione urbanistica che mirano ad ottimizzare e innovare i servizi mediante il collegamento tra le infrastrutture materiali delle città mediante gli strumenti offerti dalle tecnologie della comunicazione.

[19] Disponibile all'url ww.cimdata.com .

[20] Il pensiero corre immediatamente al racconto di Philip K. Dick, *The Minority Report*, del 1956, in italiano in K. Dick, *Rapporto di minoranza e altri racconti*, (trad. di P. Prezzavento), Roma, 2004.

L'art. 4 del regolamento generale sulla protezione dei dati nell'UE[21], ad esempio, definisce tali dati come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato")» e ritiene a tal fine «identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». La scelta dell'ordinamento UE di far rientrare tra i dati meritevoli di tutela e nei cui confronti è possibile tutelarsi esclusivamente quelli personali rispecchia quella di altri strumenti internazionali pertinenti, come l'art. 1, lett. *b)* delle *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* adottate il 23 settembre 1980 dalla Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) e da ultimo aggiornate l'11 luglio 2013, che difatti definisce come "personal data" «*any information relating to an identified or identifiable individual (data subject)*»[22].

Analogamente l'art. 2 della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa sull'elaborazione automatizzata dei dati del 28 gennaio 1981, la quale riprende pedissequamente, rendendolo però vincolante per gli Stati che hanno ratificato la Convenzione, il testo delle Linee giuda dell'OECD e definisce così "personal data" «*any information relating to an identified or identifiable individual*».

Non prevedono invece esplicitamente la necessità che i dati disciplinati siano relativi a persone identificate o identificabili le *Guidelines Concerning Computerized Personal Data Files* adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione 45/95 del 14 dicembre 1990, che contemplano una definizione di applicazione certamente più ampia della Convenzione 108 e delle *OECD Guidelines*, facendo genericamente riferimento a qualsiasi "*information about persons*"; tuttavia queste, per avendo una portata soggettiva universale, rappresentano uno strumento non vincolante.

Insomma, i paradigmi sociali, etici e, soprattutto, per quello che più ci interessa, giuridici, attualmente dominanti si concentrano principalmente sugli interessi individuali e sui danni personali prodotti dalla violazione della privacy e delle norme sulla protezione

[21] 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 (*general data protection regulation*, GDPR); v. L. Bolognini - E. Pelino - C. Bistolfi, *Il regolamento* privacy *europeo*, Milano, 2016; M. Krzysztofek, *Post-Reform Personal Data Protection in the European Union. General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Alphen aan den Rijn, 2017; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; P. Voigt - A. von dem Bussche (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, 2017. Sull'ambito di applicazione territoriale del Regolamento ci permettiamo di rinviare a G.M. Ruotolo, *The EU data protection regime and the multilateral trading system: where dream and day unite*, in *QIL – Questions of international law*, 2018.

[22] I testi 1980 e 2013 delle linee guida sono reperibili online. L'OECD – nella consapevolezza dei rischi connessi alle differenze di regolamentazione del trattamento dei dati personali previste negli ordinamenti nazionali, che, come abbiamo già accennato, avrebbero potuto operare come barriere non tariffarie agli scambi internazionali in importanti settori dell'economia – aveva ritenuto di suggerire ai suoi Membri di armonizzare le legislazioni nazionali. P. De Hert - V. Papakonstantinou, *The Council of Europe Data Protection Convention reform: Analysis of the new text and critical comment on its global ambition*, in *Computer Law & Security Review*, 2014, 633 ss. Nel contesto della *mise a jour* della Convenzione si registra l'approvazione, nel febbraio 2017, da parte del Comitato consultivo della stessa, delle Linee guida sui *big data*, di cui diremo nel par. 6.

dei dati, che sono considerati diritti individuali.
Ne sia una riprova il fatto che uno dei paradigmi del legittimo trattamento dei dati è la nozione di "consenso informato", che ha senso solo se tale consenso promana dall'interessato, che è identificabile solo nel caso di dati personali.
Ma, come abbiamo visto, questo paradigma è difficilmente applicabile al caso dei *co-patterners*, i quali tuttavia potrebbero aver bisogno di tutela nei confronti di Stati, organizzazioni internazionali, soggetti privati.
Ed infatti il Comitato consultivo della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa[23], il 23 gennaio 2017, ha adottato delle linee guida in materia di tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali nel contesto dei *big data*, che si spingono a considerare alcune peculiarità che vanno oltre le esigenze strettamente individuali che sono tradizionalmente oggetto delle norme sulla protezione dei dati personali[24].

5. La tutela nei confronti degli Stati: il modello della legittimazione dei gruppi nel contesto CEDU

La rilevanza dei gruppi, in realtà, come sappiamo, non è un fenomeno del tutto nuovo all'ordinamento internazionale: tralasciando qui la questione della rilevanza dei popoli nel contesto dell'autodeterminazione, nella costruzione dei diritti umani nel secondo dopoguerra c'era una innegabile attenzione ai "gruppi", per reazione ai regimi fascisti, e in misura minore alle dittature comuniste, che avevano negato le più fondamentali libertà di gruppi come ebrei, zingari, gay, intellettuali, borghesi.
E infatti la Dichiarazione universale dei diritti umani, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) rappresentano una delle reazioni giuridiche alle atrocità dei decenni precedenti.
Ora, come noto, quest'ultima, all'art. 1 obbliga gli Stati membri a garantire il rispetto dei relativi diritti a «*everyone within their jurisdiction*»; l'art. 34, come pure noto, attribuisce la legittimazione a ricorrere alla CEDU a «*any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto*».
Tuttavia nella prassi applicativa della CEDU questa attenzione per gli interessi generali è via via passata in secondo piano e l'attenzione si è sempre più rivolta all'individuo, ai suoi diritti e ai suoi interessi particolari.
Sappiamo, ad esempio, che gli Stati, come portatori di interessi generali, presentano ricorsi certamente con una frequenza nettamente minore rispetto agli individui; peraltro la giurisprudenza della CEDU tende a scoraggiare i ricorsi di persone giuridiche e gruppi, in particolare nel contesto dell'art. 8 della Convenzione, relativo alla tutela della vita privata, che è quello che ci interessa più da vicino.

[23] Il Comitato, la cui composizione è regolata dall'art. 18 della Convenzione 108, può fare proposte al fine di facilitare o migliorare l'applicazione della Convenzione, avanzare proposte di emendamento alla Convenzione, emette un parere su ogni proposta di emendamento che gli sia sottoposta e può, dietro domanda di una Parte, esprimere un parere su ogni questione relativa all'applicazione della Convenzione.

[24] *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of* Big data, reperibili all'indirizzo www.coe.int/data-protection.

La Corte, difatti, per lungo tempo, ha ritenuto che di norma le persone giuridiche non potessero presentare un ricorso per violazione del loro diritto alla privacy, perché quest'ultima sarebbe intrinsecamente legata ad interessi individuali e quindi, in linea di principio, patrimonio delle sole persone fisiche.
E se è vero che a partire dal 2002 la Corte ha iniziato ad ammettere le persone giuridiche a invocare il diritto alla privacy, si tratta di una giurisprudenza residuale; questi casi sono ancora l'eccezione, solo poche decine, pochissime rispetto alle migliaia di ricorsi di persone fisiche.
Peraltro, come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo rigetta o dichiara irricevibili i ricorsi che hanno per oggetto danni futuri o danni ipotetici, come pure inammissibile in contesto CEDU è l'*actio popularis*[25], in cui ricorrenti o gruppi di ricorrenti non intendono tutelare interessi propri, di cui sono titolari, ma interessi di altri o della società nel suo complesso (caso *Asselbourg c. Lussemburgo*[26]).
Di conseguenza gli individui possono ricorrere alla CEDU per una violazione dell'art. 8 al fine di proteggere interessi di un gruppo, solamente se tali interessi collidano con i loro o li inglobino (casi *Aksu c. Turchia*[27] e *Scozzafava e a. c. Italia*[28]).
Discorso tutto sommato analogo può esser fatto con riguardo alle persone giuridiche: di conseguenza gli individui possono anche depositare il ricorso per proteggere gli interessi delle persone giuridiche solo se i loro interessi individuali sono parte o confliggono con quelli della persona giuridica (caso *Niemetz c. Germania*[29]).
Insomma, la Corte, in massima parte, non rigetta e/o dichiara irricevibili ricorsi relativi a danni ipotetici o *in abstracto*, tranne in casi eccezionali, in cui la sua attenzione nei confronti degli interessi individuali si riduce per cosi dire, per concentrarsi su interessi

[25] La Corte internazionale di giustizia ha dato una definizione di un'azione siffatta nell'ordinamento internazionale come di quell'azione volta ad attivare «*a right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest. But although a right of this kind may be known to certain municipal systems of law, it is not known to international law as it stands at present: nor is the Court able to regard it as imported by the "general principles of law" referred to in Article 38, paragraph 1 (c), of its Statute*»; cfr. ICJ , *South West Africa, Second Phase, Judgment,* I.C.J. Reports 1966, 6. In dottrina v. W. J. Aceves, *Actio popularis. The class action in international law*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2003, article 9.

[26] Sent. 29 giugno 1999, ric. 29121/95. La Corte in quel caso rigettò il ricorso ritenendo che dai termini "vittima" e "violazione" contenuti nell'art. 34 CEDU, come pure dall'obbligo di previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni di cui all'art. 35, si desume che il sistema CEDU l'esercizio del diritto di ricorso individuale, oltre a non poter avere lo scopo di impedire una violazione futura della Convenzione, può esser volto solo a lamentare violazioni che riguardano il ricorrente personalmente.

[27] Sent. 15 marzo 2012, ric. 4149/04.

[28] Sent. 18 maggio 2017, ric. 20014/13. «La Corte ribadisce che per poter presentare ricorso ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, una persona, un'organizzazione non governativa, o un gruppo di privati deve essere in grado di sostenere di essere vittima di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Per poter sostenere di essere vittima di tale violazione, una persona deve essere colpita in modo diretto dall'atto o dall'omissione in questione, o deve correre il rischio di essere colpita da esso in modo diretto (CEDU, *Monnat c. Svizzera*, ric. 73604/01 (2006), § 31). La Convenzione non prevede l'instaurazione di un'*actio popularis* per interpretare i diritti previsti da essa, né permette alle persone di contestare una disposizione della legislazione nazionale semplicemente perché ritengono, senza essere state colpite da essa in modo diretto, che essa possa violare la Convenzione».

[29] Sent. 16 dicembre 1992, ric. 13710/88. In dottrina v. W.H.A.M. van den Muijsenbergh - S. Rezai, *Corporations and the European Convention on Human Rights,* reperibile all'indirizzo www.mcgeorge.edu.

più generali: si pensi al caso *Klass ad altri c. Germania*[30], il primo in cui si solleva un'ipotesi di sorveglianza occulta di massa da parte di uno Stato, il quale si caratterizza per il fatto che i ricorrenti non erano sicuri di essere sottoposti effettivamente a un regime di sorveglianza da parte dei servizi segreti dello Stato resistente[31].
Insomma, in linea di principio, almeno, la Corte rigetta i ricorsi di persone giuridiche volti a proteggere gli interessi dei gruppi.
Al contrario consente agli individui di presentare delle azioni collettive (*class actions*) per proteggere gli interessi di un gruppo, foss'anche solo una famiglia naturale (caso *Marckx c. Belgio*[32]).
Per quanto riguarda, poi, specificamente la legittimazione dei gruppi a tutelare le loro prerogative, va detto che il sistema della Convenzione tende comunque a sollecitare che i gruppi si dotino di una posizione giuridica formalizzata, cioè che diventino delle persone giuridiche, e questo al fine di evitare dubbi in merito alla legittimazione del gruppo e di chi agisce per suo conto (si pensi, ad esempio, ai dubbi che potrebbero insorgere quando un gruppo dovesse presentare un ricorso e se, in tal caso, mancando un soggetto formalmente legittimato a rappresentarlo in toto, vi sia o meno la necessità che vi partecipi ogni singolo membro del gruppo).
La Corte, quindi, in buona sostanza rigetta i casi in cui gli individui presentano un ricorso non già in quanto direttamente interessati ma in quanto meri appartenenti al gruppo (caso *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*[33]); d'altro canto, ma l'abbiamo già detto, invece la Corte consente alle persone di presentare ricorsi cumulativi, anche quando questi riuniscono un gran numero di ricorrenti; in questi casi, tuttavia, ogni ricorrente invoca una propria posizione giuridica autonoma, seppur analoga a quella degli altri ricorrenti.

6. La "*collective complaints procedure*" della Carta sociale europea

Un meccanismo di reclami collettivi è contemplato esplicitamente, invece, dal Protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea del 1995[34].
L'obiettivo perseguito dagli Stati membri con l'introduzione della procedura era di aumentare efficacia ed impatto della Carta e di rafforzare il ruolo delle parti sociali e delle organizzazioni non governative, consentendo loro di rivolgersi direttamente al

[30] Sent. 6 settembre 1978, ric. 5029/71.

[31] Per altri casi v. B. Van Der Sloot, *Is the Human Rights Framework Still Fit for the Big Data Era? A Discussion of the ECtHR's Case Law on Privacy Violations Arising from Surveillance Activities*, in S. Gutwirth - R. Leenes - De Hert (eds.), *Data Protection on the Move. Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*, Dordrecht/Heidelberg/New York/London, 2016, 411 ss.

[32] Sent. 13 giugno 1979, ric. 6833/74.

[33] Sent. 2 ottobre 2001, ricc. 29221/95 e 29225/95.

[34] Sul punto v. R. R. Churchill - U. Khaliq, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, in *European Journal of International Law,* 2004, 429 ss.; C. Panzera, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 37 ss.

Comitato europeo dei diritti sociali per lamentare la mancata attuazione della Carta da parte degli Stati che ne hanno accettato le disposizioni e, in particolare, la procedura di reclamo collettivo.
La procedura dei reclami collettivi in parola rappresenta un sistema di protezione parallelo alla protezione giudiziaria prevista dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: a differenza di quanto accade alla CEDU, il Comitato europeo dei diritti sociali non può infatti esaminare ricorsi individuali, ma solo reclami collettivi presentati da organizzazioni non governative specificamente individuate dagli Stati.
Proprio in considerazione della loro natura collettiva, i reclami in parola possono essere presentati senza il previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni e, quel che più interessa la nostra analisi, senza che l'organizzazione richiedente sia concretamente vittima della violazione contestata.
Le organizzazioni autorizzate a presentare reclami collettivi sono le seguenti: le parti sociali europee (Confederazione europea dei sindacati (CES), per i dipendenti; Business Europe e International Organization of Employers (OIE), per i datori di lavoro); alcune organizzazioni internazionali non governative che hanno uno *status* partecipativo in seno al Consiglio d'Europa; le parti sociali a livello nazionale; organizzazioni dei datori di lavoro e sindacati nel Paese interessato.
Inoltre, ogni Stato può concedere ad organizzazioni non governative nazionali rappresentative il diritto di presentare reclami; ad oggi si tratta di una facoltà esercitata solo dalla Finlandia.
Per essere dichiarato ammissibile un reclamo collettivo, tra i vari requisiti (essere firmato da una persona autorizzata a rappresentare l'organizzazione denunciante; fornire la prova che la persona che presenta e firma il reclamo ha il diritto di rappresentare l'organizzazione deve provare la rappresentatività dell'organizzazione che lo presenta; a questo proposito, il Comitato ha stabilito che, ai fini della procedura di reclamo collettivo, la rappresentatività è un concetto autonomo, non necessariamente identico alla nozione nazionale di rappresentatività[35] e che qualora il denunciante sia una ONG internazionale o nazionale, va fornita la prova che l'organizzazione denunziante ha una competenza specifica nel settore relativo alle disposizioni della Carta oggetto della denuncia.
Insomma, anche questo modello presuppone un'importante formalizzazione della struttura di rappresentanza dei gruppi e, come già il modello CEDU, consente solo il ricorso nei confronti di soggetti statali, impedendo di reagire a comportamenti di privati.

7. Modelli sostanziali di tutela delle posizioni giuridiche dei gruppi utilizzabili (anche) nei confronti di privati

Insomma, i modelli (processuali) fin qui delineati non appaiono idonei a disciplinare compiutamente i profili di tutela dai e dei *big datasets* non personali.

[35] *Confédération française de l'Encadrement "CFE-CGC" c. France*, reclamo n. 9/2000, decisione sull'ammissibilità del 6 novembre 2000, § 6, reperibile all'indirizzo www.coe.int.

Proviamo ora a cercare di individuare dei modelli, relativi stavolta a posizioni giuridiche sostanziali, da invocare dinanzi alle giurisdizioni interne, a tal fine.
Ciò ci consentirebbe non solo di risolvere i problemi di legittimazione dei gruppi delineati nei paragrafi precedenti, ma anche di concepire una tutela nei confronti dei privati, impossibile mediante i meccanismi puramente interstatali sin qui descritti.
Un primo modello che è stato utilizzato per cercare di costruire una forma di tutela dei gruppi è quello dei diritti delle minoranze[36]; ora, tali diritti sono essenzialmente basati sul divieto di discriminazione (la cui violazione, come abbiamo già visto nel par. 3, è uno dei rischi dell'abuso di *big datasets*). D'altro canto siffatti diritti presuppongono l'esistenza della minoranza, cioè del gruppo da tutelare, il quale è già formato prima che i suoi diritti vengano invocati, ciò che invece non avviene nel caso dei gruppi di *co-patterners*, che vengono in essere, per il tramite dell'algoritmo che, analizzando il *dataset*, li crea.
Un altro modello utilizzabile potrebbe essere quello della c.d. *relational privacy* (spesso definita anche "*family privacy*")[37]: l'idea è che gruppi come la famiglia formerebbero un'unità legittimata in quanto tale a tutelare la sua stessa riservatezza e, più in generale, le sue posizioni giuridiche. Tuttavia in questo caso il gruppo in questione, la famiglia, troverebbe con facilità un legale rappresentante, problema che, come abbiamo già visto, è invece con grande difficoltà risolvibile nel caso dei gruppi di *co-patterners*.
Il terzo modello che si potrebbe pensare di utilizzare è quello della c.d. tutela delle generazioni future e dei loro diritti, spesso invocata nel contesto del diritto internazionale dell'ambiente[38]: si discute difatti anche in questo caso, come in quello dei *co-patterners*, di raggruppamenti di persone non ancora esistenti nel momento in cui se ne invocano i diritti. Va però detto che la letteratura che si occupa dei diritti delle generazioni future, essenzialmente, si focalizza sugli obblighi delle generazioni attuali a preservare gli interessi di quelle future, le quali, sotto il profilo giuridico assumono quindi scarsa rilevanza: si tratta di una circostanza che rende difficilmente adattabile anche questo modello al problema di cui ci stiamo occupando.
Il quarto modello giuridico utilizzabile potrebbe essere quello del diritto a non nascere ("*wrongful life/birth*"), che in questo caso potrebbe essere applicato al gruppo in quanto tale, la cui "nascita" sarebbe fonte di discriminazione e/o danno; siamo perfettamente consapevoli, tuttavia, come l'esistenza stessa della posizione giuridica in parola sia contestata[39]. Rimarrebbe anche in questo caso comunque irrisolto il problema della rappresentanza del gruppo di *co-patterners*.

---

[36] Per alcuni riferimenti v. P. Torretta, *Diritti fondamentali e protezione delle "istanze collettive di diversità": il caso delle minoranze linguistiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 695 ss.

[37] R.H. Sloan - R. Warner, *Relational Privacy: Surveillance, Common Knowledge, and Coordination*, in *The University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 2017.

[38] Anche per ulteriori riferimenti bibliografici v. D. A. Farber, *From Here to Eternity: Environmental Law and Future Generations*, in *University of Illinois Law Review*, 2003, 2899 ss.

[39] La Cassazione italiana a sezioni unite, ad esempio, con sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015 ha risolto un contrasto giurisprudenziale sulla responsabilità medica per nascita indesiderata negando il risarcimento per i danni da "vita ingiusta" subiti dalla figlia e accogliendo invece la richiesta del risarcimento del danno patito dai genitori.

8. I *big datasets* non personali nell'UE: difficoltà giurisdizionali e un'ipotesi di ADR

Anche il contesto dell'Unione europea, pur più evoluto rispetto all'ordinamento internazionale, soffre una sorta di inadeguatezza normativa in qualche misura paragonabile a quelle sin qui descritte.

Sebbene la Commissione abbia recentemente avanzato una proposta di regolamento relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea[40], la stessa, pur riconoscendo alcune delle peculiarità di tali dati, però, si concentra esclusivamente, come già evidente già dal titolo, sui problemi della loro circolazione, senza preoccuparsi dei connessi profili di tutela.

Eppure il Parlamento europeo ha già evidenziato come, a causa delle quantità di dati e dei sistemi utilizzati per la loro analisi, i *big data* possano «condurre non solo a violazioni dei diritti fondamentali dei singoli, ma anche a una disparità di trattamento e a una discriminazione indiretta nei confronti di gruppi di persone con caratteristiche simili, in particolare per quanto concerne l'equità e le pari opportunità di accesso all'istruzione e all'occupazione, quando si offre un lavoro alla persona o la si valuta oppure quando si determinano le nuove abitudini di consumo degli utenti dei media sociali»[41]. Di recente, poi, la Corte di giustizia ha deciso una questione pregiudiziale relativa all'ammissibilità di una sorta di ricorso collettivo contro Facebook[42]: nella causa *a quo* il solito Maximilian Schrems[43] aveva agito dinanzi a una Corte austriaca per la tutela sua

---

[40] Si veda il doc. COM(2017)495 final del 13 settembre 2017.

[41] Risoluzione cit. *supra,* nota 48, punto 19, i corsivi sono nostri.

[42] CGUE, C-498/16, *Schrems c. Facebook Ireland Limited* (2018).

[43] Si tratta del medesimo individuo il cui ricorso dinanzi alla High Court irlandese aveva generato il rinvio pregiudiziale all'esito del quale la Corte aveva poi annullato la decisione 2000/520/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, adottata in applicazione della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti; cfr. CGUE, C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commission* (2015). In dottrina v. R. Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo alla "privacy" – Nota a CGUE Grande sezione 6 ottobre 2015 (causa C-362/14)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 289 ss.; B. Carotti, *Il caso "Schrems", o del conflitto tra riservatezza e sorveglianza di massa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 333 ss.; S. Crespi, *Il trasferimento dei dati personali UE in Stati terzi: dall'Approdo sicuro allo Scudo UE/USA per la "privacy"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 687 ss.; G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da "Google Spain" a "Schrems"* in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 779 ss.; A. Giattini, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia dell'UE: il caso "Schrems" e l'invalidità del sistema di "approdo sicuro"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 247 ss.; M. Mastracci, *Evoluzione del diritto alla privacy tra Europa e Stati Uniti: dal Safe Harbor al Privacy Shield*, in *La Comunità internazionale*, 2016, 555 ss.; A. Mantelero, *From "Safe Harbour" to "Privacy Shield". The "medieval" sovereignty on personal data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, 338 ss.; Id., *Il trattamento dati nelle imprese nel post "Safe Harbour". Strategie di breve, medio e lungo periodo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 887 ss.; M. Nino, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di* Safe Harbour: *la sentenza* Schrems, in *Quaderni di Sidiblog*, Napoli, 2015, 286 ss., reperibile online all'indirizzo www.sidiblog.org; Id., *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione* Schrems *della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione eu*ropea, 2016, 755 ss.; P. Piroddi, *I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza "Schrems" e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 827 ss.; F. Rossi Dal Pozzo, *La tutela dei dati personali*, cit., in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 690 ss.; G. Scarchillo, *Dal Safe Harbor al Privacy Shield. Il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti dopo la sentenza Schrems*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, 901 ss.; S. Sica - V. D'Antonio, *I "Safe Harbour Privacy Principles": genesi,*

e di altre persone[44] contro il social network, accusato di aver applicato in maniera massiva politiche illegittime di raccolta, elaborazione e condivisione di dati, nonché di aver fornito i risultati delle proprie elaborazioni – sia in senso individuale sia, per quanto interessa più da vicino la nostra analisi, in senso aggregato – al Governo USA per i suoi programmi di sorveglianza di massa, in particolare il famigerato PRISM.

La Corte austriaca chiedeva quindi alla Corte di giustizia di chiarire se il regolamento (CE) 44/2001, c.d. Bruxelles I, *ratione temporis* applicabile, concernente, come noto, la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e, in particolare, l'art. 16, par. 1[45], potesse essere interpretato nel senso di consentire ad un singolo di far valere all'interno di uno Stato membro, contestualmente ai *propri*, anche diritti analoghi di *altri* consumatori, i cui dati fossero stati aggregati.

Va chiarito che nel procedimento *a quo* l'attore si era premurato di farsi cedere da tali altri interessati i loro diritti, proprio al fine di proporre l'azione giurisdizionale "collettiva", e tale cessione fosse da costoro stata concessa proprio al fine di garantire un esercizio *generale* dei diritti coinvolti nell'azione proposta.

Nelle sue Conclusioni, presentate il 14 novembre 2017, l'Avvocato generale Michal Bobek suggeriva alla Corte di dichiarare che, alla luce dello stato attuale del diritto UE e, in particolare dell'art. 16, par. 1, del reg. Bruxelles I, un consumatore non può far valere, contemporaneamente a diritti propri, diritti aventi lo stesso oggetto che gli siano a tal fine stati ceduti da altri consumatori domiciliati in altre località all'interno dello stesso Stato membro, in altri Stati membri o in Paesi terzi.

L'A.G., infatti, pur riconoscendo l'opportunità di prevedere la possibilità di azioni collettive all'interno dell'Unione, ricordava che, a parte alcuni strumenti di diritto non vincolante, di cui diremo fra poco, l'ordinamento UE non contempla una siffatta possibilità, la quale non potrebbe, quindi, essere riconosciuta per via giurisprudenziale, necessitando invece di un intervento legislativo organico[46].

Ed è esattamente quello che ha fatto la Corte il 25 gennaio 2018, dichiarando che, allo stato, l'ordinamento UE non conosce tale possibilità.

Insomma, per quanto riguarda la tutela collettiva di lesioni di interessi che colpiscono gruppi di *co-patterners* in conseguenza del trattamento *in blocco* di dati non personali, l'or-

contenuti, criticità, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 801 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Intorno alla decisione nel caso "Schrems": la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, *ivi*, 2015, 683 ss.

[44] Sebbene il procedimento pendente dinanzi al giudice del rinvio riguardasse soltanto sette consumatori domiciliati in Austria, Germania e India, successivamente più di 50.000 persone avevano provveduto a cedere a Schrems i loro diritti nei confronti di Facebook mediante un sito web volto alla raccolta della volontà degli interessati: www.fbclaim.com.

[45] «L'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte, o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore». Ricordiamo che, a partire dal 10 gennaio 2015, il regolamento 44/2001 è stato sostituito dal reg. 1215/2012, il cui art. 18, par. 1, prevede che «l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui è domiciliata tale parte o, indipendentemente dal domicilio dell'altra parte, davanti alle autorità giurisdizionali del luogo in cui è domiciliato il consumatore».

[46] Cfr. il par. 123 delle Conclusioni cit.

dinamento internazionale e l'ordinamento UE dimostrano di essere in uno stallo, una sorta di singolarità nel senso esplicitato da Shanahan nel passaggio citato come *incipit* di questo lavoro, in cui i meccanismi di tutela giuridica normalmente predisposti non appaiono in grado di funzionare.

Il dio ha fallito, insomma.

De jure condendo ricordiamo, tuttavia, che la Commissione ha, qualche tempo addietro, adottato una raccomandazione relativa ai «principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione»[47] che, per quanto concerne la legittimazione ad agire, suggerisce agli Stati membri di designare delle organizzazioni che possano intentare azioni rappresentative di una pluralità di individui con interessi comuni[48].

Si tratta di un'idea che potrebbe essere in qualche modo recuperata con riferimento al caso in esame: una individuazione preventiva di organizzazioni indipendenti legittimate ad agire per la tutela dei gruppi di *co-patterners* potrebbe infatti superare almeno alcune delle difficoltà fin qui tracciate.

E, al riguardo, di fianco alla legittimazione ad azioni in sede giurisdizionale, forse ancor più efficace potrebbe essere la previsione di meccanismi di *alternative dispute resolution* analoghi a quelli previsti nel regolamento (UE) 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori)[49].

---

[47] Raccomandazione 2013/396/UE dell'11 giugno 2013. Si vedano in dottrina R. Cisotta, *The Evolving Framework for Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union: a First Assessment*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, 709 ss.; M. Danov, *The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments*, in *Journal of Private International Law*, 2010, 359 ss.; B. Hess, *Collective Redress and the Jurisdictional Model of the Brussels I Regulation*, in A. Nuyts - N.E. Hatzimihail (eds.), *Cross-Border Class Actions. The European Way*, Munich, 2014, 59 ss.; E. Lein, *Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: a mismatch*, in D. Fairgrieve - E. Lein (eds.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford, 2012, 129 ss.; A. Nuyts, *The Consolidation of Collective Claims under Brussels I*, in A. Nuyts - N.E. Hatzimihail (eds.), *op. cit.,* 69; Z.S. Tang, *Consumer Collective Redress in European Private International Law*, in *Journal of Private international Law*, 2011, 101 ss.; Id., *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2015, 284 ss.; A.M. Romito, *I provvedimenti inibitori a favore del consumatore nella disciplina dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 503 ss.

[48] La raccomandazione auspica che siffatte organizzazioni non abbiano scopo di lucro, che vi sia un nesso diretto tra i loro obiettivi principali e i diritti conferiti dalle norme dell'Unione di cui si lamenta la violazione per i quali l'azione è esperita e che le stesse abbiano sufficienti capacità, in termini di risorse finanziarie e umane e di competenza legale, per rappresentare una molteplicità di ricorrenti agendo nel loro interesse.

[49] Per un'analisi diffusa dei meccanismi ivi previsti, certamente ultronea in questo contesto, ci permettiamo di rinviare a G.M. Ruotolo, *La soluzione delle controversie online dei consumatori nell'Unione europea tra armonizzazione e diritto internazionale privato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 359 ss.

L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *digital privacy* come osservatorio privilegiato*

Angelica Bonfanti

Abstract

Il presente studio esamina l'utilizzo di *big data* da parte di forze dell'ordine nello svolgimento delle funzioni di protezione della sicurezza pubblica e prevenzione e repressione del crimine. In particolare ci si focalizza sulle tecniche di polizia predittiva, ossia l'incrocio, mediante algoritmi, di dati immagazzinati attraverso fonti diverse, al fine di prevedere il compimento di reati e la loro localizzazione o elaborare profili criminali individuali. Lo studio intende verificare la compatibilità di simili tecniche con la tutela del diritto alla privacy e la protezione dei dati personali, nella prospettiva del diritto internazionale ed europeo. A questo fine, dopo avere analizzato la nozione di "*big data*" ed esaminato se essi possano essere considerati realmente anonimi, lo studio si focalizza, nella prospettiva descritta, sulla profilazione, la raccolta generalizzata e il trattamento automatizzato dei dati, pratiche alla base delle tecniche di polizia predittiva.

This essay examines the exploitation of big data by law enforcement agencies as a tool for accomplishing to their public security and crime prevention and repression functions. More specifically, it focuses on predictive policing - i.e. a technique that combines, through algorithms, data obtained from different sources in order to elaborate crime hotspots and composite. The essay aims at assessing the consistency of predictive policing with the right to privacy and data protection, as ruled at international and EU level. From this perspective, after analyzing the meaning of "big data" and whether it is really anonymous, it focuses on the techniques employed within predictive policing, such as profiling, automated processing, data retention and storage.

Sommario

1. L'utilizzo di *big data* per fini di polizia predittiva. – 2. *Big data*, anonimato e pseudo-anonimato. – 3. *Big data* e profilazione. – 4. La raccolta generalizzata di dati. – 5. Il trattamento automatizzato dei dati PNR. – 6. Conclusioni.

* Il presente testo rappresenta una versione ampliata e con l'aggiunta delle note della relazione presentata dall'Autore alla Tavola rotonda su "Big data: prospettive di diritto internazionale e dell'Unione europea" svoltasi nel Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 6 giugno 2018 in occasione del Convegno nazionale della Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea (SIDI). Su determinazione della direzione, l'articolo è stato pertanto sottoposto a referaggio anonimo.

Keywords

Polizia predittiva, Privacy, Big data, Protezione dei dati, Diritto internazionale

1. L'utilizzo di *big data* per fini di polizia predittiva

I rischi che l'utilizzo di *big data* comporta per la tutela della privacy e la protezione dei dati personali sono noti. Accanto alle criticità legate alla profilazione per fini commerciali, l'utilizzo di *big data* da parte di forze dell'ordine nello svolgimento delle funzioni di protezione della sicurezza pubblica e prevenzione e repressione del crimine merita certamente un'analisi, cui le riflessioni del presente studio si indirizzano. Più in particolare, in questa sede si intendono esaminare le potenziali ingerenze nella protezione del diritto alla privacy e dei dati personali derivanti dall'utilizzo di tecniche che comportano la collezione massiccia di dati, il loro immagazzinamento, la lettura incrociata delle banche dati e, più specificamente, la profilazione per fini di polizia predittiva.

Quest'ultima tecnica consiste nell'incrocio, mediante algoritmi, di dati immagazzinati attraverso fonti diverse, al fine di prevedere il compimento di reati e la loro localizzazione ("*crime hotspot*") o elaborare profili criminali individuali ("*predictive composite*").[1] Tra le fonti rientrano le banche dati elaborate dalle forze dell'ordine o acquisite da *databrokers*, i social networks, internet e gli impianti a circuito chiuso. Gli effetti negativi sulla tutela dei diritti umani connessi all'utilizzo di tecniche di polizia predittiva sono notevoli: in primo luogo, l'individuazione di classi di soggetti a diverso grado di pericolosità ("*social sorting*") implica evidenti rischi di stigmatizzazione e discriminazione. In secondo luogo, come rilevato dal Parlamento Europeo nel 2017, non si può trascurare il rischio di falsi positivi dovuti all'inaccuratezza dei dati processati, con l'effetto che «*low-quality data and/or low-quality procedures behind decision-making processes and analytical tools could result in biased algorithms, spurious correlations, errors, an underestimation of the legal, social and ethical implications*».[2]

Le tecniche in esame sono ampiamente utilizzate. La polizia statunitense si avvale di strategie di prevenzione del crimine fondate sull'utilizzo di algoritmi, con cui perviene a identificare celle geografiche di probabile attività criminale, potendo così incidere significativamente sulla riduzione del crimine. Anche la Danimarca ha recentemente adottato una normativa che potenzia le capacità di intrusione della polizia e dei servizi segreti nei dati personali, attraverso una piattaforma (POL-INTEL) che incrocia le banche dati della polizia e i dati provenienti da investigazioni con quelli acquisiti tramite videocamere, internet, social networks o ottenuti mediante *databrokers* ("*open source collection, hotspot analysis* e *social network analysis*"), realizzando in questo modo una colle-

[1] Si vedano: A. Babuta, *Big Data and Policing. An Assessment of Law Enforcement Requirements, Expectations and Priorities*, in *Royal United Services Institute for Defence and Security Studies*, 2017; M. Mendola, *One Step Further in the 'Surveilance Society': The Case of Predictive Policing*, Tech and Law Center, 17 ottobre 2016.

[2] European Parliament, *Report on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law-enforcement*, 2016/2225(INI), Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 20 febbraio 2017, par. M.

zione generalizzata di dati e informazioni senza limitazione di scopo.[3] L'elaborazione e la gestione della piattaforma sono affidate a una società privata, la Palantir Technologies, specializzata nell'analisi di dati per operatori privati, agenzie militari, sevizi segreti e forze dell'ordine. Il ricorso a società di analisi private da parte di governi, d'altronde, è frequente. Si pensi ad esempio al governo statunitense che ricorre all'esame di dati provenienti da Facebook, Twitter e altri social networks mediante i servizi offerti da società ICT come Geofeedia, Snaptrends, Dataminr, Madia Sonar, Babel Street, Digital Stakeout, Pathar, Beware, Betwater,[4] e, da ultimo, Cambridge Analytica, come emerso nella vicenda che ha recentemente coinvolto Facebook.[5]

In questo scenario la Cina merita una specifica attenzione: il suo Police Cloud System consente infatti alle forze dell'ordine una sorveglianza capillare e continuativa sui cittadini cinesi. Secondo uno studio condotto da Human Rights Watch, il programma consente di incrociare numerose fonti di informazione, tra cui «*data routinely gathered by China's police, such as residential addresses, family relations, birth control methods, and religious affiliations*» con «*hotel, flight and train records, biometrics, CCTV footage, and information from other government departments and even private companies*».[6] La piattaforma identifica sette categorie di profili potenzialmente pericolosi per il mantenimento di sicurezza e ordine pubblico: «*petitioners, those who 'undermine stability', those who are involved in terrorism, major criminals, those involved with drugs, wanted persons, and those with mental health problems who 'tend to cause disturbances*».[7] Ad esempio il contratto di gestione del Police Cloud di Jinan specifica che la piattaforma analizza profili rintracciati sulla base dell'incrocio di informazioni che concernono «*ethnicity, criminal offense records, and others*», al fine di informarne le forze dell'ordine su base giornaliera o settimanale. Il governo cinese dispone poi di una seconda piattaforma di sorveglianza, la Integrated Joint Operations Platform, specificamente indirizzata a individuare comportamenti 'anomali' da parte degli uiguri, la minoranza musulmana residente nella regione dello Xinjiang.[8]

Infine, anche l'Italia a partire dal 2014 si avvale del programma software Key-Crime, che utilizza algoritmi per individuare potenziali profili criminali. Il sito della Polizia di Stato spiega che «le informazioni – raccolte da interrogatori – sommate all'analisi effettuata fotogramma per fotogramma dei filmati recuperati dagli impianti a circuito chiuso vengono inseriti nell'interfaccia grafica di Key-Crime. L'algoritmo matematico [..] elabora e incrocia tutti i dati […] proponendo al poliziotto una serie di dati che sono potenzialmente collegabili [..] [L]a serie criminale così individuata consente di avere capacità predittive con ottime probabilità di successo».[9]

Le tecniche in esame si inquadrano nel contesto più ampio della sorveglianza statale

[3] In merito *New Legal Framework for Predictive Policing in Denmark,* in *EDRi,* 22 febbriao 2017.

[4] T. Scassa, *Law Enforcement in the Age of Big Data and Surveillance Intermediaries: Transparency Challenges*, in *Scripted*, 2017.

[5] V. Ng, *What Next After the Facebook and Cambridge Analytica Revelations?*, 23 luglio 2018.

[6] Human Rights Watch, *China: Police 'Big Data' Systems Violate Privacy, Target Dissent Automated Systems Track People Authorities Claim 'Threatening'*, 19 novembre 2017.

[7] *Ibid.*

[8] M. Wang, *Cambridge Analytica, Big Data and China*, 18 aprile 2018.

[9] *La chiave del crimine*, reperibile a: www.poliziadistato.it.

sugli individui per fini di sicurezza pubblica e nazionale. Al contesto di analisi sono riconducibili, ad esempio, le misure adottate da alcuni Stati per fini emergenziali e di lotta al terrorismo, e poi in maniera sempre più stabile. Esse prevedono la realizzazione di programmi di intercettazione delle comunicazioni di cittadini propri e stranieri e di raccolta generalizzata di dati personali. Tra le misure anche il programma PRISM, già ampiamente commentato in dottrina, con cui il governo statunitense, prima, e quelli inglese e francese, poi, hanno sviluppato un piano di sorveglianza elettronica di massa, duraturo e indifferenziato, per accedere e immagazzinare dati personali di cittadini statunitensi ed europei. [10]

Più recentemente nel rapporto sulla trasparenza pubblicato il 25 maggio 2018 da Apple, la società rivela che nella prima parte dell'anno ha ricevuto dal governo statunitense 16.249 richieste di accesso a dati personali di utenti per fini di sicurezza nazionale, misura doppia rispetto a quella del secondo semestre 2017. Alla medesima tendenza si allineano anche Facebook e Google.[11] Il dato è ancora più inquietante se si considera che nel febbraio 2018 Apple, per adempiere alla legge cinese sulla cyber-security entrata in vigore il 1° giugno 2017, ha trasferito a un server di costituzione locale tutti i dati degli utenti cinesi e le relative chiavi crittografiche. Il fatto è stato ampiamente criticato per la potenzialità che esso implica di comprimere il godimento non solo del diritto alla privacy ma anche di altri diritti umani fondamentali. [12]

Il presente articolo intende svolgere riflessioni sulla compatibilità delle tecniche di polizia predittiva con la tutela del diritto alla privacy e la protezione dei dati personali, nella prospettiva del diritto internazionale ed europeo. A questo fine, dopo avere esaminato la nozione di "*big data*" e verificato se essi possano essere considerati realmente anonimi (§ 2), lo studio analizza la profilazione (§ 3), la raccolta generalizzata (§ 4) e il trattamento automatizzato dei dati (§ 5), pratiche alla base delle tecniche di polizia predittiva, per valutarne le potenzialità lesive nei confronti del diritto alla privacy e della protezione dei dati personali.

2. *Big data*, anonimato e pseudo-anonimato

Prima di entrare nel dettaglio dell'analisi giuridica, è opportuno definire cosa si intenda per "*big data*" e verificarne la natura anonima o la possibile riconduzione a soggetti individuati. Citando le parole del Parlamento Europeo «*big data refers to the collection, analysis and the recurring accumulation of large amounts of data, including personal data, from a variety of*

[10] G. Della Morte, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018, 178 ss.; V. Mitsilegas, *Surveillance and Digital Privacy in the Transatlantic 'War on Terror': The Case for a Global Privacy Regime*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2016, 3 ss.; M. Nino, *Il caso Datagate: i problemi di compatibilità del programma di sorveglianza PRISM con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 440 ss.; M. Tzanou, *The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, Oxford, 2017. In generale si veda anche L. Borlini, *Tutela della privacy e protezione dei dati personali a fronte della sicurezza pubblica e dell'integrità del sistema finanziario europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 23.

[11] S. Nellis, *Apple sees steep increase in U.S. national security requests*, 25 maggio 2018.

[12] Amnesty International, *When Profits Threaten Privacy – 5 Things You Need to Know about Apple in China*, 27 febbraio 2018.

sources, which are subject to automatic processing by computer algorithms and advanced data-processing techniques using both stored and streamed data in order to generate certain correlations, trends and patterns (big data analytics)».[13]

Quanto alla natura anonima degli stessi, è utile, nel contesto del presente studio, riferirsi alla direttiva 2016/680.[14] Essa concerne infatti la protezione dei dati personali nell'ambito delle attività svolte dalla polizia o da altre autorità pubbliche preposte all'applicazione della legge per la prevenzione, l'indagine, l'accertamento o il perseguimento di reati o l'esercizio di poteri per la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica. La direttiva stabilisce di applicarsi «a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile»,[15] rimanendo pertanto escluse dall suo ambito di regolamentazione le informazioni anonime, ossia le «informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile»[16] o che coinvolgono «dati personali resi sufficientemente anonimi e tali da non consentire più l'identificazione dell'interessato».[17] Per stabilire l'identificabilità di una persona fisica, devono essere presi in considerazione «tutti i mezzi, […], tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici».[18]

L'art. 20 della direttiva prevede che il titolare del trattamento – ossia l'autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, salvaguardia contro e prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica - metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte a proteggere in modo efficace i dati e a integrare le necessarie garanzie, avendo considerazione dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento e dei rischi per i diritti e le libertà dell'interessato. L'autorità pubblica in questione deve inoltre adottare misure che garantiscano che solo i dati personali necessari, per quantità, portata del trattamento, periodo di conservazione e accessibilità, siano trattati attraverso impostazioni predefinite.

La pseudonimizzazione consiste nel trattamento dei dati personali tramite cui essi «non poss[o]no più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che i dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».[19] Occorre tuttavia notare che la pseudonimizzazione non garantisce in modo assoluto e definitivo

[13] European Parliament, *Report on fundamental rights implications of big data,* cit., para. A). Sulla nozione di "big data" si veda G. Della Morte, *op. cit.*, 161 ss. e i riferimenti ivi richiamati.

[14] Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in OJ L 119, 4 maggio 2016, 89 ss.

[15] Direttiva (UE) 2016/680, cit., considerando 21.

[16] *Ibid.*

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid.*

[19] *Ibid.*, art. 3, par. 5.

l'anonimato dei dati personali:[20] permane infatti il rischio, rilevato anche dal Parlamento Europeo, che sia possibile procedere alla «*re-identification of individuals by correlating different types of anonymised data*»,[21] con la conseguenza, evidenziata dallo Special Rapporteur sul diritto alla privacy, che alla domanda «*do de-identification processes deliver data that does not interfere with individuals' information privacy rights?*»[22] si deve inevitabilmente, allo stato attuale, rispondere negativamente.

Con riguardo all'anonimato, occorre infine precisare se e a quali condizioni dati apparentemente non riconducibili a persone identificabili possano essere rivelati. A questo proposito è chiarificatoria la sentenza *Breyer* della Corte di giustizia dell'Unione europea[23] per i rilievi sulla qualificazione degli indirizzi IP dinamici. Secondo la Corte, pur «non rivela[ndo tali indirizzi] direttamente l'identità della persona fisica proprietaria del computer a partire dal quale avviene la consultazione di un sito Internet, né quella di un'altra persona che potrebbe utilizzare detto computer»,[24] esiste tuttavia il rischio che essi vengano incrociati con altre informazioni, divenendo così «un mezzo che può essere ragionevolmente utilizzato per identificare la persona interessata».[25] In pratica «il fornitore di servizi di media online dispon[e] di mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati per identificare, con l'aiuto di altri soggetti, ossia l'autorità competente e il fornitore di accesso a Internet, la persona interessata sulla base degli indirizzi IP conservati».[26] Date queste premesse, anche «un indirizzo IP dinamico registrato da un fornitore di servizi di media online in occasione della consultazione, da parte di una persona, di un sito Internet che tale fornitore rende accessibile al pubblico costituisce [pertanto] nei confronti di tale fornitore, un dato personale […], qualora [egli] disponga di mezzi giuridici che gli consentano di far identificare la persona interessata grazie alle informazioni aggiuntive di cui […] dispone».[27] Va infine aggiunto che l'anonimato *online* è legittimo in conformità con le previsioni specifiche dei diritti nazionali e che qualora, come conclude la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Delfi v. Estonia*,[28] esso sia consentito, «*[t]he release of [personal] information would usually require an injunction by the investigative or judicial authorities and would be subject to restrictive conditions*».[29]

3. *Big data* e profilazione

Sulla base di queste premesse si giustificano le cautele previste dalla direttiva 2016/680

[20] Sulla distinzione tra dati anonimi e pseudo-anonimi G. Della Morte, *op. cit.*, 156 ss.

[21] European Parliament, *Report on fundamental rights implications of big data*, cit., par. 7.

[22] *Report of the Special Rapporteur on the right to privacy*, A/72/43103, 19 ottobre 2017, par. 95.

[23] CGUE, C-582/14, *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland* (2016). In merito: D. Marrani, *Dati personali e cybersicurezza: la decisione Breyer della Corte di giustizia*, in *SIDIBlog*, 11 aprile 2017.

[24] CGUE, *Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, cit., § 38.

[25] *Ibid.*, § 45.

[26] *Ibid.*, § 48.

[27] *Ibid.*, § 49.

[28] CEDU, *Delfi AS v. Estonia,* ric. 64569/09 (2015).

[29] *Ibid.*, § 148.

in materia di "profilazione", ossia il «trattamento automatizzato di dati personali consistente [nel loro] utilizzo […] per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare […] riguardanti il [suo] rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti».[30] L'art. 11 della direttiva vieta che le decisioni assunte da forze dell'ordine si fondino «unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato». Occorrono pertanto garanzie adeguate, tra cui «almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».[31] È invece da considerarsi del tutto illegittima la profilazione che conduce alla «discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali».[32]

I rischi legati all'utilizzo di tecniche di profilazione sono evidenti. Secondo il Parlamento Europeo, innanzitutto, vi è «*the risk of data being used for discriminatory or fraudulent purposes and the marginalisation of the role of humans in these processes, leading to flawed decision-making procedures that have a detrimental impact on the lives and opportunities of citizens, in particular marginalised groups, as well as bringing about a negative impact on societies and businesses*».[33] Ciò ha l'effetto di rendere l'utilizzo di *big data* capace di causare non solo violazioni dei diritti individuali fondamentali, ma anche trattamenti discriminatori o discriminazioni indirette nei confronti di gruppi di persone con caratteristiche simili, e in particolare nell'ambito dell'accesso all'istruzione o al lavoro o nella valutazione delle loro preferenze in qualità di consumatori.[34]

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo evidenza i rischi di stigmatizzazione connessi all'immagazzinamento di dati e informazioni personali. Nella sentenza *S. and Marper v. The United Kingdom* essa perviene alla conclusione che «*the mere storing of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8*».[35] Più precisamente, essa ravvisa un sensibile rischio «*stemming from the fact that persons […] who have not been convicted of any offence and are entitled to the presumption of innocence, are treated in the same way as convicted persons*».[36] E questo anche pur essenso vero che «*the retention of the applicants' private data cannot be equated with the voicing of suspicions*»[37]: infatti la «*perception that they are not being treated as innocent is heightened by the fact that their data are retained indefinitely in the same way as the data of convicted persons, while the data of those who have never been suspected of an offence are required to be destroyed*».[38]

---

30 Direttiva (UE) 2016/680, cit., art. 3, par. 4.

31 *Ibid*., considerando 38.

32 *Ibid*., art. 11, par. 3, e considerando 38.

33 European Parliament, *Report on fundamental rights implications of big data*, cit., par. M.

34 *Ibid*., par. 19.

35 CEDU, *S. and Marper v. the United Kingdom*, ric. 30562/04 e 30566/04 (2008), § 67. In merito: I. Voina-Motoc, *La génétique et l'article 8 de la CEDH: la généalogie de Marper c Royaume Uní dans le droit international*, in J. Casadevall-G. Raimondi-E. Fribergh-P. Titiun-P. Kempees-J. Darcy (eds.), *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann: liber amicorum Dean Spielmann*, Oisterwijk, 2015, 399 ss.

36 CEDU, *S. and Marper v. the United Kingdom*, cit., § 122

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

Infine, come evidenziato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla domanda di parere 1/15, profilazione e trattamento automatizzato possono determinare il pericolo che «modelli comportamentali predefiniti "a rischio" o "preoccupanti", collegati ad attività terroristiche e/o di criminalità transnazionale grave» conducano a «identificare persone fino a quel momento sconosciute ai servizi di polizia o non sospette»[39] e ingenerino «la spiacevole sensazione che tutti […] siano trasformati in potenziali sospetti».[40] Se si pensa all'Accordo PNR tra UE e Canada,[41] oggetto del Parere 1/15 – su cui si tornerà a breve – l'ingerenza riguarda infatti, «in modo sistematico, tutti i passeggeri che usufruiscono dei collegamenti aerei tra il Canada e l'Unione europea, vale a dire varie decine di milioni di persone all'anno», ed è evidente che «il trasferimento di quantitativi ingenti di dati personali dei passeggeri aerei, in cui sono compresi dati delicati, che necessitano, per definizione, di un trattamento automatizzato, nonché la [loro] conservazione […] per un periodo di cinque anni, mira[no] [proprio] a consentir[n]e un confronto, eventualmente retrospettivo». [42] Avendo pertanto concluso che l'utilizzo automatizzato di dati e il ricorso alla profilazione a fini di polizia predittiva devono essere debitamente regolati, rimane da indagare se e a quali condizioni l'immagazzinamento generalizzato degli stessi e la loro consultazione ed elaborazione possano essere considerati leciti.

4. La raccolta generalizzata di dati

La direttiva 2016/680, il GDPR[43] e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("CEDU") legittimano restrizioni del diritto alla privacy e della protezione dei dati personali per esigenze di sicurezza pubblica.[44] Per quanto concerne la CEDU, il suo art. 8, par. 2, stabilisce l'illegittimità dell'ingerenza delle autorità pubbliche nel diritto alla privacy salvo che essa «sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». La direttiva

[39] CGUE, parere 1/15, Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi presentate l'8 settembre 2016, § 176.

[40] *Ibid.*

[41] Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione [COM(2013) 528 final].

[42] *Ibid.*

[43] Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, in OJ L 119, 4 maggio 2016, 1 ss. ("GDPR").

[44] M. Milanovic, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Era*, in *Harvard International Law Journal*, 2015, 56 ss., spec. 81; A. Terrasi, *Il rapporto tra diritto alla privacy e protezione dei dati personali tra Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in M. Distefano (a cura di), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale. Temi scelti*, Napoli, 2017, 127; M. Weiler, *The Right to Privacy in the Digital Age: the Commitment to Human Rights Online*, in *German Yearbook of International Law*, 2014, 651 ss. In generale: J. Carrascosa González*, The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality*, *in Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Leiden/Boston, v. 378, 2016; L.A. Bygrave, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford, 2014.

2016/680 segue lo stesso orientamento e autorizza gli Stati membri ad adottare misure legislative intese a ritardare, limitare o escludere la comunicazione di informazioni all'interessato o a limitare, in tutto o in parte, il suo diritto di accesso o di rettifica o cancellazione,[45] se e per il tempo in cui ciò costituisca «una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata al fine di: a) non compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari; b) non compromettere la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali; c) proteggere la sicurezza pubblica; d) proteggere la sicurezza nazionale; e) proteggere i diritti e le libertà altrui».[46] Analogamente l'art. 23 del GDPR legittima la compressione dei diritti riconosciuti, purché essi rispettino «l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia[no] una misura necessaria e proporzionata in una società democratica» per garantire la sicurezza pubblica e nazionale e la prevenzione, l'indagine, l'accertamento o il perseguimento di reati.

I principi citati trovano applicazione in alcune importanti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea. Particolarmente significative nel presente contesto sono le sentenze *Digital Rights*[47] e *Tele 2 Sverige*.[48] Secondo la prima, la direttiva 2006/24[49] – che obbliga i *service providers* a conservare per un certo periodo dati relativi agli utenti e prevede l'accesso ad essi da parte delle autorità nazionali, senza indicare criteri obiettivi che limitino «il numero di persone che [dispongono] dell'autorizzazione di accesso o l'uso dei dati conservati a quanto strettamente necessario alla luce dell'obiettivo perseguito»[50] – è invalida in quanto determina un'ingerenza «di vasta portata» e «particolarmente grave» nei diritti sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea.[51] Pur riconoscendo la legittimità dell'obiettivo della direttiva – ossia quello di contribuire alla lotta contro la criminalità grave – la Corte conclude che l'ingerenza nei diritti individuali procurata dalla direttiva non è necessaria e proporzionale. È infatti indiscutibile che «tenuto conto della crescente importanza dei mezzi di comunicazione elettronica, i dati che debbono essere conservati […] permettono alle autorità nazionali competenti in materia di perseguimento di reati di disporre di possibilità supplementari di accertamento dei reati gravi e […] costituiscono quindi uno strumento utile per le indagini penali».[52] Tuttavia, anche ammettendo che «la lotta contro la criminalità grave [è] di capitale importanza per garantire la sicurezza pubblica» e «la sua efficacia [dipende] in larga misura dall'uso delle moderne tecniche

[45] Direttiva 2016/680, cit., considerando 44.

[46] *Ibid*., art. 13.

[47] CGUE, C-293/12, *Digital Rights Ireland* (2014).

[48] CGUE, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Postoch telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis* (2016).

[49] Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE.

[50] CGUE, *Digital Rights Ireland*, cit., § 62.

[51] *Ibid*., § 37.

[52] *Ibid*., § 49.

di indagine»,[53] la Corte conclude che «simile obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria». Pertanto occorre che siano previste regole chiare e precise che disciplinino l'applicazione delle misure e impongano garanzie sufficienti contro il rischio di abusi, accessi e usi illeciti ai danni dei titolari dei dati. È inoltre preclusa la possibilità – che la direttiva configura – di effettuare raccolte di dati che concernano «in maniera generale qualsiasi persona e qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica, nonché l'insieme dei dati relativi al traffico senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi» e che conseguentemente coinvolgano «anche […] persone per le quali non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi».[54] Infine la Corte censura la direttiva perché essa non stabilisce che «l'accesso ai dati conservati da parte delle autorità nazionali competenti [sia] subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente».[55]

Analogamente, nella sentenza *Tele 2 Sverige* del 21 dicembre 2016, la Corte di giustizia conclude che le normative svedese e inglese di recepimento della direttiva sopra citata, che obbligano i *service providers* a conservare in maniera generalizzata i dati degli abbonati, «travalica[no] i limiti dello stretto necessario e non [possono] essere considerat[e] giustificat[e], in una società democratica».[56] La Corte ritiene invece legittima l'adozione da parte di uno Stato membro di una normativa che consenta «a titolo preventivo, la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, per finalità di lotta contro la criminalità grave, a condizione che la conservazione dei dati sia, per quanto riguarda le categorie di dati da conservare, i mezzi di comunicazione interessati, le persone riguardate, nonché la durata di conservazione prevista, limitata allo stretto necessario»,[57] ossia purché essa «preveda norme chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione di una siffatta misura di conservazione dei dati e fissino un minimo di requisiti, di modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie sufficienti tali da permettere di proteggere efficacemente i loro dati perso-

[53] *Ibid.*, § 51.

[54] *Ibid.*

[55] Sulla sentenza: F. Fabbrini, *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and Its Lessons for Privacy and Surveillance in the United States*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2015, 65 ss.; G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 64 ss.; L. Seminara, *Sorveglianza segreta e nuove tecnologie nel diritto europeo dei diritti umani*, *ivi*, 141 ss.; M. P. Granger-K. Irion, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: Telling Off the EU Legislator and Teaching a Lesson in Privacy and Data Protection*, in *European Law Review*, 2014, 835 ss.; T. Konstadinides, *Mass Surveillance and Data Protection in EU Law - the Data Retention Directive Saga*, in M. Bergström, A. Jonsson Cornell, *European Police and Criminal Law Co-Operation*, Oxford, 2014, 69 ss.; M. Nino, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di 'data retention'*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2014, 803 ss.

[56] CGUE, *Tele2 Sverige*, cit., § 107.

[57] *Ibid.*, § 108.

nali contro i rischi di abuso».[58]

Anche la giurisprudenza sull'art. 8 della Corte europea dei diritti dell'uomo perviene a conclusioni analoghe. Più in particolare, quanto alla potenzialità lesiva del diritto alla privacy di misure di sorveglianza generalizzata, nel caso *Roman Zakharov c. Russia* la Corte aggiunge che «*the mere existence of secret surveillance measures, or legislation permitting secret surveillance measures*»[59] configura di per sé una violazione del diritto alla privacy se l'intercettato appartiene a un «*group of persons targeted by the contested legislation*» o se la stessa «*directly affects all users of communication services by instituting a system where any person can have his or her communications intercepted*».[60]

5. Il trattamento automatizzato dei dati PNR

Le considerazioni svolte trovano una propria specifica applicazione con riferimento alla raccolta generalizzata di dati connessi ai cosiddetti "*Passengers Name Records*" (PNR), ossia i dati e le informazioni relative ai codici di prenotazione di biglietti aerei. L'immagazzinamento e l'accesso a questi dati da parte di autorità pubbliche, anche non europee – pratica certamente utile ai fini di polizia predittiva – sono disciplinati da alcuni strumenti giuridici che meritano di essere specificamente presi in considerazione in questo contesto. In particolare ci si riferisce alla direttiva 2016/681 ("Direttiva PNR")[61] e agli accordi conclusi tra Unione europea e Australia,[62] Stati Uniti[63] e Canada.[64]

I dati desumibili dai codici PNR sono molteplici: essi variano a seconda della compagnia aerea e possono includere informazioni sul viaggio e l'identità dei passeggeri, la data del volo, i recapiti, le modalità di pagamento, i posti assegnati, o informazioni di carattere etnico, religioso e sanitario connesse alla scelta del pasto o alla richiesta di servizi aggiuntivi.[65] Nonostante i dati siano non verificati – e dunque non necessariamente

[58] *Ibid*., § 109.

[59] CEDU, *Roman Zakharov c. Russia*, ric. 47143/06 (2015). In merito E. Psychogiopoulou, *The European Court of Human Rights, Privacy and Data Protection in the Digital Era*, in M. Brkan-E. Psychogiopoulou (eds.), *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment*, Cheltenham-Northampton, 2017, 32.

[60] *Ibid*., § 171. Sul punto, V. Mitsilegas, *op. cit.*, 22.

[61] Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, in OJ L 119, 4 maggio 2016, 132 ss. In merito: F. Di Matteo, *La raccolta indiscriminata e generalizzata di dati personali: un vizio congenito nella direttiva PNR?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 213 ss.

[62] Decisione 2012/472/UE del Consiglio, del 26 aprile 2012, relativa alla conclusione dell'accordo tra gli Stati Uniti d'America e l'Unione europea sull'uso e il trasferimento delle registrazioni dei nominativi dei passeggeri al dipartimento degli Stati Uniti per la sicurezza interna, in OJ 2012, L 215, 4. In merito, V. Mitsilegas, *op. cit.*, 25.

[63] Decisione 2012/381/UE del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e l'Australia sul trattamento e sul trasferimento dei dati del codice di prenotazione (*Passenger Name Record* – PNR) da parte dei vettori aerei all'Agenzia australiana delle dogane e della protezione di frontiera, in OJ 2012, L 186, 3.

[64] Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione, cit.

[65] F. Di Matteo, *op. cit.*, 215.

affidabili – in quanto rilasciati dal passeggero al momento dell'acquisto del biglietto o del check-in, il loro studio incrociato rappresenta una fonte di informazione utile a fini investigativi nei confronti di individui sospettati o accusati di commettere atti criminali. A seguito di un percorso legislativo lungo e complesso, iniziato nel 2007 e inframmezzato dalle commentate pronunce della Corte di giustizia, l'Unione europea il 27 aprile 2016 ha adottato la Direttiva PNR. Essa presenta indubbiamente elementi di miglioramento rispetto alle censure mosse alle prime proposte,[66] quanto meno con riferimento alla limitazione degli obblighi di raccolta e scambio dei dati PNR ai soli voli extra-europei (mentre per quelli europei le pratiche in questione rimangono facoltative),[67] all'elencazione tassativa dei "reati gravi" per il perseguimento dei quali la raccolta e lo scambio si giustificano[68] e alla limitazione temporale della loro conservazione.[69] Ciò nonostante, come già rilevato in dottrina,[70] la direttiva continua a presentare profili di rischio per la tutela dei diritti individuali, sostanzialmente dovuti alla circostanza che, sia pur con le menzionate limitazioni, il suo obiettivo e le pratiche che essa disciplina consistono proprio nella raccolta generalizzata, nell'utilizzo e nella trasmissione di dati, il cui incrocio potrebbe portare a ingiustificate ingerenze nel diritto alla privacy dei passeggeri e nella protezione dei loro dati personali o alla stigmatizzazione di determinati profili o categorie.

Simili preoccupazioni sono peraltro alla base del già citato Parere 1/15 adottato dalla Corte di giustizia il 26 luglio 2017 con riferimento alla compatibilità dell'accordo internazionale tra Unione europea e Canada sul trasferimento e l'utilizzo di dati PNR, all'epoca in corso di negoziazione, con gli articoli 7, 8 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.[71] Con specifico riferimento al trattamento automatizzato di dati PNR, il Parere sottolinea alcuni aspetti di indubbia criticità. Il primo concerne l'inaffidabilità dei dati e delle informazioni, l'analisi dei quali, condotta sulla base di modelli e criteri prestabiliti, può presentare sensibili margini di errore. Nonostante l'art. 15 dell'Accordo preveda infatti che il Canada non prenda «*decisions significantly adversely affecting a passenger solely on the basis of automated processing of PNR data*», secondo la Corte è proprio la natura e la formulazione di modelli e criteri prestabiliti a determinare il livello dell'interferenza con la tutela dei diritti di cui agli articoli 7 e 8 della Carta.[72] Pertanto è indispensabile che tali modelli e criteri siano specifici e affidabili e che si limitino a consentire l'individuazione di soggetti «*who might be under a 'reasonable suspicion' of participation*

[66] *Ibid*., 230 ss.

[67] Direttiva (UE) 2016/681, cit., considerando 10 e artt. 1 e 2.

[68] *Ibid*., art. 3, par. 9.

[69] *Ibid*., art. 12.

[70] P. De Hert-V. Papakonstantinou, *Repeating the Mistakes of the Past Will Do Little Good for Air Passengers in the EU: The Comeback of the EU PNR Directive and the Unsatisfactory Current Data Protection*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 160; F. Di Matteo*, op. cit*., 254 ss.

[71] CGUE*,* parere 1/15, 26 luglio 2017; Proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati del codice di prenotazione, cit.

[72] CGUE, parere 1/15, cit., § 172.

in terrorist offences or serious transnational crime», senza implicare effetti discriminatori.[73] Come sottolineato a questo riguardo dall'Avvocato Generale Mengozzi «[l]a disciplina e la determinazione precisa degli scenari e dei criteri di valutazione prestabiliti devono poter consentire, in gran parte, di raggiungere risultati che abbiano come obiettivo individui sui quali potrebbe gravare un «sospetto ragionevole di partecipazione a reati di terrorismo o a reati gravi di natura transnazionale».[74] Considerati i margini di errore, affinché i risultati possano costituire l'oggetto di provvedimenti nei confronti dei passeggeri, è indispensabile inoltre che essi formino l'oggetto di «*individual re-examination by non-automated means*».[75] Evidenziati gli aspetti incompatibili dell'Accordo con il diritto europeo, la Corte ritiene dunque che, pur essendo di per sé legittimi il trasferimento e il trattamento automatico di dati PNR, essi debbano essere condotti nel rispetto di alcune garanzie fondamentali finalizzate a proteggere l'individuo e a evitare che i passeggeri, tutti e indistintamente, possano nella prassi essere trattati come sospetti.

6. Conclusioni

Esaminati i profili di incompatibilità delle tecniche di polizia predittiva con la tutela di privacy e dati personali, chi scrive condivide le conclusioni per cui «*pseudomysation is likely to be the only way to perform big data analytics on personal datasets while complying with data protection law*».[76] Nonostante il presunto anonimato dei dati e delle rilevazioni sui medesimi condotte, l'utilizzo di *big data*, come dimostrato, è suscettibile di causare violazioni dei diritti individuali connessi alla potenziale re-identificazione dei loro titolari. Ciò grazie a incroci di database o tecniche di re-identificazione capaci di ricondurre le informazioni a un singolo individuo o a un profilo criminale. È dunque opportuno che le tecniche di polizia predittiva siano condotte con «*greater algorithmic accountability and transparency*»,[77] ossia mediante la predisposizione di misure tecniche e operative che assicurino la trasparenza ed evitino conseguenze negative in tema di discriminazione e violazione del diritto alla privacy e presunzione di innocenza, effetti che potrebbero altrimenti discendere da decisioni automatizzate su comportamenti individuali. Solo il rispetto di simili garanzie può eliminare, o quanto meno ridurre, i profili di incompatibilità delle tecniche in esame con la tutela dei diritti fondamentali, legittimando il ricorso da parte delle forze dell'ordine a pratiche che indiscutibilmente offrono grandi potenzialità nella lotta al crimine e nel mantenimento della sicurezza pubblica.

[73] *Ibid.*

[74] CGUE, parere 1/2015, Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, cit., § 256.

[75] CGUE, parere 1/2015, cit., § 173.

[76] A. Babuta, *op. cit.*, 35.

[77] European Parliament, *Report on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law-enforcement*, cit., par. 8.

La collusione fra algoritmi nell'era dei *big data*: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE*

Luca Calzolari

Abstract

Il lavoro sostiene l'idea che il diritto della concorrenza dell'Unione sia idoneo a permettere alla Commissione di confrontarsi con le sfide poste dai *big data* e dalla c.d. quarta rivoluzione industriale. In particolare, la collusione fra algoritmi rientra nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE, laddove assimilabile a una ordinaria pratica concordata piuttosto che a un'ipotesi di c.d. collusione tacita. Ulteriori caratteristiche intrinseche dell'ordinamento antitrust dell'Unione corroborano tale conclusione, quali ad esempio l'irrilevanza dell'elemento psicologico nel contesto del *public antitrust enforcement*, la disciplina dell'imputabilità infragruppo degli illeciti antitrust, nonché la possibilità per la Commissione di avviare procedimenti antitrust sulla base di semplici preoccupazioni concorrenziali ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003.

The paper supports the view that EU competition law allows the Commission to tackle the challenges posed by big data and the so-called 4th industrial revolution. In particular, algorithmic collusion falls within the scope of application of Article 101 TFEU, resembling more a standard concerted practice than a case of so-called tacit collusion. Other principles inherent to the EU competition law system support this conclusion, such as for example the limited role played by intention within the context of public antitrust enforcement, the legal regime for corporate group liability for antitrust infringements, as well as the fact that the Commission can launch enforcement proceedings merely on the ground of competitive concerns pursuant to Article 9 of Regulation (EC) No 1/2003.

Sommario

1. Premesse. – 2. Gli algoritmi quali facilitatori di illeciti antitrust. – 3. La collusione fra algoritmi razionali: il rapporto fra trasparenza di mercato e intelligenze artificiali nell'era dei *big data*. – 4. La collusione algoritmica: non tanto un'ipotesi di collusione tacita quanto un esempio di pratica concordata. – 5- Ulteriori spunti a supporto della possibilità – e necessità – di applicare l'art. 101 TFUE alle "intese 4.0".

* Il presente testo rappresenta una versione ampliata e con l'aggiunta delle note della relazione presentata dall'Autore alla Tavola rotonda su "*Big data*: prospettive di diritto internazionale e dell'Unione europea" svoltasi nel Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 6 giugno 2018 in occasione del Convegno nazionale della Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea (SIDI).
Su determinazione della direzione, l'articolo è stato pertanto sottoposto a referaggio anonimo.

Luca Calzolari

Keyword

Diritto UE, Antitrust, Art. 101 TFUE, Collusione algoritmica, Big Data

1. Premesse

In un numero sempre crescente di mercati[1], i prezzi di beni e servizi sono determinati dalle imprese senza l'intervento umano. Tali decisioni sono infatti assunte direttamente da algoritmi e altre forme di intelligenza artificiale. Oltre a poter essere programmati per facilitare la conclusione e la gestione di veri e propri cartelli, la letteratura suggerisce che gli algoritmi potrebbero colludere fra loro anche se non progettati per porre in essere intese illecite ma, semplicemente, per agire in modo razionale e cioè per massimizzare i profitti delle imprese[2].

L'allineamento dei prezzi fra algoritmi a un livello sovracompetitivo può infatti essere una conseguenza diretta di un livello di trasparenza elevato e senza precedenti che caratterizza oggi molteplici mercati. Si tratta della diretta conseguenza della c.d. quarta rivoluzione industriale, causata dall'avvento dei c.d. *big data* e dallo sviluppo e diffusione di nuove tecnologie di *data analytics*[3]. La trasparenza del mercato avvantaggia i consumatori che possono effettuare scelte informate ed evitare i costi di intermediazione ma, al tempo stesso, può facilitare – e in effetti facilita – il verificarsi di fenomeni collusivi espressi e taciti[4]. Le imprese possono infatti monitorare e analizzare in tempo reale le condizioni di mercato, inclusi i prezzi e gli altri termini commerciali praticati dai propri concorrenti, elaborando le proprie strategie sulla base delle informazioni raccolte[5].

Diversi autori e talune autorità della concorrenza suggeriscono che eventuali condotte collusive fra algoritmi programmati per massimizzare i profitti potrebbero non rientrare nel campo di applicazione delle regole di concorrenza e in particolare degli artt. 101 e 102 TFUE. Tale preoccupazione (o sollievo, a seconda della prospettiva) deriva

---

[1] Il fenomeno non interessa soltanto i mercati online ma anche settori che potrebbero sembrare meno esposti alle nuove tecnologie. Ad esempio, le tradizionali etichette cartacee posizionate sugli scaffali dei negozi fisici sono sempre più spesso sostituite da display elettronici che permettono la gestione dinamica dei prezzi in base ai medesimi meccanismi automatici di monitoraggio delle condizioni di mercato utilizzati nel mondo digitale.

[2] Cfr. fra gli altri A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, 2016, spec. 56-82; S.K. Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 1323 ss.; T.Klein, *Assessing Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning Under Sequential Pricing*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-15; appaiono invece più cauti A. Ittoo-N. Petit, *Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective*, 2017.

[3] Su talune delle implicazioni della rivoluzione dei *big data* v. per tutti V.M. Schonberger-K. Cukier, *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think*, Boston, 2013. Sui molteplici aspetti che caratterizzano il rapporto fra la rivoluzione dei *big data* e la politica di concorrenza v. in generale M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; M.E. Stucke-A.P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

[4] In senso contrario v. *Algorithms and Collusion – Note from the Business and Industry Advisory Committee*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 4 secondo cui «*a greater use of pricing algorithms does not necessarily increases the likelihood of explicit or tacit collusion*».

[5] Secondo una recente indagine della Commissione, «*53% of the respondent retailers track the online prices of*

essenzialmente dall'osservazione secondo cui la collusione fra algoritmi sarebbe assimilabile alla c.d. collusione tacita, fattispecie notoriamente non sanzionata nel diritto antitrust.

La possibilità di conoscere e reagire alle decisioni dei propri concorrenti porterebbe infatti all'allineamento dei prezzi a un livello sovracompetitivo non tanto a causa di una strategia collusiva delle imprese realizzata mediante i propri algoritmi, quanto piuttosto quale conseguenza di una sommatoria di decisioni unilaterali e autonome – e quindi lecite, o comunque non imputabili alle imprese – adottate dai singoli algoritmi per aumentare i profitti.

Sotto questo profilo, l'unico effetto della rivoluzione dei *big data* sarebbe quello di aumentare il numero dei mercati sui quali fenomeni di collusione tacita possono verificarsi, trasformando quella che poteva essere considerata quasi un'ipotesi di scuola in uno scenario possibile, se non probabile, per molteplici mercati. Secondo tale linea interpretativa, i nuovi strumenti di *data analytics* rendono infatti per le imprese molto più facile e veloce rispetto a quanto accadeva nel "mondo analogico" controllare e reagire alle strategie dei propri concorrenti, ma nulla più.

L'aumento del numero e delle tipologie di mercato in cui può verificarsi un pur lecito equilibrio sovracompetitivo dei prezzi rappresenta già di per sé una tendenza preoccupante e che merita di essere esaminata con attenzione. Nel presente scritto si cerca tuttavia di evidenziare come l'idea stessa di assimilare le fattispecie della collusione tacita "analogica" e della collusione algoritmica non appare convincente[6]. Mentre nello scenario analogico le imprese agiscono in modo razionale sulla base delle condizioni di mercato *esistenti*, nello scenario digitale le imprese contribuiscono attivamente alla *creazione* delle condizioni che, in seguito, permettono ai loro algoritmi razionali di colludere tacitamente.

Tale differenza dovrebbe essere debitamente valorizzata nel valutare l'imputabilità alle imprese e la rilevanza sotto il profilo delle regole di concorrenza di condotte apparentemente autonome degli algoritmi.

2. Gli algoritmi quali facilitatori di illeciti antitrust

Si è detto che le nuove forme di intelligenza artificiale possono rendere più semplice ed efficace per le imprese la commissione di condotte che già rientrano nel campo di applicazione delle regole di concorrenza. Le imprese possono ad esempio utilizzare i propri algoritmi di prezzo per migliorare le modalità di gestione di accordi verticali e

competitors, out of which 67% use automatic software programmes for that purpose. Larger companies have a tendency to track online prices of competitors more than smaller ones. The majority of those retailers that use software to track prices subsequently adjust their own prices to those of their competitors (78%)» (cf. Commission Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, document SWD(2017) 154 final, 10 maggio 2017, § 149).

[6] Come talvolta accade quando si guarda alla rivoluzione dei *big data*, l'assimilazione della collusione algoritmica e della collusione tacita riflette una maggiore attenzione per l'aspetto quantitativo rispetto all'aspetto qualitativo. Per alcune riflessioni sulla necessità di prendere in considerazione entrambe le anime della rivoluzione dei *big data*, cfr. per tutti A. Oddenino, *Reflections on Big Data and International Law*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, 777 ss.

orizzontali, aumentandone l'efficacia (anticoncorrenziale) e la stabilità[7].
Limitando l'analisi al più grave degli illeciti antitrust[8], è noto che i cartelli sono per definizione strutture di mercato instabili: tale intrinseca instabilità è del resto sfruttata dai programmi di clemenza, e cioè dal più efficace strumento di indagine a disposizione della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza (in seguito, le "*ANC*") per svelare la loro esistenza. La strategia più razionale per le imprese è infatti quella di non rispettare gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi conclusi con i propri concorrenti. L'impresa che pratica prezzi inferiori a quelli pattuiti nell'ambito di un accordo di cartello ha infatti l'opportunità di aumentare la propria quota di mercato a danno delle altre imprese cartelliste (*i.e.* dei propri concorrenti) che, invece, applicano "lealmente" l'accordo illecito, praticando un prezzo sovracompetitivo.
L'incentivo alla violazione del cartello aumenta grazie alla consapevolezza di ogni impresa non solo che la condotta infedele rappresenta la scelta più razionale per ognuno degli altri soggetti coinvolti nel cartello, ma anche che i vantaggi sono tendenzialmente realizzati soltanto dal primo soggetto che decide di non rispettare l'accordo. Ogni impresa è quindi incentivata a anticipare la probabile condotta infedele degli altri soggetti coinvolti nell'illecito piuttosto che attendere di subirne gli – altrettanto probabili – effetti. Anche se in misura minore, la violazione dell'accordo di cartello è inoltre incentivata dal fatto che, così facendo, l'impresa riduce la propria responsabilità antitrust laddove l'illecito venisse in seguito scoperto dalla Commissione o da una ANC.
Il vantaggio commerciale che un'impresa può ottenere dal mancato rispetto di un cartello è inversamente proporzionale al tempo necessario perché le altre cartelliste si accorgano della violazione. Non appena la condotta "disonesta" viene scoperta, le altre imprese tenderanno prontamente a replicarla per evitare la perdita di ulteriori clienti e la riduzione della propria quota di mercato determinando il fallimento del cartello. L'utilizzo degli algoritmi di prezzo influisce su quest'ultimo (e determinante) parametro così contribuendo in modo sostanziale a incrementare la stabilità dei cartelli[9].
Oltre a programmare i rispettivi algoritmi per coordinare fra loro in modo autonomo i prezzi praticati, tali strumenti permettono infatti alle imprese di verificare con facilità il rispetto degli accordi illeciti da parte dei propri concorrenti. Si è detto infatti che due delle principali caratteristiche della rivoluzione dei *big data* sono quelle dell'aumento del livello di trasparenza dei mercati e del parallelo sviluppo di nuove forme di tecnologie capaci di analizzare, estraendone valore, la mole di dati disponibile. La possibilità di monitorare e analizzare in tempo reale le condizioni di mercato e i prezzi praticati dagli altri operatori di mercato consente alle imprese di individuare immediatamente gli eventuali inadempimenti agli accordi di cartello[10].

---

[7] Cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Virtual Competition*, cit., spec. 39-45.

[8] Per quanto riguarda gli accordi verticali, v. tuttavia il recente caso *LG Electronics Rus*, dove si è sanzionato l'utilizzo di un algoritmo programmato per monitorare il rispetto da parte dei rivenditori dei prezzi "raccomandati" dall'impresa produttrice (cfr. Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation, Press Release del 22 giugno 2018, *Russian affiliated company of LG is fined for coordinating prices for smartphones*).

[9] Cfr. G. Pitruzzella, *Big Data And Antitrust Enforcement*, in *Italian Antitrust Review*, 2017, 77 ss., spec. 83.

[10] Cfr. SWD(2017) 154 final, cit. § 608; v. anche D.I. Ballard-A.S. Naik, *Algorithms, Artificial Intelligence, and Joint Conduct*, in *Antitrust Chronicle*, 2017, vol. 2, 29 ss., spec. 32; A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Tacit Collusion*

Tanto il fatto che gli algoritmi siano programmati per coordinare i prezzi quanto il fatto che essi siano utilizzati dalle imprese per rilevare eventuali violazioni rispetto a un cartello sono condotte che rientrano pacificamente nel campo applicativo delle norme che proibiscono le condotte collusive, come l'art. 101 TFUE. Sebbene la casistica sia ancora piuttosto limitata, i casi *Topkins*[11], *Uber*[12] e, in misura minore, anche il caso *Eturas*[13] rappresentano solo alcuni esempi di fattispecie in cui talune autorità della concorrenza e persino la Corte di giustizia hanno già avuto l'occasione di affrontare il tema dell'uso di algoritmi specificamente progettati per perseguire finalità anticoncorrenziali[14].

Del resto, dal punto di vista della teorica antitrust, non vi sono differenze se la conclusione e la gestione di un cartello è realizzata o facilitata mediante l'uso di nuove tecnologie[15]. Ciò che rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE è semplicemente l'intento anticoncorrenziale delle imprese nel momento in cui esse decidono di utilizzare algoritmi programmati per colludere; o meglio, l'oggetto e gli effetti certamente anticoncorrenziali di tale decisione.

L'uso di algoritmi progettati per facilitare la gestione di un cartello può invece rilevare sul piano pratico e cioè con riguardo all'*enforcement* dell'art. 101 TFUE. Da un lato, la trasparenza di mercato e i nuovi strumenti di *data analytics* possono – e potranno sempre più – essere sfruttati anche dalla stessa Commissione e dalle ANC. Al pari delle imprese, anche gli *enforcers* delle regole di concorrenza possono infatti utilizzare le medesime tecnologie per monitorare l'andamento dei mercati e i comportamenti degli operatori economici: sembra in altri termini possibile utilizzare algoritmi programmati per individuare automaticamente anomali allineamenti delle condotte delle imprese per poi eventualmente decidere di approfondire l'esame della fattispecie potenzialmente illecita mediante i tradizionali strumenti di indagine previsti dal regolamento (CE) 1/2003[16].

La digitalizzazione di buona parte delle attività economiche sembra favorire la reperibilità di elementi probatori anche sotto un diverso profilo: la ben nota tracciabilità di ogni comportamento digitale può infatti facilitare il compito della Commissione e delle

on Steroids — The Tale of Online Price Transparency, Advanced Monitoring and Collusion, in *Competition Law & Policy Debate*, 2, 2017, 24 ss.

11 Cfr. Department of Justice, Press release 6 aprile 2015, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*.

12 Cfr. *Meyer v. Uber Technologies*, Inc., No. 16-2750 (2d Cir. 2017).

13 Cfr. CGUE, C-74/14, *Eturas* (2016).

14 V. anche A. Giannaccari, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 307 ss.

15 Cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, 1 ss., spec. 3. Del resto, in ogni momento storico vi sono nuove tecnologie che possono essere utilizzate (anche) per fini illeciti e, in particolare, anticoncorrenziali. Ad esempio, già nel 1994 il *Department of Justice* degli Stati Uniti chiudeva in via transattiva un caso riguardante l'utilizzo di un sistema di prenotazione online utilizzato da diverse compagnie aeree, il quale «*facilitate*[d] *pervasive coordination of airline fares short of price fixing*» (cfr. *United States* v. *Airline Tariff Publishing Co.*, 836 F. Supp. 9 (D.D.C. 1993).

16 Cfr. regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L, n. 1, del 4 gennaio 2003, 1.

ANC nella ricostruzione dell'andamento di condotte anche risalenti nel tempo con un grado di dettaglio fino a oggi immaginabile[17]. Inoltre, l'utilizzo da parte di imprese concorrenti di algoritmi programmati per fissare i prezzi secondo criteri fra loro similari, oppure progettati per monitorarsi e coordinarsi reciprocamente, potrebbe (e dovrebbe) essere considerata la proverbiale "pistola fumante" circa l'esistenza di un cartello[18]. Dall'altro lato, tali condotte delle imprese rilevano anche sotto il profilo sanzionatorio. Secondo le linee guida della Commissione, la gravità dell'infrazione è uno dei parametri da applicare per determinare il livello dell'ammenda ai sensi dell'art. 23 del regolamento (CE) 1/2003[19]. L'intensità degli sforzi compiuti dalle imprese per garantire l'effettiva esecuzione e il successo dell'illecito rappresenta a sua volta un elemento su cui si basa la valutazione della gravità[20]. Il controllo reciproco mediante algoritmi programmati per monitorarsi e coordinarsi sembra rappresentare un meccanismo piuttosto rigoroso per garantire il mutuo rispetto del cartello e, quindi, indice della gravità della condotta[21].

3. La collusione fra algoritmi razionali: il rapporto fra trasparenza di mercato e intelligenze artificiali nell'era dei *big data*.

Il rapporto fra la rivoluzione dei *big data* e la politica di concorrenza diviene più interessante, anche sotto il profilo teorico, guardando al fenomeno da una diversa prospettiva. L'elevata trasparenza dei mercati e lo sviluppo di tecnologie capaci di analizzare l'incredibile quantità di informazioni continuamente estratte dall'ambiente digitale non facilità soltanto la gestione e il reciproco controllo da parte delle imprese del rispetto di eventuali accordi anticoncorrenziali; esse rendono al tempo stesso anche possibile il verificarsi di fenomeni collusivi fra algoritmi, benché tali forme di intelligenza artificiale non sono programmate per restringere la concorrenza ma, semplicemente, per massimizzare i profitti delle imprese.

Se un mercato presenta determinate caratteristiche (e in particolare si tratta di un mercato di dimensioni ridotte e concentrato, caratterizzato da un elevato livello di trasparenza[22]), è nell'interesse individuale di ogni impresa attiva su quel mercato allineare

[17] Una delle conseguenze della rivoluzione dei *big data* è quella di produrre una sorta di c.d. *glass house effect* in virtù del quale ogni azione umana è tracciata, registrata e analizzata (cfr. D.D. Hirsch, *The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and The Power of Analogy*, in *Maine Law Review*, 2014, 373 ss., spec. 375-376), tanto da portare a un «*gradual collapse of two traditional separations in daily life: the separation between the past and the present, and the separation between the public and the private*» (cfr. B. Zhao, *The Internationalisation of Information Privacy: Towards a Common Protection*, in *Groningen Journal of International Law*, 2014, 1 ss., spec. 9).

[18] Cfr. D.I. Ballard-A.S. Naik, *op. cit.,* 38.

[19] Cfr. Commissione, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, in GU C, n. 210, del 1 settembre 2006, 2

[20] Cfr. Decisione della Commissione del 5 dicembre 2012, C(2012) 8839 final, COMP/39.437 – *Tubi catodici per schermi di televisori e computer*, § 1070).

[21] Cfr. *Algorithms and Collusion – Note from the European Union*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 23.

[22] Più nel dettaglio, perché si possano verificare scenari di collusione tacita un mercato deve essere (*i*)

i prezzi e uniformarsi a eventuali aumenti praticati dagli altri operatori. Ciò anche se i prezzi si assestano a un livello sovracompetitivo che, in teoria, permetterebbe e dovrebbe invero condurre operatori economici razionali a competere fra loro per aumentare le rispettive quote di mercato. Eventuali riduzioni di prezzo che un singolo operatore decidesse di praticare (o altre migliori condizioni commerciali che egli decidesse di offrire) sarebbero infatti immediatamente rilevate e replicate dai concorrenti prima che tale operatore ne possa trarre beneficio.

La concessione di uno sconto avrebbe pertanto l'unico effetto di ridurre il livello complessivo di profitti realizzati su quel determinato mercato e, conseguentemente, di diminuire *pro quota* anche la parte di tali profitti realizzata dall'impresa che per prima riduce i prezzi, senza che tale diminuzione sia compensata dall'aumento della sua quota di mercato.

Nessuna delle imprese attive su quel mercato (ristretto, concentrato e trasparente) è dunque incentivata a competere con la conseguenza che i prezzi si assestano a un livello sovracompetitivo: pur in mancanza di un intento restrittivo, la collusione tacita ha quindi effetti sulla struttura di mercato e sui consumatori simili a quelli di un cartello.

L'assenza di intenti collusivi contribuisce a fare sì che la "partecipazione" di un'impresa a uno scenario di collusione tacita non viene di regola ritenuta condotta sufficiente a integrare gli estremi di una violazione dell'art. 101 TFUE[23]. La condotta è considerata lecita poiché l'equilibrio sovracompetitivo non è conseguenza di decisioni concertate fra le imprese, ma il risultato di scelte razionali e unilaterali adottate dai singoli operatori di mercato. Il mantenimento dello *status quo* è infatti l'unica decisione razionale per le imprese dettata dal – legittimo – desiderio di ciascuna di esse di non peggiorare la propria condizione. Sotto il profilo dell'analisi antitrust, in altri termini, la collusione tacita è "qualcosa meno" di una c.d. pratica concordata: i prezzi praticati dalle imprese sono infatti fra loro rigidamente interdipendenti, ma non per questo concordati[24].

Nel mondo analogico, monitorare i propri concorrenti era ed è attività particolarmente onerosa sia sotto il profilo delle risorse che si devono impiegare, sia del tempo neces-

---

trasparente, (*ii*) popolato da poche imprese sul lato dell'offerta (circa 2-4 operatori), (*iii*) omogeno sotto il profilo del prodotto così da limitare le possibilità di concorrenza qualitativa, (*iv*) libero da potere di mercato sul lato della domanda, nonché (*v*) protetto dall'ingresso di nuovi operatori (nella letteratura istituzionale, v. fra gli altri A. Jones-B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York, 2016, spec. 654).

[23] O di analoghe disposizioni che proibiscono condotte restrittive multilaterali (cfr. ad esempio il caso *Brooke Group Ltd* v. *Brown & Wiliamson Tobacco Corp.*, 509 US 209, 227 (1993). In letteratura, la liceità della collusione tacita è l'opinione prevalente ed è stata notoriamente sostenuta da D.F. Turner, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in *Harvard Law Review*, 1962, 655 ss. La tesi è in parte condivisa anche da R.A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach*, in *Stanford Law Review*, 1969, 1562 ss., il quale tuttavia sottolinea l'importanza dell'assenza di ritardi nella risposta dei concorrenti perché si possa davvero integrare una fattispecie di collusione tacita, limitando quindi in allora (in un mondo "pre *big data*") la rilevanza pratica di tale teorica. Infine, vi è anche chi suggerisce un approccio più cauto e ritiene che la razionalità della condotta non sia sufficiente a giustificarne, sempre e in ogni caso, la compatibilità con le regole di concorrenza (cfr. N. Petit, *The Oligopoly Problem in EU Competition Law*, in I. Liannos-D. Geradin (eds.), *Research Handbook in European Competition Law*, 2013, 259 ss.). In argomento v. anche J.B. Baker, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporaneous Economic Theory*, in *Antitrust Bulletin*, 1993, 143 ss.

[24] Sull'importanza di una precisa distinzione fra tali nozioni ai fini di una corretta analisi antitrust delle fattispecie di collusione espressa e tacita, v. fra gli altri L. Kaplow, *On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law*, in *California Law Review*, 2011, 683 ss.

sario perché si realizzino i risultati che si vogliono ottenere[25]. Nonostante l'impegno profuso e i costi sostenuti, è infatti praticamente impossibile per le imprese ottenere aggiornamenti – non in tempo reale, ma almeno – tempestivi sulle condotte dei propri concorrenti "fisici"[26]. Già in una città di medie dimensioni, ad esempio, un grande magazzino difficilmente poteva avere informazioni sulle strategie commerciali dei propri concorrenti nel momento in cui si apprestava a delineare la propria politica dei prezzi. Fenomeni di collusione tacita potevano pertanto svilupparsi soltanto su mercati di dimensioni davvero limitate (oltreché molto concentrati), tanto da far ritenere che si trattasse in definitiva di un'ipotesi quasi di scuola[27].

Nell'era dei *big data* ogni decisione è invece immediatamente esposta al controllo dei concorrenti. Alcuni "capisaldi" della c.d. quarta rivoluzione industriale rendono infatti il monitoraggio dei concorrenti e la conseguente messa a punto di contromisure operazioni non solo più semplici, rapide ed economiche ma anche molto più efficaci, a prescindere dalle dimensioni geografiche del mercato o dal numero di imprese che vi operano e dal luogo dove queste sono stabilite[28].

Si tratta delle già menzionate (*i*) disponibilità in tempo reale di dettagliate informazioni sulle condizioni di mercato e della (*ii*) capacità degli odierni algoritmi di analizzare tali immense quantità di dati per estrarne conoscenza e valore, a cui si aggiunge la (*iii*) capacità di tali forme di intelligenza artificiale di imparare dalle proprie precedenti decisioni al fine di elaborare le condotte future[29]. L'effetto complessivo è quello di ridurre i benefici che le imprese possono attendersi dalla decisione di diminuire i prezzi anche in mercati che non presentano tutte le caratteristiche tradizionalmente considerate necessarie per la diffusione di fenomeni collusivi taciti[30]; con ciò aumentando il numero e

[25] Si è già rilevato che «[t]*ime lags between defection from a cartel and its discovery make that defection more profitable and undermine collusion*» (cfr. S.K. Mehra, *op. cit.*, 1328).

[26] Secondo la giurisprudenza, «la trasparenza necessaria è quella che consente a ogni membro dell'oligopolio dominante di conoscere il comportamento degli altri per verificare se adottino o meno la stesa linea d'azione, vale a dire che ogni membro deve disporre di un mezzo per sapere se gli altri operatori adottino la stessa strategia e se la mantengano. La trasparenza nel mercato deve perciò essere sufficiente per consentire a ciascun membro dell'oligopolio dominante di conoscere, in modo sufficientemente preciso ed immediato, l'evoluzione del comportamento nel mercato di ciascuno degli altri membri» (cfr. Trib. UE, T-464/04, *Impala* (2006) § 440).

[27] V. però il noto caso relativo al mercato della distribuzione del carburante al dettaglio sulla piccola isola di Martha's Vineyard (cfr. *White v. R.M. Packer Co.*, 635 F.3d 571, 579 (1st Cir. 2011).

[28] Si osserva pertanto che «[t]*he Posner approach to tacit collusion would not therefore be applicable to an environment where algorithms are used to implement a pricing strategy, especially when they are programmed to maximise profits, as there would not be a time lag in which the price cut could be profitable given that the price matching by the other firms might be immediate*» (cfr. C. Gonzalez Verdugo, *Horizontal Restraint Regulations in the EU and the US in the Era of Algorithmic Tacit Collusion*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2018, 114 ss., spec. 126).

[29] Se programmati per massimizzare i profitti, gli algoritmi non si limiteranno a elaborare la migliore strategia sulla base della sola analisi delle informazioni disponibili circa l'operato degli altri operatori di mercato ma procederanno altresì a esaminare i risultati ottenuti in seguito alle precedenti decisioni al fine di verificare se essa ha comportato l'aumento ovvero la diminuzione dei profitti. Se noteranno una correlazione fra una certa decisione (es. diminuire i prezzi rispetto all'equilibrio sovracompetitivo) e la diminuzione dei profitti (es. perché tale scelta è immediatamente replicata dai concorrenti – *rectius*, dagli algoritmi utilizzati dai concorrenti) essi eviteranno tale decisione.

[30] Quali appunto la ridotta dimensione geografica e l'elevata concentrazione del mercato (cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Algorithmic Collusion*, cit., 3).

le tipologie di settori nei quali tali fenomeni si possono verificare.
In seguito all'incessante analisi delle condizioni di mercato e delle condotte degli altri operatori di mercato, nonché all'esame degli effetti delle proprie precedenti decisioni, gli algoritmi possono quindi finire per allineare i prezzi a un livello sovracompetitivo senza necessità di "accordarsi" fra loro, ma semplicemente perché programmati per agire in modo razionale e capaci di imparare dalle proprie precedenti decisioni.
Al pari di ogni operatore fisico attivo su un mercato ristretto e trasparente per il quale è razionale concludere che l'unica possibilità per non peggiorare la propria condizione è quella di allineare i prezzi a quelli dei propri concorrenti, gli algoritmi programmati per massimizzare i profitti delle imprese impareranno a mantenere lo *status quo*, pur in assenza di alcun intento collusivo. Gli algoritmi osserveranno infatti che gli eventuali tentativi di competere riducendo i prezzi hanno come conseguenza una riduzione dei profitti – complessivi dell'intero settore, laddove replicati dai concorrenti, e *pro quota* dell'impresa – piuttosto che apportare benefici, e sceglieranno quindi di evitare tale decisione.
Uno dei paradossi è che la possibile presenza di diversi operatori, l'elevata trasparenza del mercato, l'assenza di costi intermediazione e di ricerca per i consumatori[31], sembrerebbero *prima facie* suggerire che i mercati siano altamente competitivi[32]: nel mondo dei *big data*, la "mano invisibile" che dovrebbe regolare l'incontro fra domanda e offerta è infatti sostituita dall'azione invisibile (o meglio, difficilmente percepibile) di intelligenze artificiali.

4. La collusione algoritmica: non tanto un'ipotesi di collusione tacita quanto un esempio di pratica concordata

Come si osservava in premessa, la letteratura e talune autorità della concorrenza hanno sollevato alcune perplessità circa la possibilità che la collusione fra algoritmi possa rientrare nel campo di applicazione delle regole di concorrenza, per come queste sono attualmente formulate e interpretate[33].
Secondo tale linea di pensiero non sarebbe possibile imputare alle imprese gli eventuali effetti anticoncorrenziali che derivino da una sommatoria di decisioni individuali e autonome dei singoli algoritmi non programmati per colludere. Mancherebbe innanzi-

[31] Per riprendere una nota metafora usata da Google, «*competition is just one click away*».

[32] Cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Virtual Competition*, cit., 81.

[33] Si osserva ad esempio che gli «*algorithms may be used to facilitate conscious parallelism and are not likely to be challenged under current laws*» (cfr. A. Colaps, *Big Data: is EU Competition Law Ripe Enough to Meet the Challenges?*, in R. Mastroianni-A. Arena (eds.), *60 Years of EU Competition Law. Stocktaking and Future Prospects*, Napoli, 2017, 31 ss., spec. 42). In altri termini, «[t]*he fact that companies unilaterally adopted profit-maximizing pricing algorithms that more accurately reflect present market conditions does not fit the type of conduct meant to be proscribed by Section 1 of the Sherman Act*» (cf. D.I. Ballard-A.S. Naik, *op. cit.*, 33). Quanto alla posizione espressa da alcune autorità della concorrenza, v. *Algorithms and Collusion – Note from Italy*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 25; *Algorithms and Collusion – Note from Singapore*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 3; *Algorithms and Collusion – Note from the Russian Federation*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 2.1.

tutto il nesso di causalità fra la condotta delle imprese (*i.e.*, la decisione di utilizzare un algoritmo programmato per massimizzare i profitti) e l'effetto anticoncorrenziale (*i.e.*, l'allineamento dei prezzi a un livello sovracompetitivo). Il nesso di causalità sarebbe infatti interrotto dalla condotta autonoma e imprevedibile degli algoritmi che consisterebbe in un semplice adattamento intelligente alle condizioni di mercato: l'adattamento alle condizioni di mercato è un comportamento razionale e inevitabile per ogni operatore economico e, in quanto tale, permesso senza esitazioni anche dalla Corte di giustizia[34].

L'impossibilità di imputare alle imprese gli effetti anticoncorrenziali delle condotte degli algoritmi a causa del mancato rispetto del criterio di causalità avrebbe un'ulteriore e radicale conseguenza: posto che né gli algoritmi, né tantomeno le imprese, si "accordano" fra loro ma adottano condotte parallele e indipendenti, la corretta cornice normativa per inquadrare il fenomeno delle interazioni fra algoritmi sarebbe l'art. 102 TFEU e non l'art. 101 TFUE[35]. La programmazione di un algoritmo perché questo gestisca la politica dei prezzi di una determinata impresa si dovrebbe infatti qualificare come una condotta unilaterale di tale impresa e non alla stregua di una pratica collusiva. Il diverso inquadramento ha profonde conseguenze in tema di *enforcement*, poste le maggiori difficoltà e incertezze che ancora oggi caratterizzano l'applicazione dell'art. 102 TFUE. In questa sede è sufficiente sottolineare due aspetti: da un lato, non si potrebbe neppure ipotizzare una qualche forma di responsabilità antitrust delle imprese a meno che non si individui (e dimostri) una specifica condotta abusiva in aggiunta al lecito utilizzo di un algoritmo; dall'altro lato, tale eventuale responsabilità riguarderebbe in ogni caso un numero molto ridotto di imprese, e cioè appunto quelle che si trovino in posizione dominante.

Inoltre, guardando al problema da una prospettiva esterna al diritto della concorrenza, vale la pena ricordare che pressoché ogni ordinamento chiede agli amministratori di società di perseguire l'interesse degli azionisti aumentando il valore delle partecipazioni sociali (c.d. "*shareholders' value*")[36]: sebbene titolari di un potere discrezionale nell'esercizio dell'impresa, gli amministratori di società sono pertanto responsabili se adottano decisioni che appaiono *ex ante* inidonee alla realizzazione e all'aumento dei profitti o

[34] Cfr. per tutte CGUE, da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Suiker Unie* (1975) § 174.

[35] Tale opinione è stata autorevolmente sostenuta dal *Department of Justice* degli Stati Uniti, secondo cui «*the implementation of pricing policies by one firm's employees is unilateral conduct (whether it factors in the prices of competitors or not) and is not actionable under Section 1 of the Sherman Act without evidence establishing an agreement with another firm over the purpose or effect of a pricing algorithm*» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note by the United States*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 6).

[36] Secondo l'opinione prevalente, il riferimento al c.d. *shareholder value* permette appunto di avere uno strumento di misura della *performance* degli amministratori (cfr. ad esempio M.C. Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001, 8 ss.). In argomento, da ultimo, v. P. Montalenti, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle Società*, 2018, 303 ss.

capaci di esporre l'impresa a perdite prevedibili[37]. Secondo l'opinione prevalente[38], la regola della tendenziale insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali degli amministratori[39] trova appunto un limite nella valutazione della ragionevolezza delle stesse[40]. Posto che gli algoritmi sono più efficienti degli esseri umani – fra l'altro anche – nella gestione delle complesse politiche di prezzo su base dinamica ormai sempre più diffusamente adottate dalle imprese[41], la decisione di non fare affidamento su tale tecnologia potrebbe essere considerata condotta – non solo erronea e inopportuna sotto il profilo

[37] Il criterio della prevedibilità *ex ante* delle conseguenze pregiudizievoli di una determinata condotta è stato valorizzato ai fini della responsabilità degli amministratori per violazione del dovere di diligenza sia dalla giurisprudenza di legittimità (ad esempio Cass. civ, sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231, in *Guida al diritto*, 37, 2009, 16 ss.) sia da quella di merito (cfr. Trib. Parma, sez. I, 4 agosto 2017, n. 1200, in *dejure.it*; Trib. Milano, 14 gennaio 2010, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, 5, 1187 ss.; Trib. Milano, 10 giugno 2004, in *Diritto e Pratica Societaria*, 2005, 80 ss.; Trib. Milano, 20 febbraio 2003, in *Giurisprudenza milanese*, 2003, 221 ss.).

[38] In senso contrario, si è autorevolmente sostenuto che non può aversi responsabilità degli amministratori non solo nel caso in cui il risultato negativo della gestione della società derivi da «'sfortuna', o da oggettive situazioni di mercato», ma anche laddove ciò sia determinato «da erronee o anche irragionevoli scelte compiute dagli amministratori» (per tutti F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1991, 323 ss., spec. 362), a meno che da tali errori di gestione o da dette decisioni inopportune possa desumersi «l'esistenza di una violazione dell'obbligo di diligenza» degli amministratori stessi (cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, spec. 185-186).

[39] Si tratta della celebre "*business judgement rule*", elaborata dalla giurisprudenza Statunitense ma da molto tempo recepita anche nell'ordinamento italiano (cfr. già Cass. civ., sez. I civ., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Diritto fallimentare*, 2, 1966, 39 ss.), secondo la quale, in linea di principio, l'eventuale insuccesso economico delle iniziative imprenditoriali assunte non può di per sé comportare la responsabilità degli amministratori. In argomento v. S. Alvaro-E. Cappariello-V. Gentile-E.R. Iannaccone-G. Mollo-S. Nocella-M. Ventoruzzo, *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, in Quaderni giuridici CONSOB, 2016; G.G. Peruzzo, *Business Judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Roma, 2016; C. Angelici, *Interesse sociale e business judgement rule*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2012, 583 ss.

[40] In tal senso, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470, in *IlCaso.it*. Secondo un orientamento assai consolidato, infatti, «la diligenza a cui l'amministratore deve conformare il proprio operato è incompatibile con l'esercizio del mero arbitrio, e lo obbliga ad agire nel rispetto dei criteri e delle regole che governano in ogni campo economico la gestione dell'impresa», di talché «l'amministratore non può compiere operazioni irrazionali ed avventate, di pura sorte, o azzardate, prevedibilmente rischiose ed imprudenti, e non può superare i limiti fissati da quella ragionevolezza che deve connotare la discrezionalità dell'imprenditore» (cfr. Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Società*, 1996, 57 ss.). L'importanza del criterio della "ragionevolezza" quale limite all'operatività della regola della c.d. *business judgement rule* è fra l'altro ribadita anche da Trib. Milano, 29 settembre 2016; Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783 in *Società*, 2015, 1317 ss.; Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, 461 ss.; Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5718, in *Rivista del notariato*, 2004, 6, 1571 ss.). La ragionevolezza rappresenta infatti «una regola di comportamento costituente una esplicazione della clausola generale della diligenza e concretamente un limite ex ante alla discrezionalità delle scelte […] e, *ex post*, un criterio di controllo sulle scelte effettuate» (cfr. A. Nigro, *Principio di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di S.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2013, 457 ss., spec. 470; v. anche P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Rivista delle società*, 2013, 47 ss.).

[41] Infatti, «[b]*ecause of the advent of big data analytics, algorithms can monitor prices more efficiently than human beings and are able to respond to market changes more quickly and accurately*» (cfr. I. Graef, *Algorithmic price fixing under EU competition law: how to crack robot cartels?*, in www.law.kuleuven.be, 10 maggio 2016).

economico[42] ma – di per sé irrazionale e negligente[43] e, pertanto, idonea a esporre gli amministratori a responsabilità nei confronti degli azionisti.

Pur convenendo che la possibilità che algoritmi programmati per massimizzare i profitti possono colludere è quindi in effetti idonea a sollevare più di un interrogativo, e pur riconoscendo la difficoltà di qualificare alla stregua di un illecito antitrust la decisione di programmare un algoritmo perché questo agisca in modo razionale, pare tuttavia che – come osservato anche in precedenza – l'idea stessa di assimilare *tout-court* le fattispecie della collusione tacita "analogica" e della collusione algoritmica non sia del tutto convincente.

Nel momento in cui decide di utilizzare un algoritmo programmato per massimizzare i profitti (e cioè progettato per monitorare le condizioni di mercato e per reagire in modo dinamico alle condotte dei propri concorrenti) e al tempo stesso rende disponibili online informazioni relative alla propria attività e strategia commerciale a beneficio sia dei consumatori che delle altre imprese (inclusi i concorrenti e i loro algoritmi)[44], un'impresa sta contribuendo a creare le condizioni in presenza delle quali fenomeni di "collusione algoritmica" si possono verificare.

Vi è una differenza sostanziale con lo scenario tradizionale nel quale le imprese si adattano in modo intelligente e razionale alle condizioni di mercato *esistenti* che, di per sé, favoriscono l'emersione di fenomeni di collusione tacita analogica. Nello scenario digitale, le imprese contribuiscono invece in modo proattivo alla *creazione* delle condizioni che, in seguito, permettono ai loro algoritmi razionali di colludere tacitamente. Tale differenza dovrebbe essere debitamente valorizzata nel momento in cui si valuti la possibilità di imputare alle imprese la condotta apparentemente autonoma degli algoritmi nonché la potenziale rilevanza di tali fattispecie sotto il profilo delle regole di concorrenza.

Pare innanzitutto corretto sostenere che le imprese siano a conoscenza (o quantomeno

---

[42] E quindi potenzialmente legittima, laddove secondo l'orientamento prevalente «all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità *ex* art. 2392 cod. civ. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico» (cfr. per tutte Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, 461 ss.; Cass. civ., sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, 287 ss.) né la legge impone «agli amministratori di gestire la società senza commettere errori, anche nel caso in cui si tratti di errori gravi» (cfr. Trib. Milano, 3 giugno 2008, in *Giustizia a Milano*, 7-8, 2008, 54 ss.).

[43] Vieppiù considerato che «gli amministratori – ferma l'applicazione della "*business judgement rule*", secondo cui le loro scelte sono insindacabili a meno che, se valutate "*ex ante*", risultino manifestamente avventate ed imprudenti – rispondono non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell'art. 2392 c.c., ma in virtù della diligenza professionale esigibile *ex* art. 1176, comma 2, c.c.» (cfr. Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, in *Società*, 2017, 218 ss.) La natura contrattuale della responsabilità degli amministratori è in effetti pacifica sia in giurisprudenza (v. anche Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 390 ss.; Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, in *Società*, 2012, 1241 ss.) sia in letteratura (v. per tutti A. De Nicola, *Sub art. 2392*, in F. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, 2005, 545 ss.), tanto che la fonte sia individuata nel contratto di società (per tuti v. F. Galgano-R. Genghini, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, 445 ss.), tanto nello specifico contratto di amministrazione (v. R. Rordorf, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, 1193 ss.).

[44] Ciò rileva laddove sotto il profilo tecnico «*firms may be able to block competitors from tracking their prices which would make tacit collusion more difficult*» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note from Singapore*, cit., § 4).

possano esserlo adoperando l'ordinaria diligenza) della possibilità che fenomeni collusivi possano verificarsi anche se esse non programmano i propri algoritmi per violare l'art. 101 TFUE[45]. Oltre a ridurre la rilevanza delle eccezioni relative alla – pretesa – assenza di nesso causale[46], tale prevedibilità dei potenziali effetti anticoncorrenziali che possono derivare dalla decisione di utilizzare una siffatta intelligenza artificiale sembra essere elemento tale da poter supportare l'idea che tale condotta assomiglia più a una c.d. pratica concordata che a un'ipotesi di mera collusione tacita[47].

Infatti, quando imprese fra loro concorrenti istruiscono i propri algoritmi perché si controllino a vicenda e reagiscano dinamicamente alle rispettive decisioni, esse non possono ignorare che la conseguenza è quella di ridurre e invero eliminare l'incertezza sulle reciproche intenzioni di comportamento futuro. Sebbene le decisioni appaiano adottate unilateralmente dai singoli algoritmi, il meccanismo funziona soltanto perché almeno due imprese hanno deciso di utilizzare tali forme di intelligenza artificiale rendendo al tempo stesso disponibili online quelle informazioni sul proprio operato che, fra l'altro, vengono controllate e analizzate dagli algoritmi delle imprese concorrenti.

I prezzi che derivano da tale complesso processo non sono fra loro semplicemente interdipendenti, come accade nell'ipotesi della collusione tacita, ma appaiono piuttosto il frutto di un vero e proprio meccanismo di coordinamento che appare, se non del tutto consapevole, certamente accettato da parte delle imprese. Tale meccanismo finisce per alterare la dinamica concorrenziale. Se è vero che il diritto della concorrenza non proibisce alle imprese di adattare le proprie strategie alle condotte dei concorrenti, è tuttavia altrettanto vero che – mediante il divieto di pratiche concordate – l'art. 101 TFUE non ammette alcuna forma di contatto fra imprese concorrenti che possa avere l'effetto di influenzarne la condotta sul mercato riducendone la reciproca incertezza sulle rispettive condotte future[48], andando così a sostituire quello che sarebbe il processo concorrenziale in normali condizioni di mercato[49].

L'attenzione per la necessità di mantenere un certo grado di incertezza negli operatori economici permette un'osservazione conclusiva: ai margini della sua portata applicativa, il divieto di pratiche concordate si sovrappone al diverso illecito antitrust rappresentato dallo scambio di informazioni fra imprese concorrenti, condividendone

[45] Infatti, «[b]*y simply allowing these bots to go to work, it is easy to imagine an effectively permanent pricing stasis settling over many markets, and not always with procompetitive effects*» (cf. D.I. Ballard-A.S. Naik, *op. cit.,* 30).

[46] Sulla limitata efficacia di regola riconosciuta alle eccezioni basate sull'assenza di nesso causale, sebbene con riferimento a un'ipotesi di *private enforcement* e non di applicazione pubblicistica dell'art. 101 TFUE, v. CGUE, C-557/12, *Kone AG* (2014) § 33.

[47] Secondo la giurisprudenza, si tratta di pratica concordata se si verifica una «forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi della concorrenza» (cfr. CGUE, C-8/08, *T-Mobile* (2009) § 26).

[48] Cfr. CGUE, 48/69, *Imperial Chemical Industries* (1972) § 118. Infatti, uno degli elementi costitutivi della nozione di pratica concordata, rappresentandone l'obiettivo, è quello «di influire sul rispettivo comportamento sul mercato e di manifestare il comportamento che ciascun produttore si propone […] di tenere esso stesso sul mercato» (cfr. Trib UE, T-7/89, *Hercules Chemicals* (1991) § 259)

[49] Cfr. CGUE, *Suiker Unie*, cit., § 191.

appunto tale *ratio*[50]. Al pari di alcune ANC[51], la Commissione segue – da sempre[52] – un approccio piuttosto restrittivo in materia. Se lo scambio di informazioni diretto e riservato fra concorrenti viene sanzionato alla stregua di un cartello[53], anche la semplice diffusione al pubblico di informazioni sensibili è stata qualificata dalla Commissione come una violazione per oggetto dell'art. 101 TFUE[54], specie laddove riguardi le intenzioni future delle imprese[55]. L'idea alla base di tale approccio è appunto che anche la diffusione di informazioni al pubblico riduce l'incertezza delle imprese concorrenti con una sorta di mutua consapevolezza circa le rispettive future strategie[56].

Atteso che la diffusione al pubblico di informazioni rientra nel campo applicativo dell'art. 101 TFUE anche se non vi sono contatti diretti fra le imprese[57], l'insieme delle incessanti attività di controllo reciproco poste in essere dagli algoritmi ai quali è chiesto di monitorare il comportamento dei concorrenti (sulla base di informazioni volontariamente rese disponibili online dalle imprese interessate) sembra in effetti dare luogo a una qualche forma di comunicazione o diffusione di informazioni che contribuisce a sostituire l'incertezza circa le condotte attuali e future degli operatori di mercato[58]. Di ciò, del resto appare consapevole la stessa Commissione[59].

---

[50] In effetti, la ricezione di informazioni sulle attività commerciali dei concorrenti è considerata sufficiente per sostenere che la destinataria abbia partecipato a una pratica concordata (cfr. Trib. UE, T-25/95 e altre, *Cimenteries CBR* (2000) § 1852).

[51] Con riguardo alla prassi dell'AGCM v. ad esempio la nota decisione del 30 settembre 2004 n. 13622, I575 – *Ras-Generali/Iama Consulting*, in *Bollettino*, n. 40/2005.

[52] Cfr. ad esempio la Comunicazione della Commissione, *relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese*, in GU C, n. 75, del 29 luglio 1968, 3.

[53] Cfr. CGUE, C-286/13 P, *Dole* (2015), su cui, anche per ulteriori riferimenti, v. L. Calzolari, *Il caso Dole: lo scambio di informazioni come restrizione per oggetto ex art. 101 TFUE*, in Eurojus.it, 1/2015.

[54] Cfr. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C, n. 11, del 14 gennaio 2011, 1, §§ 73-74.

[55] Cfr. la decisione della Commissione, 7 luglio 2016, C(2016) 4215 final, caso AT.39850 – *Container Shipping*. Per un commento v. I. Rabinovici, *The Application of EU Competition Rules in the Transport Sector*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 271 ss.

[56] La giurisprudenza in materia non è univoca: se talvolta si è riconosciuto che la diffusione di informazioni al pubblico rappresenta un elemento costitutivo della nozione di pratica concordata (cfr. CGUE, *Imperial Chemical Industries*, cit., §§ 100-101), in altri casi si è invece escluso che tale condotta sia sufficiente a ridurre il livello di incertezza delle imprese circa le intenzioni dei concorrenti (cfr. CGUE, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C- 125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö* (1993) § 64).

[57] Ciò che rileva, infatti, è che le informazioni siano comunicate al pubblico, così che a valle della loro diffusione anche i concorrenti possano avervi accesso. In argomento v. O. Odudu, *Indirect information Exchange: The Constituent elements of Hub and Spoke collusion*, in *European Competition Journal*, 2011, 205 ss.

[58] Secondo la Corte di giustizia, «ogni operatore economico deve determinare autonomamente le condotta che intende seguire sul mercato comune» e sono pertanto vietati i contatti «diretti o indiretti, in grado di influenzar[n]e il comportamento», tanto che lo scambio di informazioni può avere oggetto anticoncorrenziale se riduce le incertezze delle imprese circa il «funzionamento del mercato», con «conseguente restrizione della concorrenza» (cfr. CGUE, *Dole*, cit. § 121).

[59] Con riguardo alle modalità operativa degli algoritmi, la stessa Commissione ha infatti osservato che, sebbene «*it is* […] *not obvious that more sophisticated tools through which a firm merely observes another firm's price and draws its own conclusion would qualify as "communication" for Article 101 purposes*», è altrettanto vero che «*one cannot fully rule out the possibility that more creative and novel types of interactions could in certain situations meet the definition of "communication"*» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note from the European Union*, cit., § 33). Sul

Anche laddove non si condivida la riconducibilità *tout court* di tale fattispecie alla nozione di pratica concordata, sembra comunque inevitabile concludere che si tratti di un'ipotesi coperta, quantomeno, dal divieto di scambio o diffusione al pubblico di informazioni sensibili[60].

5. Ulteriori spunti a supporto della possibilità – e necessità – di applicare l'art. 101 TFUE alle "intese 4.0"

Nel precedente paragrafo si è cercato di chiarire come si possa – e debba – ricondurre la collusione fra algoritmi all'interno del campo di applicazione delle regole di concorrenza: si tratta infatti di una fattispecie non assimilabile alle ipotesi tradizionali di collusione tacita e piuttosto riconducibile alla nozione di pratica concordata: con la conseguenza che tale condotta è di per sé coperta dal diritto della concorrenza dell'Unione e in particolare dall'art. 101 TFUE.

Vi sono ulteriori caratteristiche intrinseche dell'ordinamento antitrust dell'Unione che supportano tale conclusione, confermando che la collusione fra algoritmi non presenta peculiarità tali da posizionarla all'esterno del perimetro di azione della Commissione e delle ANC. Il riferimento è in particolare all'irrilevanza dell'elemento psicologico ai fini dell'applicazione pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE[61], alla disciplina di matrice giurisprudenziale relativa all'imputabilità infragruppo degli illeciti antitrust, nonché alla possibilità per la Commissione di avviare procedimenti ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003 sulla base di semplici preoccupazioni concorrenziali.

La responsabilità antitrust ha innanzitutto natura quasi oggettiva. Gli artt. 101 e 102 TFUE non contengono infatti alcun riferimento all'elemento psicologico quale requisito dell'illecito antitrust[62]: né sotto il profilo della colpa né sotto quello della negligenza. La rilevanza dell'intento delle imprese per determinare la natura anticoncorrenziale di una condotta è stata coerentemente esclusa dalla Corte di giustizia[63].

---

punto v. anche J. Blockx, *Antitrust in digital markets in the EU: policing price bots*, Paper for the 2017 Radboud Economic Law Conference, 11 ss.

[60] Cfr. *Algorithms and Collusion – Note from Italy*, cit., § 18 dove si osserva che «*the repeated exchange through algorithms of information on prices (or even of price intentions* […]*) might amount to a breach of competition rules, absent evidence of direct contacts between competitors*».

[61] Sottolinea tale aspetto anche J. Blockx, *op. cit.*, 11 secondo cui «*even self-learning pricing algorithms could be caught by the prohibition of Article 101 TFEU*» proprio perché la Corte di giustizia ha fra le altre cose «*allowed for the establishment of infringements in the absence of anticompetitive intent*».

[62] Cfr., ad esempio, P. Akman, *The role of intent in the EU case law on abuse of dominance*, in *European Law Review*, 2014, 31 ss; M.E. Stucke, *Is intent relevant?*, in *Journal of Law, Economics and Policy*, 2012, 801 ss.; P.L. Parcu, *Considerazioni sulla rilevanza del movente nella valutazione delle violazioni antitrust*, in A. Raffaelli (ed.), *Antitrust Between EU and National Law IX*, Bruxelles-Milano, 2011, 289 ss.; S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 321 ss., spec. 336.

[63] Infatti, «l'intenzione delle parti non rappresenta un elemento necessario al fine di determinare la natura restrittiva di una pratica concordata» (cfr. CGUE, *T-Mobile/Commissione*, cit., § 27). La politica e il diritto della concorrenza hanno del resto l'obiettivo di preservare la struttura competitiva dei mercati e di migliorarne l'efficienza ma non si occupano di moralità (cfr. P.L. Parcu-M.L. Stasi, *The role of intent in the assessment of conduct under Article 102 TFEU*, in P.L. Parcu-G. Monti-M. Botta (eds.), *Abuse of dominance*

L'irrilevanza dell'elemento psicologico ai fini dell'applicazione pubblica delle regole di concorrenza emerge anche laddove si prendano in considerazione i rapporti fra *public* e *private enforcement*[64]: la colpevolezza delle imprese destinatarie di una decisione di accertamento da parte della Commissione, o di una ANC, non rientra infatti fra gli elementi oggetto dell'intensa efficacia probatoria in sede civile a queste attribuita, rispettivamente, dall'art. 16 del regolamento (CE) 1/2003 e dall'art. 9 della direttiva 2014/104/UE[65]. Oltre a confermare l'irrilevanza dell'intento ai fini dell'applicazione a matrice pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE, la giurisprudenza in tema di responsabilità per le violazioni delle regole di concorrenza nei gruppi di imprese[66] sembra consentire un'interpretazione della nozione di imputabilità dell'illecito antitrust sufficientemente ampia da permettere l'addebito alle imprese delle condotte autonome degli algoritmi, anche quando non programmati per colludere.

Secondo la Corte di giustizia, l'impresa controllante è responsabile per le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE commesse dalle proprie controllate[67]. La Commissione non deve provare che la controllante sia stata coinvolta nella predisposizione o nella gestione dell'illecito e, invero, neppure che ne fosse a conoscenza. Specie se la capogruppo detiene un'elevata percentuale del capitale sociale della controllata, opera infatti una presunzione secondo cui la controllante esercita un'influenza determinante sul comportamento della controllata[68]. Sebbene si tratti nella forma di una presunzione semplice, la sua efficacia è molto intensa e difficilmente viene superata[69], essendo a tal fine ne-

in EU competition law, Northampton, 2017, 12 ss., spec. 14): così come la legittima aspirazione degli operatori economici di divenire dominanti e financo monopolisti non è di per sé un illecito (ma anzi rappresenta il motore della crescita economica), colludere senza averlo desiderato non può che essere condotta rilevante ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza.

64 V. anche il considerando 11 alla dir. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in GU L, n. 349, del 5 dicembre 2014, 1. Sulla direttiva v. per tutti F. Munari-C. Cellerino, *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, Roma, 2016.

65 Al pari di altri elementi quali il nesso di causalità, l'effettiva verificazione e la quantificazione del danno, la colpevolezza delle imprese deve pertanto essere dimostrata dall'attore durante il giudizio civile sulla base di elementi diversi dalla decisione della Commissione (o della ANC), salvo che l'ordinamento nazionale preveda ipotesi presuntive di tali elementi costitutivi dell'illecito civile.

66 Sul tema della c.d. *parental liability*, v. fra i molti F. Amato-A. Della Negra-F. Liberatore, *La responsabilità della capogruppo per le violazioni al diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2014, 334 ss.; M. Casoria, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 365 ss.; F. Ghezzi-M. Maggiolino, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle Società*, 2014, 1060 ss.

67 Infatti, «una persona giuridica che non abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza può nondimeno essere sanzionata per il comportamento illecito di un'altra persona giuridica allorché tali persone facciano tutte e due parte della stessa entità economica e formino così l'impresa che ha infranto l'articolo 101 TFUE» (cfr. CGUE, da C-231/11 P a C-233/11 P, *Siemens AG Osterreich* (2014) § 45).

68 Cfr. CGUE, *Akzo Nobel c. Commissione*, cit., § 60. Sull'ampiezza della partecipazione al capitale sociale della controllante necessaria ai fini dell'applicazione della presunzione v. anche Trib. UE, T-299/08, *Elf Aquitaine SA* (2011) e CGUE, C-508/11 P, *Eni SpA* (2013).

69 Una delle rare occasioni in cui la presunzione è stata superata è rappresentata da CGUE, T-24/05, *Alliance One International* (2010), sulla quale v. ad esempio C. Hummer, *Alliance One: General Court Overturned Parental Liability of a Pure Financial Holding Company*, in *Journal of European Competition Law &*

cessaria la prova di un fatto negativo e cioè che la controllata, agendo autonomamente, non riceve istruzioni dalla capogruppo[70]. Non è invece sufficiente che la capogruppo dimostri che l'illecito antitrust è stato commesso dalla controllata contravvenendo alle esplicite istruzioni impartite dalla capogruppo di non partecipare ad alcuna pratica potenzialmente anticoncorrenziale su alcun mercato[71].

Le capogruppo sono in effetti obbligate a supervisionare la condotta delle proprie controllate e devono assicurare che queste non violino le regole di concorrenza: se una condotta anticompetitiva viene posta in essere nonostante la sorveglianza esercitata dalla capogruppo, la responsabilità di quest'ultima è giustificata anche dalla considerazione secondo cui sono gli azionisti di tale impresa ad avere beneficiato dei proventi dell'illecito fino al momento in cui questo è stato scoperto dalla Commissione o da una ANC[72].

Esattamente come la decisione autonoma di una controllata di non rispettare le istruzioni ricevute e commettere un illecito antitrust non esenta la capogruppo dalla propria responsabilità, così anche la decisione di colludere adottata autonomamente da algoritmi non programmati per violare l'art. 101 TFUE dovrebbe e sembrerebbe poter essere imputata alle imprese che li hanno utilizzati. Da un lato, è ragionevole che l'impresa abbia un dovere di supervisionare l'attività degli algoritmi assicurandosi che questi non adottino condotte che sarebbero vietate – e di cui le imprese risponderebbero – laddove poste in essere da un essere umano[73], come ad esempio un loro dipendente[74]. Dall'altro lato, se una violazione nondimeno si verifica (o non può essere evitata sotto il profilo tecnico), è altrettanto ragionevole che le imprese debbano rispondere del pregiudizio arrecato alla concorrenza e ai consumatori: sono le stesse imprese i cui algoritmi hanno "tacitamente" colluso ad avere beneficiato dei maggiori profitti in tal modo realizzati fino al momento in cui tale condotta è stata scoperta dalla Commissione o da una ANC.

Sotto un diverso e ultimo profilo, se anche quanto sopra non fosse ritenuto sufficiente a comprovare la possibilità di qualificare la collusione fra algoritmi alla stregua di una pratica concordata (o di uno scambio di informazioni) e di imputare tale condotta alle imprese, si è detto che i procedimenti *ex* artt. 101 e 102 TFUE possono essere avviati anche se non viene contestata (e quindi tantomeno ascritta) alle imprese la commissio-

Practice, 2011, 126 ss. Non è invece sufficiente che la capogruppo dimostri di essere un mero investitore finanziario interessato a rivendere rapidamente la partecipazione assunta in un'impresa in condizioni di difficoltà (cfr. ad esempio CGUE, T 395/09, *Gigaset AG* (2014).

[70] La legittimità di questa sorta di *probatio diabolica* è stata fra l'altro confermata da Trib. UE, T-168/05, *Arkema SA* (2009) § 82.

[71] Cfr. CGUE, C-155/14 P, *Evonik Degussa* (2016) § 40.

[72] Cfr. Trib. UE, T-77/08, *The Dow Chemical Company* (2012) § 101.

[73] Come osservato dalla stessa Commissione, «[i]*t is up to the firms using algorithms to ensure that their algorithms do not engage in illegal behaviour*» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note from the European Union*, cit., § 28). In altri termini, «*undertakings can be liable for the actions of the (self-learning) algorithms they create or use. Undertakings have a positive obligation to ensure compliance with the EU antitrust rules and cannot plead ignorance of what their employees or price bots are doing*» (cf. J. Blockx, *op. cit.*, 11).

[74] Non vi sono dubbi che le imprese rispondano per le condotte dei propri dipendenti anche se non autorizzati o istruiti a porre in essere condotte potenzialmente anticoncorrenziali (cfr. ad esempio CGUE, C-68/12, *Protimonopolny urad Slovenskej republiky* (2013) § 25).

ne di alcun illecito antitrust: segnatamente, l'art. 9 e il considerando 13 del regolamento (CE) 1/2003 permettono alla Commissione e alle ANC di avviare un procedimento sulla base di semplici preoccupazioni concorrenziali[75]. Tali preoccupazioni sono comunicate alle imprese mediante una valutazione preliminare (senza che occorra l'invio di una più esaustiva comunicazione degli addebiti) in cui sono sintetizzati «i fatti principali del caso» ed espresse «le preoccupazioni preliminari sotto il profillo della concorrenza risultanti dall'indagine»[76]. Se le imprese offrono dei rimedi idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali descritte nella valutazione preliminare, la Commissione e le ANC hanno la possibilità di chiudere il procedimento senza l'onere (e invero neppure la possibilità) di «giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione»[77]. La decisione che conclude il procedimento ha infatti l'unico effetto di accettare e rendere vincolanti gli impegni formulati dalle imprese.

Si tratta di uno strumento di ampia diffusione pratica[78] e utilizzato dalla Commissione con particolare intensità nel contesto dei c.d. nuovi mercati e delle nuove tecnologie[79]. L'ampio utilizzo delle decisioni con impegni in tale contesto è dovuto al fatto che tale strumento permette di elaborare soluzioni flessibili alle nuove e mutevoli problematiche concorrenziali che caratterizzano i nuovi mercati. L'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003 consente inoltre di contrastare il comportamento – non illecito ma che solleva preoccupazioni concorrenziali – in tempi minori rispetto a quelli necessari alla procedura ordinaria. Il *focus* della procedura negoziata è la ricerca dell'accordo fra Commissione e imprese e non l'analisi antitrust della condotta delle imprese: il consenso

[75] Mentre l'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003, dispone che «[q]ualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può [...] rendere detti impegni obbligatori per le imprese», il considerando 13 dello stesso meglio chiarisce che se gli impegni rispondo «alle sue preoccupazioni, la Commissione [...] dovrebbe poter rendere detti impegni obbligatori per le imprese interessate» mediante decisioni che «dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione».

[76] Cfr. Comunicazione della Commissione *sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, (2011/C 308/06), in GU C, n. 308/06, del 20 ottobre 2011, § 121. Anche se la valutazione preliminare deve quindi contenere «*some prima facie evidence of breach of Article 101 or 102 TFEU*» (cfr. N. Dunne, *Commitment decisions in EU competition law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 399 ss., spec. 403), tale documento «*does not establish an infringement, but merely sketches the reasons why some practices could violate competition law*» (cfr. P.I. Colomo, *Three Shifts in EU Competition Policy: Towards Standards, Decentralization, Settlements*, in *Maastricht Journal of European & Competition Law*, 2013, 363 ss., spec. 378).

[77] Cfr. Trib. UE, T-342/11, *CEEES e AGES* (2014) § 55, nonché il già citato considerando 13 del regolamento (CE) 1/2003.

[78] Dai dati pubblicati sul sito internet della Commissione emerge infatti che, fra il 2004 e il 2017, sono stati definiti con impegni circa il 29% dei casi trattati (e cioè 43 su 150 procedimenti avviati) e circa il 62% dei casi trattati relativi a illeciti diversi da un cartello (e cioè 43 su 69 procedimenti avviati), fattispecie con riguardo alla quale le decisioni con impegni non dovrebbero essere utilizzate.

[79] Cfr. ad esempio i casi *Microsoft* (cfr. Commissione 16 dicembre 2009, C(2009) 10033 final, caso COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, *Samsung* (cfr. Commissione 29 aprile 2014, C(2014) 2891 final, caso AT.39939 – *Samsung*), *IBM* (cfr. Commissione 13 dicembre 2011, C(2011) 9245 final, caso COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*) *Apple* (cfr. Commissione 12 dicembre 2012, C(2012) 9288 final, caso COMP/39.847 – *E-books*), *Amazon* (Commissione 4 maggio 2017, C(2017) 2876 final, caso AT.40153 – *Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*), nonché il "tentativo fallito" nel caso *Google Shopping* (cfr. Commissione 27 giugno 2017, C(2017)4444 final, caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

di queste ultime permette infatti una trattazione meno approfondita degli aspetti più complessi del contenzioso antitrust e che potrebbero divenire rilevanti nel contesto della successiva fase contenziosa[80]. Nei nuovi mercati la tempestività dell'intervento è talvolta prioritaria rispetto all'accertamento della responsabilità a fini sanzionatori: si tratta infatti di scenari in rapida evoluzione, la cui struttura potrebbe essere pregiudicata in modo irrimediabile nelle more della procedura ordinaria[81].

Come è noto, anche alla luce della discrezionalità attribuita alla Commissione nella scelta e nella negoziazione dei rimedi[82] nonché della sostanziale protezione da ogni forma di scrutinio giurisdizionale di cui godono le decisioni con impegni[83], il fatto che l'azione della Commissione e delle ANC si concentri sul futuro (*i.e.* la predisposizione di rimedi che risolvono le preoccupazioni concorrenziali)[84] piuttosto che sul passato (*i.e.* l'accertamento della condotta illecita) ha fatto osservare che le decisioni con impegni comportano il passaggio da un sistema in cui la Commissione e le ANC svolgono una funzione di tipo (essenzialmente) "giudicante" a uno in cui tali istituzioni finiscono per esercitare (anche) un potere di regolazione dei mercati[85]. Gli artt. 101 e 102 TFUE si dovrebbero infatti applicare a condotte già poste in essere dalle imprese, mentre l'attività di regolazione serve a prevenire futuri fallimenti di mercato.

---

[80] Infatti, «[o]*ne of the major differences between Article 7 (enforcement) decisions and Article 9 (commitment) decisions is that the focus of discussion in Article 7 enforcement decisions is the proof of the (past) violation whereas in Article 9 commitment decisions the focus of discussion is the adequacy of the remedy to meet – in the future – the concerns of the Commission*»; in altri termini, «[t]*he issue is no longer what the parties did but what the Commission wants*» (cf. F. Jenny, *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in context and the Future of Commitment Decisions*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, 701 ss., spec. 762-763).

[81] Vi è in effetti chi ritiene che le decisioni con impegni siano particolarmente «*useful in fast-moving markets by avoiding two risks in particular: first, that a remedy mandated by an authority 'locks in' technology or a business model that would otherwise have been replaced by innovation, or second, that by the time the authority reaches its final infringement decision (and any appeals have been resolved), the market or technology will have long moved on and harm to competition gone unaddressed*» (cfr. P. Marsden, *Towards an Approach to Commitments that is 'Just Right'*, in *Competition Law International*, 2015, 71 ss., spec. 72; v. anche D. Rat, *Commitment Decisions and Private Enforcement of EU Competition Law: Friend or Foe?*, in *World Competition*, 2015, 527 ss., spec. 533-534).

[82] Ciò è dovuto alla peculiare interpretazione del principio di proporzionalità seguita dalla Corte di giustizia con riferimento alle decisioni con impegni (cfr. in particolare CGUE, C-477/07 P, *Alrosa* (2010) e, più di recente, Trib. UE, T-76/14, *Morningstar* (2016).

[83] Il consenso fra imprese e Commissione (o ANC) riduce infatti la possibilità che le decisioni che recepiscono gli impegni siano oggetto di impugnazione. Vieppiù considerato che l'eventuale annullamento avrebbe come possibile conseguenza la riapertura del procedimento secondo le modalità ordinarie e, quindi, potrebbe portare all'accertamento di un'infrazione.

[84] In altri termini, la Commissione e le ANC possono limitare la loro analisi alla cura dei "sintomi" della condotta vietata, senza approfondire l'esame della fattispecie, e cioè della "patologia" anticoncorrenziale (per l'uso di questa metafora v. M. Mariniello, *Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma*, in *Bruegel Policy Brief*, 2014, 1 ss., spec. 2; F. Polverino, *Procedure "negoziate" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 411 ss., spec. 414).

[85] Cfr., fra i molti, A. Giannaccari-C. Landi, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 231 ss., spec. 264-265); N. Dunne, *op. cit.,* 419; P.I. Colomo, *op. cit.*, 379; M. Siragusa-E. Guerri, *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, in C.D. Ehlermann-M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlement under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 185 ss., spec. 191; H. Schweitzer, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in C.D. Ehlermann-M. Marquis (eds.), *op. cit.*, 547 ss., spec. 577; M. Mariniello, *op. cit.*, 5-6; F. Risso, *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza. Qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2012, 1360 ss., spec. 1365.

Possono anche condividersi, in principio, le molteplici perplessità sollevate dall'utilizzo del diritto antitrust per finalità «meta-concorrenziali»[86]; tuttavia, la delicatezza della materia e la difficoltà di operarne un inquadramento secondo gli strumenti tradizionali del diritto antitrust e le funzioni "classiche" di Commissione e ANC costituisce elemento idoneo a giustificare le soluzioni applicative appena accennate. Anche tralasciando la possibilità di considerare la collusione fra algoritmi alla stregua di una pratica concordata[87], si è detto infatti che ogni forma di collusione tacita ha effetti sulla struttura di mercato e sul benessere dei consumatori paragonabili a quelli di un cartello[88], riducendo il benessere sociale. La sostituzione della "mano invisibile" con l'azione invisibile di intelligenze artificiali e *big data* non può che essere considerata sufficiente a integrare la soglia di cui all'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003 e, quindi, consentire alla Commissione di utilizzare lo strumento delle decisioni con impegni per iniziare a regolare i c.d. *data driven markets*.

Non è questa la sede per approfondire il tema degli effetti negativi di portata sistematica che derivano dalla scelta della Commissione di utilizzare lo strumento degli impegni in fattispecie particolarmente innovative[89], come è ad oggi la collusione fra algoritmi: è tuttavia opportuno sottolineare che, quando la Commissione riesce a trovare un accordo con le imprese sul contenuto dei rimedi, l'adozione di decisioni con impegni prescinde dall'esame e dalla soluzione di quelle complesse e controverse problematiche sollevate dalla collusione algoritmica che si sono evidenziate nei precedenti paragrafi[90].

---

[86] Per riprendere un'espressione di M. Siragusa, *Le decisioni con impegni*, in P. Barucci-C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, *L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 385 ss., spec. 386. Le critiche principali riguardano il rispetto di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione (*e.g.*, legalità, stato di diritto e separazione dei poteri), oltre ai rischi per la legittimità e l'accuratezza dell'azione di *enforcement* della Commissione.

[87] Il che permetterebbe alla Commissione di sanzionare la condotta ai sensi degli artt. 7 e 23 del regolamento (CE) 1/2003.

[88] Sulla rilevanza delle finalità del diritto e della politica antitrust nel contesto della rivoluzione dei big data, e in particolare sulla necessità di finalizzare le regole di concorrenza alla salvaguardia della struttura del mercato, v. L. Calzolari, *International and EU Antitrust Enforcement in the Age of Big Data*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, 855 ss., spec. 878-879.

[89] L'assenza di incentivi al contraddittorio da parte delle imprese, l'attenzione sugli effetti futuri dei rimedi invece che sull'analisi della condotta delle imprese, e soprattutto la tendenziale assenza di impugnazioni davanti a Tribunale e Corte di giustizia fanno sì che il valore delle decisioni con impegni quali precedenti sia molto più limitato rispetto a quello delle decisioni di accertamento, con riflessi negativi sulla chiarificazione del contenuto degli artt. 101 e 102 TFUE (cfr. fra i molti F. Jenny, *op. cit.*, 763; R. Subiotto QC-D.R. Little-R. Lepetska, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 263 ss., spec. 264; M. Merola-L. Armati, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in *Italian Antitrust Review*, 2013, 16 ss., spec. 31; M. Mariniello, *op. cit.*, 1-2).

[90] Nel contesto delle decisioni con impegni, infatti, l'obiettivo delle imprese è che la procedura si chiuda con l'accettazione di rimedi che non influiscano eccessivamente sulla – remunerativà della – loro attività economica; fino a che ciò si verifica (e le imprese non devono quindi dimostrare davanti a Tribunale e Corte di giustizia l'erroneità delle posizioni giuridiche della Commissione per evitare o ridurre una sanzione irrogata nell'ambito di una procedura ordinaria), esse non hanno di regola interesse a contestare aspetti teorici dai quali non traggono un beneficio (v. ad esempio J. Ratliff, *Negotiated Settlements in EC Competition Law: The Perspective of the Legal Profession*, in C.D. Ehlermann-M. Marquis (eds.), *op. cit.*, 305 ss., spec. 311). Questioni quali l'imputabilità alle imprese di condotte assunte autonomamente dagli algoritmi, ovvero la corretta qualificazione della collusione algoritmica alla stregua di un'ipotesi di collusione tacita o di pratica concordata, rimarrebbero quindi verosimilmente sullo sfondo di un

Anche perché, va ribadito, vi sono soverchie difficoltà a trovare altre soluzioni pragmaticamente utilizzabili, e una valutazione in termini comunque di non illiceità dell'impiego di algoritmi anche quando il loro funzionamento determina restrizioni della concorrenza assimilabili a collusioni ridurrebbe di molto (e quasi azzererebbe) l'utilità del diritto antitrust: l'evoluzione dei *big data* avviene velocemente e in modo pervasivo, e viene utilizzata soprattutto dalle grandi imprese; in tal senso, "sdoganarne" l'impiego dal punto di vista del diritto antitrust finirebbe per confinare la materia a fattispecie residuali, concernenti imprese di importanza minore, con arretramenti della disciplina che non appaiono persuasivi.

Sotto un diverso profilo, sanzionare in ogni caso la collusione realizzata mediante algoritmi rischierebbe di pregiudicare gli effetti comunque positivi degli stessi sia sul piano sociale, che su quello della trasparenza dei mercati, col rischio di compiere operazioni ermeneutiche che ricordano l'adagio del… buttare il bambino con l'acqua sporca. In una situazione in cui, peraltro, appare irrealistico pensare di poter impedire all'industria 4.0 di svilupparsi.

eventuale procedimento avviato dalla Commissione ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003.

I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*

Michela Tresca

Abstract

Il contributo affronta il tema dell'Intelligenza Artificiale, con specifico riferimento al ricorso ad algoritmi e a decisioni automatizzate da parte della pubblica amministrazione. In particolare, nel lavoro si analizzano i contenuti principali del Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale, presentato dall'Agenzia per l'Italia digitale il 21 marzo 2018. Si procede, quindi, con una riflessione sulla natura di tale documento e sugli eventuali interventi normativi o di regolazione diretti ad implementare quanto in esso previsto e, nello specifico, a declinare con più esattezza i diritti dei cittadini e gli obblighi in capo all'amministrazione. Infine, vengono esaminate le principali questioni giuridiche poste dall'implementazione di strumenti di IA nell'attività della pubblica amministrazione, tra le quali figurano la protezione dei dati, la sicurezza dei dati e degli algoritmi, la necessità di rispettare il principio di trasparenza e la responsabilità giuridica dell'amministrazione anche quando essa adotta soluzioni di IA.

The paper deals with the legal issues of Artificial Intelligence, with specific regard to the use of algorithms and automated decisions by the Public Administration. In particular, it explores the content of the White Paper on Artificial Intelligence at the service of citizens, released by the Agency for Digital Italy on March 21, 2018. Also, the paper investigates the nature of this document and possible regulatory actions in order to implement its provisions, with particular attention to the citizens' rights and the obligations of the administration. Finally, the analysis focuses on the main legal issues, stemming from the implementation of AI instruments in the activity of the Public Administration, including data protection, data and algorithms security, the respect of principles of transparency and accountability of the Public Administration, even when it implements AI technologies.

* Il saggio è frutto di una rielaborazione della relazione su *Il Libro Bianco dell'AGID sull'intelligenza artificiale*, presentata in occasione del *III Colloquio italo-francese sul Diritto del Web*, svoltosi presso l'Università LUISS Guido Carli il 21 giugno 2018, su iniziativa delle Università LUISS Guido Carli e Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

** L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

Michela Tresca

Sommario

1. Premessa. – 2. Una sintesi dei contenuti del Libro Bianco dell'AgID sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: nove "sfide" e dieci raccomandazioni. – 3. Il "valore" del Libro Bianco: il *pre-law* e le esigenze di regolamentazione e normazione del settore. – 4. Le principali questioni poste dall'implementazione di soluzioni di IA nell'attività della PA: le prospettive future.

Keywords

IA, Pubblica Amministrazione, Intelligenza Artificiale, AgID, diritti

1. Premessa

Il 21 marzo 2018, l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) ha presentato il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, curato dalla task force promossa dalla stessa autorità, al fine di studiare le opportunità offerte dall'IA nel miglioramento dei servizi pubblici e del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini[1].

La presentazione di tale documento, che ha contribuito a porre al centro del dibattito pubblico il tema del ricorso ad algoritmi e a decisioni automatizzate, con specifico riferimento alla pubblica amministrazione[2], rappresenta un altro importante tassello nell'attuazione dell'Agenda digitale europea[3], rispetto alla quale l'Italia ha sviluppato una propria strategia nazionale. In tale direzione, si sono collocati, dapprima, il Piano nazionale Banda ultra-larga, la Strategia per la crescita digitale 2014-2020 e il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2017-2019. Tale quadro è stato, poi, completato dall'ultima riforma della pubblica amministrazione (l. 124/2015, c.d. Riforma Madia) e dai successivi decreti delegati[4].

In tale contesto, il ricorso a strumenti di IA nei procedimenti amministrativi e nella fornitura dei servizi pubblici costituisce solo uno dei settori attraverso cui l'Italia intende raggiungere un livello di piena digitalizzazione della PA.

Il dibattito in tema di IA non è limitato, ovviamente, al solo piano interno, ma trova

[1] La task force sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, riunitasi per la prima volta il 7 settembre 2017, è un gruppo di lavoro costituito per studiare i temi connessi all'IA e composto da trenta esperti provenienti dal mondo accademico, delle organizzazioni internazionali, del mercato e delle start-up.

[2] Per una definizione di IA e di robot, nonché per una riflessione sulla regolamentazione in materia, cfr. C. Trevisi, *La regolamentazione in materia di Intelligenza artificiale, robot, automazione a che punto siamo*, in www.medialaws.eu, 2, 2018.

[3] L'Agenda digitale europea, lanciata dalla Commissione europea nel 2010, ha posto gli obiettivi per lo sviluppo della cultura e dell'economia in Europa verso una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Essa rappresenta una delle sette iniziative faro della strategia Europa 2020.

[4] L. 124/2015 recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", pubblicata in G.U. n. 187 del 13 agosto 2015. Tale provvedimento contiene quattordici deleghe legislative, tra cui: digitalizzazione della PA, semplificazione dei procedimenti amministrativi, anticorruzione e trasparenza.

anzi un maggiore impulso se si guarda al contesto europeo e internazionale. Con specifico riferimento all'Unione europea, negli ultimi due anni si sono susseguiti una serie di interventi che dimostrano la grande attenzione posta dalle istituzioni europee sul tema. Si possono citare, in proposito, la richiesta avanzata dai parlamentari europei alla Commissione al fine di definire norme in materia di robotica e Intelligenza Artificiale[5], alla quale ha fatto seguito l'idea di costituire un gruppo europeo di esperti in materia[6]. In questo senso, si colloca anche la pubblicazione della dichiarazione sull'IA da parte del Gruppo europeo per l'etica delle scienze e delle nuove tecnologie[7]. Da ultimo, nell'aprile del 2018, si è giunti alla firma, da parte di venticinque Stati, dell'accordo per accelerare sullo sviluppo dell'IA[8], seguito dalla Comunicazione della Commissione europea sull'Intelligenza Artificiale[9].

2. Una sintesi dei contenuti del Libro Bianco dell'AgID sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: nove "sfide" e dieci raccomandazioni

L'obiettivo dichiarato del Libro Bianco è quello di analizzare l'impatto dell'IA sulla società e verificare se tali tecnologie possano essere sfruttate dalla pubblica amministrazione per migliorare i servizi offerti ai cittadini e alle imprese.
Prima di dar conto dei contenuti specifici del Libro Bianco, occorre premettere che il testo dell'atto è stato aperto a consultazione pubblica dal 13 febbraio al 12 marzo 2018, attraverso un'apposita sezione del sito dell'AgID ad essa dedicato[10]. Lo stesso Libro Bianco riporta che sono stati esaminati più di cento commenti, contributi e raccomandazioni, di cui molti sono stati recepiti nella versione finale del testo[11].
Rispetto alla consultazione pubblica, si può rilevare come uno degli aspetti in cui si ravvisa l'influenza delle tecnologie informatiche nel rapporto tra PA e cittadini è proprio quello della partecipazione ai processi decisionali, che si esplica nel diretto coinvolgimento del cittadino nella determinazione delle decisioni pubbliche[12]. Se tale parteci-

[5] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

[6] Commissione europea, "Call for a High-Level Expert Group on Artificial Intelligence", 9 marzo 2018.

[7] European Group on Ethics and Science and New Technologies, "Statement on Artificial, Robotics and «Autonomous» Systems", Bruxelles, 9 marzo 2018. Il Gruppo europeo per l'etica delle scienze e delle nuove tecnologie (EGE) è un organo consultivo indipendente, istituito nel 1991 dalla Commissione europea allora presieduta da Jacques Delors, con l'intento di fornire risposta agli interrogativi etici legati al ricorso a nuove tecnologie nel campo biotecnologico e di affrontare il crescente divario fra l'Europa e gli Stati Uniti.

[8] Declaration, "Cooperation on Artificial Intelligence", firmata l'11 aprile 2018 da 24 Stati membri dell'Ue e dalla Norvegia, in occasione del Digital Day 2018.

[9] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "L'intelligenza artificiale per l'Europa", 25 aprile 2018.

[10] Qui di seguito il link: https://ia.italia.it/community/c/libro-bianco.

[11] Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, Versione 1.0, Marzo 2018, 71.

[12] P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in www.federalismi.it, 17 gennaio 2018,

pazione può produrre effetti positivi – tra gli altri – in termini di legittimazione e di limitazione del contenzioso, al tempo stesso, ci potrebbe essere il rischio che dietro tali iniziative continui a celarsi una «burocrazia forte e autoreferenziale», in cui la partecipazione dei cittadini si risolve in meri adempimenti formali[13].

Proprio con riferimento al Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale, sarebbe allora interessante verificare – al di là delle dichiarazioni espresse dagli stessi soggetti che hanno di fatto previsto e gestito la consultazione pubblica – quale ruolo sia stato in concreto rivestito dai soggetti consultati. A ben guardare, gli svariati commenti degli utenti che hanno partecipato alla discussione all'interno della piattaforma dedicata non sembrano trovare spazio nel testo definitivo. Si palesa così il rischio di cui si accennava poc'anzi, ossia di un apparente coinvolgimento del cittadino nella decisione amministrava che non trova, tuttavia, nei fatti alcun riscontro effettivo.

Con riferimento ai contenuti, il Libro Bianco offre una completa ricostruzione dello stato dell'arte dei servizi digitali in Italia, ed illustra poi, più nello specifico, l'attuale stadio di sviluppo dell'Intelligenza Artificiale, i principali ambiti del suo impiego, nonché le prospettive aperte dal ricorso a tali strumenti da parte delle pubbliche amministrazioni.

La parte centrale del Libro Bianco è dedicata all'individuazione di nove "sfide"[14].

La prima e l'ultima pongono al centro l'individuo e la dimensione etica legata all'utilizzo di tali tecnologie. Viene, infatti, affermato – in apertura – il principio antropocentrico, per cui è l'IA a dover essere messa al servizio delle persone e non viceversa e si individua la necessità che tali soluzioni rispettino sempre il principio generale dell'equità, nonché i diritti e le libertà dei cittadini. Si considerano, poi, alcune questioni etiche che potranno derivare dall'uso concreto di tali strumenti, tra le quali, la neutralità dei dati, la trasparenza degli algoritmi, la responsabilità dei soggetti che vi fanno ricorso. In chiusura, si sottolinea – nell'ultima sfida – come sia necessario «accompagnare» i cittadini verso una corretta comprensione del significato e delle implicazioni delle tecnologie basate sull'Intelligenza Artificiale. Di fronte all'impatto che l'IA può avere nella sfera sociale, psicologica ed esistenziale, si segnala l'importanza delle scienze sociali e della comunicazione pubblica nel supportare la ricerca scientifica.

---

5 ss., il quale evidenzia come nell'attuale ordinamento si riscontrano riferimenti normativi che vanno nel senso di sfruttare le nuove tecnologie proprio per favorire la partecipazione degli interessati. Tra questi, occorre citare l'art. 1, c. 1, lett. *c)*, l. 124/2015, che prevede la necessità di garantire «la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche»; l'art. 9 del d.lgs. 82/2005 (CAD), che riconosce in capo alle amministrazioni l'onere di favorire il ricorso alle nuove tecnologie al fine di migliorare la qualità dei propri atti e di assicurare una maggiore partecipazione dei cittadini al processo democratico anche attraverso forme di consultazione preventiva per via telematica. Quest'ultima previsione, tra l'altro, non è considerata molto innovativa dall'A., il quale auspica, invece – per rendere effettivo lo strumento della partecipazione – un intervento legislativo che preveda i tempi della consultazione, garantisca l'integrità dei dati, definisca il rapporto tra i risultati della partecipazione e l'oggetto della decisione. In questo senso, si collocano le *Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia* redatte dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione nel 2017, che tuttavia soffrono il fatto di rientrare nelle forme del *soft law*.

[13] *Ibid.*, 5-6.

[14] Le sfide, secondo l'ordine seguito nel Libro Bianco, sono: «Etica», «Tecnologia», «Competenze», «Ruolo dei dati», «Contesto legale», «Accompagnare la trasformazione», «Prevenire le disuguaglianze», «Misurare l'impatto», «L'essere umano».

Nella seconda sfida viene preso in considerazione, invece, il profilo più strettamente tecnologico, in quanto si ritiene necessario individuare quali tecnologie e in quali settori possono essere utilizzate soluzioni di IA, in modo da poter ideare sistemi e servizi che possano rispondere in maniera adeguata alle necessità dei cittadini. In questo senso, l'obiettivo è quello di far sì che tali tecnologie riproducano sempre meglio il funzionamento della mente umana e il modo in cui l'uomo si relaziona con il mondo esterno.
Si affronta, poi, il tema delle competenze che sono necessarie nell'ambito dell'IA e si considerano, sul punto, cruciali la formazione dei lavoratori pubblici e privati, il superamento dell'analfabetizzazione digitale, nonché la preparazione specialistica e interdisciplinare dei professionisti del settore.
Segue un'attenzione particolare rispetto alla tutela dei dati, a fronte della grande quantità di dati personali di cui si servono soluzioni di IA. Si sottolinea, in proposito, la necessità di garantire la correttezza nel trattamento di tali dati, e di sfruttarne al meglio le potenzialità, senza rinunciare ad assicurare la loro consistenza, qualità e intelligibilità. Tale aspetto viene preso nuovamente in considerazione anche nella sfida successiva definita «contesto legale», che individua le questioni giuridiche poste dal ricorso di strumenti di IA da parte della PA, tra le quali figurano la responsabilità dell'amministrazione che utilizza strumenti automatizzati, il rispetto del principio di trasparenza, nonché – appunto – la necessità di evitare che l'utilizzo dei dati da parte della PA possa avvenire in contrasto con i diritti fondamentali del cittadino.
Il Libro Bianco guarda, inoltre, alle potenzialità degli strumenti di IA rispetto alla possibilità di ridurre le disuguaglianze sociali esistenti, se si considera, ad esempio, l'applicazione delle nuove tecnologie nell'ambito dell'istruzione, della sanità, della disabilità. Al tempo stesso, però, non si esclude il rischio che le stesse tecnologie possano creare nuove disuguaglianze. Per evitare tale effetto, si ritiene necessario rendere accessibili, inclusivi e trasparenti gli strumenti di IA e far sì che il loro ricorso avvenga conformemente al quadro normativo attuale.
Di fronte ai nuovi strumenti si segnala, infine, la necessità, da un lato, di accompagnare l'innovazione e le trasformazioni che ne deriveranno e, dall'altro, di misurarne l'impatto una volta che essi saranno in concreto implementati nell'ambito dell'attività amministrativa. Con riferimento alla prima, si considera, quindi, l'importanza di gestire il rapporto tra Stato, cittadini e imprese, nonché di sviluppare una nuova cultura interna alla pubblica amministrazione. In questa direzione, si ritiene auspicabile la creazione di sistemi flessibili che possano rispondere al meglio ai bisogni e alle esigenze del cittadino-utente. Rispetto alla seconda, si ritiene opportuno verificare l'impatto che le soluzioni di IA avranno sulle politiche pubbliche, considerando sia la prospettiva del cittadino, in termini di miglioramento tanto della qualità della vita, quanto di fruizione dei servizi pubblici, che quella della pubblica amministrazione, nel senso di una maggiore efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa.
È chiaro, da tale breve ricostruzione, come nella esposizione delle nove sfide, si riscontri una forte interconnessione l'una con l'altra, tanto che, all'interno di ognuna, si rinvengono temi già affrontati in altre sfide o rimandi espliciti a sfide diverse da quella trattata nel caso specifico[15]. Se è inevitabile che i vari ambiti siano fortemente intercon-

[15] V. in questo senso, in particolare, le sfide «Etica», «Ruolo dei dati» e «Contesto legale».

nessi tra loro, ciò rischia, tuttavia, di creare confusione e di far perdere di significato lo stesso tentativo classificatorio.
In ogni caso, il contenuto del Libro Bianco non si ferma alle nove sfide. Vengono, infatti, stilate dieci raccomandazioni in vista di una concreta implementazione degli strumenti di IA e una lista di suggerimenti rivolti alle amministrazioni che intendano intraprendere le prime azioni, per iniziare a sfruttare concretamente le potenzialità offerte da strumenti di Intelligenza Artificiale.
Per quanto riguarda le raccomandazioni, si possono citare la promozione di una piattaforma nazionale rivolta allo sviluppo di soluzioni di IA; la creazione di un Centro di competenza nazionale come punto di riferimento per le PA che ricorrono a tali strumenti; la necessità di favorire la certificazione di figure professionali nell'ambito dell'Intelligenza Artificiale e la previsione di percorsi di formazione, in modo che la pubblica amministrazione possa servirsi di lavoratori che abbiano le competenze adeguate nella implementazione e gestione di tali strumenti; la previsione di un Piano 4.0 volto a promuovere gli investimenti pubblici nel settore; l'istituzione di un Centro transdisciplinare sull'IA, che lavori in collaborazione con il Centro di competenza nazionale.
Come accennato, a tali raccomandazioni si aggiunge una lista di suggerimenti, tra i quali meritano una menzione i seguenti: verificare per prima cosa quali processi interni e quali servizi per il cittadino possano essere favoriti dal ricorso all'IA; iniziare con l'introdurre soluzioni su piccola scala; lavorare in sinergia con il mondo accademico, in modo da sfruttare le competenze di cui le PA necessitano per gestire i nuovi sistemi tecnologici; essere costantemente aggiornati sul tema e stare dietro ai futuri sviluppi.
L'appena citata lista di suggerimenti, così come quella di raccomandazioni e, in definitiva, l'intero contenuto del Libro Bianco si risolvono, evidentemente, in indicazioni generiche e prive di qualsiasi valore precettivo, in assenza di misure normative e politiche che rafforzino concretamente la dimensione pubblica dell'innovazione digitale.
Sembra inevitabile, a questo punto, svolgere qualche breve riflessione sul valore effettivo del Libro Bianco, in uno scenario più ampio di interazione tra amministrazione pubblica e strumenti di IA.

3. Il "valore" del Libro Bianco: il *pre-law* e le esigenze di regolamentazione e normazione del settore

Il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale è riconducibile a pieno tra le forme di *soft law* o, meglio, di "*pre-law*"[16] e, come tale, si caratterizza ontologicamente per la sua non precettività, essendo privo di capacità vincolante.
Rispetto alle nuove sfide ed opportunità aperte dallo sviluppo tecnologico e a fronte di un quadro normativo il più delle volte non adeguato, si ritiene spesso auspicabile l'adozione di linee guida, o di codici di autoregolamentazione della rete, rispetto ai quali

[16] Su questo, R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), Soft law *e* hard law *nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss., per il quale rientrerebbero nel "*pre-law*" libri bianchi, libri verdi, programmi di azioni, comunicazioni istituzionali, mentre nel "*post-law*" linee guida, direttive interpretative, circolari ecc.

non si esclude il valore politico e sociale e, per certi versi, anche giuridico[17]. In questo caso, si tratta di un documento riferito ad un settore ancora tutto da implementare e quindi da verificare nelle sue implicazioni pratiche – essendo ancora limitato il ricorso a soluzioni di IA nell'attività della pubblica amministrazione italiana – e che si inserisce in un contesto normativo ancora da delineare. Di qui, la sua collocazione all'interno del "pre-law".-

Al di là di intenti definitori e classificatori di atti che in ogni caso rimangono fuori dalle fonti del diritto[18], occorre rilevare come il Libro Bianco intende, innanzitutto, portare il tema dell'Intelligenza Artificiale al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica e promuovere così il ruolo svolto nel settore, e nel più generale processo di digitalizzazione della PA, dall'Agenzia per l'Italia digitale. A questo, si aggiunge un sicuro valore esortativo nei confronti delle amministrazioni chiamate ad implementare simili soluzioni, a cui infatti si rivolgono gli inviti e le raccomandazioni contenute nell'atto.

Allo stato attuale, è prematuro poter giudicare l'impatto che tale intervento potrà avere sull'effettiva implementazione di soluzioni di IA da parte della PA, trattandosi – come si diceva poc'anzi – di un ambito ancora tutto in divenire per quanto riguarda il suo utilizzo all'interno dell'attività amministrativa.

Si può, tuttavia, riflettere sulla necessità di interventi normativi o di regolazione che dovranno seguire tale atto.

In questo senso, si può notare come il tema del ricorso a strumenti di Intelligenza Artificiale da parte della PA ha visto un primo impegno da parte della stessa amministrazione. Ciò è dimostrato dalla costituzione della task force sull'Intelligenza Artificiale riunita presso l'AgID, dalla stessa elaborazione del Libro Bianco, dal continuo monitoraggio sul tema[19].

A livello legislativo, invece, il dibattito sull'influenza dell'Intelligenza Artificiale è ancora allo stadio iniziale[20]. A tal proposito, si può citare l'approvazione da parte del

---

[17] In questo senso, con riferimento più generale alla produzione normativa che caratterizza gli attuali ordinamenti giuridici, cfr. A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione,* in *Rivista dell'Associazione dei Costituzionalisti italiani,* 22 luglio 2008, e – più diffusamente – Id., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione,* Torino, 2008*,* il quale rinviene una «attenuazione della portata della distinzione fra forme di *hard law* e forme di *soft law*, riconoscendosi anche alle fonti riconducibili a quest'ultima categoria (a cominciare dai precedenti stabiliti da giudici operanti in paesi di *civil law*; dai principi elaborati dalla dottrina; dalle dichiarazioni dei diritti non aventi forma giuridica produttiva di efficacia vincolante; dai codici etici o di autodisciplina e altri simili documenti; dalle "regole sociali" ritenute prive di forza normativa in senso giuridico, dalle "regole tecniche", ecc.) una certa capacità di essere utilizzate anche in sede di applicazione del diritto, non solo come strumenti di interpretazione del diritto *hard* (come è sempre avvenuto), ma anche in altre circostanze». Ancora sul punto, con riferimento specifico alle Carte dei diritti di Internet, G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2011, 377, il quale ritiene non si possa più, allo stato attuale, ridurre il giuridico alla «imperatività della norma» e che le varie forme che compogono il giuridico «concorrono alla definizione delle regole di comportamento e alla regolamentazione di interi settori, dell'uso di Internet nel nostro caso».

[18] Così, R. Bin, *op. cit.*, 31.

[19] In questo senso, v. l'Osservatorio italiano sull'Intelligenza Artificiale, il quale effettua il monitoraggio delle conversazioni svolte nei principali social network in materia di IA. L'Osservatorio è stato promosso dalla task force sull'Intelligenza Artificiale in sinergia con l'Istituto di ricerca HER – Human Ecosystems Relazioni.

[20] Così P. Otranto, *op.cit.*, 27.

Parlamento, nella scorsa legislatura, di una mozione[21] che impegnava il Governo nella definizione di una linea comune tra i Ministeri rispetto allo sviluppo sostenibile della robotica, dell'Intelligenza Artificiale e della sicurezza informatica e nella promozione di attività di formazione, ricerca e sviluppo rispetto a tali tecnologie, parallelamente ad un sostegno delle stesse nella produzione industriale e nei servizi civili. A tale primo punto, si aggiungeva nella mozione, quello riferito ad un impegno nella verifica di soluzioni alternative e innovative di welfare, alla luce degli effetti che l'utilizzo di simili strumenti avranno sul piano occupazionale. Al di là di tale iniziativa, tuttavia, non se ne riscontrano altre particolarmente significative.

In realtà, guardando in prospettiva alle misure normative e regolatorie che dovranno essere introdotte, si dovrebbero distinguere i settori rispetto ai quali l'IA introduce nuove questioni e che necessitano di integrare o modificare l'attuale quadro normativo, da quelli rispetto ai quali l'IA potrebbe aiutare al fine di limitare un eccesso di regolamentazione[22], e, ancora, da quelli che già vantano di una base normativa, che deve trovare attuazione anche rispetto a strumenti di Intelligenza Artificiale. Se un eccesso di regolamentazione non è auspicabile, come d'altronde è vero ogni qualvolta si tratti di settori legati al settore tecnologico – in quanto ciò potrebbe rappresentare un freno per l'innovazione, piuttosto che un acceleratore – altrettanto non auspicabile sarebbe una totale assenza o inadeguatezza di regolamentazione.

Si aggiunga che molte delle questioni che emergono hanno inevitabilmente una dimensione ed un impatto sovranazionale tanto da rendere auspicabile l'istituzione, in sede europea, di un'agenzia per la robotica e l'intelligenza artificiale che dovrebbe provvedere a stilare un registro dei robot, nonché a garantire una linea comune rispetto alle questioni connesse all'IA, in modo da fornire ai soggetti pubblici adeguate competenze tecniche, normative ed etiche[23]. In questa direzione, l'AgID propone la creazione di un Centro di competenza nazionale, che sicuramente rappresenterebbe un primo interlocutore a livello interno.

4. Le principali questioni poste dall'implementazione di soluzioni di IA nell'attività della PA: le prospettive future

Guardando in prospettiva all'utilizzo da parte delle amministrazioni di soluzioni di Intelligenza Artificiale che possano essere utilizzate sia per migliorare i servizi offerti al cittadino sia come supporto o totale sostituzione dell'attività procedimentale, non si può prescindere dal considerare le inevitabili ricadute che tali strumenti potranno avere sul piano giuridico. Esse derivano dal rapporto tra detti strumenti e, da un lato,

[21] Si tratta della mozione Rosato ed altri – atto C 1-01508, approvata il 9 maggio 2017.

[22] R. Angelini, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid Rassegna*, 14, 2017, 28, pubblicato anche in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e innovazione*, Torino, 2018, 293 ss.

[23] *Ibid.*, 29, la quale cita, in proposito, la Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, 27 gennaio 2017, punto 2.

la garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini-utenti, dall'altro, gli obblighi propri dell'amministrazione[24].

Con riferimento ai diritti del "cittadino digitale", occorre considerare la necessità di assicurare la protezione dei dati, a fronte di soluzioni di IA che – per operare efficacemente – si basano proprio sullo sfruttamento di una grande mole di dati, di cui molti potrebbero rientrare nella categoria dei dati personali[25].

Una conferma della centralità del diritto alla protezione dei dati personali rispetto a tali soluzioni è dimostrata dalla grande attenzione che, a livello internazionale, è rivolta al tema degli algoritmi e dell'Intelligenza Artificiale proprio da parte delle autorità in materia di protezione di dati[26]. Si può citare, al proposito, il rapporto elaborato il 15 dicembre 2017 dalla *Commission National informatique et libertés* (CNIL), l'autorità garante francese, dal titolo "Comment permettre à l'homme de garder la main?". Analogamente, il rapporto "Big Data, artificial intelligence, machine learning and data protection" presentato dall'*Information Commissioner's Office* (ICO), l'autorità garante inglese, nel marzo del 2017. Con riferimento all'Italia, poi, si segnala come l'ultima edizione della giornata europea per la protezione dei dati è stata dedicata proprio al tema della robotica e dell'intelligenza artificiale[27].

Rispetto alla questione della protezione dei dati, il nuovo Regolamento europeo[28], sebbene non contenga disposizioni riferite espressamente all'IA, enuncia una serie di principi e regole che sembrano considerare proprio l'assoluta rilevanza di simili strumenti[29]. È il caso, ad esempio, del richiamo al principio di neutralità tecnologica, in base al quale è indifferente il mezzo utilizzato nel trattamento, per cui anche quando quest'ultimo avvenga tramite tecnologie automatizzate non si sottrae al rispetto delle regole sulla privacy[30]. Ancora più significativa è la previsione della tutela degli interessati rispetto a decisioni automatizzate, a fronte delle quali è riconosciuto all'interessato

[24] Per una riflessione sui "nuovi diritti" dei cittadini derivanti dall'applicazione delle tecnologie digitali alla pubblica amministrazione, cfr. E. D'Orlando, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 215 ss.

[25] Sul tema cfr. i contributi contenuti nel volume di F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati e regolazione*, cit., e in particolare, F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, spec. 36 ss.; G. D'Acquisto, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, 265 ss.; R. Bifulco, *Intelligenza Artificiale, Internet e ordine spontaneo*, spec. 390-392.

[26] Su questo, v. F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale. Quali sfide per i garanti privacy*, in www.agendadigitale.eu, 2 gennaio 2018.

[27] *Uomini e macchine. Protezione dati per un'etica del digitale*, Convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali in occasione della Giornata europea della protezione dei dati personali, 30 gennaio 2018.

[28] Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento generale sulla protezione dei dati), entrato ufficialmente in vigore il 24 maggio 2016 e definitivamente applicabile in via diretta in tutti gli Stati membri dal 25 maggio 2018.

[29] In questo senso, R. Angelini, *op. cit.*, 6.

[30] V. il Considerando 15 del Regolamento in base al quale: «Al fine di evitare l'insorgere di gravi rischi di elusione, la protezione delle persone fisiche dovrebbe essere neutrale sotto il profilo tecnologico e non dovrebbe dipendere dalle tecniche impiegate. La protezione delle persone fisiche dovrebbe applicarsi sia al trattamento automatizzato che al trattamento manuale dei dati personali, se i dati personali sono contenuti o destinati a essere contenuti in un archivio […]».

il diritto di opposizione[31]. Inoltre, si possono rinvenire principi e strumenti introdotti dal Regolamento e che dovrebbero essere implementati anche, e forse soprattutto, rispetto a trattamenti effettuati con il ricorso ad algoritmi e a decisioni automatizzate. È il caso, ancora a titolo esemplificativo, del *data protection impact assessment*, vale a dire la valutazione di impatto sulla privacy che è richiesta al fine di verificare la necessità e la proporzionalità di un trattamento, prima che questo venga posto in essere, in modo da gestire i rischi che ne possono derivare per i diritti e le libertà delle persone fisiche[32]. O ancora, del principio della privacy *by design,* in base al quale l'esigenza di garantire la tutela della privacy sussiste sin dal momento della progettazione del sistema con il quale il trattamento dei dati verrà effettuato[33]. In tale ambito, tuttavia, non sono da sottovalutare eventuali criticità che potrebbero scaturire dall'adattamento del quadro normativo interno al nuovo Regolamento[34].

Rispetto al trattamento di dati da parte di soggetti pubblici, poi, il quadro normativo è completato dal Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005), che prevede principi quali quello della disponibilità, fruibilità, accesso telematico e riutilizzo dei dati pubblici[35] che dovranno estendersi anche nel caso di strumenti di Intelligenza Artificiale.

A tale prima questione, si aggiunge il tema della *governance* dei dati stessi. Sul punto, a fronte della competenza e dell'intervento in materia da parte di varie autorità – e nella specie l'AgID, il Garante per la protezione dei dati personali e l'ANAC – è stata avanzata l'ipotesi di costituire un coordinamento tra queste al fine di garantire una *governance* efficace, definire regole di corretta gestione, e poter verificare l'osservanza delle stesse[36].

Un tema connesso alla protezione dei dati è, poi, quello della sicurezza. A tal proposito è lo stesso Libro Bianco ad individuare la necessità di garantire con legge alcuni standard sia per la sicurezza dei dati utilizzati dagli algoritmi che per gli algoritmi stessi, in

[31] Art. 22 del Regolamento, che esclude tale diritto nel caso in cui la decisione automatizzata sia autorizzata dal diritto dell'UE o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento; si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Negli ultimi due casi è tuttavia necessario che il titolare del trattamento tuteli i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, riconoscendo allo stesso almeno il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

[32] A tal proposito, l'art. 35 del Regolamento prevede, tra i casi in cui è richiesta la valutazione di impatto, il trattamento automatizzato che comporti una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche (tra cui la profilazione) da cui derivano decisioni aventi effetti giuridici o che influenzano significativamente la persona. Tuttavia, lo stesso articolo prevede deroghe alla previsione dell'obbligo della valutazione di impatto.

[33] Art. 25 del Regolamento. Sia la previsione del *Data protection impact assessment* che del principio della *privacy by design* sono segnalate, come esempi di previsioni del Regolamento che dovrebbero essere implementate con riferimento a strumenti di IA, all'interno della sfida «Contesto legale» del Libro bianco.

[34] Con riferimento all'Italia è stato, a tal fine, approvato il d.lgs. 101/2018, contenente disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679. Tale decreto interviene con modifiche, integrazioni e abrogazioni delle disposizioni del Codice privacy (d.lgs. 196/2003), che comunque rimane in vigore.

[35] Artt. 50 e ss., d.lgs. 82/2005, come modificati dal d.lgs. 26 agosto 2016, n.179.

[36] F. Faini, *Intelligenza artificiale e PA: la partita si gioca sull'etica dei dati*, in www.corrieredellecomunicazioni.it, 19 aprile 2018, la quale ritiene, però, essenziale anche l'elaborazione di policy specifiche di accompagnamento da parte delle amministrazioni.

base al paradigma della *security design,* per cui la sicurezza deve essere tenuta in conto sin dal momento della ideazione e dell'implementazione di tali algoritmi[37].

Spostando l'attenzione al secondo punto, e quindi agli obblighi propri dell'amministrazione, emergono almeno tre aspetti quando a ricorrere a soluzioni di IA sia un'amministrazione pubblica.

Il primo riguarda la necessità di rispettare il principio di trasparenza, che – ormai centrale nell'attività della PA – dovrà essere alla base di nuovi servizi pubblici che si basano su algoritmi e decisioni automatizzate, come messo in rilievo in una delle sfide legali del Libro Bianco[38]. In questo senso, occorrerà assicurare la trasparenza non solo dei dati, ma anche degli algoritmi, delle logiche di costruzione dei database, del processo di funzionamento del servizio.

Il secondo attiene alla responsabilità giuridica della PA anche quando ricorre a soluzioni di IA nell'erogazione dei servizi o nella dimensione decisionale, alla luce di procedimenti che potrebbero, in futuro, essere interamente automatizzati. Altra sfida legale, questa, evidenziata nel Libro bianco[39].

Con riferimento a tale aspetto, la PA dovrebbe ricorrere a criteri conformi all'attuale ordinamento, che le permettano: di motivare i provvedimenti anche nella parte in cui sono elaborati da sistemi di IA[40]; di garantire il diritto di accesso dell'interessato anche rispetto ad atti amministrativi informatici o addirittura ad elaborazione elettronica; di porre i responsabili del procedimento amministrativo a conoscenza delle modalità di elaborazione utilizzate dai sistemi di IA. Probabilmente, sarà, al riguardo, necessario prevedere interventi integrativi del quadro normativo esistente, in modo da dare un fondamento giuridico maggiormente certo[41].

A tali questioni, si aggiunge e si collega strettamente anche quella della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi "telematici", rispetto alla quale potrebbero emergere difficoltà per il giudice, chiamato a sindacare la legittimità di un provvedimento che è stato adottato da una macchina, come frutto di una decisione interamente automatizzata[42]. Di qui la necessità di definire preventivamente la titolarità

---

[37] Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*,* cit., 30.

[38] Si ricorda, al proposito, che il diritto alla trasparenza dell'azione amministrativa, con specifico riferimento ai documenti informatici, è previsto in alcune disposizioni del CAD (d.lgs. 82/2005) – artt. 43 ss., a cui si aggiungono le norme del d.lgs. 33/2013 che ha imposto una serie di obblighi di pubblicazione a carico della PA e del d.lgs. 97/2016 che ha previsto, da ultimo, una forma di accesso civico universale. Il quadro è ovviamente completato dalle disposizioni già da tempo previste dalla l. 241/1990, che contempla la trasparenza tra i principi generali dell'attività amministrativa e che disciplina la tradizionale forma di accesso agli atti della PA (artt. 22 ss.), la quale si estende anche al documento amministrativo telematico. Per alcuni commenti sul tema della trasparenza, con specifico riferimento agli ultimi interventi normativi, cfr. E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'*open government, Rimini, 2014, spec. 236 ss.; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giustizia civile*, 2, 2015, 213 ss.; P. Falletta, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in www.federalismi.it, 30 novembre 2016; D.U. Galetta, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in www.federalismi.it, 9 maggio 2018.

[39] Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, cit., 51 ss.

[40] *Ibid.*, 55 ss.

[41] Tale esigenza è segnalata da F. Faini, *op. cit.*

[42] P. Otranto, *op. cit.*, 26, il quale, tra l'altro, non esclude la possibilità che in futuro siano le stesse

della responsabilità giuridica e poter risalire comunque all'intervento umano[43].
Per il momento, rispetto alle prime implementazioni di decisioni automatizzate, nell'ambito dell'attività della pubblica amministrazione, è stato già chiamato a pronunciarsi il giudice amministrativo. Si tratta della recente sentenza del Tar Lazio[44], in cui è stato riconosciuto il diritto dei ricorrenti ad accedere all'algoritmo del programma utilizzato dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca per l'intero procedimento – compresa la fase decisionale – riguardante l'assegnazione di cattedre, nell'ambito del trasferimento interprovinciale del personale docente per l'anno 2016. L'intera graduatoria era stata stilata attraverso un'elaborazione elettronica dei dati, anziché con il meccanismo tradizionale di abbinamento manuale degli stessi.
Il giudice amministrativo, a fronte del ricorso di alcune sigle sindacali, in seguito al diniego ottenuto dal MIUR alla richiesta di accedere all'algoritmo utilizzato, ha respinto entrambe le motivazioni addotte dall'amministrazione a fronte del diniego all'accesso[45]. Con riferimento alla prima, il Tar Lazio ha ritenuto – contrariamente a quanto statuito dal MIUR – che il software rientrasse nella nozione di atto amministrativo c.d. informatico, rispetto al quale occorre riconoscere il diritto di accesso *ex* artt. 22 e ss. della l. 241/1990[46]. In tal senso, non è stata ritenuta sufficiente la semplice descrizione dell'algoritmo e del suo funzionamento – come fatto dal Ministero – ritenendosi necessaria la messa a disposizione del linguaggio informatico sorgente. Il giudice ha così sostenuto che l'utilizzo di un programma informatico innovativo da parte dell'amministrazione non potesse giustificare una limitazione del diritto di accesso degli in-

decisioni giurisdizionali a divenire completamente automatizzate.

[43] Sul punto, Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, cit., 40, dove si evidenzia la difficoltà nell'individuare la titolarità della responsabilità, che potrebbe essere in capo al produttore del sistema di IA, del possessore dello stesso o del suo utente finale.

[44] Tar Lazio, sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769.

[45] Il MIUR aveva negato il diritto di accesso all'algoritmo da parte di alcune sigle sindacali, motivandolo con il rilievo secondo cui l'«atto» rispetto al quale si richiedeva l'accesso – il codice sorgente del programma utilizzato – non rientrasse nella nozione di «documento amministrativo» *ex* art. 22, lett. *d)*, l. 241/1990. In secondo luogo, il software era stato ritenuto coperto da una tutela specifica dettata dalla disciplina sul diritto d'autore e della proprietà intellettuale, in quanto opera dell'ingegno. I ricorrenti avevano impugnato il verbale redatto dal MIUR che si limitava a descrivere la procedura informatica, mancando invece di esplicitare il ricorso al software utilizzato nella redazione della graduatoria.

[46] La pronuncia è stata un'occasione per il giudice amministrativo per soffermarsi sulla nozione di «atto amministrativo informatico» distinguendolo dall'atto ad elaborazione elettronica, nel quale sarebbe rientrato il software nel caso di specie. Se, infatti, il primo è un atto che viene redatto attraverso un programma di videoscrittura, nel secondo caso si è in presenza di un atto il cui contenuto deriva da un procedimento automatizzato, per cui la sua determinazione è affidata completamente allo strumento informatico. Il giudice ha ritenuto ammissibile l'atto ad elaborazione elettronica e – sebbene la questione non rilevava nel caso di specie trattandosi di attività vincolata – ha ritenuto che occorresse prescindere dalla vincolatività o meno dell'attività amministrativa, in quanto «l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo». In ogni caso, il giudice ha specificato che, in seguito alla modifica intervenuta con l. 15/2005, la nozione di «documento amministrativo» di cui all'art. 22, lett. *d)*, l. 241/1990 risulta ampliata, per cui a rilevare è la valenza amministrativa del provvedimento e non la sua provenienza, tanto da ricomprendere anche l'atto ad elaborazione elettronica.

teressati al procedimento[47]. L'algoritmo utilizzato nel gestire automaticamente l'intera procedura di individuazione della sede da assegnare al singolo docente, infatti, aveva caratterizzato in modo decisivo il procedimento.

Con riferimento alla seconda motivazione, vale a dire al fatto che il software era da considerare opera di ingegno coperta dalla disciplina in materia di diritto d'autore, il giudice ha ritenuto che quest'ultima è intesa a proteggere l'opera da una riproduzione volta ad un eventuale sfruttamento economico da parte di terzi e non preclude invece, come nel caso di specie, la possibilità di riprodurre l'opera ai fini dell'esercizio del diritto di accesso.

Tale pronuncia è sintomatica nel prefigurare la serie di contenziosi che si apriranno e le questioni giuridiche che saranno sollevate dal ricorso a tali nuovi strumenti da parte della PA.

È chiaro che, per rispettare i diritti dei cittadini nei confronti della PA nel contesto digitale, anche a fronte del ricorso ad algoritmi e a decisioni automatizzate da parte delle amministrazioni pubbliche, si pongono una serie di questioni giuridiche rispetto alle quali l'interprete e auspicabilmente il legislatore saranno chiamati ad intervenire.

A tal riguardo, il rischio maggiore è che l'automatismo degli algoritmi finisca con lo standardizzare in misura eccessiva la relazione tra PA e cittadini comprimendo, da un lato, gli spazi legittimi di discrezionalità dell'amministrazione e riducendo, dall'altro, l'utile contributo del cittadino nell'ambito dell'azione amministrativa.

[47] Precisamente, secondo il giudice, «è il ricorso a strumenti innovativi da parte dell'amministrazione per la gestione della propria attività procedimentale e provvedimentale che impone all'interprete di fronteggiare, con un approccio più aperto e non legato indissolubilmente alle logiche preesistenti, le problematiche di tipo giuridico che ne conseguono e non può, peraltro, fondatamente ritenersi che la scelta discrezionale dell'amministrazione di ricorrere a un programma informatico al fine di gestire un procedimento che la stessa amministrazione ha costruito in un certo articolato e complesso modo, alla luce delle varianti che la medesima ha ritenuto di dovervi introdurre al fine di giungere alla definizione del contenuto del provvedimento finale sulla base della normativa in materia, si rifletta in senso limitativo all'accessibilità conoscitiva da parte del destinatario dell'atto il cui concreto contenuto dispositivo è stato, in definitiva, elaborato esclusivamente attraverso un programma informatico appositamente elaborato».

Note a Sentenza
Sezione Italia

La responsabilità (ancora una volta oggettiva) del direttore di periodico *online* per l'articolo diffamatorio con pseudonimo anonimizzante*

Alfea Trimarchi

Corte di Cassazione, sez. V penale, 28 settembre 2017, n. 52743

Il contenuto pubblicato in forma anonima o tramite pseudonimo c.d. anonimizzante si considera di produzione redazionale ed è quindi riferibile al direttore. Il direttore responsabile risponde in tali casi di concorso in diffamazione, purché, sulla base di un complesso di circostanze esteriori, constino il consenso e la meditata adesione del direttore stesso al contenuto dello scritto. Al direttore di testata giornalistica *online* non si applica la disciplina prevista per la stampa cartacea, vale a dire l'omissione di controllo, ai sensi dell'art. 57 c.p.

Sommario

1. Il fatto. – 2. La struttura dell'art. 57 c.p.: profili generali. - 3. La (discutibile) inapplicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore responsabile di periodico *online.* - 4. La (contraddittoria) inapplicabilità dell'art. 57 c.p. in caso di pubblicazione in forma anonima. – 5. Prospettive di riforma. Il disegno di legge c.d. Costa

Keywords

Direttore responsabile, Diffamazione online, Anonimato, Concorso in diffamazione, Omesso controllo

1. Il fatto

La sentenza in commento offre numerosi spunti di riflessione, con riferimento, in particolare, ai rapporti tra stampa cartacea ed informazione *online* e all'effettivo grado di tenuta dell'architettura del diritto penale vigente a fronte degli stress cui la modernità lo sottopone.

Il provvedimento è stato emanato dalla Corte di cassazione a conferma della sentenza di condanna emessa in primo grado, presso il Tribunale di Palermo, avverso il direttore responsabile del periodico *online* "Link Sicilia", ricorrente *per saltum*. Quest'ultimo era stato dichiarato correo nel reato di diffamazione commesso *ex* art. 595, c. 3, c.p., mentre l'autore principale del delitto era rimasto ignoto. L'articolista, servendosi dello pseudonimo "Florentino Arriza", aveva redatto e pubblicato, il primo giorno di uscita della rivista, un pezzo ritenuto, in sede processuale, volontariamente e gravemente

*L'articolo è stato sottoposto, su determinazione della direzione, a referaggio anonimo.

offensivo dell'onore di un consigliere della Corte dei Conti di Palermo. Nell'articolo si contestava al soggetto passivo, in particolare, di aver indebitamente espunto dal testo di una sentenza di cui era stato relatore ed estensore il nominativo del figlio di un Presidente di sezione della medesima Corte dei Conti, per ragioni di opportunità e convenienza.

Il dato più significativo della pronuncia attiene alla scelta di qualificare la condotta dell'imputato come concorso nel delitto di diffamazione[1] *ex* artt. 110 e 595, c. 3, c.p., piuttosto che ricondurla ai casi di omesso controllo *ex* art. 57 c.p.[2]. Tale opzione riflette la dichiarata adesione della Corte all'orientamento giurisprudenziale che nega l'applicabilità della seconda delle norme citate ai reati commessi tramite siti *web* di informazione[3], come pure nel caso di contenuti pubblicati in forma anonima[4].

2. La struttura dell'art. 57 c.p.: profili generali

Prima di procedere all'esame dell'*iter* logico-motivazionale della sentenza, appare opportuno ricostruire, seppur brevemente, i caratteri generali dell'art. 57 c.p. Quest'ultimo, nella sua attuale fisionomia, punisce «a titolo di colpa» la condotta del «direttore o vicedirettore responsabile» di stampato periodico che abbia omesso «di esercitare il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati», qualora sia stato integrato un reato a mezzo stampa. Al momento della sua entrata in vigore l'art. 57 c.p. prevedeva invece che, in caso di commissione di reati «col mezzo della stampa», chi rivestisse la «qualità di direttore» dovesse rispondere, «per ciò solo, del reato commesso salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione». Si trattava di un classico caso di responsabilità oggettiva, in virtù della mera posizione

[1] Sulla diffamazione, *ex multis*, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale – I*, Milano, 2016, 256 ss.; M. T. Collica-A. Gullo-T. Vitarelli, *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, a cura di P. Siracusano, Torino, 2001; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I. I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 104 ss.; A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013; E. La Rosa, *Tutela penale dell'onore*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Tutela penale della persona*, Torino, 2014, 357 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale. I. Delitti contro la persona*, Padova, 2016, 258 ss.; A. Nappi, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XVII, Roma, 1989; P. Siracusano, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VII, Torino, 1993; M. Spasari, voce *Diffamazione e ingiuria (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964; S. Peron, *La diffamazione tramite mass-media*, Padova, 2006; M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1995; A. Tesauro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.

[2] In punto di omissione di controllo, per tutti, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 399 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 683 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 390 ss.; E. Musco, voce *Stampa (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano,1990; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2004, 615 ss.; T. Vitarelli, *Evento colposo e limiti del dovere obiettivo di diligenza nella responsabilità penale del direttore di stampa periodica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, 3, 1222 ss.

[3] Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511; Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2012, 1604 ss., con nota di D. Petrini, *Il direttore della testata telematica, tra* horror vacui *e prospettive di riforma: sperando che nulla cambi.*

[4] Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2001, n. 16988, in *Cassazione penale*, 7-8, 2002, 2345 ss., con nota critica di G. Le Pera, *Articolo non firmato e responsabilità del direttore: un pericoloso ritorno alla responsabilità senza colpa*; Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249.

rivestita[5]. Il disposto vigente risale all'intervento legislativo operato, mediante l'art. 1, l. 127/1958, a seguito di una pronuncia interpretativa di rigetto con monito finale emessa dalla Corte costituzionale nel 1956[6], sulla scorta evidentemente di una sia pur non dichiarata incompatibilità tra l'art. 57 c.p. e il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.[7].

A ben vedere, però, neanche la soluzione normativa adottata nel '58 può considerarsi soddisfacente. Invero, numerosi contrasti interpretativi sono sorti in ordine al titolo di responsabilità del soggetto attivo, alla esatta qualificazione del reato commesso a mezzo della stampa, nonché all'inquadramento dogmatico della fattispecie incriminatrice complessivamente considerata.

Con riguardo al primo profilo, può rilevarsi come l'uso dell'inciso «a titolo di colpa» abbia creato confusione in ragione della sua collocazione, trovandosi subito dopo il predicato «è punito». Non è mancato, infatti, chi lo abbia definito quale mero strumento di individuazione della disciplina penalistica applicabile[8], piuttosto che intenderlo quale vero e proprio titolo di colpevolezza. È evidente che, così argomentando, non si uscirebbe dalle secche della responsabilità oggettiva. A ragione di ciò, l'opinione maggioritaria tende a definire la responsabilità del direttore in termini propriamente colposi[9].

Il problema dell'inquadramento del reato a mezzo stampa nella logica dell'art. 57 c.p. si scinde, poi, in due sotto-questioni.

L'una concerne l'alternativa tra la qualificazione dell'espressione "reato" in termini di condizione obiettiva di punibilità o di vero e proprio evento. La prima tesi[10] era probabilmente più compatibile con l'originaria impostazione dell'art. 57 c.p. quale delitto sanzionato a titolo di responsabilità oggettiva. Tuttavia, la commissione di un reato a mezzo stampa esprime l'offensività del fatto, consistendo esattamente nella circostanza dannosa che il legislatore intendeva evitare[11]. Considerare il reato a mezzo stampa come evento della condotta omissiva del direttore implica che, ai fini dell'integrazione della fattispecie, reato e condotta siano legati, in sede di tipicità, da un nesso causale e, in sede in colpevolezza, da un nesso psicologico, declinato in questo caso in forma di negligenza. Simili requisiti sarebbero superflui se si intendesse il reato a mezzo stampa

---

5 Interessante, in tal senso, può risultare la lettura dei *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, 1929, V, 101 ss.

6 C. Cost., 23 giugno 1956, n. 3.

7 Come evidenziato da M. Romano, *Commentario*, cit., 616, la norma è stata sempre interpretata in senso compatibile con il principio di colpevolezza. La nozione di responsabilità oggettiva, infatti, esclude che sia necessario accertare la sussistenza dell'elemento psicologico doloso o colposo, ma presuppone comunque la prova dell'apporto causale dell'imputato all'evento finale. Va detto, però, che l'istituto della responsabilità oggettiva collima perfettamente con la qualificazione della responsabilità penale in termini personali solo ove si interpreti l'art. 27 Cost, restrittivamente, in termini di «divieto di responsabilità per fatto altrui». Tale compatibilità diviene solo parziale nella misura in cui all'art. 27 Cost. si attribuisca il «senso ben più pregnante di *responsabilità per fatto proprio colpevole*». Così, per tutti, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 325 s.

8 F. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 110 s.

9 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 392; M. Romano, *op. cit.,* 616 s.

10 F. Albeggiani, *op. cit.*, 111 ss.

11 T. Vitarelli, *Evento colposo*, cit., 1225.

quale mera condizione di punibilità. Al contrario, quale evento di fattispecie, il reato a mezzo stampa può concorrere davvero alla piena personalizzazione dell'art. 57 c.p.[12], in coerenza con il disposto dell'art. 27 Cost. e con lo spirito della riforma operata nel '58 [13].

La seconda delle questioni menzionate riguarda, invece, il significato da attribuirsi all'uso del participio "commesso" rispetto al reato a mezzo stampa: ci si chiede se una simile scelta linguistica implichi o meno la necessità che esso sia completo in tutte le sue componenti, oggettive e soggettive, affinché la fattispecie di cui all'art. 57 c.p. possa considerarsi integrata. La tendenza maggioritaria risponde affermativamente[14], sulla base di un doppio ordine di considerazioni. Da un lato, ascrivere al direttore l'illecito di cui all'art. 57 c.p. pur a fronte di un reato a mezzo stampa scriminato, ad esempio, per esercizio del diritto di cronaca o di critica, significa contraddire «gli scopi ed il significato della disciplina della responsabilità penale per i reati commessi a mezzo stampa. […] Non si intende, infatti, per quale motivo un'azione giustificata dalle finalità che il giornale persegue (tale il diritto di informazione) debba costituire argomento di censura per il direttore»[15]. D'altra parte, ritenere l'accertamento del dolo del reato a mezzo stampa non essenziale ai fini dell'integrazione dell'omesso controllo significherebbe, in concreto, creare nuovi reati a mezzo stampa[16]: «in tal caso, invero, la responsabilità del direttore coprirebbe fattispecie che in nessun caso potrebbero rientrare nel quadro di un reato commesso a mezzo della stampa, che ha quasi sempre come elemento tipico il dolo»[17].

Un ultimo aspetto problematico riguarda la natura dell'omissione descritta dall'art. 57, se cioè sia riconducibile ad un illecito omissivo, proprio[18] o improprio[19], ovvero ad

---

12 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 391 s.

13 A favore della configurazione del reato a mezzo stampa quale evento di fattispecie anche G. Corrias Lucente, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, 206 s.; P. Nuvolone, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, 120; M. Romano, *op. cit.,* 617.

14 F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 402; G. Corrias Lucente, *op. cit.*, 206; E. Musco, voce *Stampa*, cit., 642; P. Nuvolone, *op. cit.*, 122. *Contra*, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 392; M. Romano, *op. cit.*, 617 s.

15 G. Corrias Lucente, *op. cit.*, 207.

16 E. Musco, voce *Stampa*, cit., 642.

17 P. Nuvolone, *op. cit.*, 122.

18 Sul punto è necessario precisare che nella misura in cui si reputi il reato a mezzo stampa evento di fattispecie e, di conseguenza, l'art. 57 c.p. reato d'evento, l'unica possibilità di configurare quest'ultimo in termini di omissione propria consiste nel discostarsi dall'impostazione tradizionale che distingue le due *species* di reati omissivi in virtù della sussistenza di un evento di fattispecie (per tutti, A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, *Trattato di diritto penale – Parte generale Vol. II: Il reato*, Torino, 2013, 42; F. Mantovani, *Diritto Penale*, *Parte generale*, cit., 129 s.) e dare spazio alla tesi, minoritaria, tendente a strutturare e differenziare i reati omissivi in base al criterio della "tipizzazione" legislativa (G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 620 ss.). In quest'ottica, l'art. 57 c.p. potrebbe definirsi reato omissivo proprio in quanto esplicitamente disciplinato dal legislatore e si accosterebbe a quelle, rare, fattispecie incriminatrici di parte speciale che disciplinano reati omissivi di evento. In generale, sulla tematica dei reati omissivi impropri, G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

19 G. Corrias Lucente, *op. cit.*, 206; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 391; P. Nuvolone, *op.*

un'ipotesi di agevolazione colposa[20]. In merito alla prima alternativa, può osservarsi che, quand'anche si optasse per la natura impropria dell'omissione di cui all'art. 57 c.p., dovrebbe riconoscersene il carattere *sui generis*, dal momento che essa non presuppone l'applicazione dell'art. 40, cpv., c.p., né si affianca ad una corrispondente fattispecie attiva[21].

3. La (discutibile) inapplicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore responsabile di periodico *online*

Per quanto direttamente interessa in questa sede, conviene prestare attenzione alla circostanza per cui il legislatore abbia espressamente delimitato il novero dei reati-evento rilevanti *ex* art. 57 c.p. a quelli realizzabili «col mezzo della stampa periodica». Una simile specificazione ha assunto un valore particolare da quando più corposa è divenuta la schiera dei quotidiani, periodici, *blog*, ed altre piattaforme *online* mediante i quali si realizza "informazione"[22]. Invero, risulta necessario domandarsi se tali mezzi, perfettamente idonei alla commissione dei classici reati a mezzo stampa[23] e comunque ricompresi nella nozione di «qualsiasi altro mezzo di pubblicità»[24] ai sensi dell'art. 595, c. 3, c.p., rientrino o meno nel concetto di «stampa» utilizzato dall'art. 57 c.p., solitamente definito alla stregua dell'art. 1 l. 47/1948, in forza del quale «sono considerate stampe o stampati […] tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione».
Con la pronuncia in commento la Corte ha dichiarato, quasi *en passant*[25], la propria adesione all'orientamento dottrinale[26] e giurisprudenziale che risponde negativamente al quesito appena posto. Le argomentazioni a sostegno di tale assunto possono ricavarsi

cit., 120 s.

[20] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 402; M. Romano, *op. cit.,* 618; T. Vitarelli, *Evento colposo*, cit.,1228.

[21] T. Vitarelli, *Evento colposo*, cit., 1227.

[22] R. Razzante, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2002, 62.

[23] Per la tradizionale distinzione tra reati di stampa (es., rifiuto di rettifica *ex* art. 8 l. 47/1948) e reati a mezzo stampa (es., diffamazione a mezzo stampa *ex* art. 595, c. 3, c.p.), P. Nuvolone, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, 14 ss.

[24] Sembra auspicare che la diffamazione integrata con il mezzo del giornalismo *online* sia ricondotta nell'alveo della commissione con «altro mezzo di pubblicità», onde evitare che si estenda al giornalismo *online* la disciplina penalistica applicabile alla stampa cartacea, almeno finché il legislatore non intervenga nel senso dell'equiparazione esplicita tra le due fattispecie D. Petrini, *Diffamazione on line: offesa recata con "altro mezzo di pubblicità" o col mezzo della stampa?*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2017, 1491 ss. L. Scopinaro, *Internet e i delitti contro l'onore*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2000, 632 ss., era, invece, piuttosto cauta già nell'ammettere che al *web* potesse applicarsi l'aggravante della commissione con altro mezzo di pubblicità, anche in ragione dell'incremento del numero di testate giornalistiche *online* (in particolare 641).

[25] Limitandosi ad affermare che la giurisprudenza della Corte di legittimità è sistematicamente «orientata […] per la non riconducibilità dell'attività *on-line* nel concetto di stampa periodica *ex* art. 1 legge 8/2/1948 n. 47» (§2.1).

[26] Per tutti V. Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 1998, 24.

da due precedenti e fondamentali provvedimenti resi dalla stessa sezione V della Corte di cassazione, rispettivamente, nel 2010[27] e nel 2011[28]. L'attività giornalistica *online* esula dalla nozione tradizionale di "stampa" dal momento che i relativi contenuti non sono oggetto di «riproduzione tipografica» né di fisica distribuzione presso il pubblico[29]. Questi ultimi sono diffusi, al contrario, tramite reti telefoniche e mediante l'appoggio ad *internet service providers*, che ne consentono una fruizione certamente ampia ed immediata, ma non fisica e tangibile. D'altra parte, l'obbligo di controllo ipoteticamente gravante sul direttore o vicedirettore di periodico *online* avrebbe una portata decisamente eccessiva, in relazione a tutti gli innumerevoli contenuti (articoli, *post*, commenti) che, mediante lo strumento della rete, possono essere caricati sul sito di riferimento, non solo da giornalisti ma anche da generici "utenti". Dal momento, dunque, che informazione *online* e "stampa" si atteggiano quali entità tanto diverse, l'applicazione dell'art. 57 c.p. alla prima implicherebbe una violazione del divieto di analogia *in malam partem*[30].
Ai nostri fini, può essere utile tener conto di un ulteriore dato normativo: la rivista *online* rientra ormai nella nozione di «prodotto editoriale» di cui all'art.1, c. 1, l. 62/2001. Questo, qualora sia «diffuso al pubblico con periodicità regolare e contraddistinto da una testata», ai sensi dell'art.1, c. 3, l. 62/2001, è sottoposto agli obblighi di registrazione «presso la cancelleria del tribunale, nella cui circoscrizione la pubblicazione deve effettuarsi», previsti dall'art. 5, l. 47/1948. L'Agcom ha, poi, disciplinato operativamente tali obblighi mediante l'istituzione del Registro degli operatori di comunicazione (ROC), sulla scorta della delibera n. 666/08/CONS ("Regolamento per l'organizzazione e la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione") e relativi allegati. Tra questi, in particolare, l'Allegato A, il regolamento vero e proprio, menziona, all'art. 2, c. 1, lett. *i*, «i soggetti esercenti l'editoria elettronica» tra gli obbligati all'iscrizione al registro. A norma del suddetto art. 1, c. 3, l. 62/2001, peraltro, il prodotto editoriale è soggetto alla disciplina di cui all'art. 2 della legge sulla stampa in tema di indicazioni obbligatorie.
La giurisprudenza precedentemente richiamata nega al regime cui si è accennato ogni valenza in termini di assimilabilità tra stampa cartacea ed informazione *online*[31]. La sensazione è che, comunque, il legislatore abbia inteso parificare le due entità perlomeno sotto il profilo dell'organizzazione strutturale. Adempiere all'obbligo di registrazione significa, infatti, indicare, oltre al proprietario e all'editore del giornale, anche un direttore, che, univocamente individuabile, assuma su di sé la responsabilità dell'attività della testata, in ragione dei propri poteri di indirizzo e controllo[32].
Significativa, nel percorso interpretativo in esame, una pronuncia delle sezioni unite del 2015[33], che ha affermato come il divieto di sequestro preventivo (salvi i casi espres-

[27] Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, cit.

[28] Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, cit.

[29] *Ivi.*

[30] Sul divieto di analogia in diritto penale in una prospettiva generale, per tutti, G. Vassalli, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, I, Torino, 1987.

[31] In particolare, Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, cit.

[32] Con riferimento alla figura del direttore art. 6, c. 1, del recente CNLG sottoscritto il 24 maggio 2018 da USPI e FNSI, nonché art. 6 del precedente CNLG sottoscritto il 26 marzo 2009 da FIEG e FNSI.

[33] Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2015, n. 31022, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 marzo 2016,

samente disciplinati dalla legge *ex* art. 21, c. 3, Cost.) riguardi non solo la "stampa" propriamente intesa, ossia quella cartacea, ma anche il mondo del giornalismo su *internet*. La decisione merita attenzione, in questa sede, non tanto per la conclusione cui perviene all'esito finale della vicenda, quanto in ragione delle argomentazioni utilizzate dalla Corte a supporto della tesi della riconduzione nel più ampio *genus* della "stampa" delle due realtà suddette.

Anzitutto, appare interessante la distinzione operata tra «l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *online*» e il «vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo»[34]. Solo per la prima potrebbe concretamente porsi il problema di una equiparazione con la stampa cartacea, laddove la seconda rappresenterebbe esclusivamente una modalità di libera espressione del pensiero[35], non coperta dalle garanzie predisposte a specifica tutela della stampa.

Inoltre, ciò che colpisce è che proprio gli indici normativi precedentemente richiamati in relazione agli obblighi di registrazione, insieme con un giudizio in chiave storico-evolutiva della nozione di stampa, conducono la Corte a rendere una affermazione forte, certamente innovativa. La riconduzione dell'informazione *online* alla nozione di "stampa" rilevante *ex* art. 1 l. 47/1948 non sarebbe frutto di analogia *in malam* o, come nel caso deciso dalle sezioni unite, *in bonam partem*. Al contrario, ci si troverebbe di fronte ad «una mera deduzione interpretativa di carattere evolutivo, non analogica»[36], ad una necessaria «interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di 'stampa', idoneo *ab origine* ad adeguarsi alla prevedibile evoluzione dei tempi»[37]. Secondo la Corte sarebbe, in definitiva, anacronistico continuare a definire la stampa con riguardo ai soli profili di materialità, tecnici, connessi con la redazione e pubblicazione di un giornale, escludendo, dunque, automaticamente delle entità che, pur diverse con riguardo a tale componente, condividono però la finalità della stampa cartacea. Finalità che «si concretizza nella raccolta, nel commento e nell'analisi critica di notizie legate all'attualità […] e dirette al pubblico, perché ne abbia conoscenza e ne assuma la consapevolezza nella libera formazione della propria opinione»[38].

La pronuncia in commento, come già evidenziato, si pone in realtà nel solco degli orientamenti tradizionali. Al contrario, circa tre mesi dopo l'emanazione di quest'ultima, la stessa sezione V della Corte di cassazione ha adottato un provvedimento di segno opposto[39]. Nel caso specifico, si discuteva della applicabilità o meno dell'art. 57

con nota critica di C. Melzi d'Eril, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*. In senso più moderatamente critico, D. Petrini, *Diffamazione* on line, cit., 1489 ss.

34 Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2015, n. 31022, cit., *Considerato in diritto*, §18.

35 *Ivi*, §18.5.

36 *Ivi*, §20. Per una distinzione tra "analogia" e "interpretazione estensiva" per tutti, F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 145 s.; G. Vassalli, voce *Analogia*, cit., 159 ss.

37 Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2015, n. 31022, cit., *Considerato in diritto*, §22.

38 *Ivi*, §20.

39 Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, in *questa Rivista*, 29 maggio 2018, con nota critica di S. Vimercati, *Il* revirement *della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*. Nello stesso senso anche Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 16751, in cui l'art. 57 si ritiene

c.p. al direttore di periodico *online* e si dava al quesito risposta affermativa, in riforma della sentenza d'appello, proprio sulla base del percorso argomentativo seguito dalle sezioni unite nel 2015[40].

Che si condivida o meno l'approccio proposto dalle sezioni unite, non può negarsi come esso finisca col rimescolare le carte in tavola, aprendo la strada – almeno in via potenziale – non solo alla estensione dello specifico regime di cui all'art. 57 c.p. al giornalismo *online*, ma anche ad una rivisitazione più generale dei rapporti tra quest'ultimo e stampa cartacea.

4. La (contraddittoria) inapplicabilità dell'art. 57 c.p. in caso di pubblicazione in forma anonima

Il passaggio cruciale della motivazione della sentenza in esame riguarda il rilievo attribuito alla circostanza per cui la pubblicazione dell'articolo diffamante sia avvenuta in forma anonima. Come già evidenziato, il Collegio ha dichiarato di aderire all'orientamento che esclude in radice la possibilità di sussumere la condotta dell'imputato nella fattispecie di cui all'art. 57 c.p. ogni qual volta il contenuto sia stato oggetto di pubblicazione anonima[41].

A ben vedere, nel caso di specie l'articolo era stato in effetti firmato, ma tramite pseudonimo. Si trattava, tuttavia, di pseudonimo c.d. anonimizzante, cioè tale da oscurare del tutto l'identità dell'autore. La pubblicazione anonima e quella realizzata a mezzo di pseudonimo c.d. anonimizzante coincidono, dunque, quanto ad effetti. D'altra parte, ha aggiunto il Collegio, la disciplina civilistica di cui al combinato disposto degli artt. 9 c.c. e 9 della l. 633/1941 ("Legge a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio") offre una «suggestiva traccia interpretativa» (§2.3) in questo senso. La prima norma, infatti, assoggetta lo pseudonimo che abbia acquisito la stessa importanza del nome alle medesime garanzie previste per quest'ultimo dall'art. 7 c.c.; la seconda prevede che «chi abbia rappresentato, eseguito o comunque pubblicato un'opera anonima, o pseudonima, è ammesso a far valere i diritti dell'autore, finché non sia rivelato»[42].

La scelta interpretativa compiuta in ordine all'art. 57 c.p. non è priva di rilevanza e merita qualche riflessione. Nell'esporla, la Corte ha seguito un *iter* logico-argomentativo niente affatto inedito[43]. Ove non sia comunque identificabile l'autore di un articolo

applicabile alla testata giornalistica *online* purché caratterizzata da professionalità.

[40] Hanno trovato conferma, dunque, i timori espressi da D. Petrini, *Diffamazione on line*, cit., 1490.

[41] In senso contrario, Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2007, n. 29410, ribadita, a distanza di diversi anni, da Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2014, n. 31813.

[42] L'equiparazione non sembra, quindi, costituire una illegittima interpretazione analogica *in malam partem*, come, invece, sostenuto da P. Grillo, *Quotidiani* online*: la responsabilità del direttore per gli articoli anonimi,* in www.dirittoegiustizia.it, 21 novembre 2017.

[43] Rinvenibile, in termini più ampi, anche in una precedente sentenza relativa ad una vicenda divenuta celebre in ragione della notorietà dell'imputato nonché degli esiti sanzionatori del delitto di diffamazione: si fa riferimento a Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, cit. Nel caso di specie si discuteva del profilo di responsabilità di Alessandro Sallusti, in qualità di direttore de «Il Giornale», a seguito della

pubblicato sulla testata giornalistica, il relativo contenuto, «in assenza di diverse allegazioni, deve considerarsi di produzione redazionale ed è quindi riferibile al direttore della redazione» (§2). Ciò "formalmente" (e, come si vedrà qui di seguito, contraddittoriamente) a titolo concorsuale, ma "fondamentalmente" in ragione dei poteri di indirizzo e controllo[44] spettanti a quest'ultimo per legge e contratto: poteri di controllo che, evidentemente, non attengono all'operato dello stesso direttore, ma a quello altrui. L'attribuzione dell'articolo al direttore – a detta della Corte – rende dunque non configurabile un'omissione colposa di controllo sul contenuto dell'articolo e preclude la contestazione dell'art. 57 c.p. Pertanto la condotta del direttore responsabile viene qualificata come ipotesi di concorso doloso in diffamazione. L'elemento di tipicità concorsuale è ravvisato nella pubblicazione, mentre resta da provare l'elemento soggettivo doloso. Un simile accertamento va condotto tenendo conto di «un complesso di circostanze esteriorizzate nella pubblicazione del testo (come la forma, l'evidenza, la collocazione tipografica, i titoli, le illustrazioni e la correlazione dello scritto con il contesto culturale che impegna e caratterizza l'edizione su cui compare l'articolo)», dalle quali «possa dedursi il […] meditato consenso» del direttore «alla pubblicazione dell'articolo medesimo […] tanto da far ritenere per l'appunto che la suddetta pubblicazione rappresenti il frutto di una scelta redazionale» (§2.4).

Un primo dato sul quale riflettere – come accennato – attiene alla scelta di contestare al direttore responsabile il delitto di diffamazione in forma concorsuale. In più occasioni la Corte sottolinea come l'articolo anonimo debba considerarsi "di produzione redazionale" ed "attribuito" al direttore[45]. Perché, dunque, configurare la sua condotta in termini concorsuali piuttosto che, eventualmente, diffamatori *tout court*? Probabilmente ciò è dovuto alla circostanza che la Corte, nel suo percorso logico-argomentativo, non esclude mai, neanche in termini di *fictio iuris*, l'esistenza dell'articolista, pur non identificabile. Lo conferma il richiamo alla disciplina civilistica, volto a legittimare l'equiparazione tra anonimato ed uso di pseudonimo c.d. anonimizzante, particolarmente quella prevista a tutela del diritto d'autore, che naturalmente presuppone l'esistenza di un autore dell'opera[46].

---

pubblicazione di un articolo, firmato con pseudonimo c.d. anonimizzante, gravemente lesivo dell'onore di un magistrato del Tribunale di Milano. All'esito dell'*iter* processuale, all'imputato era stata applicata la pena detentiva, circostanza ritenuta talmente iniqua, perché lesiva della libertà di stampa, da spingere l'allora Presidente della Repubblica a concedere la grazia. Sul punto, L. Boneschi, «Hard cases make bad law». *Note a margine del caso Sallusti*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2013, 457 ss.; C. Melzi d'Eril, *La condanna per diffamazione nei confronti di Sallusti: un paio di spunti oltre le polemiche*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 28 novembre 2012; A. Mino, *La responsabilità penale del direttore alla luce del c.d. caso Sallusti: spunti di riflessione e proposte di riforma*, in *Cassazione penale*, 2, 2013, 613 ss.

[44] «Il direttore responsabile – trait d'union fra redazione ed editore – ha il diritto di guidare la redazione, in tutta autonomia rispetto all'editore, e ha la facoltà di operare tagli, modifiche, integrazioni sul testo scritto del giornalista, salvo il diritto di quest'ultimo di non firmare l'articolo se non condivide le modifiche apportate» (§2.4).

[45] «La pubblicazione di un articolo senza nome, e quindi senza l'indicazione della persona che si assume professionalmente la responsabilità delle notizie e delle valutazioni in esso contenute, comporta l'attribuzione dell'articolo al direttore responsabile, per la sua consapevole condotta volta a diffondere lo scritto diffamatorio» (§2.4).

[46] Per attribuire al direttore la responsabilità del reato commesso a mezzo di articolo pubblicato in forma anonima non sarebbe comunque sufficiente una mera interpretazione del tessuto normativo

Ed allora, potrebbe non sembrare soluzione così eccentrica quella di far ricorso all'art. 57 c.p., sia pure valutando caso per caso se vi sia un atteggiamento di colposa omissione o di dolosa partecipazione[47]. La fattispecie concorsuale – si sa – presuppone l'esistenza di almeno due concorrenti e, come già emerso, l'attribuzione dell'articolo anonimo al direttore si fonda sui rilevati poteri di controllo relativo all'operato dei giornalisti. La scelta di non ritenere configurabile, aprioristicamente, un'omissione di controllo pare dunque manifestare, più che altro, l'esigenza di individuare un capro espiatorio, nel caso specifico in cui l'autore della pubblicazione non sia stato identificato.

D'altra parte, benché il direttore debba spiegare (e normalmente spieghi) un controllo più capillare in ordine alla veridicità, attendibilità e non offensività di un contenuto il cui autore sia ignoto, non si vede perché presumere che un simile controllo sia effettivamente avvenuto e ritenere l'atto della pubblicazione, in tali casi, volontario in via esclusiva[48]. È più ragionevole – come peraltro suggerito dalle sezioni unite precedentemente citate – che l'interpretazione della nozione di "stampa" si adatti al cambiamento dei tempi. L'ambiente giornalistico italiano vede l'esistenza, accanto a numerose realtà editoriali medio-piccole, di imprese di ingenti dimensioni, con un largo numero di sezioni locali e di rubriche[49]. Se si considera altresì come molte testate associno una versione cartacea ad una versione digitale, i cui contenuti non necessariamente coincidono con quelli della prima, può risultare meno difficile immaginare una omissione colposa di controllo, pur a fronte di un contenuto anonimo. Chiamare il direttore a rispondere di concorso in caso di articolo anonimo, in ragione del suo ruolo, evoca quindi, in definitiva, una responsabilità di posizione[50], palesemente incompatibile con il principio di colpevolezza[51].

---

vigente ma occorrerebbe un intervento legislativo, che tuttavia sarebbe pur sempre non pienamente conforme al principio di colpevolezza. Da questo punto di vista, è interessante notare come in sede di approvazione del testo unificato dell'ormai naufragato disegno di legge c.d. Costa, ("Modifiche alla l. 8 febbraio 1948, n. 47, al c.p., al c.p.p., al c.p.c. e al c.c. in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale"), la Camera dei Deputati, prima di trasmettere il testo finale al Senato, abbia provveduto a sopprimere l'ultimo comma del riformando art. 57 c.p., che disciplinava esplicitamente proprio il tema della responsabilità del direttore in caso di reato a mezzo stampa commesso tramite pubblicazione in forma anonima. La norma era piuttosto scarna, prevedendo semplicemente che il direttore o vicedirettore rispondesse «dei delitti commessi con il mezzo della stampa […] nei casi di scritti […] non firmati». L'esclusione si è, dunque, rivelata opportuna, mancando, peraltro qualunque riferimento a titoli soggettivi di responsabilità, A. Gullo, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione del Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015 in Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale,* 1, 2016, 49 ss.

47 Nel senso del riconoscimento della possibilità di configurare la condotta dell'imputato ai sensi dell'art. 57 c.p. anche in caso di pubblicazione in forma anonima, purché ricorrano i relativi requisiti di fattispecie, Cass. pen., sez. V, 2 maggio 1990, n. 11494, e, più esplicitamente, Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2007, n. 29410. In dottrina G. Le Pera, *op. cit.,* 2349 ss.; A. Mino, *La responsabilità penale*, cit., 616 ss.

48 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 392 ss., ben distingue tra le fattispecie di concorso e di omesso controllo, ponendo giustamente l'accento sul piano dell'elemento soggettivo (ed evidenziando che l'omissione di controllo *ex* art. 57 c.p. potrebbe essere volontaria, come già F. Albeggiani, *op. cit.*, 111, nt. 27).

49 A. Mino, *La responsabilità penale*, cit., 621.

50 In argomento, da ultimo, E. Pietrocarlo, *Concorso in diffamazione del direttore e articolo firmato con pseudonimo: la Cassazione insiste sulla responsabilità "di posizione" in Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale,* 6, 2018, 125 ss.

51 G. Le Pera, *op. cit.,* 2349; A. Mino, *La responsabilità penale*, cit., 617.

Lo conferma, del resto, il metodo – in certo senso standardizzato – seguito dalla sentenza in commento nell'accertamento del dolo[52]. Ed invero, i parametri menzionati, noti alla giurisprudenza da tempo[53], non necessariamente possono dare la misura dell'adesione psicologica del direttore al contenuto dell'articolo. Ad esempio, tra le competenze del direttore di una testata giornalistica, soprattutto se medio-grande, con ogni probabilità non rientra la scelta circa «la forma, l'evidenza, la collocazione tipografica, i titoli, le illustrazioni» (§2). In una testata *online*, oltretutto, le procedure di pubblicazione sono spesso meccanizzate e uniformate, non oggetto di scelte specifiche da formularsi volta per volta. Inoltre, che efficacia può spiegare il parametro della «correlazione […] con il contesto culturale che impegna e caratterizza l'edizione su cui compare l'articolo» (§2) con riferimento ad una rivista alla prima pubblicazione (qual era il periodico della vicenda decisa dalla Corte)?

Scarsa attenzione sembra prestarsi anche alla circostanza per cui, trattandosi di condotta concorsuale, l'elemento soggettivo si atteggi quale dolo di concorso. Questo implica: «1) la coscienza e la volontà di realizzare un fatto di reato; 2) la consapevolezza delle condotte che gli altri concorrenti hanno esplicato, esplicano o esplicheranno; 3) la coscienza e volontà di contribuire con la propria condotta, assieme alle altre, al verificarsi del reato stesso»[54]. La prima componente comporta, secondo la classica dogmatica del dolo ricostruita alla luce del principio di offensività, che il direttore sia a conoscenza e voglia la pubblicazione di un articolo dal contenuto *lato sensu* antigiuridico[55]. Mentre in certi casi la portata offensiva del contenuto è direttamente percepibile, in altri è necessaria una lettura più approfondita, potendo la carica diffamatoria annidarsi tra le maglie dell'articolo.

Discutibile appare, peraltro, l'adesione della Corte alla posizione[56] secondo la quale «la configurazione del reato *ex* artt. 110 e 595, c. 3, c.p., e non del reato *ex* art. 57 c.p., corrisponde alla razionale esigenza di non creare – in sede interpretativa – una sorta di zona franca e l'abrogazione di fatto dell'art. 595 c.p., nella fattispecie della diffamazione commessa con *nom de plume*» (§2.4). È, forse, necessario domandarsi se simili valutazioni possano legittimamente motivare la scelta di contestare all'imputato una fattispecie incriminatrice invece di un'altra[57].

Uno dei sei motivi di ricorso atteneva, infine, al mancato riconoscimento in primo

[52] La Corte si è così espressa: «Tale responsabilità appare configurabile allorché, sulla base di un complesso di circostanze esteriori, consti il consenso e la meditata adesione del direttore al contenuto dello scritto che egli è tenuto a controllare, tanto più allorché la pubblicazione avvenga in forma anonima o con il ricorso a pseudonimi, e quindi con artifici oggettivamente idonei a permettere all'autore di sottrarsi alle conseguenze della propria condotta di carattere diffamatorio» (§2.2).

[53] *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 8 giugno 1992, n. 8848, in *Giurisprudenza italiana*, II, 1993, 518 ss. Può dunque legittimamente domandarsi se i parametri tradizionali non debbano essere oggetto di revisione, tenuto conto del mutare dei tempi.

[54] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 523.

[55] Oggetto di dolo deve essere, cioè, l'antigiuridicità *sostanziale* del fatto, M. Gallo, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 780 ss., spec. 783.

[56] Espressa per la prima volta in Trib. Roma, 19 luglio 2001, *inedita*, citata criticamente da G. Le Pera, *op. cit.,* 2352.

[57] E. Pietrocarlo, *op. cit.*, 129. D'altra parte, se si contestasse la fattispecie di cui all'art. 57 c.p. non permarrebbe, in effetti, alcuna "zona franca", G. Le Pera, *op. cit.,* 2352.

grado della scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca *ex* artt. 51, c. 1, e 59, ult. c., c.p. Anche sotto questo profilo la Corte si pone nel solco della continuità, facendo proprio l'orientamento che, a tal fine, richiede che l'imputato fornisca la prova di una diligente consultazione e verifica di fondatezza delle fonti[58] (§4.2). Una simile opzione interpretativa pone tuttavia non pochi dubbi di compatibilità con la disciplina summenzionata nelle ipotesi in cui il reato contestato rientri, come la diffamazione, nel novero delle fattispecie rilevanti a solo titolo doloso. Difatti, l'art. 59, ult. c., c.p. prevede che «se l'agente ritiene per errore […] determinato da colpa» che in suo favore operi una circostanza «di esclusione della pena», la punibilità permane esclusivamente «quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo»[59].

Oggetto di riflessione non è, comunque, l'esito finale del procedimento. Si tratta, nel caso di specie, di giudizio di legittimità, che poco spazio lascia alla valutazione del fatto, avviato con ricorso *per saltum*, preclusivo, dunque, della contestazione e della successiva disamina dell'impianto motivazionale del provvedimento impugnato. Nonostante ciò, alcuni dati suggeriscono che, probabilmente, la condotta dell'imputato non configura, in effetti, una omissione colposa di controllo (ove anche l'art. 57 c.p. fosse ritenuto applicabile al direttore di periodico *online*). In primo luogo deve considerarsi che «l'articolo era stato pubblicato proprio il primo giorno di uscita della rivista» (§2). Quest'ultima circostanza, che la difesa prospettava quale escludente la «meditata adesione del direttore al contenuto dello scritto» (§2.1), potrebbe, invece, far propendere per un opposto giudizio, tanto più che l'imputato non risulta essere un giornalista del tutto inesperto. Senza contare, poi, che le dimensioni del periodico non erano tali da precludere, pur sempre in astratto, la possibilità di un più minuzioso controllo sulla natura dei contenuti oggetto di pubblicazione. Non può infine sottacersi che i giudici di prime cure abbiano ritenuto il tono dell'articolo «allusivo e insinuante», certamente non imparziale.

5. Prospettive di riforma. Il disegno di legge c.d. Costa

Molti dei nodi interpretativi esaminati in tema di stampa e di diffamazione a mezzo stampa, si scioglierebbero automaticamente sol che il legislatore prendesse esplicita posizione in merito. Le stesse sezioni unite, nel 2015, avevano a più riprese severamen-

[58] *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 17 maggio 1992, n. 6142, in *Cassazione Penale*, 1993, 2265 ss.; Cass. pen., sez. V, 9 aprile 2010, n. 27106; Cass. pen., sez. V, 26 giugno 2013, n. 45672.

[59] Sul punto, G. de Vero, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 1998, 778 ss.; M. Donini, *Ignoranza ed errore*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, parte generale*, a cura di Bricola-Zagrebelsky, I, Torino, 1996, 746 ss.; A. Gullo, *La Cassazione e i mutamenti genetici del reato di diffamazione a mezzo stampa*, *ivi*, 1, 2005, 477 s.; T. Vitarelli, *Diritto di cronaca e limiti*, in M. T. Collica-A. Gullo-T. Vitarelli, *I delitti contro l'onore*, cit., 133. Oltre alla verità – come noto – esistono altri due limiti di estensione del diritto di cronaca, ossia la pertinenza (o «interesse sociale») e la continenza. A riguardo, P. Nuvolone, *op. cit.*, 54 ss. Come evidenziato da A. Manna, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: «gli arresti giurisprudenziali»*, in *Cassazione penale*, 11, 2003, 3602 ss., tali limiti sono desumibili dalla disciplina *dell'exceptio veritatis ex* art. 596 c.p., e non da normativa di rango costituzionale, nonostante il diritto di cronaca, quale libertà di informare e di essere informati, sia costituzionalmente tutelato, come sostenuto con ampie argomentazioni da V. Crisafulli, *Problematica della «libertà di informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 29, 285.

te censurato la prolungata inerzia: come si è avuto modo di evidenziare, le sole riforme varate in tema di stampa ne hanno toccato unicamente i profili strutturali-amministrativi. Nel marzo del 2015 si è arenato, in Senato, l'ultimo tentativo di articolata riforma della materia: il disegno di legge c.d. Costa[60]. Nonostante la mancata approvazione della suddetta proposta, può essere utile fare attenzione ad alcune particolari soluzioni[61] adottate dalle Camere nel testo unificato, per avere un'idea più chiara di quale fosse l'intenzione del legislatore, nonché di quali strade possano percorrersi per uscire dalle *impasse* interpretative e dogmatiche che si è tentato di mettere in luce.

Innanzitutto, il legislatore aveva optato per una esplicita equiparazione tra stampa cartacea e piattaforme *online* di informazione. A tal fine si era pensato, in primo luogo, ad una rivisitazione dell'art. 1, l. 47/1948, cui si aggiungeva un comma finale che avrebbe esteso l'ambito applicativo della legge sulla stampa alle testate giornalistiche *online* registrate[62]. Inoltre, lo stesso art. 57 c.p. avrebbe dovuto essere oggetto di una profonda opera di revisione[63], prevedendosene l'applicabilità al direttore o vicedirettore responsabile di testata giornalistica *online* registrata.

Opportuna risultava, poi, la scelta di disciplinare la possibilità, per il direttore, di delegare le funzioni di controllo ad un giornalista idoneo a svolgerle[64], espressione della

---

[60] V., *supra*, nt. 46.

[61] Il progetto di riforma intendeva intervenire su vari profili dell'universo della stampa, tra i quali spiccava quello del trattamento sanzionatorio della diffamazione. Per un commento più ampio, A. Gullo, *La tela di Penelope*, cit.

[62] Il comma in oggetto avrebbe previsto: «Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle testate giornalistiche *online* registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, nonché alle testate giornalistiche radiotelevisive».

[63] Questo il disposto di cui al testo unificato: «Art. 57. – (*Reati commessi con il mezzo della stampa, della diffusione radiotelevisiva o con altri mezzi di diffusione*). – Fatta salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione, e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vicedirettore responsabile del quotidiano, del periodico o della testata giornalistica, radiofonica o televisiva o della testata giornalistica *online* registrata ai sensi dell'articolo 5 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, risponde a titolo di colpa dei delitti commessi con il mezzo della stampa, della diffusione radiotelevisiva o con altri mezzi di diffusione se il delitto è conseguenza della violazione dei doveri di vigilanza sul contenuto della pubblicazione. La pena è in ogni caso ridotta di un terzo. Non si applica la pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista. Il direttore o il vicedirettore responsabile di cui al primo periodo, in relazione alle dimensioni organizzative e alla diffusione del quotidiano, del periodico o della testata giornalistica, radiofonica o televisiva o della testata giornalistica *online* registrata ai sensi dell'articolo 5 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, può delegare, con atto scritto avente data certa e accettato dal delegato, le funzioni di controllo a uno o più giornalisti professionisti idonei a svolgere le funzioni di vigilanza di cui al primo periodo».

[64] Sulla delega di funzioni, *ex multis*, D'Alessandro, voce *Delega di funzioni (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali*, Milano, 2016, IX; T. Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 37 ss.; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 41 ss. L'istituto è attualmente disciplinato dal d.lgs. 81/2008, ma nasce quale prassi operativa nel contesto dell'attività imprenditoriale (per uno studio precedente la normativa del 2008, T. Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006). Esso consente di sollevare, almeno parzialmente, l'imprenditore-datore di lavoro dall'assolvimento degli obblighi di garanzia – la cui fonte primaria è da rintracciarsi nel disposto di cui all'art. 2087 c.c., (D. Pulitanò, voce *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VII, Torino, 1992, 69) – in ordine alla tutela della vita e della salute dei propri dipendenti dai pericoli connessi con lo svolgimento dell'attività lavorativa. In virtù del regime predisposto dal d.lgs. 81/2008, la delega, che rispetti i requisiti formali di cui all'art. 16, c. 1, consente al datore di lavoro di nominare un soggetto delegato all'esecuzione dei suoi obblighi,

presa di coscienza di un'esigenza manifestata a più riprese in dottrina[65], ma della quale la giurisprudenza si è presa raramente carico, assumendo, al contrario, un atteggiamento di netta chiusura[66].

Ed invero i tratti salienti della delega di funzioni ricordano quelli relativi al raggio applicativo dell'art. 57 c.p. L'estensione dell'istituto al settore del giornalismo "professionale", che tende ad atteggiarsi sempre più quale manifestazione di imprenditorialità[67], potrebbe riportare la figura del direttore nell'alveo della responsabilità colpevole. Sul direttore – in presenza di delega - permarrebbe unicamente un onere di vigilanza "alta" sull'azione del soggetto delegato: una declinazione del dovere di controllo più compatibile con le reali competenze e funzioni del suo titolare. Al fine di risolvere le questioni dogmatiche già esposte non sarebbe, dunque, necessario fare radicalmente a meno dell'art. 57 c.p. o, ancora, introdurre un obbligo di firma ai fini della pubblicazione di articoli[68].

Ragionando *de jure condendo*, una soluzione alternativa potrebbe essere quella di ricorrere, anche con riferimento all'"impresa giornalistica", al sistema di responsabilità da reato dell'ente di cui al d.lgs. 231/2001[69]. In questo modo si eviterebbero le difficoltà di accertamento della responsabilità del direttore, nonché il rischio di sconfinamenti verso forme di responsabilità oggettiva se non addirittura di posizione. Ferma restando in ogni caso la necessità di dimostrare il difetto di organizzazione del soggetto collettivo.

In conclusione, le soluzioni al problema di una più equa ripartizione delle responsabilità scaturenti dalla commissione di un reato a mezzo stampa, in particolare nell'ipotesi in cui non ne sia noto l'autore principale, non mancano. Sarebbe auspicabile, dunque, che il legislatore riadattasse il dettato normativo alla mutata realtà, sollevando gli operatori del diritto dalla tentazione di ardite (se non discutibili) operazioni ermeneutiche.

---

che risultino dall'atto di delega e che siano esclusi dal novero degli obblighi non delegabili di cui all'art. 17. Il medesimo art. 16, c. 3, prevede, poi, la permanenza, in capo al datore di lavoro, di un «obbligo di vigilanza […] in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite».

65 *Ex multis*, G. Corrias Lucente, *op. cit.*, 204; G. Fiandaca, *É «ripartibile» la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Il Foro Italiano*, 1983, n. 106, c. 570 ss.; E. Musco, voce *Stampa*, cit., 644 s.

66 In più occasioni si è espressamente negata la possibilità di ricorrere all'istituto della delega di funzioni in ambito giornalistico. Fondamentale C. Cost., 24 novembre 1982, n. 198, in *Il Foro Italiano*, 1983, n. 106, c. 568 ss., con nota di G. Fiandaca, *É «ripartibile»*, cit. Più di recente, in termini ancora negativi, Cass. pen., sez. V, 16 ottobre 2014, n. 51111; Cass. pen., sez. V, 2 maggio 2016, n. 42309, in cui si afferma l'irrilevanza dell'organizzazione interna dell'azienda giornalistica ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile dell'adempimento degli obblighi di controllo di cui all'art. 57, tale essendo sempre e necessariamente il direttore responsabile.

67 A. Mino, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica*, Milano, 2012, 107 ss.

68 *Contra*, A. Mino, *ibid.*, cit., 104 ss.

69 A riguardo C. Piergallini, *Attività giornalistica e responsabilità dell'ente in Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 3, 2017, 105 ss., che evidenzia anche come una scelta di tal fatta spinga a ripensare in ordine alla necessità dell'art. 57 c.p. nel sistema penale (in particolare, 111). In argomento, altresì, A. Mino, *La disciplina sanzionatoria*, cit., 129 ss.; E. Pietrocarlo, *op. cit.*, 133 ss.

Depenalizzazione dell'ingiuria e (obbligo di) protezione del diritto all'onore: riflessioni a margine di una questione di legittimità costituzionale*

Omar Makimov Pallotta

Giudice di Pace di Venezia, ord. 20 giugno 2017

Il Giudice di Pace di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione alle norme che hanno depenalizzato l'ingiuria. Secondo il giudice *a quo*, infatti, il diritto all'onore riceverebbe adeguata tutela esclusivamente per mezzo delle norme penali, le quali sarebbero le uniche in grado di fornire un'idonea protezione ai diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. Inoltre, il legislatore avrebbe dovuto rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo (artt. 10 e 117 Cost.), il quale imporrebbe agli Stati membri, per il tramite dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di rispettare la dignità umana. Le norme abrogative, poi, avrebbero violato, a detta del giudice rimettente, anche l'art. 3 Cost. (espressione dei principi di ragionevolezza e non discriminazione), in quanto si è deciso di mantenere nel codice penale il reato di diffamazione (posto a presidio dello stesso diritto tutelato dalla norma abrogata); di conseguenza, l'ordinamento si troverebbe ora ad accordare una differente tutela sostanziale al medesimo diritto, in violazione dei principi citati. L'analisi condotta mostra, tuttavia, come – al netto del rischio di vedersi opporre dalla Corte l'inammissibilità della questione, dal momento in cui le disposizioni abrogative impugnate rientrano a pieno titolo nella categoria delle norme penali "più favorevoli", cui il giudice delle leggi non estende il suo sindacato – le censure mosse dal giudice *a quo* possano ritenersi infondate. Infatti, in linea con la teoria degli obblighi di protezione, secondo la quale incomberebbe in capo allo Stato l'obbligo di fornire adeguata tutela avverso le violazioni dei diritti costituzionalmente sanciti, il legislatore sarebbe certamente tenuto a proteggere il diritto in questione (ossia quello all'onore), ma non necessariamente tramite la legge penale. Quest'ultima, infatti, andrebbe utilizzata solo qualora l'assenza di una esplicita incriminazione vada a minare l'efficacia del riconoscimento costituzionale del diritto stesso. Ipotesi, questa, che non pare sussistere nel caso posto all'attenzione della Corte costituzionale.

Sommario

1. La supposta illegittimità dell'abrogazione del reato di ingiuria - 2. Il problema della sindacabilità delle norme penali di favore - 3. Il rapporto tra inviolabilità della dignità umana e obbligo di protezione dello Stato - 4. Dignità e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - 5. Depenalizzazione dell'ingiuria e mantenimento del reato di diffamazione - 6. Conclusioni

* L'articolo è stato sottoposto, su determinazione della direzione, a referaggio anonimo.

Omar Makimov Pallotta

Keywords
Diffamazione, Dignità, Diritto all'onore, Ingiuria, Norme penali di favore

1. La supposta illegittimità dell'abrogazione del reato di ingiuria

Con il d.lgs. 7/2016, attuativo della delega disposta con l. 67/2014, il legislatore ha provveduto ad abrogare una serie di reati, tra i quali quello di ingiuria (art. 594 c.p.)[1], riconducendo quest'ultima nell'alveo degli illeciti civili[2] e corredando altresì la "nuova" fattispecie di una sanzione pecuniaria civile, il cui importo è stabilito dal giudice sulla base di precisi criteri indicati nello stesso decreto legislativo[3].

Con ordinanza del 20 giugno 2017, il Giudice di Pace di Venezia, nell'ambito di un procedimento penale nel quale venivano contestati i reati di minaccia ed ingiuria, ha sollevato questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 2, c. 3, della legge citata e dell'art. 1, lett. *c)*, del d.lgs attuativo della delega, nella parte in cui tali norme hanno, per l'appunto, abrogato il reato di ingiuria, per contrasto con gli artt. 2, 3, 10 e 117 Cost[4]. Quanto all'incidenza della questione nel procedimento *a quo*, il giudice rimettente argomenta facendo leva sulla riespansione della rilevanza penale della condotta che conseguirebbe alla declaratoria di incostituzionalità delle norme abrogatrici; tale riespansione determinerebbe, infatti, l'insorgere dell'obbligo, in capo al giudice medesimo, di celebrare il processo, verificando «la sussistenza o meno della fattispecie delittuosa che potrebbe comportare la condanna dell'imputato, nonché la valutazione della sussistenza della continuazione *ex* art. 81 del codice penale, essendo contestato

[1] L'abrogato art. 594 c.p. così recitava: «Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a cinquecentosedici euro. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa. La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a milletrentadue euro, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone».

[2] Art. 3, c. 1, d.lgs 7/2016.

[3] *Ibid.*, art. 5, c. 1. Il giudice, ai sensi della norma indicata, potrà determinare l'importo entro una forbice che va dagli euro cento agli euro ottomila in presenza della condotta "standard" (ricalcante in tutto e per tutto la lettera dell'art. 594 c.p., salvo il dovuto riferimento, assente nella fattispecie penale, alla comunicazione «informatica e telematica») e oscilla, invece, tra gli euro duecento e gli euro dodicimila nel caso in cui l'offesa «consista nell'attribuzione di un fatto determinato o sia commessa in presenza di più persone» (casi, questi, in cui la norma codicistica prevedeva invece la reclusione fino ad un anno e la multa fino a Euro 1032 nell'ipotesi dell'attribuzione di un fatto; l'aumento delle pene nell'ipotesi in cui la condotta fosse stata perfezionata in presenza di più persone).

[4] La questione di legittimità che qui si commenta è parte di una serie di promovimenti del Giudice di Pace di Venezia aventi ad oggetto l'abrogazione del reato di ingiuria: GDP Venezia, ord. 24 gennaio 2017; ord. 20 giugno 2017; ordd. 27 giugno 2017; ord. 4 luglio 2017; ord. 17 ottobre 2017; ord. 30 gennaio 2018. Delle indicate rimessioni alla Corte costituzionale, solo una, ossia quella del 24 gennaio 2017, presenta elementi che la distinguono dalle altre, sia dal punto di vista delle norme costituzionali che si suppongono violate (corrispondenti esclusivamente agli artt. 2 e 3 Cost.), sia da quello degli aspetti di non manifesta infondatezza (si rinviene, infatti, un profilo – assente negli altri casi – relativo alla tutela processuale del diritto all'onore).

anche il reato di minacce *ex* art. 612, c. 1, del codice penale»[5]. In assenza di una simile declaratoria, infatti, il giudice sarebbe tenuto a dichiarare il non luogo a procedere, in virtù del fatto che l'ingiuria non è più prevista dalla legge come reato. Sempre in relazione alla rilevanza della questione, ma con specifico riferimento al profilo delle norme penali di favore – quali sono le norme abrogative di ipotesi delittuose – il giudice *a quo* sostiene che, pur sussistendo allo stato attuale un indirizzo giurisprudenziale consolidato contrario alla sindacabilità di tali norme, questo orientamento determinerebbe «conseguenze contrarie alla tutela della Costituzione»[6], in quanto sfuggirebbero così al controllo della Corte costituzionale tutte quelle norme penali di favore applicabili al giudizio *a quo* e ritenute non manifestamente infondate dal giudice rimettente, con conseguenze distorsive del fisiologico rapporto tra norme primarie e norme di rango costituzionale. A sostegno della propria tesi, il giudice *a quo* richiama le principali pronunce rese sulla materia dal giudice delle leggi: la sentenza n. 148/1983, secondo la quale si dovrebbe ammettere il sindacato sulle disposizioni che escludono la rilevanza penale di determinate condotte in virtù del fatto che le norme della legislazione ordinaria non debbono godere di alcun tipo di immunità rispetto alla Carta costituzionale; la meno risalente pronuncia n. 394/2006, con la quale la Corte ha ammesso la sindacabilità di «norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale», con la conseguenza «dell'automatica riespansione della norma generale o comune dettata dallo stesso legislatore»; infine, la ancor più recente sentenza n. 5/2014 con la quale la Corte ha disposto, invece, l'espunzione dall'ordinamento della norma abrogatrice del reato di associazione paramilitare, con conseguente riespansione non già di una norma generale, bensì della pura e semplice rilevanza penale della relativa condotta.

Il giudice *a quo* procede, dunque, all'individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme abrogate: il diritto all'onore. Rifacendosi alla giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema[7], il rimettente ricomprende quest'ultimo tra i diritti inviolabili che l'art. 2 della Carta costituzionale riconosce e garantisce. Inoltre, tale diritto troverebbe fondamento anche nell'art. 3 Cost., essendo esso «estrinsecazione, nelle società democratiche, del fondamentale principio di uguaglianza di tutti gli esseri umani»[8]. L'avvenuta abrogazione dell'art. 594 c.p. determinerebbe, dunque, una violazione dei due citati articoli della Carta costituzionale, in quanto essa avrebbe comportato «la fuoriuscita del bene dell'onore e del decoro dal sistema di tutela pubblicistica dei diritti fondamentali»[9]. Secondo il giudice rimettente, infatti, «non ci sono diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. che non siano protetti anche dalle norme penali». Inoltre, «la tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili dell'essere umano […] [può] essere garantita […] soltanto attraverso le norme penali, poiché sono proprio le norme penali che sono poste, ontologicamente, a difesa dei diritti inviolabili dell'essere umano». Il giudice *a quo* sostiene, dunque, l'indefettibile necessità che i diritti inviolabili, tra i quali sarebbe

[5] GDP Venezia, ord. 20 giugno 2017, § 2.1.

[6] *Ibid.*, § 2.2.

[7] C. Cost., 12 aprile 1973, n. 38, § 2 del *considerato in diritto.*

[8] GDP Venezia, ord. 20 giugno 2017, § 1.

[9] *Ibid.*, § 3.1

ricompreso il diritto all'onore, siano tutelati dalle norme penali «sia per l'efficacia deterrente della sanzione penale, che per l'inadeguatezza delle sanzioni amministrative o civili che appaiono inconciliabili a prevenire, ricomporre o reprimere le condotte lesive dei diritti fondamentali»[10]. Le norme abrogative del reato di ingiuria, inoltre, violerebbero anche gli artt. 10 e 117 Cost. Infatti, secondo quanto si legge nell'ordinanza, l'onore, il decoro e la reputazione sarebbero concetti che «la giurisprudenza, la dottrina e anche le dottrine filosofiche hanno ricondotto all'essenza concettuale del valore uomo identificato con il termine: dignità». Quest'ultima, come tiene a sottolineare il giudice *a quo*, «trova la sua implicita affermazione nel principio contenuto nell'art. 2 della Carta costituzionale», ma essa è anche «tutelata come diritto fondamentale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza, che proclama nell'art. 1 che: "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata"». Tale fonte normativa, «recepita nella nostra Costituzione in forza degli artt. 10 e 117», avrebbe ricondotto il concetto di dignità «nel tessuto costituzionale, rendendolo un diritto primo ed irrinunciabile della persona». In sostanza, per il giudice *a quo*, con l'abrogazione del reato di ingiuria, posto a presidio del diritto all'onore, fondamentale corollario della dignità dell'uomo, «la potestà legislativa è stata esercitata dallo Stato con legge ordinaria senza rispettare i vincoli e i principi derivanti dagli obblighi internazionali e dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, tanto da violare apertamente il principio fondamentale della dignità umana espresso nell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»[11]. Ultimo profilo di non manifesta infondatezza riguarda il contrasto delle norme abrogatrici con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'uguaglianza e della ragionevolezza. Secondo il giudice rimettente, la scelta di abrogare il reato di ingiuria e di mantenere nel codice, invece, quello di diffamazione (art. 595)[12], determinerebbe una disparità di trattamento, in quanto si instaurerebbe «una difforme tutela sostanziale di fattispecie inerenti il medesimo diritto fondamentale costituzionalmente tutelato», essendo i due reati «riconducibili alla stessa medesima ratio e allo stesso diritto fondamentale della dignità della persona, composta dall'onore, decoro, reputazione e rispettabilità»[13]. La tutela di tale diritto, in seguito all'abrogazione dell'art. 594 c.p., sarebbe lasciata, quindi, «unicamente alla fattispecie di cui all'art. 595 del codice penale». Infine, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. anche la «scelta di perseguire un fatto "comunicando con più persone" in assenza dell'offeso (diffamazione) e di non punire il medesimo fatto "commesso in presenza di più persone", quindi in presenza dell'offeso (ingiurie)»[14]. il giudice rimettente contesta in questo caso l'abrogazione integrale

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

[12] Il quale recita come segue: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 1032 Euro. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a 2065 Euro. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 615 Euro. Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate».

[13] GDP Venezia, ord. 20 giugno 2017, § 3.2.

[14] *Ibid.*, § 3.3.

del reato di ingiuria, compresa l'aggravante, originariamente prevista dal c. 4 dell'art. 594 c.p., della cosiddetta "ingiuria diffamatoria", ossia quella commessa in presenza sia dell'offeso che di altre persone, apparendo tale scelta, agli occhi del giudice, «irragionevole» e «discriminante» alla luce del mantenimento nel codice del reato di diffamazione. Ciò posto, nelle prossime pagine si concentrerà l'attenzione sui seguenti profili: 1) Il problema della sindacabilità o meno delle norme penali di favore da parte della Corte costituzionale; 2) la sussistenza di un rapporto tra l'inviolabilità della dignità umana e l'obbligo di tutela penale della stessa; 3) il dovere di rispettare e tutelare la dignità sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in relazione alla portata di quest'ultima; 4) la *ratio* alla base della scelta di depenalizzare l'ingiuria, mantenendo nel codice penale, al contempo, il reato di diffamazione.

2. Il problema della sindacabilità delle norme penali di favore

Sorvolando sul rilievo, peraltro corretto, relativo all'incidenza della questione sul giudizio *a quo* data dalla riespansione, in caso di accoglimento, della rilevanza penale della condotta ingiuriosa, ci preme qui fornire alcune precisazioni in relazione alle considerazioni svolte sul problema della sindacabilità delle cosiddette norme penali di favore. Il giudice *a quo*, convinto delle conseguenze «contrarie alla tutela della Costituzione» determinate dall'orientamento consolidato in materia, richiama la sentenza n. 148/1983, nella parte in cui il giudice delle leggi mette in guardia rispetto al rischio di privare la Corte di ogni strumento atto a garantire la preminenza della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Per giudice rimettente, tale decisione ha avallato la «possibilità di esperire il sindacato di costituzionalità anche sulle norme abrogative o che escludano la rilevanza penale di certi comportamenti»; in realtà, la sentenza n. 148/1983 non arriva ad ammettere tanto: essa è, sì, la prima decisione che inizia a tracciare i confini dell' "area grigia" rappresentata dalle norme penali di favore, ammettendo la rilevanza delle questioni di legittimità relative a tale categoria di norme[15] dopo anni di incertezze negli indirizzi giurisprudenziali in materia[16], ma, al netto di ciò, non pare rinvenirsi nella sentenza alcun passaggio che corrisponda a quanto sostenuto dal giudice *a quo* in relazione all'ammissibilità di un sindacato della Corte su norme abrogative o che escludano la rilevanza penale di certi comportamenti. Anzi, dopo aver chiarito che nel caso di specie

[15] Superando, così, il precedente indirizzo, orientato nel senso dell'irrilevanza di tali questioni, in virtù del principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli, ritenuto applicabile anche agli effetti normativi *in malam partem* derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte stessa. Come si legge, per l'appunto, in C. Cost., 3 giugno 1983, n. 148, § 3 del *considerato in diritto*: «Salve le implicazioni ricavabili dal principio di irretroattività dei reati e delle pene […] lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento […] non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto, […] sicché va confermato che si tratta di un problema […] inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso».

[16] Vedi a tal proposito, e senza pretesa di esaustività: C. Cost., 21 novembre 1973, n. 155; C. Cost., 5 febbraio 1975, n. 22; C. Cost., 6 febbraio 1975, n. 26; C. Cost., 14 aprile 1976, n. 85; C. Cost., 20 giugno 1977, n. 122; C. Cost., 26 luglio 1979, n. 91.

non ci si trovasse di fronte ad una simile ipotesi[17], in quanto il giudice rimettente aveva semplicemente prospettato l'esigenza che il regime penale dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura venisse ricondotto nell'ambito delle norme di diritto comune, la Corte rilevò come erano state «ripetutamente dichiarate inammissibili le impugnazioni attraverso le quali si richiedeva, in sostanza, che la Corte configurasse nuove norme penali, così determinando conseguenze sfavorevoli per l'imputato»[18]. Tale considerazione pare essere perfettamente coerente con la riserva di legge in materia penale posta dall'art. 25, c. 2, Cost., il quale attribuisce, pur se in via implicita, al Parlamento il compito di operare scelte di politica criminale che si traducano nell'introduzione o nell'abrogazione di reati. Il giudice *a quo* fa poi riferimento alla più recente sentenza della Corte costituzionale n. 394/2006, la quale, per molti, esprime, ad oggi, l'indirizzo seguito dalla Corte in materia di sindacabilità delle norme penali di favore. Il giudice rimettente fa leva su tale decisione, dicendo che «in tal senso» (ossia nel senso della sindacabilità di tale categoria di norme) «si è espressa anche la successiva giurisprudenza». In realtà, come lo stesso giudice *a quo* riporta testualmente, la sentenza n. 394/2006 pare dire qualcosa di profondamente diverso, se non diametralmente opposto a quanto affermato nell'ordinanza: sarebbero sindacabili, infatti, a detta della Corte, solo le norme penali di favore in senso stretto, ossia le «norme che stabiliscano, per determinati soggetti od ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali e comuni»[19]. Secondo la Corte, in tali ipotesi, «la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giuridica lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria»[20]. Rimarrebbero, invece, non sindacabili le norme penali c.d. "più favorevoli", ossia quelle che abbiano sostituito, abrogandole, norme anteriori, prevedendo una più mite reazione dell'ordinamento di fronte alla medesima condotta. Riportando le parole della Corte, in questo caso «la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressione di scelte di criminalizzazione non più attuali, operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente lesiva del monopolio del legislatore su dette scelte»[21]. Si è detto in dottrina, quindi, che con la sentenza n. 394/2006 la Corte abbia ammesso il proprio sindacato esclusivamente sulle norme penali di favore in senso stretto, ossia quelle in rapporto di «specialità sincroni-

[17] La questione di costituzionalità era stata, infatti, sollevata dal giudice istruttore del Tribunale di Roma in relazione all'introduzione per legge di una causa di non punibilità per le opinioni espresse dai componenti del Consiglio Superiore della Magistratura nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione.

[18] C. Cost., 3 giugno 1983, n. 148, § 2 del *considerato in diritto*.

[19] C. Cost., 23 novembre 2006, n. 394, § 6.1 del *considerato in diritto*.

[20] *Ibid.*

[21] *Ibid.*

ca» con altre previsioni meno favorevoli e compresenti nell'ordinamento giuridico, mentre ha categoricamente escluso il suo sindacato sulle norme penali "più favorevoli", ossia quelle in rapporto di «specialità diacronica» con altre disposizioni meno favorevoli, ma non più vigenti[22]. A quest'ultimo caso è ascrivibile senza alcun dubbio il rapporto di cui qui si discute, ossia quello intercorrente tra l'art. 594 c.p. e le disposizioni successive abrogatrici (art. 1, lett. *c)*, del d.lgs 7/2016), le quali ultime, qualificandosi, sulla base di quanto detto, quali "più favorevoli", sarebbero sottratte al sindacato della Corte costituzionale. Il giudice *a quo*, tuttavia, non fa alcun cenno, neppur minimo, ai passaggi ora richiamati della sentenza n. 394/2006, limitandosi a riportare le parti della decisione in cui si ammette che la Corte possa adottare «decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale»[23]. Pur volendo credere che il giudice rimettente non avesse piena contezza della restante parte della sentenza colpevolmente omessa, e volendo, quindi, dar credito ad una lettura che applichi al caso *de qua* lo schema del rapporto di specialità sincronica, si farebbe comunque un'enorme fatica nell'individuare nell'ordinamento penale la norma generale o comune che andrebbe a riespandersi una volta dichiarata la non conformità a Costituzione della norma abrogatrice, essendo stata quest'ultima adottata al fine di decriminalizzare una disposizione penale ben precisa, ossia il reato di ingiuria, e non già per sottrarre un determinato gruppo di persone o di condotte alla sfera di applicazione di una norma meno favorevole, generale o comune e compresente nell'ordinamento. Privo di rilievo è, infine, il richiamo operato dal giudice *a quo* alla ben più recente sentenza della Corte costituzionale n. 5/2014, con la quale si è dichiarata l'incostituzionalità della norma che abrogava il reato di associazione paramilitare; infatti, pur rappresentando tale sentenza senza dubbio un ulteriore passo in avanti nel percorso verso una migliore delineazione dei confini che circoscrivono il raggio d'azione del sindacato della Corte sulle norme penali di favore, con la decisione del 2014 la Corte ha semplicemente ammesso i suo sindacato *in malam partem* nella particolarissima ipotesi della presenza di vizi formali che affliggano la norma penale di favore (si trattava, nella specie, del d.lgs 213/2010 che disponeva l'abrogazione del reato di associazione paramilitare, adottato «in carenza di potere del Governo»[24], quindi viziato da eccesso di delega e in contrasto con l'art. 76 Cost.). In quest'ultimo caso e, si badi, solo in quest'ultimo, la riserva di legge di cui all'art. 25, c. 2, Cost. si atteggerebbe non più a limite del sindacato della Corte, bensì diventerebbe disposizione costituzionale violata dalla stessa norma abrogativa adottata dal Governo in carenza di potere: è chiaro che, in presenza di eccesso di delega, l'abrogazione disposta dal Governo violi l'art. 25, c. 2, Cost., in quanto esso governo «non può assumere scelte di politica criminale autonome e contrastanti con quelle del legi-

[22] Si veda a tal proposito la nota di M. Gambardella, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cassazione Penale*, 2007, 467.

[23] C. Cost., 23 novembre 2006, n. 394, § 6.1 del *considerato in diritto*.

[24] L'espressione è di M. Scoletta, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2014, 247.

slatore delegante»[25], essendo esclusivamente il Parlamento il titolare del «monopolio politico-criminale»[26], conformemente al citato art. 25, il quale farebbe dunque riferimento ad una «espressione formalmente valida della volontà parlamentare»[27]. Chiarito ciò, si capisce come e perché la Corte abbia ammesso il proprio sindacato su una norma "più favorevole" (nel senso già specificato dell'espressione, ossia in quanto recante una *abolitio criminis*) e, parimenti, è lampante come non vi possa essere alcun plausibile accostamento tra il caso appena riportato e quello, invece, portato all'attenzione della Corte costituzionale dal Giudice di Pace di Venezia, il quale ha sì ad oggetto la supposta contrarietà a Costituzione di una norma abrogativa di una fattispecie penale, ma non già per vizi formali assimilabili a quelli che hanno condotto all'adozione della sentenza n. 5/2014[28]. Alla luce di quanto finora affermato, non è affatto escluso che, nel caso in esame, la Corte costituzionale possa optare per una pronuncia di inammissibilità della questione, senza dunque affrontare il merito della stessa.

3. Il rapporto tra inviolabilità della dignità umana e obbligo di protezione dello Stato

Per il giudice *a quo*, le norme abrogative dell'art. 594 c.p. si pongono in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., in quanto il diritto all'onore sarebbe un bene giuridico tutelato dalle due citate disposizioni costituzionali. La ricomprensione dello stesso nell'alveo dei diritti inviolabili determinerebbe la indefettibile necessità che questo sia protetto dalle norme penali, in quanto esse sono «ontologicamente poste a tutela dei diritti inviolabili»[29]; non esisterebbero, a detta del giudice rimettente, diritti inviolabili che non godano di una protezione anche attraverso le norme penali. Si porrebbe, dunque, in contrasto con la Carta costituzionale qualsiasi opzione che determini la «fuoriuscita dell'onore dal sistema pubblicistico di tutela dei diritti fondamentali»[30].

In primo luogo, pare essere fondamentalmente corretto l'inquadramento fornito nell'ordinanza del diritto all'onore all'interno del sistema costituzionale italiano, facente leva sulla dignità umana, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. Tuttavia, la ricostruzione fornita dal giudice *a quo* sembra far riferimento all'art. 3 esclusivamente in quanto l'onore sarebbe «estrinsecazione, nelle società democratiche, del fondamentale principio di uguaglianza di tutti gli esseri umani»; in realtà, secondo l'autorevole insegnamento dell'Esposito, l'art. 3, sancendo la pari dignità sociale di tutti i cittadini (prima ancora dell'uguaglianza degli stessi davanti alla legge), «pretende che la società e ciascun mem-

[25] C. Cost., 23 gennaio 2014, n. 5, § 5.2 del *considerato in diritto*.

[26] M. Scoletta, *op. cit.*, 249.

[27] *Ibid.*, 247. Vedi, a tal proposito, anche C. Cost., 25 ottobre 1989, n. 487, § 3 del *considerato in diritto*, ove si chiarisce come l'art. 25 faccia riferimento per l'appunto al «soggetto-Parlamento, in quanto espressivo dell'intera collettività nazionale».

[28] Le norme contenute nel decreto legislativo attuativo della delega, infatti, in nulla paiono disporre diversamente da quanto prescritto dall'art. 2, c. 3, della l. 67/2014.

[29] Vedi *supra*, nt. 10.

[30] Vedi *supra*, nt. 9.

bro di essa non si elevi mai, in buona o in mala fede, a giudice dell'altrui indegnità»[31], ossia implica la necessità che terzi si astengano dal ledere l'altrui onore; per Esposito, inoltre, «la dichiarazione generica relativa ai diritti inviolabili dell'uomo si specifica […] nella nostra Carta costituzionale in particolari diritti riconosciuti all'uomo: e tra questi non è il diritto alla riservatezza, ma solo quello a non vedersi lesi nella propria dignità sociale e nel proprio onore sociale»[32]. È, quindi, precisamente in tal senso che si riesce a ricavare il diritto all'onore dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost.. Esso, infatti, trova fondamento in via indiretta nella dignità, richiamata dall'art. 3 limitatamente alla pari dignità sociale dei cittadini e, in termini meno restrittivi (ossia di dignità umana generalmente intesa, a prescindere dal possesso di qualità o *status* particolari) dall'art. 41 della Carta costituzionale[33]. È, dunque, la dignità a fondare il diritto all'onore[34] ed è

[31] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1958), ora in C. Esposito, *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 167: «Certamente tra le limitazioni tradizionali della libertà di manifestazione del pensiero sono ammesse dalla Costituzione quelle relative all'onore delle persone, quando essa proclama la pari dignità sociale dei cittadini. Questa proclamazione pretende infatti, precisamente, che la società e ciascun membro di essa non si elevi mai, in buona o in mala fede, a giudice delle altrui indegnità». Prosegue poi in nt. 99: «Così intesa, la disposizione acquisisce ben preciso significato giuridico. Essa non esprime solo il desiderio che siano rimossi mali e miseria materiale e morale che degradano gli uomini nel giudizio degli altri uomini, ma vieta categoricamente ai singoli come semplici membri della società […] di esprimere giudizi di indegnità sugli altri uomini. Né è divietato al singolo di esprimere giudizi lesivi dell'altrui onore per le conseguenze che essi possano avere per l'estimazione dei colpiti presso gli altri membri della società, ma (conforme alla configurazione penalistica delle trasgressioni del divieto come reato di mera condotta) è vietato in modo immediato e diretto, indipendentemente dalle conseguenze eventuali e riflesse (sugli altri membri della società e sul colpito), alla società e cioè ad ognuno come socio, di esprimere tali giudizi di indegnità (presente o meno l'offeso, presenti o meno terzi oltre l'offeso). Appunto perché la Costituzione divieta in maniera diretta e specifica all'art. 3 giudizi sociali di indegnità (e la pari dignità non è solo un ideale o un fine da raggiungere) quell'articolo esprime un limite alla libertà di manifestazione del pensiero garantita generalmente dall'art. 21».

[32] *Ibid.*, 161, nt. 89. In senso concorde, P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, vol. I, 260: «Dà luogo ad una autonoma situazione di libertà costituzionalmente garantita *ex* art. 3 Cost. il diritto all'onore nei limiti in cui coincide con ciò che in un determinato momento storico è considerato essenziale alla pari dignità sociale di ogni cittadino».

[33] Sui benefici e sui pericoli derivanti dall'ampiezza interpretativa cui si presta la formulazione dell'art. 41 relativamente alla dignità, si veda A. Pirozzoli, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 82: «L'ampiezza interpretativa si trasforma in un pericoloso eccesso di indeterminatezza che si traduce, inoltre, in un disordine applicativo. […] Si tratta di un concetto indeterminato posto come limite alla libertà di iniziativa economica privata. Perciò, alla difficoltà di circoscrivere l'ampiezza del limite corrisponde l'impossibilità di definire lo spazio d'azione della libertà a cui il limite si applica». Tuttavia, *ibid.*, 84: «Occorre riconoscere il rafforzamento e l'ampliamento di tutela derivante dal valore della dignità umana richiamato nell'art. 41 Cost. Infatti, anche "solo" in veste di limite, esso è in grado di influenzare l'intero sistema positivo […] e collocare il rispetto della persona alla base di tutti i rapporti tra Stato e singoli come un'esigenza primaria». Una esauriente analisi degli articoli della Costituzione che fanno riferimento a vario titolo alla dignità (ossia gli artt. 3, c. 1; 36, c. 1; 41, c. 2; 48, c. 4) è compiuta in P.F. Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Diritto e Società*, 1, 2008, 31 ss., ove l'autore mette subito in chiaro come «alla dignità si fa[ccia] autonomo riferimento in molteplici prescrizioni che si rifanno a nozioni fra loro non identiche e soprattutto che mirano a distinte finalità».

[34] Al punto che per autorevole dottrina la tutela riservata ad entrambi finirebbe per coincidere. Vedi A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1992, 47: «Quanto al cosiddetto "diritto all'onore", è doveroso precisare che la pari dignità "sociale" ed "umana" (artt. 3, c. 1, e 41, c. 2, Cost.) – nella quale la Costituzione individua il fondamento della tutela dell'onore – è valore avente un contenuto affatto diverso da quello sotteso al riconoscimento dei diritti dell'uomo. Mentre con questi si tutela lo svolgimento della personalità dell'uomo nel mondo esterno, e si presuppone, quindi, l'esistenza di una

pure la dignità che correttamente finisce per ricevere la "patente di inviolabilità" per il tramite dell'art. 2 Cost. La dottrina ha in passato lungamente dibattuto in merito a quali potessero essere i diritti inviolabili ai sensi del citato art. 2, tentando così di porre fine all'annosa questione relativa alla qualificazione di quest'ultimo quale norma a fattispecie aperta oppure chiusa: la posizione meno "elastica" a tal riguardo, corrispondente alla attribuibilità della qualifica ai soli diritti che la tradizione abbia tramandato e che trovino un preciso ed esplicito riscontro in Costituzione[35], fu inizialmente accolta dalla giurisprudenza costituzionale[36], la quale ha, tuttavia, nel tempo, rivisto le proprie posizioni[37], anche alla luce della dottrina più benevola nei riguardi dell'ingresso nell'ordinamento di nuovi diritti per il tramite dell'art. 2 Cost.[38]. Oggi, si può dire con certezza che la Corte faccia un sapiente uso dell'art. 2, riconducendo alla tutela costituzionale "nuovi" diritti fondamentali, ma senza aver ceduto alla qualificazione dello stesso nei termini di norma a fattispecie aperta, in quanto il giudice delle leggi pare aver piuttosto operato «un'interpretazione estensiva delle norme costituzionali sui diritti di libertà», avendo fatto «pur sempre discendere i diritti impliciti dall'ordine costituzionale […] anche allorquando è mancato il riferimento a una disposizione puntuale»[39]. Se, dunque, alla luce di quanto detto parrebbe non presentare profili di problematicità la riconduzione della dignità all'art. 2 (in quanto la prima è senza dubbio parte di «quei diritti che la coscienza giuridica ha da tempo saldamente acquisito come "diritti dell'uomo»[40]), occorre ora comprendere quali siano le conseguenze della ricomprensione della stessa nell'alveo dei diritti inviolabili. Secondo una dottrina oramai ampiamente accreditata, l'attributo dell'inviolabilità corrisponderebbe ad una immodificabilità del diritto così qualificato per il tramite del procedimento di revisione costituzionale[41]. Sostenere l'in-

sua capacità naturale, l'affermazione della pari dignità umana e sociale tutela la persona fisica "nel suo statico esserci" (Nipperdey). Essa viene colpita "quando l'uomo concreto è degradato ad oggetto, a mero mezzo, a grandezza fungibile" (Dürig). Conseguentemente, la pari dignità umana caratterizza il naturalmente incapace non meno di chi è capace, il libero e il detenuto, il morto come il vivo. Il rispetto della dignità umana implica, perciò, la tutela dell'elementare, ma indisponibile, diritto di chiunque ad essere trattato come uomo, da uomini suoi pari, quale che sia il rapporto sociale nel quale esso si venga a trovare. Tutela della dignità e tutela dell'onore vengono perciò ad identificarsi […]».

35 È questa la nota tesi sostenuta in P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*, Padova, 1972, 160.

36 C. Cost., 3 luglio 1956, n. 11; C. Cost., 27 marzo 1962, n. 29; C. Cost., 28 marzo 1968 n. 16; C. Cost., 13 febbraio 1974, n. 33; C. Cost., 17 dicembre 1975, n. 238; C. Cost., 26 luglio 1979, n. 98; C. Cost., 15 luglio 1983, n. 252.

37 C. Cost., 5 marzo 1969, n. 28 sul diritto dell'innocente ad ottenere la revisione della sentenza di condanna. Vedi anche C. Cost., 23 maggio 1985, n. 161 in materia di identità sessuale, nonché C. Cost., 18 dicembre 1987, n. 561 in materia di libertà sessuale e C. Cost., 7 aprile 1988, n. 404 sul diritto all'abitazione del convivente more uxorio (queste ultime facenti leva sul solo art. 2 Cost., pur in presenza della possibilità di far riferimento ad altre disposizioni costituzionali).

38 Vedi A. Barbera, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

39 S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 493.

40 P.F. Grossi, *Introduzione,* cit., il quale attribuisce in primo luogo a questi la caratteristica dell'inviolabilità.

41 *Ibid.,* 101 ss: «Nel sistema attuale, il contributo e l'essenza dell'inviolabilità si dovrebbe determinare […] nella tutela avverso la possibilità di una soppressione del riconoscimento – ed in alcuni casi anche della disciplina – costituzionale dei diritti così definiti. E ciò […] in considerazione del fatto che nel

violabilità della dignità umana significherebbe, dunque, in primo luogo fornire la stessa di una protezione avverso qualsiasi revisione costituzionale che vada eventualmente a comprimerla (e se il riconoscimento della pari dignità sociale di tutti i cittadini si sostanzia nel divieto di esprimere giudizi di indegnità morale, non parrebbe peregrino estendere al diritto all'onore tale speciale attitudine a "resistere" ad eventuali limitazioni o modifiche perpetrate per il tramite del procedimento di revisione previsto all'art. 138 Cost.) e, inoltre, se l'art. 2 impone alla Repubblica non solo di riconoscere, ma anche di garantire i diritti inviolabili, ciò significa, in secondo luogo, che lo Stato è tenuto a dar seguito all'obbligo di protezione che su di esso incombe in forza della suddetta previsione costituzionale, apprestando gli strumenti normativi idonei, che permettano al singolo di tutelare il proprio diritto costituzionalmente sancito (in questo caso il diritto all'onore, per il tramite della dignità) avverso atti lesivi dello stesso[42]. Ciò

potere di revisione costituzionale è oggi da individuare la fonte di maggior pericolo non già di alcune violazioni concrete in casi sporadici, ma di radicale eliminazione o di generale compressione». Con specifico riferimento alla dichiarazione di inviolabilità di cui all'art. 2 (vedi *ibid*., 158), l'A. traccia i confini della cosiddetta "inviolabilità costituzionale", limitando i suoi effetti al «principio che si ricava da quella normativa» (ossia la normativa costituzionale sui diritti inviolabili); in sostanza, «riconoscere i diritti inviolabili dovrebbe significare escludere che essi, una volta elevati alla dignità di diritti costituzionalmente protetti, possano in avvenire perdere questa qualifica e tale garanzia, senza che da questo punto di vista assuma rilievo alcuno il loro contenuto, variamente modificabile a seconda delle possibili future esigenze, e tantomeno la distinzione, in concreto assai problematica, fra le parti più o meno essenziali di questo». Per puntuali critiche alla teoria che vede nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti inviolabili una dichiarazione di irrivedibilità costituzionale, vedi A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in Aa.Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, 111 ss., nt. 11: «1) La Costituzione non include i diritti costituzionali tra gli oggetti sottratti alla revisione costituzionale (art. 138 Cost.); 2) nella Costituzione è ben nota la differenza che passa tra violazione della Costituzione (artt. 96, 126) e revisione di essa (art. 138). Ne consegue che c'è un salto logico tra inviolabilità e irrivedibilità dei diritti; 3) l'affermazione della dottrina dominante secondo la quale sarebbero possibili modifiche "migliorative" alla disciplina di diritti costituzionali equivale ad ammettere che essi possono costituire oggetto di revisione costituzionale; 4) è ambiguo limitare le modifiche a quelle "migliorative", posto che è impossibile distinguere tra modifiche migliorative e peggiorative, data la interdipendenza delle situazioni costituzionalmente garantite e l'efficacia anche interprivata di molte di esse; 5) sembra contraddittorio con gli ideali di libertà e di sovranità del popolo sottrarre alla modifica costituzionale diritti che, al limite, non siano più "sentiti" o siano diversamente "sentiti" nella coscienza sociale; 6) il vero limite alla modifica dei diritti consiste nell'esercizio continuativo e consapevole di essi da parte dei cittadini. Con ciò non ho inteso […] sminuire l'importanza dell'art. 2. […] Quanto all' "inviolabilità" dei diritti, avevo in un primo tempo suggerito – proprio perché ho sempre ritenuto che sia il popolo a dover decidere dei propri destini – che essa potesse significare rivedibilità solo in forma espressa, con conseguente esclusione delle modifiche costituzionali tacite».

[42] Vedi A. Pace, *Problematica*, cit., 13: «L'art. 2 è importante perché esso impone alla Repubblica – e quindi a tutti gli enti statali e non che la compongono, nonché agli organi amministrativi, legislativi e giurisdizionali, di considerare "inviolabili" e quindi di rispettare ("riconoscere") i diritti individuali e funzionali; e di farli rispettare ("garantire") anche nei rapporti tra soggetti privati. In altre parole, è proprio l'art. 2 che testimonia il superamento, anche giuridico, della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi in virtù della quale nelle carte costituzionali assumevano rilevanza i soli rapporti intercorrenti tra il cittadino da una parte e lo Stato (e gli enti pubblici) dall'altra». D'altronde, lo stesso V. Crisafulli, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, vol. XXVIII, 78, sottolineava come non fosse più possibile, vigente la Costituzione repubblicana, «limitare certi diritti fondamentali di libertà ai soli rapporti con i soggetti governanti, ossia ai soli rapporti pubblicistici, ammettendo o tollerando tacitamente che quei diritti possano viceversa essere impunemente limitati o addirittura annullati dall'autorità privata, nelle relazioni tra soggetti privati […]. Giacché non è più un mistero per nessuno che, specie nella realtà della vita moderna, le libertà degli individui sono ogni giorno minacciate dagli stessi privati, oltre che dalle pubbliche autorità (talora, anzi, in forme più insidiose) ed

posto, non si rinverrebbe, alla luce di quanto detto, alcuna diretta connessione tra l'attribuzione della qualifica di "inviolabile" ad un diritto costituzionale e l'obbligo di tutela penale dello stesso. Come si è correttamente osservato in dottrina, infatti, «mentre l'intervento dello Stato a garanzia dei diritti è indeclinabile, la tutela sotto forma di garanzia penale può dirsi obbligata solo qualora la Costituzione lo richieda espressamente o – secondo l'opinione che sembra preferibile – nei casi in cui la mancata previsione della pena possa vanificare di fatto l'efficacia del riconoscimento costituzionale»[43]. La Costituzione, infatti, fa talvolta accompagnare la previsione di diritti di libertà da uno specifico obbligo di tutela penale degli stessi (accade in relazione all'art. 13, c. 4, Cost.), il quale, dunque, dovrebbe ritenersi escluso in relazione ai diritti che ne siano sforniti, salvo l'ipotesi in cui la mancata tutela attraverso la legge penale comporti una vanificazione dell'efficacia del diritto sancito in Costituzione. In relazione a quest'ultimo punto, non parrebbe che la depenalizzazione del reato di ingiuria e il contemporaneo annoveramento della relativa condotta tra gli illeciti civili corredati da sanzione pecuniaria sia in grado addirittura di vanificare in termini generali l'efficacia del riconoscimento costituzionale (per il tramite della dignità) del diritto all'onore. Questo, infatti, trovando esplicito riconoscimento nella Carta costituzionale ed essendo pacificamente ritenuto inviolabile ai sensi dell'art. 2, deve certamente trovare adeguata tutela; il legislatore, tuttavia, come chiaramente sostenuto dalla stessa Corte costituzionale, rimane libero di esercitare la propria discrezionalità in relazione al modo della tutela stessa, che non necessariamente dovrà prendere le forme di quella penale[44]. Come si è

anche nei confronti dei privati debbono quindi essere efficacemente garantite». Sull'art. 2 Cost. e gli obblighi di protezione vedi anche E. Di Salvatore, *Il sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2000, 4445, nt. 107: «"Riconoscimento" equivale qui unicamente a garanzia costituzionale di esistenza del diritto. Ragion per cui il successivo sostantivo "garanzia" va posto in relazione a un dovere di fare rispettare (e, dunque, di proteggere) la situazione soggettiva sottesa al diritto già riconosciuto». Risiederebbe in capo allo Stato, dunque, l'obbligo di intervenire affinché il diritto costituzionalmente sancito di un individuo non venga leso da indebite ingerenze di terzi. Lo Stato sarebbe dunque titolare di un generale obbligo di protezione (*Verpflichtung zum Schutz*) nei confronti della totalità dei cittadini. I diritti di questi ultimi, infatti, pur quando solennemente sanciti dalla Carta costituzionale, senza un intervento dello Stato resterebbero in definitiva mere statuizioni incapaci di porre l'individuo al riparo da ingerenze di terzi. Sono rare, infatti, le ipotesi di *Drittwirkung* diretta, rilevata dalla Corte costituzionale in relazione agli artt. 32 e 36 Cost. (vedi a tal proposito C. Cost., 6 luglio 1971, n. 156; C. Cost., 14 giugno 1984, n. 177; C. Cost., 14 luglio 1986, n. 184). Le forme possibili di intervento, come autorevolmente sostenuto da R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 480, «abbracciano la protezione mediante norme penali, mediante norme sulla responsabilità civile, mediante norme di diritto processuale, attraverso atti amministrativi e attraverso azioni fattuali». Chiaramente, la scelta della forma che l'intervento protettivo potrà assumere sarà lasciata al margine discrezionale (*Spielraum*) di cui gode il legislatore, che verrà chiamato ad una ponderazione proporzionata tra mezzo e scopo.

43 E. Di Salvatore, *op. cit.*, 4446.

44 Vedi C. Cost., 28 dicembre 1998, n. 447, § 3 del *considerato in diritto*: «L'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte […] non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge»; infatti, «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono […] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni; ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento lo ritenga necessario per l'assenza o l'insufficienza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela». Vedi anche C. Cost, 26 luglio 1996, n. 317, § 2 del *considerato in diritto*: «La sanzione penale non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri […]. Vi può essere uno

osservato, «la scelta del modo di disciplina […] dipende da una ponderazione della necessità storica concreta, più che da una valutazione astratta» e, dunque, «qualora la garanzia possa essere soddisfatta anche da modi di disciplina diversi, il legislatore rimarrebbe libero di seguire forme alternative alla sanzione penale»[45]. Il giudice *a quo*, nell'ordinanza di rimessione alla Corte, dubita, tuttavia, che tale diverso modo di disciplina scelto dal legislatore soddisfi la garanzia che spetterebbe al diritto in questione, essendo le sanzioni civili e amministrative, sempre a detta del rimettente, inadeguate e «inconciliabili a prevenire, ricomporre e reprimere le condotte lesive dei diritti fondamentali»[46] ed essendo queste, inoltre, prive dell'efficacia deterrente tipica delle (sole, a questo punto) norme penali; in sostanza, il giudice rimettente ritiene che la riconduzione dell'ingiuria nell'alveo degli illeciti civili comporti una sostanziale vanificazione dell'efficacia del riconoscimento costituzionale (pur se indiretto) del diritto all'onore. Tale ricostruzione, tuttavia, pare disconoscere – o comunque non tenere in debita considerazione – l'imponente apparato di norme di diritto privato poste a tutela dell'onore[47], nonché quei casi in cui, paradossalmente, è la stessa norma del codice penale posta a tutela di tale diritto che lascia talune condotte sguarnite della relativa protezione[48]. Quanto detto ci permette di comprendere come l'ordinamento tuteli l'altrui diritto all'onore non soltanto per il tramite della legge penale. A ciò si aggiunga la nota giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione in materia di danno da lesione di diritti fondamentali non patrimoniali[49], che dal 2003 ha rivoluzionato la lettura tradizionalmente data all'art. 2059 c.c. (secondo il quale il danno patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi stabiliti dalla legge). La Cassazione, tramite le "sentenze gemelle", ha ammesso la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da lesione a valori della persona costituzionalmente garantiti, facendo esplicito riferimento ai diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost. e dando così una lettura – per utilizzare le parole del giudice delle leggi – "costituzionalmente orientata" del riferimento ai «casi stabiliti dalla legge» contenuto nell'art. 2059 c.c.[50]. Come si è detto a tal proposito in dottrina, «l'o-

spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale […]. Ed è anzi rimesso alla valutazione discrezionale del legislatore, nei limiti della ragionevolezza, valutare quando ed in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce *extrema ratio*, da riservare nei casi in cui non appaiono efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali».

45 E. Di Salvatore, *op. cit.*

46 Vedi *supra*, nt. 10.

47 Si pensi, ad esempio, all'art. 801 c.c. sulla revocazione della donazione per ingratitudine, proponibile contro il donatario in caso di «ingiuria grave», laddove la dottrina pare concorde nel ritenere tale riferimento all'ingiuria svincolato dalla presenza o meno nell'ordinamento del relativo reato.

48 Pare essere il caso, ad esempio, della lesione della reputazione che occorra quando si comunichi con una sola persona e fuori dalla presenza dell'offeso: qui la condotta sembrerebbe ricalcare quella punibile come diffamazione, salvo per il profilo della comunicazione, che qui avverrebbe con una sola persona e non già con più soggetti; la dottrina e la giurisprudenza sono state in tal caso concordi nel ritenere, nel caso di specie, sussistente la responsabilità civile dell'offensore. Vedi a tal proposito A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1959, vol. I, 271; vedi anche Cass. civ., sez. II, 13 ottobre 1972, n. 3045, in *Giust. Civ.*, I, 821 ss.

49 Vedi Cass civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in *Danno resp.*, 2003, 816ss; Cass civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro It.*, 2003, 2272 ss.

50 C. Cost, 11 luglio 2003, n. 233, § 3.4 del *considerato in diritto*.

biettivo era […] quello di assicurare ai diritti fondamentali […] una tutela in ogni caso, sia pure nella forma minimale ed imperfetta della tutela risarcitoria, in modo da evitare che, mancando una legge che li garantisca, l'ordinamento opponga loro un diniego assoluto di tutela»[51]. Il diritto all'onore, quindi, trova normalmente tutela anche al di là ed indipendentemente dall'esistenza di fattispecie penali poste a presidio dello stesso. Ciò smentisce, dunque, la ricostruzione operata dal giudice *a quo*, basata in primo luogo sul rapporto di causa effetto che legherebbe l'inviolabilità e l'obbligo di tutela penale del diritto e, in secondo luogo, sulla supposta inadeguatezza e inconciliabilità delle sanzioni civili a ricomporre e reprimere le condotte lesive del diritto all'onore e dei diritti fondamentali tutti. Di conseguenza, e in questo senso, l'abrogazione del reato di ingiuria non pare porsi in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., essendo essa pienamente in linea con il rispetto degli obblighi di protezione sorgenti in capo allo Stato nel momento in cui un diritto di libertà è sancito. L'importante, in definitiva, è che vi sia l'*interpositio legislatoris*, senza la quale il semplice riconoscimento del diritto nella sede costituzionale, salvi i (rari) casi di *Drittwirkung* diretta, difficilmente potrà essere di beneficio al singolo nell'ipotesi di una violazione di un suo diritto perpetrata da terzi privati.

4. Dignità e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Secondo il giudice *a quo*, per il tramite degli artt. 10 e 117 Cost., la dignità, così come tutelata dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[52], sarebbe ricondotta «nel tessuto costituzionale» dell'ordinamento italiano. Abrogando l'art. 594 c.p., dunque, il legislatore avrebbe violato l'art. 117, c. 1 (il quale impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali), nonché l'art. 10, c. 1, Cost. (a norma del quale, l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute). I vincoli discendenti dalla Carta sono strettamente legati all'ambito di applicazione della stessa, fissati all'art. 51, il quale recita come segue: «Le disposizioni […] si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati». Le spiegazioni relative alla Carta, che gli operatori del diritto sono tenuti a seguire quando chiamati ad interpretare le sue norme, risultano a tal proposito altrettanto chiare: «Per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»[53]. Da ciò si comprende come il richiamo operato

[51] E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2008, 282.

[52] Il quale recita come segue: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

[53] Si fa qui riferimento alle seguenti pronunce della Corte di giustizia: CGUE, C-5/88, *Wachauf* (1989); CGUE, C-260/89, *ERT* (1991); CGUE, C-309/96, *Annibaldi* (1997). La Corte di giustizia ha poi

dal giudice *a quo* all'art. 1 della Carta non sia pertinente: la scelta di politica criminale relativa all'opportunità di abrogare il reato di ingiuria, infatti, si colloca chiaramente al di fuori di quell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione cui già la Corte di giustizia faceva riferimento, ben prima della codificazione di Nizza, quando si circoscrivevano i confini entro i quali gli Stati membri avrebbero dovuto rispettare i diritti fondamentali elaborati a livello europeo. Parrebbe difficile sostenere, infatti, che all'opzione legislativa di cui qui si discute possa corrispondere una qualche forma di attuazione del diritto dell'Unione o che ci si trovi comunque in un ambito regolato da tale *corpus* normativo. Parrebbe inutile, dunque, almeno in questo caso, approcciare il problema dal punto di vista del rapporto tra fonti di ordinamenti «reciprocamente autonomi, ma coordinati e comunicanti»[54], oppure definitivamente integrati in un solo spazio giuridico[55], in quanto è la stessa Carta che indica in quali casi gli Stati membri debbano rispettare le prescrizioni da essa dettate. Non si vede, di conseguenza, come possano le norme abrogative porsi in contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. Totalmente inconferente, inoltre, appare il richiamo effettuato dal giudice *a quo* all'art. 10 Cost. Quest'ultimo, infatti, si limita a stabilire al c. 1 la regola per la quale «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute»: queste sono, come noto, le norme internazionali consuetudinarie, che l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia definisce quali «pratiche generali accettate [dagli Stati] come diritto», e alle quali il nostro ordinamento si conforma per il tramite di un procedimento noto come "adattamento automatico", al quale proprio il citato art. 10 fa riferimento; nulla a che vedere, quindi, con il rapporto tra ordinamento statale e fonti europee, le quali trovano la loro ragion d'essere non già nella consuetudine internazionale, bensì in un trattato internazionale che istituisce un'organizzazione internazionale. D'altronde, fu la Corte costituzionale in una sentenza del 1996 a fugare ogni dubbio in proposito, chiarendo come le norme dei trattati europei trovino copertura costituzionale nell'art. 11 e non nell'art. 10 Cost., in quanto, avendo esse per l'appunto natura pattizia, non possono che trovare fondamento nell'articolo che ammette limitazioni di sovranità necessarie al fine di consentire la partecipazione dell'Italia ad organizzazioni di natura sovranazionale[56]. In ogni caso, pur volendo aderire alla lettura del giudice *a quo*, il quale

confermato questa giurisprudenza nei termini seguenti: «Per giunta, occorre ricordare che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie». Vedi CGUE, C-292/97, *Karlsson* (2000), § 37.

[54] La nota espressione la si ritrova in C. Cost, 11 luglio 1989, n. 389, § 4 del *considerato in diritto*.

[55] E, dunque, chiedersi se la non applicazione del diritto interno confliggente con quello europeo debba intendersi quale mera deroga all'applicazione del diritto nazionale in virtù del principio di competenza, oppure quale dichiarazione di invalidità conseguente all'applicazione del criterio gerarchico imposta dalla regola *Europarecht bricht Staatsrecht*. Vedi, in relazione a quest'ultimo profilo, le considerazioni di F. Sorrentino, *I fini dell'Unione europea nel progetto di trattato costituzionale*, in Aa.Vv., *Auf dem Weg zu einer Europäischen Wissensgesellschaft/Verso una società europea della conoscenza*, Villa Vigoni, 1, 2004, vol. VIII, 16. Vedi sullo stesso tema anche S. Cassese, *La Costituzione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 1991, 487 ss. L'orientamento che imposta i rapporti tra fonti statali ed europee in termini di validità/invalidità è debitore delle riflessioni di E. Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburg, 1966.

[56] C. Cost., 7 maggio 1996, n. 146, § 2 del *considerato in diritto*: «Questa Corte, con giurisprudenza costante, ha avuto modo di affermare come l'art. 10, c. 1, Cost., nel richiamare, ai fini dell'adeguamento del diritto interno, "le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute", abbia inteso riferirsi soltanto alle

vorrebbe discendesse dall'art. 1 della Carta un vincolo diretto in capo al legislatore italiano al rispetto in ogni caso della dignità umana come ivi circoscritta, va chiarito che in nulla la tutela della dignità prevista in sede europea parrebbe essere più stringente rispetto alla protezione apprestata dalla Costituzione repubblicana: autorevole dottrina ha infatti osservato che il carattere dell'inviolabilità, previsto dall'art. 1 della Carta in relazione alla dignità umana, è da intendere qui non già come tutela avverso revisioni "costituzionali"[57], bensì come caratterizzazione in senso prevalente di tale "principio costituzionale oggettivo"[58] rispetto ai diritti sanciti dalla Carta con i quali potrebbe eventualmente entrare in collisione[59]. La descritta "prevalenza", tuttavia, sarebbe la medesima che parte della dottrina accorda alla dignità nell'ordinamento giuridico italiano, nel quale il relativo principio, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., informerebbe di sé l'intero sistema[60], al punto da diventare criterio guida per il giudice nell'interpretazione dei diritti fondamentali sanciti nella Carta costituzionale[61].

norme internazionali di natura consuetudinaria e non a quelle di natura pattizia […]. Devono, pertanto, ritenersi escluse dalla sfera di operatività dell'art. 10, c. 1, Cost. le norme del Trattato di Roma istitutivo delle Comunità europee che, in quanto pattizie, trovano la loro copertura costituzionale nelle limitazioni di sovranità richiamate, al fine di consentire la partecipazione dell'Italia ad organizzazioni di natura sovranazionale, dall'art. 11 Cost. […]. Conseguentemente, anche l'ipotesi di conflitto tra norme di diritto interno e norme di diritto comunitario, che viene nella specie denunciata, non può essere ricondotta al campo di azione dell'art. 10, c. 1, bensì a quello dell'art. 11 Cost.». Sulla natura di "clausola di apertura" all'ordinamento europeo dell'art. 11 Cost., vedi C. Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, § 5 del *considerato in diritto*: «Il costituente […] ha inteso con l'art. 11 definire l'apertura dell'Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale: ed a tale scopo ha formalmente autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie "limitazioni di sovranità". Questa formula legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio della funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatuale […]. Alla Comunità economica, aperta a tutti gli altri Stati europei e concepita come strumento di integrazione tra gli Stati partecipanti […] l'Italia e gli altri Stati promotori hanno conferito e hanno riconosciuto determinati poteri sovrani, costituendola come istituzione caratterizzata da ordinamento giuridico autonomo e indipendente».

57 Vedi P.F. Grossi, *Introduzione*, cit., 101 ss. La dottrina maggioritaria intende in questo senso la medesima dichiarazione d'inviolabilità contenuta negli artt. 2, 13, 14, 15 e 24 Cost.

58 Sarebbe questa la qualificazione giuridica corretta della dignità umana (e non, quindi, quella che la intende quale diritto soggettivo). Vedi P.F. Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, 43.

59 *Ibid.*, 44: «È in altre parole il significato che, nella Costituzione italiana, ho tentato altra volta di chiarire per l'espressione "fondamentale" o "fondamentali", riferita ai principii enunciati ai primi 12 articoli ed al diritto alla salute di cui all'art. 32. Qui, nella intitolazione della Carta dell'Unione europea, infatti, tutti i diritti sono chiamati fondamentali e da questo § di vista allora nessuno potrebbe prevalere sull'altro».

60 Tanto da essere definito «punto archimedico dell'ordinamento» da autorevole dottrina. Vedi G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, 55.

61 Vedi in tal senso Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 2002, n. 26636, in *Dir. form.*, 2003, 397, ove la dignità è definita quale «principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali».

5. Depenalizzazione dell'ingiuria e mantenimento del reato di diffamazione

Per il giudice *a quo*, essendo «la tutela del diritto inviolabile alla dignità lasciata unicamente all'art. 595 c.p.», l'abrogazione del reato di ingiuria violerebbe l'art. 3 Cost., in quanto vi sarebbe difforme tutela sostanziale di fattispecie inerenti il medesimo diritto fondamentale. Il diritto cui fa riferimento il giudice, ossia quello all'onore, sin da principio, ovverosia sin dalla relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice penale del 1930, fu scomposto in due differenti nozioni: l'onore in senso stretto o soggettivo (*dignitas*), corrispondente, potremmo dire, al «sentimento della propria dignità personale»[62] e l'onore in senso oggettivo (*existimatio*), corrispondente alla «considerazione dei terzi»[63]. L'art. 594 c.p., abrogato dal d.lgs. 7/2016, era posto chiaramente a presidio del primo, mentre il successivo art. 595 c.p. a tutela del secondo. La scelta operata dal legislatore penale del 1930 di prevedere due distinte fattispecie fu mossa non già da una valutazione circa una supposta differenza relativa alla natura del bene giuridico tutelato: questo, infatti, era ed è tuttora l'onore unitariamente inteso[64]. Il citato "sdoppiamento" del diritto all'onore non si fonda, dunque, su una concezione duplice della natura di quest'ultimo, bensì guarda al contesto entro il quale la lesione dello stesso si colloca. La presenza dell'offeso è, infatti, il primo e fondamentale criterio differenziale che permette di distinguere ingiuria e diffamazione ed esso è stato utilizzato quale metro di valutazione della gravità dell'offesa stessa da parte del legislatore del 1930: se commessa in presenza del destinatario, si avrà ingiuria; se commessa, invece, in assenza dello stesso e comunicando con più persone, si avrà diffamazione. La decisione di distinguere le due fattispecie (e di prevedere sanzioni più elevate nel secondo caso) è debitrice di un'impostazione seguita dal celebre giurista Carrara, il quale fu uno degli ispiratori del lavoro di codificazione conclusosi nel 1930. Per Carrara, infatti, non c'è offesa più grande all'onore di quella rivolta all'estimazione (ossia a quella che oggi chiamiamo reputazione), in virtù delle enormi ripercussioni che questa può determinare nella vita sociale di ciascuno (ripercussioni che, invece, risulterebbero esservi in maniera assai minore nell'ipotesi di offesa alla *dignitas* intesa come sentimento della propria dignità, ossia come onore in senso soggettivo)[65]. Offendere una persona

[62] Come avrebbe successivamente affermato A. De Cupis, *op. cit.*, 253.

[63] *Ibid.*, 252.

[64] Gli stessi primi commentatori delle disposizioni del codice del 1930 si erano posti il dubbio, propendendo per una visione unitaria del bene giuridico tutelato dalle norme penali prese in esame. Vedi B. Cocurullo, *L'ingiuria e la diffamazione nel nuovo codice penale*, Foggia, 1934, 15: «Dobbiamo domandarci se l'onore, la reputazione, il decoro non siano cose così diverse e così distinte da poter caratterizzare le singole offese al patrimonio morale, da potere, cioè, costituire due distinti oggetti della tutela e dar luogo a differenziazione di ipotesi criminose, o pure se unica sia la natura del bene, di guisa che la sola gravità dell'offesa possa costituire il sicuro criterio differenziale». Vedi anche *supra*, nt. 34.

[65] *Ibid.*, 9: «Il Carrara aveva analizzato il concetto dell'onore, dividendolo in tre concetti subalterni; il sentimento della propria dignità, la stima o buona opinione che gli altri hanno di lui, la potenza, inerente a una buona reputazione, di procurare certi materiali vantaggi […]. L'offesa maggiore che possa recarsi ad alcuno è quella alla estimazione; tale offesa colpisce l'individuo non solo nella sua intima personalità, ma nella sua stessa vita morale, sociale, economica: l'offesa alla dignità, se pure indirettamente si ripercuote nella vita sociale spesso non si risolve se non in un intimo risentimento, in un patema d'animo del quale, forse, il tempo non lascerà alcuna traccia. È questa la ragione per la quale

assente comunicando con più persone è, quindi, secondo la valutazione del legislatore del codice, condotta più grave dell'offesa direttamente indirizzata al destinatario. Tale gravità, dunque, non pare affatto essere parametrata alla diversa natura del bene giuridico tutelato, bensì alle diverse conseguenze che una simile offesa determina in capo al soggetto passivo, in base al contesto entro il quale la condotta è perfezionata (assente o presente l'offeso). Ciò ci permette in primo luogo di confutare la supposta violazione dell'art. 3 Cost. per la presenza di una difforme tutela sostanziale di fattispecie inerenti il medesimo diritto fondamentale: il legislatore, infatti, già in origine distinse le due fattispecie sulla base di una valutazione circa la maggiore gravità dell'offesa alla reputazione, prevedendo, pur nell'ambito del medesimo codice penale, sanzioni più elevate per la violazione dell'onore in senso oggettivo. Non si vede perché, dunque, il Parlamento non sia oggi legittimato a rinnovare tale valutazione e, di conseguenza, attuare una scelta di politica criminale che risponda alla decriminalizzazione dell'offesa all'onore in senso soggettivo, ritenuto sufficientemente tutelato anche entro i confini dell'illecito civile corredato da sanzione pecuniaria. Il differente trattamento riservato dal legislatore alle due descritte condotte appare, dunque, pienamente giustificato alla luce della maggiore gravità dell'offesa alla reputazione[66] e non si pone, dunque, in contrasto con l'art. 3 Cost. In secondo luogo, le considerazioni appena svolte fungono da valida premessa al fine di confutare l'ultimo rilievo compiuto dal giudice *a quo* sulla non manifesta infondatezza della questione: per quest'ultimo, infatti, le norme abrogative del reato di ingiuria violerebbero l'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto, avendo il legislatore abrogato anche l'aggravante data dall'offesa commessa in presenza di più persone (quella che è stata definita "ingiuria diffamatoria"), risulterebbe «discriminante» e «irragionevole» continuare a perseguire penalmente un'offesa all'onore commessa comunicando con più persone e cessare, al contempo, di farlo in relazione alla medesima condotta perfezionata alla presenza di più persone, oltre all'offeso. Nell'ipotesi di ingiuria diffamatoria, tuttavia, l'offeso è presente nel momento del perfezionamento della condotta, assistendo all'offesa, tuttavia, anche altre persone. Come illustri studiosi hanno ben sottolineato, la presenza della persona offesa rende la condotta meno grave, in quanto la prima può sempre replicare nell'immediato, ossia subito dopo la ricezione del contenuto offensivo delle parole o dello scritto; come ebbe a dire lo stesso Carrara commentando il reato di ingiuria: «L'allarme dei buoni

il vero delitto contro la personalità morale è l'attentato alla buona fama altrui, e di questo delitto, ritenuto da alcuni più pericoloso e infame dello stesso assassinio, si sono occupati i più antichi legislatori, sin dalle leggi babilonesi e dall'antico diritto indiano, che punivano la diffamazione e la calunnia, non solo se effetto di dolo, ma anche se commesso per semplice inconsideratezza».

[66] Tra l'altro, è inesatto affermare che l'abrogazione dell'art. 594 c.p. e la sua riconduzione nell'alveo degli illeciti civili abbia come conseguenza il fatto che «la tutela del diritto inviolabile della dignità» sia «lasciata unicamente all'art. 595 c.p.» (GDP Venezia, ord. 20 giugno 2017, § 3.2). In primo luogo, l'art. 594 abrogato e l'art. 595 c.p. sono posti a tutela del diritto all'onore, che è soltanto uno dei corollari della dignità umana, la quale a sua volta andrebbe non tanto qualificata come "diritto inviolabile", ma piuttosto come "principio costituzionale oggettivo" (cfr. *supra*, nt. 58) che si traduce, all'interno dell'ordinamento, in una serie di diritti, tutelati – come si è già avuto modo di vedere – non solo da norme penali. Appare dunque non corretto affermare che con l'abrogazione del reato di ingiuria si sia lasciata l'integrale tutela della dignità umana all'art. 595 c.p.: una simile affermazione sconta l'errata convinzione che l'onore e addirittura la dignità possano trovare adeguata tutela esclusivamente nel ristretto ambito dell'ordinamento penale.

avverso questa forma di delitto sarà minore per la fiducia nella gagliardia della privata difesa»[67] . La privata difesa di cui parla Carrara è, invece, preclusa all'offeso nell'ipotesi di diffamazione, in quanto l'assenza del soggetto la cui reputazione viene lesa gli impedisce qualsiasi forma di immediata rettifica o ritorsione: da ciò deriva una sicura qualificazione della diffamazione in termini di maggiore potenzialità dell'offesa[68]; non appare, dunque, in alcun modo «discriminante» la scelta di abrogare integralmente l'art. 594 c.p., comprensivo, quindi, dell'aggravante data dall'ingiuria diffamatoria, in quanto la privata difesa è strumento a disposizione dell'ingiuriato a prescindere dalla presenza o meno di altre persone nel momento in cui la condotta è perfezionata; tale strumento difensivo non è, invece, a disposizione del diffamato, il quale subisce dunque una *deminutio* di tutela tale da legittimare la scelta del legislatore di perseguire in termini differenti le due condotte dell'ingiuria diffamatoria e della diffamazione in senso proprio.

6. Conclusioni

In definitiva, sono due le conclusioni che possono trarsi dalla lettura critica dell'ordinanza del Giudice di Pace di Venezia: in primo luogo, alla luce della giurisprudenza costituzionale più recente in materia di sindacabilità delle norme penali di favore, si evince che la norma abrogativa sospettata di illegittimità costituzionale rientra a pieno titolo tra le cosiddette norme penali più favorevoli, ossia quelle in rapporto di specialità diacronica con la disposizione abrogata. Queste norme, sulla base di tale orientamento, non sarebbero sindacabili dalla Corte costituzionale, la quale, infatti, ha chiaramente escluso la sua competenza a valutare la loro legittimità costituzionale, in virtù del fatto che esse sarebbero espressione di una scelta di politica criminale riservata al Parlamento ai sensi dell'art. 25, c. 2, Cost. e che, dunque, la loro eventuale espunzione dall'ordinamento ad opera della Corte determinerebbe la reviviscenza di una norma abrogata non più espressione dell'orientamento del legislatore in materia. In secondo luogo, addentrandoci nel merito della questione, i profili di non manifesta infondatezza delineati dal giudice *a quo* sollevano più di una perplessità. Infatti, parrebbe privo di fondamento l'obbligo di tutela penale del diritto all'onore che il remittente rinviene nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui essi riconoscono e garantiscono l'inviolabilità della dignità umana. Se da un lato è certamente vero che tali disposizioni rappresentano la "porta" attraverso la quale il diritto all'onore fa ingresso nell'ordinamento costituzionale, dall'altro lato ciò non può comportare la indefettibile necessità che la tutela dello stesso passi attraverso la legge penale. Lo Stato, infatti, ha sì l'obbligo di fornire adeguata protezione ai diritti sanciti in Costituzione, ma può farlo attraverso forme alternative alla sanzione penale, purché non vengano in tal maniera vanificati gli effetti del riconoscimento costituzionale del diritto medesimo, cioè a dire: purché il modo di tutela scelto non offra una protezione inadeguata in relazione al

[67] La citazione si ritrova in B. Cocurullo, *op. cit.*, 7. Ma vedi anche A. De Cupis, *op. cit.*, 253: «L'ingiuria è punita meno gravemente della diffamazione perché, quando il leso è presente, lo stesso ha la possibilità di reagire difendendosi».

[68] B. Cocurullo, *op. cit.*, 21.

rango costituzionale del diritto in questione. Scenario, questo, che non pare prospettarsi in seguito alla scelta di offrire all'onore leso dalla condotta ingiuriosa una tutela attraverso i rimedi civilistici, posta da un lato l'esistenza di numerose norme di rango primario (di cui molte contenuto nello stesso codice civile) che apprestano una efficace tutela al diritto all'onore e posta, dall'altro lato, la tutela squisitamente civilistica riservata a condotte lesive dell'altrui reputazione non rientranti tra quelle in relazione alle quali l'ordinamento ha predisposto una tutela di rango penale. Inoltre, infondato pare anche essere il supposto contrasto tra le norme abrogative e gli artt. 10 e 117 Cost. Per il giudice *a quo*, il legislatore avrebbe dovuto rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, il quale imporrebbe, per il tramite dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il rispetto di quella dignità ritenuta inviolabile dalla Carta stessa e che l'avvenuta relegazione dell'ingiuria al di fuori dei confini dell'ordinamento penale avrebbe disatteso. Il giudice *a quo* sembra, tuttavia, disconoscere il fatto che sia la stessa Carta europea a fissare le regole della sua portata, la quale, ai sensi dell'art. 51, si estende agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione; ipotesi, questa, che parrebbe *ictu oculi* esulare dal caso posto all'attenzione della Corte costituzionale. In conclusione, prive di fondamento paiono essere anche le due ultime considerazioni svolte dal giudice rimettente a sostegno della non manifesta infondatezza della questione, basate sul contrasto delle norme impugnate con l'art. 3 Cost. Infatti, la difforme tutela sostanziale riservata al medesimo diritto fondamentale (ossia il diritto all'onore) derivante dal mantenimento nel codice penale della fattispecie della diffamazione si giustifica sulla base della maggiore gravità dell'offesa alla reputazione della persona: il legislatore è sempre libero di esercitare la sua discrezionalità, ponderando ogni elemento utile al fine di considerare la necessità (o meno) di riservare ad una determinata condotta una tutela di rango penale. Infine, la scelta di abrogare l'intera disciplina penale dell'ingiuria, compresa l'aggravante data dalla presenza di più persone, si giustifica alla luce della possibilità per l'offeso, anche nel caso di ingiuria diffamatoria, di opporre una "privata difesa" consistente in una reazione immediata a tutela del proprio onore; tale difesa, al contrario, è impossibile nell'ipotesi di diffamazione, ove l'offeso non è presente al momento del perfezionamento della condotta lesiva. Non vi è, dunque, nel caso di specie, alcuna violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza della legge.

Una nuova pronuncia del giudice della nomofilachia sull'applicabilità delle esimenti relative all'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica all'attività giornalistica

Alessia Fusco

Corte di Cassazione, sez. III civile, 7 giugno 2018 n. 14727

In tema di applicabilità delle esimenti in ordine all'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica, la Corte di cassazione torna a esperire una precisa *actio finium regundorum*, relativa ad alcuni limiti, che consentono di bilanciare la libertà di informazione con altri beni costituzionalmente tutelati. Si tratta del pubblico interesse, della rispondenza del fatto a verità e della continenza, formale e sostanziale. Sul punto, si rileva l'unanimità di vedute della giurisprudenza della Cassazione, civile e penale. Il diritto di critica, in particolare, «non si concreta nella mera narrazione di fatti ma si esprime in un giudizio avente carattere necessariamente soggettivo rispetto ai fatti stessi (che ha, per sua natura, carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica), con la precisazione che, per riconoscere efficacia esimente all'esercizio di tale diritto, occorre tuttavia che il fatto presupposto e oggetto della critica corrisponda a verità, sia pure non assoluta ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze soggettive».

Sommario

1. Le peculiarità del caso. – 2. La *quaestio iuris* e la risposta fornita dal giudice della nomofilachia. – 3. La convergenza tra Cassazione civile e Cassazione penale sul tema.

Keywords

Diritto di critica, Diritto di cronaca, Applicabilità esimenti all'attività giornalistica, Convergenza Cassazione civile e Cassazione penale, Verità.

1. Le peculiarità del caso

Con la pronuncia n. 14727 di quest'anno, la Corte di Cassazione, sez. III civile, ha avuto occasione di tornare a esprimersi sul significato di alcuni profili della libertà di informazione: in particolare, su alcuni tratti salienti del diritto di cronaca e del diritto di critica, «dimensioni entrambe costitutive della libertà di manifestazione del pensiero»[1]. La vicenda da cui origina il caso, approdato da ultimo al giudice di legittimità, assu-

[1] G. E. Vigevani, *art. 21*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 146.

me particolare rilievo anche in virtù del soggetto che ha innescato l'*iter* processuale. A esserne protagonista è, infatti, la principale azienda automobilistica italiana che ha espresso le sue doglianze *sub iudice* avverso il contenuto e le modalità di un prodotto dell'informazione televisiva pubblica che interessava le prestazioni di una sua vettura.
In data 2 dicembre 2010, nell'ambito della trasmissione "Annozero" condotta da Michele Santoro sulle reti Rai, il giornalista Corrado Formigli commentava un servizio da lui realizzato avente ad oggetto una prova comparativa tra le prestazioni su strada di tre vetture, una delle quali di proprietà del marchio Fiat. La prova effettuata poneva in cattiva luce l'auto di casa Fiat, attesi i risultati deteriori rispetto a quelli riportati dalle altre due vetture.
Sulla base di questi fatti, la FIAT Group Automobiles S.p.a esperiva un ricorso per procedimento sommario di cognizione, ex art. 702 c.p.c., presso il Tribunale di Torino perché fosse accertata la responsabilità in solido della Rai e dei giornalisti Formigli e Santoro, rispettivamente autore del servizio e conduttore della trasmissione. Il fatto illecito fondativo della presunta responsabilità sarebbe stato costituito dalla trasmissione del servizio che avrebbe causato un danno significativo, in termini morali, reputazionali, di immagine, alla casa produttrice dell'autoveicolo.
Il giudizio di primo grado si concludeva con la condanna di Corrado Formigli e della RAI al risarcimento del danno, per una somma assai onerosa, pari a cinque milioni di euro.
Diametralmente opposti furono gli esiti del procedimento di secondo grado, instaurato in seguito alla proposizione dell'appello da parte di Formigli: sia l'appellante che la RAI, costituitasi in giudizio, furono assolti, a scapito della FIAT, condannata a rifondere ai due le spese processuali sostenute.
La Fiat adiva adunque il giudice di legittimità, in relazione a tre distinti motivi di ricorso, cui la Cassazione dava seguito, nel suo giudizio, sulla base di un esame congiunto.

2. La *quaestio iuris* e la risposta fornita dal giudice della nomofilachia

I tre motivi di ricorso rintracciano un medesimo fondamento normativo nell'art. 360, n. 3, c.p.c, interessando la violazione e la falsa applicazione di norme di diritto e dei principi di diritto da esse derivanti in ordine alle modalità di applicazione di una circostanza esimente relativa all'esercizio del diritto di cronaca e critica, nel primo motivo, e di ciascuno di essi disgiuntamente, negli altri due. Pertanto, il quesito sottoposto al giudice di legittimità inerisce al raggio di efficacia delle esimenti del diritto di cronaca e del diritto di critica all'attività giornalistica.
Sul piano processuale, va segnalata la *ratio* sottostante alla declaratoria di inammissibilità nella parte in cui i motivi di ricorso si appuntano su evidenti profili di merito, il cui accertamento e la cui valutazione sono preclusi in sede di legittimità[2].
Basandosi sulle deduzioni del giudice dell'appello, il giudice di legittimità osserva che il

[2] Tra le molteplici pronunce, sempre in tema di applicabilità delle esimenti relative all'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica, in cui la Cassazione ha eccepito il profilo *de quo*, cfr. Cass. civ.,

servizio trasmesso era costruito in modo da non potervi ravvisare momenti imperniati sull'attività di cronaca e altri, distinti, sull'attività di critica: nel servizio "incriminato", quest'ultima era del tutto prevalente e si muoveva su un territorio di perfetta liceità, posto che il conduttore formulava le sue considerazioni su dati oggettivi e si limitava a riportare giudizi personali scaturenti dalla prova di guida in pista, senza trascendere in valutazioni tecniche specialistiche. La κριτική, ossia il giudizio, se fondata sui dati forniti dal χρόνος, inteso complessivamente come l'insieme delle circostanze di fatto, anche putativamente assunte, nulla presenta di illecito. Il giudizio critico soggettivo, però, avverte la Corte, sempre deve essere esposto al limite della continenza. Il significato di detto limite e la sua inferenza sulla portata della critica svolta vengono in rilievo sotto il duplice profilo, formale e sostanziale. Sul piano formale, un onere di correttezza espositiva incombe senz'altro sul giornalista; sul piano sostanziale, la Corte torna a evocare il parametro del pubblico interesse, ben noto alla sua giurisprudenza sull'esercizio del diritto di critica e di cronaca già in tempi non recenti. Il rispetto del pubblico interesse impone la corrispondenza del fatto su cui si esercita il proprio diritto di critica alla verità: concetto, questo, sulla cui evidente problematicità la Corte ha modo di osservare che si possa trattare di una «verità non assoluta, ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze oggettive»[3]. Sempre nel rispetto del pubblico interesse, la critica va esercitata con un certo decoro delle forme, perché «l'uso di un linguaggio colorito o pungente non trascenda mai in affermazioni ingiuriose e denigratorie o in attacchi puramente offensivi»[4]. Ben venga l'esercizio del diritto di critica, dunque, purché sempre il giornalista osservi l'antico monito: «est modus in rebus».
Il quesito sottoposto al giudice di legittimità, relativo al riconoscimento dell'efficacia esimente all'esercizio del diritto di critica, nel caso di specie non può che rinvenire risposta negativa, giacché i fatti su cui il giornalista Formigli aveva edificato l'impianto critico del servizio trasmesso erano fatti veri (analoghe valutazioni erano state svolte anche da "Quattroruote"). Lo scopo informativo, sotteso, invece, all'esercizio del diritto di cronaca, può ben essere perseguito senza che i fatti riportati siano connotati da completezza.
Pertanto, col principio di diritto che si enuclea dalla pronuncia la Corte torna a esperire una precisa *actio finium regundorum* nell'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica: questo, in particolare, «non si concreta nella mera narrazione di fatti ma si esprime in un giudizio avente carattere necessariamente soggettivo rispetto ai fatti stessi (che ha, per sua natura, carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica), con la precisazione che, per riconoscere efficacia esimente all'esercizio di tale diritto, occorre tuttavia che il fatto presupposto e oggetto della critica corrisponda a verità, sia pure non assoluta ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze soggettive»[5]; per il diritto di cronaca, diversamente, «non è invece necessario che tale fatto sia esposto con la completezza

sez. III, 13 dicembre 2017, n. 6133.

[3] Cfr. l'ordinanza in oggetto.

[4] *Ibidem*.

[5] Identicamente, Cass. civ., sez. III, 12 settembre 2017, n. 25420. Cfr. anche Cass. civ, sez. III, 7 febbraio 2011, n. 7847.

che si richiede quando si perseguono scopi esclusivamente informativi, quando, cioè, si esercita il diritto di cronaca».

3. La convergenza tra Cassazione civile e Cassazione penale sul tema.

I confini dell'attività giornalistica e i contenuti e le modalità dell'esercizio dei diritti di cronaca e critica sono sovente sottoposti all'attenzione del giudice della nomofilachia: nell'ambito civile, per quel che attiene a questioni di legittimità connesse alla materia del risarcimento del danno per responsabilità da fatto illecito, sotto l'egida dell'art. 2043 c.c.; nell'ambito penale, per aspetti relativi al reato di diffamazione. Nella materia *de qua*, per il soggetto che si ritiene leso, la scelta di esperire un giudizio in sede civile anziché in sede penale è motivata dalla maggiore ampiezza del bene tutelabile e dal maggior peso economico di un'eventuale decisione giudiziaria favorevole: le basi su cui si fonda il giudizio della Cassazione in sede civile e in sede penale sono, pertanto, assai differenti. Ciononostante, dall'esame delle pronunce rese dalla Cassazione civile e dalla Cassazione penale si può constatare una sostanziale convergenza su alcuni aspetti. Diversamente da altri profili connessi alla libertà di informazione – si pensi, ad esempio, alle differenti posizioni assunte in sede civile e in sede penale in tema di diritto all'oblio[6] – il giudice della Cassazione mostra una certa unanimità di vedute, cui è sottesa un'impostazione in senso garantista della liberà di informazione.

Tre sono i punti su cui il disegno dei confini del diritto di critica realizzato dal giudice della nomofilachia appare il medesimo: l'interesse pubblico, la rispondenza a verità dei fatti esposti e il limite della continenza. Detti criteri consentono di bilanciare queste due *facies* della libertà di informazione con altri beni costituzionalmente tutelati. Per vero, questi interessano anche i contorni del diritto di cronaca, seppur con sfumature diverse. L'andamento interpretativo si mostra sufficientemente costante nel tempo, a partire dalla prima pronuncia in cui la Cassazione ebbe modo di esplicitare i summentovati criteri, la n. 5259 del 1984[7].

Il criterio del pubblico interesse o della pertinenza, inteso come scriminante nell'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica, si concreta nell'interesse pubblico – o anche della categoria dei soggetti ai quali la notizia si rivolge[8] – alla conoscenza dei fatti o, in altri termini, nell'utilità sociale della diffusione della notizia. Per la sua definizione, lo spettro di aspetti che vengono in rilievo è molto ampio e «va dalla rilevanza del caso alla notorietà dei personaggi coinvolti»[9].

Il criterio della verità ha una portata diversa nella cronaca e nella critica, fondamentalmente a motivo del differente scopo dei due contenuti della libertà d'informazione: «l'esercizio del diritto di critica assume necessariamente connotazioni soggettive e

[6] Cfr. F. Paruzzo, *Tra diritto all'oblio e libertà di informazione: la sussistenza dell'interesse pubblico alla diffusione di una notizia*, in questa *Rivista*, 2, 2018, 368 ss.

[7] Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259 in *Foro italiano*, 1984, I, 2711 ss.

[8] Sul punto, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2017, n. 2357.

[9] Cass. civ., sez. III, 8 marzo 2006, n. 12358.

opinabili»[10]; «il diritto di critica si differenzia essenzialmente da quello di cronaca, in quanto, a differenza di quest'ultimo non si concretizza nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio e, più in generale, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica non può che essere fondata su un'interpretazione necessariamente soggettiva dei fatti. Ne deriva che quando il discorso giornalistico ha una funzione prevalentemente valutativa, non si pone un problema di veridicità delle proposizioni assertive ed i limiti scriminanti del diritto di critica, garantito dall'art. 21 Cost., sono solo quelli costituiti dalla rilevanza sociale dell'argomento e dalla correttezza di espressione, con la conseguenza che detti limiti sono superati ove l'agente trascenda in attacchi personali, diretti a colpire su un piano individuale la sfera morale del soggetto criticato, penalmente protetta»[11]. Per vero, anche nel diritto di cronaca il criterio della verità non richiede la necessità di un'oggettività così serrata, ammettendosi il concetto di verità putativa: il fatto può essere vero o apparire come tale. Come scrive Barile, «lo *ius narrandi* è il "diritto di raccontare" ciò che avviene, condito da eventuali considerazioni del cronista. […] La cronaca è in sostanza la fotografia, se del caso commentata, della vita di ogni giorno, in comunità di ogni misura»[12]. In questo senso, «l'esercizio del diritto di cronaca può ritenersi legittimo quando sia riportata la verità oggettiva – o anche solo putativa – della notizia, purché frutto di un serio e diligente lavoro»[13]. Le maglie semantiche della categoria sono, dunque, molto elastiche; a essere esclusi dal raggio di azione del diritto di cronaca e del diritto di critica rimangono comunque quelli definiti da saggia dottrina «gli argomenti di polemica inetti»[14], ossia «la menzogna; la narrativa di ciò che non fu o l'omissione di ciò che fu, la falsificazione storica»[15]. In questo senso, la Cassazione è molto attenta a precisare che l'esercizio di entrambi i diritti, di cronaca e di critica, non sussiste se manca la verità, anche solo putativa, del fatto attribuito: «limitatamente alla verità del fatto, non sussiste alcuna apprezzabile differenza tra l'esimente del diritto di critica e quella del diritto di cronaca, costituendo per entrambe presupposto di operatività»[16].
Ciò posto, più che nell'esercizio del diritto di cronaca, in quello del diritto di critica la soggettività dell'impressione o del giudizio costruito deve trovare un limite per non scadere nell'assoluta arbitrarietà e trascendere in espressioni offensive e ingiuriose[17]. A questo fine, soccorre il criterio della continenza, nella sua doppia *facies* formale e sostanziale, specificata anche, come visto, dalla pronuncia in commento. Requisito, quello della continenza, che attiene al *modus operandi* del giornalista e non limita – si badi

[10] Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2011, n. 6902.

[11] Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2004, n. 2247. Similmente, Cass. pen, sez. V, 16 dicembre 1998, n. 935; Cass. pen., sez. V, 14 aprile 2000, n. 7499; Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2016, n. 25518.

[12] P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 237.

[13] Cass. civ., sez. III, 2 aprile 2007, n. 11259. Similmente, Cass. civ., sez. III, 1 febbraio 2010, n. 5081.

[14] A.C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, 124.

[15] *Ibidem.*

[16] Cass. pen., sez. V, 26 febbraio 2018, n. 20800, con nota di A. De Francesco, *L'esimente del diritto di critica non sussiste se manca la veridicità del fatto*, in *Diritto e giustizia*, 85, 2018, 10 ss.; Cass. pen, sez. V, 31 gennaio 2007, n. 7662; Cass. pen., sez. V, 4 novembre 2014 n. 7715 e 27 settembre 2013, n. 40930. Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2017, n. 10928.

[17] Da ultimo, si segnala sul punto Cass. pen., sez. V, 27 febbraio 2018, n. 24891.

bene – il nucleo informativo del messaggio che si intende diffondere. La continenza impone un collegamento funzionale tra l'*opinio* manifestata e l'esigenza informativa, che rende possibile la soccombenza di altri interessi giuridicamente tutelati, quali l'onore e la reputazione. Nell'attività giornalistica possono dunque essere usate «espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive dell'altrui reputazione, purché strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non configuranti una mera aggressione distruttiva dell'onore del soggetto interessato»[18]. Chi critica deve argomentare la propria posizione e circostanziare le proprie impressioni soggettive, spiegando le ragioni su cui si fondano.

All'indomani della summentovata pronuncia con cui la Cassazione specificò i criteri di verità, pertinenza e forma in quanto limiti per il giornalista nell'esercizio del diritto di cronaca, Paolo Barile ebbe modo di definirli «rozze generalizzazioni di concetti che meritano ben altra finezza di argomentazione»[19]. Come anche l'ordinanza che qui si commenta dimostra, l'obiezione di Barile può forse dirsi superata, data la copiosa e puntuale giurisprudenza elaborata dalla Suprema Corte, sia civile che penale, sulle modalità operative del diritto di cronaca e del diritto di critica

[18] Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2008, n. 12420.

[19] P. Barile, *op.cit.*, 238.

Dynamic injunction, obblighi di sorveglianza e siti "alias": il caso Mondadori

Marco Galli

Tribunale di Milano, sez. Impresa -A-, ord. 12 aprile 2018

È compatibile la direttiva 2000/31/CE e, in particolare, con i principi di proporzionalità ed effettività delle misure cautelari, nonché con il divieto di obblighi di sorveglianza, una misura cautelare che ingiunga a prestatori di servizi di *mere conduit* di inibire l'accesso a un portale contenente materiali in violazione al diritto d'autore, a prescindere dal nome a dominio sul quale il portale risiede, a condizione che le violazioni vengano specificamente segnalate al prestatore di servizi dal titolare dei diritti violati.

Sommario

1. Premessa. - 2. Cenni sulla responsabilità del provider di servizi di *mere conduit*. - 3. Il caso oggetto dell'Ordinanza. - 4. La *dynamic injunction* del Tribunale di Milano tra principio di proporzionalità e divieto generale di sorveglianza. - 5. Considerazioni finali

Keywords

Responsabilità ISP, Diritto d'autore, Ordinanza dinamica, Sorveglianza, Proporzionalità

1. Premessa

L'ordinanza del Tribunale di Milano del 12 aprile 2018 (di seguito, solamente "l'Ordinanza") torna sul tema della responsabilità dell'*Internet service provider* (ISP) nella prestazione di servizi di *mere conduit*, fornendo alcuni interessanti spunti in merito al carattere "dinamico" di un ordine cautelare in presenza di violazioni del diritto d'autore commesse attraverso siti "alias".

Si tratta, come è noto, nella pratica consistente nel mutare il nome a dominio di un determinato sito internet "colpito" da un ordine restrittivo, di oscuramento o di *take down* dell'autorità giudiziaria, così da continuare ad offrire contenuti illeciti attraverso un sito solo formalmente diverso ed estraneo all'ambito del provvedimento.

L'Ordinanza offre una soluzione decisamente innovativa per il nostro ordinamento.

Il Tribunale di Milano adotta infatti un approccio "dinamico" in relazione al comando cautelare emesso nei confronti di provider, esteso a tutti «i siti alias, raggiungibili attraverso qualsiasi nome a dominio», ma limitandone l'operatività alla «specifica violazione delle violazioni denunciate» da parte del titolare dei diritti, nel rispetto del principio di proporzionalità e del divieto di obblighi di sorveglianza generale in capo all'ISP.

2. Cenni sulla responsabilità del provider di servizi di *mere conduit*

La prestazione di servizi di *mere conduit* è oggetto specifico dell'art. 14 del d.lgs. 70/2003[1], e consiste «nel trasmettere su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione».
Tale norma prevede un regime di tendenziale irresponsabilità per il prestatore di servizi di *mere conduit* in relazione alla liceità delle informazioni e dei contenuti trasmessi attraverso i propri servizi, a condizione che il prestatore (a) non dia origine alla trasmissione, (b) non selezioni il destinatario della trasmissione e (c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.
La responsabilità dell'ISP di *mere conduit* è, in definitiva, di natura colposa e sussidiaria rispetto a quella dell'autore materiale dell'illecito, non rispondendo all'esigenza di contestare direttamente il fatto commesso dall'utente, quanto la mancata prevenzione o adozione di misure repressive[2].
A ciò si aggiunga il divieto di obbligo di sorveglianza in capo al *provider*, previsto dall'art. 15 della direttiva 2000/31/CE e recepito all'art. 17 del d.lgs. 70/2003, in forza del quale il provider «non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza delle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»[3]. A tale proposito, si è rilevato come la norma in parola non rivesta carattere assoluto[4], posto che la stessa direttiva 2000/31/CE fa salvi l'imposizione in capo al *provider* di obblighi di sorveglianza «in casi specifici»[5]. Secondo l'interpretazione della Corte di giustizia[6], l'imposizione di

[1] "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno".

[2] Cfr. S. Scuderi, *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 30 luglio 2018, 1 ss., M. Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2003, 431 ss.

[3] Fermo restando che il *provider* è comunque tenuto (a) «ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione» e (b) «a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite». Il provider può essere ritenuto civilmente responsabile dei contenuti illeciti ove «richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non (abbia) agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non (abbia) provveduto ad informarne l'autorità competente» (cfr. art. 17, c. 2 e 3, d.lgs. 70/2003).

[4] Cfr. M. Simoni, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori "automatici, tecnici e passivi" della società dell'informazione*, in *Il diritto industriale*, 5, 2017, 463 ss. e S. Scuderi, *op. cit.*

[5] Cfr. considerando 47, direttiva 2000/31/CE: «Gli Stati Membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni».

[6] Cfr. CGUE, C-324/09, *L'Oréal SA et al. vs eBay International AG et al.* (2011) e C-70/10, *Scarlet Extended SA vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (2011).

un obbligo di sorveglianza in sede cautelare sarebbe incompatibile con la natura stessa delle misure cautelari che devono essere proporzionate e non inutilmente costose.
Ciò posto, e indipendentemente dalla sussistenza di una fattispecie di responsabilità in capo al *provider*, l'autorità giudiziaria conserva, tuttavia, la facoltà di disporre provvedimenti cautelari nei confronti del *provider* medesimo al fine di impedire o porre fine alla violazione commessa da un terzo attraverso il servizio offerto, allo scopo di prevenire una violazione imminente del diritto o di impedirne la prosecuzione[7].

3. Il caso oggetto dell'Ordinanza

La decisione del Tribunale di Milano si colloca nell'ambito di un più ampio contenzioso tra la Arnoldo Mondadori Editore s.p.a., titolare dei diritti di sfruttamento economico su una serie di periodici e dei diritti di privativa sui relativi marchi, e i *provider* di servizi di accesso alla rete Fastweb s.p.a, Telecom Italia s.p.a., Tiscali Italia s.p.a, Vodafone Italia s.p.a. e Wind Tre s.p.a. (di seguito, solamente i Provider).
L'azione diretta nei confronti dei *provider*/intermediari è strategia particolarmente sfruttata dai titolari dei diritti, a causa delle difficoltà nell'individuazione degli effettivi responsabili degli illeciti[8], delle implicazioni in materia di *data protection*, nonché dell'esiguità dei patrimoni aggredibili. Le azioni dirette rispondo all'esigenza di arginare gli illeciti a monte, agendo direttamente sui nodi di transito dei contenuti illeciti[9], gestiti da ISP di *mere conduit*.
Il 27 luglio 2017, il Tribunale di Milano, su richiesta di Mondadori, aveva ordinato ai Provider di adottare le misure tecniche opportune ad impedire ai propri utenti di accedere al portale rinvenibile ai domini "dasolo.online", "dasolo.co", "dasolo.club", nonché a tutti i domini "dasolo", «indipendentemente dal top level domain adottato che consentano di accedere abusivamente»[10] ai link per il *download* illecito dei periodici di Mondadori.
La particolare ampiezza del comando cautelare si era resa necessaria alla luce del peculiare carattere insidioso della condotta dei gestori del portale "Dasolo", che aveva nel tempo cambiato più volte *il top level domain* (TLD) associato al dominio di secondo livello "Dasolo".
Nel settembre 2017, Mondadori riscontrava che il portale "Dasolo" proseguiva indisturbato nell'offerta di contenuti in violazione dei propri diritti esclusivi, attraverso il dominio "italiashare.info", che presentava peraltro il medesimo carattere e layout grafico del portale "Dasolo". Peraltro, la pagina Facebook "Dasolo" riferiva, peraltro,

[7] Cfr. CGUE, *L'Oréal SA et al. vs eBay International AG et al.,* cit.

[8] In assenza di forme di autenticazione forte (quali, ad esempio, l'utilizzo di certificati qualificati o di credenziali biometriche), vale ancor oggi quanto scritto nel 1993 dal disegnatore Peter Steiner del The New Yorker sotto alla vignetta che raffigura un cane davanti al PC: "*On the internet, nobody knows you're a dog*".

[9] Sul punto, più ampiamente, si veda A. Mantelero, *Responsabilità aquiliana per uso della Rete e responsabilità del provider*, in G. Finocchiaro- F. Delfini (a cura di), *Diritto dell'Informatica*, Torino, 2014, 705 ss.

[10] Trib. Milano, ord. 27 luglio 2017, in www.darts-ip.com.

che «Dasolo adesso è diventato italiashare.info. La battaglia contro Dasolo è persa in partenza».
A causa del rifiuto opposto dai Provider all'adozione di idonee misure tecniche, in conseguenza del fatto che l'ordinanza del Tribunale di Milano si limitava ai solo domini "Dasolo", senza ricomprendere il dominio "italiashare.info", Mondadori depositava un nuovo ricorso cautelare, con il quale chiedeva che i Provider adottassero «le più opportune misure tecniche al fine di inibire ai destinatari dei servizi l'accesso al Portale», non solo attraverso il dominio "italiashare.info", ma anche attraverso tutti i futuri ed eventuali siti "alias" utilizzati dai gestori del portale per la pubblicazione dei link ai contenuti illeciti.
Il Tribunale di Milano provvedeva *inaudita altera parte*, ordinando ai Provider l'adozione delle misure tecniche opportune ad inibire ai propri utenti l'accesso al dominio "italiashare.info" entro 48 ore dalla comunicazione del provvedimento, riservandosi di decidere sulle ulteriori richieste a valle dell'udienza per la conferma, modifica o revoca del provvedimento.
I Provider si costituivano nel procedimento cautelare, eccependo l'incompatibilità delle misure cautelari richieste da Mondadori con il divieto di obbligo generale di sorveglianza in capo agli ISP imposto dalla direttiva 2000/31/CE e dal d.lgs. 70/2003. Inoltre, sempre secondo le tesi dei Provider, le misure cautelari richieste non sarebbero rispettose del principio di proporzionalità, in quanto l'implementazione delle misure tecniche richieste avrebbe imposto costi interamente a carico dei Provider medesimi. Infine, veniva eccepita la sussistenza del litisconsorzio necessario con gli effettivi autori delle violazioni, i quali non erano stati convenuti nell'ambito del procedimento.
All'esito di due successive udienze di discussione, il Tribunale di Milano emanava l'Ordinanza in commento, con la quale imponeva ai Provider di adottare le misure tecniche opportune ad impedire ai propri utenti l'accesso al portale contenente i link ai contenuti in violazione dei diritti di Mondadori, residente su qualsiasi nome a dominio, nel termine di dieci giorni dalla ricezione della segnalazione da parte di Mondadori e con diritto al rimborso delle spese tecniche necessarie ad ottemperare all'ordine del Tribunale.

4. La *dynamic injunction* del Tribunale di Milano tra principio di proporzionalità e divieto generale di sorveglianza

La motivazione dell'Ordinanza in commento compie un'ampia ricognizione della normativa e della giurisprudenza in materia di adozione di provvedimenti cautelari "dinamici" nei confronti di ISP di *mere conduit*, escludendo in primo luogo il litisconsorzio necessario tra il *provider* e l'autore della violazione, alla luce della «piena scindibilità dei rapporti giuridici, ancorché cumulati in un unico procedimento cautelare».
Dopo avere brevemente ripercorso i percorsi della giurisprudenza della Corte di Giu-

stizia in relazione all'interpretazione del divieto di sorveglianza generale[11], il Tribunale si sofferma sul tema della legittimazione passiva dell'ISP di *mere conduit* in relazione ad azioni inibitorie, a prescindere dall'effettiva sussistenza di una effettiva fattispecie di responsabilità in capo all'intermediario[12], concludendo che «le limitazioni alla responsabilità dei prestatori di servizi non incidono sulla possibilità di emettere inibitorie che pongano fine a una violazione o la impediscano, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione[13] dell'accesso alla medesima».

Ciò sulla base, anzitutto, della normativa interna in materia di diritto d'autore e, in particolare, dell'art. 156 della l. 633/1941 (Legge sul diritto d'autore), come modificato dal d.lgs. 140/2006 che recepisce la Direttiva Enforcement[14] e che ha previsto la possibilità di esperire l'azione di inibitoria anche nei confronti dell'intermediario i cui servizi sono stati impiegati per porre in essere la violazione.

Sul punto, la decisione in commento richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Telekabel*[15], nel quale la Corte ha confermato che un fornitore di accesso ad internet che consenta ai suoi abbonati l'accesso a materiali protetti, messi a disposizione del pubblico da un terzo, deve in ogni caso essere considerato un intermediario, con la conseguenza che i Provider, in qualità di prestatori di servizi di *mere conduit*, sono da considerarsi quali legittimati passivi rispetto ad azioni inibitorie e risarcitorie da parte di Mondadori.

L'Ordinanza prosegue quindi argomentando circa la proporzionalità e l'effettività del comando cautelare, alla luce del fatto che, come si è visto, le limitazioni alla responsabilità degli ISP e il divieto di un obbligo generale di sorveglianza di cui al d.lgs. 70/2003 e alla direttiva 2000/31/CE non pregiudicano la possibilità di esperire azioni inibitorie nei confronti dell'intermediario, volte non solo a porre fine alla violazione in essere, ma anche ad impedirne la ripetizione o la prosecuzione[16].

Ciò, in particolare, nel rispetto dei principi di efficacia, dissuasività e proporzionalità delle misure provvisorie adottate. Sotto quest'ultimo profilo, il Tribunale richiama ampiamente la giurisprudenza della Corte di giustizia nel citato caso *Telekabel*[17], ricor-

[11] Cfr. *supra,* nota 6.

[12] Che, come ricorda il Tribunale di Milano, è un concetto che include qualsiasi operatore economico che presti un servizio utilizzato per violare diritti di proprietà intellettuale o per accedere a contenuti illeciti, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto contrattuale tra le parti (cfr. CGUE, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH vs Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* (2014) e C-494/15, *Tommy Hilfiger Licensing LLC et al. vs Delta Center a.s.* (2016)).

[13] Si veda, in particolare, il Considerando 45 alla direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (cd. "Direttiva Enforcement").

[14] Cfr. art. 11 della Direttiva Enforcement, che stabilisce che gli Stati Membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento nei confronti degli intermediari i cui servizi sono stati utilizzati per violare un diritto di proprietà intellettuale.

[15] CGUE, *UPC Telekabel Wien GmbH vs Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, cit. Nello stesso senso, cfr. anche CGUE, *L'Oréal SA et al. vs eBay International AG et al.*, cit. e Trib. Milano, ord. 8 maggio 2017, in www.darts-ip.com.

[16] Cfr. Direttiva Enforcement, p. 24: «a seconda dei casi e se le circostanze lo richiedono, le misure, le procedure e i mezzi di ricorso da prevedere dovrebbero comprendere misure inibitorie volte ad impedire nuove violazioni dei diritti di proprietà intellettuale».

[17] Cfr. *supra,* nota 12.

dando come le misure adottate nei confronti dell'ISP debbano essere sufficientemente efficaci per garantire la tutela del diritto[18] e debbano operare in equo bilanciamento degli interessi del titolare del diritto e dell'intermediario, posto che non devono privare senza motivo gli utenti della rete della possibilità di accedere alle informazioni e, dall'altro lato, devono essere idonee ad «impedire o, almeno, rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e scoraggiare seriamente gli utenti di internet che ricorrono ai servizi del destinatario di tale ingiunzione dal consultare tali materiali messi a disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale»[19].
Sulla base di queste argomentazioni, il Tribunale ha ritenuto compatibili con i principi di effettività e proporzionalità l'adozione di misura cautelare "dinamica", consistente nell'ordine ai Provider di impedire l'accesso al portale contenente i *link* ai materiali in violazione dei diritti di Mondadori, a prescindere dal nome a dominio in concreto utilizzato dai gestori del portale. Un provvedimento diverso sarebbe, comprensibilmente, *inutiliter dato*, posto che il nome a domino «continua a mutare, per deliberata e palesata volontà dell'autore dell'illecito»[20].
Non solo: il Tribunale di Milano rileva altresì che, ai fini della compatibilità con il divieto di sorveglianza generale, il comando cautelare deve essere assoggettato alla specifica segnalazione di ciascuna violazione da parte della ricorrente Mondadori, non essendo configurabile in capo ai Provider alcun obbligo di monitoraggio attivo o ricerca dei fatti illeciti.
Tale compromesso, nell'interpretazione dell'Ordinanza in commento, varrebbe ad escludere qualsiasi ipotesi di sorveglianza generale, atteggiandosi piuttosto l'ordine cautelare come impositivo di un dovere di (legittimo) sorveglianza specifico[21], subordinato alla ricezione di una specifica segnalazione da parte di Mondadori. Solo successivamente alla segnalazione, scatterebbe l'obbligo per i Provider di adottare le misure tecniche necessarie a impedire la reiterazione degli illeciti[22], a costi e spese di Mondadori.

---

[18] In particolare, sulla base di quanto affermato da *Telekabel*, le misure adottate devono avere l'effetto di impedire o rendere difficilmente accessibili le consultazioni ai materiali protetti da parte degli utenti di internet (cfr. CGUE, *UPC Telekabel Wien GmbH vs Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, cit., § 62).

[19] CGUE, *UPC Telekabel Wien GmbH vs Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, cit., § 63.

[20] Sul punto, è bene ricordare come la stessa Commissione Europea, nell'ambito delle linee guida sulla Direttiva Enforcement, a confermare la possibilità di adottare provvedimenti avente contenuto dinamico: «*Furthermore, injunctions may in certain cases lose some effectiveness because of changes in the subject matter in respect of which the injunction was ordered. This may be, for example, the case of website blocking injunctions, where a competent judicial authority grants the injunction with reference to certain specific domain names, whilst mirror websites can appear easily under other domain names and thus remain unaffected by the injunction. Dynamic injunctions are a possible means to address this. These are injunctions which can be issued for instance in cases in which materially the same website becomes available immediately after issuing the injunction with a different IP address or URL and which is drafted in a way that allows to also cover the new IP address or URL without the need for a new judicial procedure to obtain a new injunction*».

[21] Cfr. *supra,* nota 5.

[22] Trib. Milano, ord. 27 luglio 2017, cit.

5. Considerazioni finali

L'Ordinanza in commento rappresenta un passo avanti per la tutela del diritto d'autore in rete, fornendo ai titolari dei contenuti uno strumento di reazione flessibile e, per l'appunto, dinamico, sgravandoli nel contempo dell'onere di instaurare azioni plurime in presenza di violazioni di carattere omogeneo.

Restano, in ogni caso, da valutare attentamente i potenziali profili di abusività delle condotte dei titolari e dei provider nell'attuazione concreta del provvedimento: non sarebbe remota, infatti l'ipotesi di richieste di adozione di misure tecniche volte ad impedire l'accesso a portali e contenuti non ricompresi nell'ambito del comando giudiziale, così come la possibilità che i *provider* tentino di eludere l'efficacia del provvedimento sulla base di differenze marginali tra quest'ultimo e la condotta illecita commessa dagli utenti.

È il Tribunale stesso, peraltro, a ricordare come l'attività di esecuzione di un'ordinanza "dinamica" dovrà essere improntata al criterio di buona fede e correttezza, dovendo le parti evitare da interpretazioni abusive al fine di ottenere vantaggi o di eludere l'attuazione del provvedimento.

Newsletter pubblicitarie: la posizione della Cassazione sulla necessità di consenso informato

Annalisa Vigentini

Corte di Cassazione, sez. I civile, 2 luglio 2018, n. 17278

Al gestore di un sito Internet, che somministri un servizio fungibile cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio, è consentito di subordinare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale scopo e che siano indicati almeno i settori merceologici o i servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti.

Sommario

1. Il caso. - 2. I requisiti del consenso informato. – 3. Conclusioni e prospettive interpretative.

1. Il caso.

La Suprema Corte ha affrontato la diffusa prassi applicata dai gestori dei siti web di condizionare l'accesso al servizio di aggiornamento mediante newsletter, in genere gratuito, alla ricezione di informazioni promozionali e commerciali: le newsletter pubblicitarie, ovvero ciò che gli editori chiamano *direct email marketing* e che i lettori traducono con *spam*.

In particolare, nel caso in esame il gestore di un sito internet offriva tramite il suo portale un servizio di newsletter di informazione giuridico-fiscale, condizionando l'iscrizione all'apposizione di una spunta all'interno di una *checkbox* per il consenso al trattamento dei dati personali. Inoltre, la pagina contenente il form di raccolta dati non evidenziava direttamente in cosa consistesse il trattamento dati e a quali finalità fossero destinati, ma si limitava a riportare un link ipertestuale che reindirizzava ad altra pagina web contenente l'informativa. Solo qui si palesava l'ulteriore utilizzo dei dati personali forniti dall'utente: l'invio di comunicazioni promozionali di informazioni commerciali anche da parte di soggetti terzi.

Ravvisando margini di violazione del Codice in materia di protezione dei dati personali[1], il Garante privacy emetteva un provvedimento inibitorio[2] nei confronti del gestore in questione, con cui dichiarava illegittimo il trattamento e ne vietava la prosecuzione

[1] Cfr. artt. 23 e 130, d.lgs. 196/2003.

[2] Provvedimento inibitorio e prescrittivo nei confronti di AdSpray S.r.l. – n. 427 del 25 settembre 2014.

per finalità promozionali, essendo stati i dati raccolti in mancanza di un consenso libero e specifico.
Il Tribunale di Arezzo, nell'accogliere l'opposizione proposta dalla società, sosteneva che il Codice Privacy «non individua un obbligo *tout court* per il gestore del portale di offrire comunque le proprie prestazioni, a prescindere dal consenso al trattamento da parte dell'utente»; tale obbligo sarebbe invece stato introdotto da provvedimenti del Garante, quale le Linee Guida di contrasto allo spam[3], da considerarsi un'indebita integrazione degli obblighi di cui all'art. 23 del Codice Privacy.

2. I requisiti del consenso informato

La Corte di Cassazione, nell'accogliere il ricorso dell'Autorità Garante avverso la sentenza del Tribunale di merito, trae spunto per tornare sulla nozione di consenso adottata dal legislatore con l'art. 23 del Codice Privacy, armonizzandola con il dettato contenuto nell'art. 4 del Regolamento (UE) 2016/679.
La Corte affronta la tematica per gradi, partendo con l'escludere che il consenso considerato dalla normativa di settore possa essere equiparato al consenso generico richiesto a fini negoziali - ossia prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinate circostanze, da pericolo o bisogno[4]. Il Codice Privacy, in attuazione alle prescrizioni contenute nella direttiva 96/45/CE, prescrive che il consenso sia manifestato, oltre che espressamente, liberamente e specificamente, a condizione che all'interessato siano state preventivamente offerte tutte le informazioni necessarie a definire la portata del trattamento.
Il giudice di legittimità conclude sul punto ribadendo quanto già pacifico in sede giurisprudenziale e dottrinale, ovvero che in materia di trattamento di dati personali il consenso debba ritenersi "rafforzato", sia in ragione dell'«esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell'interessato, sia sotto il profilo della asimmetria informativa». Il consenso rilevante in tale campo deve pertanto essere un consenso informato, assimilabile a quello richiesto in settori quale quello sanitario, dove la tutela del diritto di autodeterminazione dell'interessato è posto quale cardine per l'esecuzione di ogni attività di trattamento[5]. In ragione di tale interpretazione, pertanto, il consenso non dev'essere «perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per l'effetto di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento»[6], circostanze che

[3] Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam – Provvedimento n. 330 del 4 luglio 2013.

[4] Cfr. artt. 1427 ss. c.c.

[5] In tema di consenso informato nel settore sanitario, *ex multis*: C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438; Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2013, n.18334, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2014, 569 ss.; Cass. civ., sez. III, 22 maggio 2014, n. 19731, in *Diritto & Giustizia*, 22 settembre 2014; Cass. civ., sez. III, ord. 4 maggio 2018, n. 10608, in *Diritto & Giustizia,* 7 maggio 2018.

[6] L'affermazione della Corte richiama il parere n. 15/2011 (WP 187) sulla definizione di consenso: il consenso può dirsi validamente dato «soltanto se l'interessato è in grado di operare realmente una scelta, e non c'è il rischio di raggiri, intimidazioni, coercizioni o conseguenze negative significative nel caso in

potrebbero concretizzarsi qualora venissero a mancare due elementi fondamentali per determinare la validità del consenso: libertà e specificità.
La Corte si sofferma sull'analisi di tali caratteristiche del consenso, meritevoli di approfondimenti anche in considerazione del puntuale richiamo contenuto nella definizione contenuta nell'art. 4, n. 11, del Regolamento (UE) 2016/679.[7]
Per valutare se il consenso sia stato prestato liberamente è necessario verificare che la scelta operata dall'interessato sia stata effettiva e che il soggetto sia stato messo nelle condizioni di avere il controllo sui propri dati. Il Regolamento UE[8] stabilisce che la mancanza di una scelta effettiva determinerebbe un'indebita pressione sulla volontà dell'interessato, condizionato dalle possibili conseguenze negative nel caso di mancato consenso, circostanza che andrebbe a invalidare il processo di libera formazione della volontà[9].
In applicazione dei principi sopra analizzati, il giudice di legittimità, chiamato a pronunciarsi nel caso in esame, si chiede se il condizionamento della libertà dell'interessato possa essere ravvisato – e sia quindi in contrasto con il dettato normativo – qualora l'offerta di un determinato servizio da parte del gestore del sito web sia appunto condizionata al rilascio del consenso all'utilizzo dei dati personali per il successivo invio da parte di terzi di messaggi promozionali. Sul punto la Corte si pronuncia statuendo che la questione non può essere definita in modo univoco, quanto «il consenso non può essere sempre e comunque dato per scontato e debba invece essere tanto più ritenuto sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore del sito Internet sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato, il che non può certo dirsi accada nell'ipotesi di offerta di un generico servizio informativo del tipo di quello in discorso, giacché all'evidenza si tratta di informazioni agevolmente acquisibili per altra via, eventualmente attraverso siti a pagamento, se non attraverso il ricorso all'editoria cartacea, con la conseguenza che ben può rinunciarsi a detto servizio senza gravoso sacrificio».
Tale riflessione porta quindi la Corte a confutare l'argomentazione del Giudice di merito e a sostenere la tesi del Garante, in quanto se si obbligasse il gestore del portale web a fornire il servizio di newsletter indipendentemente dal consenso alla ricezione di ulteriore informativa commerciale, si imporrebbe allo stesso di «rinunciare al tornaconto economico dell'operazione che egli compie, proveniente dall'attività pubblicitaria realizzata tramite l'impiego dei dati personali acquisiti». Pertanto, a chiusura dell'argomentazione sul punto, la Cassazione statuisce che nulla impedisce al fornitore

cui questa persona non manifesti il proprio consenso». Sul tema cfr. anche il parere n. 8/2001 (WP 131) sul trattamento dei dati personali contenuti nelle cartelle cliniche elettroniche, e il parere n. 6/2014 (WP 217) sul concetto di interesse legittimo del responsabile del trattamento

[7] Art. 4, n. 11, Regolamento (UE) 2016/679: «"*consent*" *of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her*». Sulle caratteristiche del consenso si veda anche il Considerando 32.

[8] Cfr. art. 7, par. 4, Regolamento (UE) 2016/679: «*When assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, inter alia, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract*».

[9] Il tema della libertà del consenso è stato oggetto di ampio approfondimento da parte del Gruppo articolo 29. In particolare: Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 adottate il 28 novembre 2017 e modificate da ultimo il 10 aprile 2018 (WP 259 rev. 01)

di un servizio - fungibile e rinunciabile - «di negare il servizio offerto a chi non si presti a ricevere messaggi promozionali», in quanto «l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato».

Infine, il consenso non potrà considerarsi libero se utilizzato per legittimare molteplici trattamenti. La specificità del consenso è richiesta come endiadi della libertà, poiché «la determinazione volitiva in ordine al trattamento dati non sarebbe neppure astrattamente configurabile […] se non fosse univocamente indirizzata alla produzione di effetti che l'utente abbia preventivamente avuto modo di rappresentarsi singolarmente con esattezza». Sul punto la Cassazione sembra richiamare quanto più volte espresso dal Gruppo di lavoro Articolo 29, che, proprio sul caso analogo di un rivenditore intenzionato a condividere anche con altre società del gruppo i dati personali dei proprio clienti da utilizzarsi per inviare comunicazioni di marketing con posta elettronica, ha considerato necessario un consenso specifico, da ritenersi valido solo qualora l'identità di ciascun partner sia stata dichiarata all'interessato nel momento dell'ottenimento del consenso stesso[10].

All'argomentazione della Corte sottintende inoltre il concetto di granularità, inteso quale separazione delle finalità in ragione delle peculiarità delle attività eseguite mediante il trattamento dei dati personali, in quanto solo mediante la separazione degli effetti e dei singoli consensi manifestati sugli stessi è possibile accertarsi che la volontà dell'interessato si sia manifestata in maniera pienamente consapevole[11].

Esposte le argomentazioni sopra riportate, la pronuncia tocca un altro aspetto del caso concreto in esame: la circostanza per cui l'informativa contenente la descrizione delle finalità del trattamento non sia indicata accanto alla casella di "spunta" usata per conferire il consenso, ma sia invece reperibile in altra pagina linkata alla prima. A giudizio della Cassazione in tale circostanza non può aversi contezza che l'interessato abbia effettivamente preso visione di tale altra pagine e abbia nuovamente manifestato il proprio consenso a tali ulteriori effetti. Infatti, l'accessibilità e la visibilità delle informazioni fornite all'interessato sono da sempre oggetto di attenzione e richiamo anche da parte del Gruppo di lavoro Articolo 29, che ha più volte chiarito la necessità che le informazioni vengano «fornite direttamente agli individui interessati. Non è sufficiente che le informazioni siano disponibili da qualche parte»[12].

Infine, la trattazione della Corte si concentra sul livello di specificità da riservare all'individuazione delle finalità di trattamento: il consenso non può «essere genericamente riferito a non meglio identificati messaggi pubblicitari», e, al contrario, deve fare ri-

[10] Cfr. *ibid.*, par. 3.1.3. Sulla specificità del consenso anche parere n. 15/2011 (WP 187), 11

[11] Le motivazioni del giudice di legittimità trovano sostegno nel Considerando 32 del Regolamento (UE): «*Consent should cover all processing activities carried out for the same purpose or purposes. When the processing has multiple purposes, consent should be given for all of them*» e 43: «*Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case, or if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance*».

[12] Cfr. parere n. 15/2011 (WP 187), 16. Cfr. anche Gruppo di lavoro Articolo 29, Linee guida 10 aprile 2018 (WP 259 rev. 01), par. 3.3.2. Sul divieto di dare una informativa *per relationem* ad altri documenti si era già pronunciata chiaramente la Corte di giustizia europea, cause riunite da C-397/01 a C-403/01 (2004).

ferimento ad un «trattamento chiaramente individuato, il che comporta la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari sono riferiti». Solo in tal modo l'interessato-cliente viene posto nelle condizioni di conoscere con ragionevole consapevolezza gli ambiti tematici oggetto delle e-mail che riceverà a fini promozionali, così da poter valutare se di suo concreto interesse e quindi poter esprimere un consenso informato pienamente libero.

3. Conclusioni e prospettive interpretative

Tale ultima indicazione della Corte, accolta dal web come innovativa e particolarmente pressante per tutti i rivenditori interessati ad utilizzare i dati personali dei clienti per effettuare attività di marketing, richiama in realtà una posizione già pacifica da anni nelle prescrizioni dell'Autorità nazionale. Infatti, in virtù di una lettura della direttiva 96/45/CE calata nel contesto informatico del mercato online, il Garante per la protezione dei dati personali già nel 2013 prevedeva che il titolare, interessato a raccogliere dati personali «anche per comunicarli (o cederli) a terzi per le loro finalità promozionali deve previamente rilasciare ad essi un'informativa, ai sensi dell'art. 13, c. 1 del Codice Privacy, che individui, oltre agli elementi individuati dalla norma, anche ciascuno dei terzi o, in alternativa, indichi le categorie (economiche o merceologiche) di appartenenza degli stessi (ad esempio: "finanza", "editoria", "abbigliamento")»[13].
Pertanto, se si vuole riscontrare una nota innovativa in tal senso nella pronuncia, l'unico elemento riguarda semmai il fatto che la Cassazione non indica come alternativa la specificazione dei singoli terzi o delle categorie merceologiche, ma parrebbe richiederle entrambe nella descrizione delle finalità e dei destinatari contenuta nell'informativa.
La sentenza in commento è invece a ragione destinata a sollevare contrasti tra gli esperti in materia laddove apre scenari imprevedibili in relazione all'interpretazione della nozione di infungibilità e irrinunciabilità del servizio. Infatti, le asserzioni della Cassazione non sembrano circoscrivere l'applicazione dei principi espressi al solo contesto del marketing online e, in particolare, all'invio di newsletter informative condizionate a quelle pubblicitarie, lasciando così margini interpretativi circa la necessità di poter condizionare l'ottenimento di un servizio all'accettazione dello "spam pubblicitario" per ogni prestazione che non rientri tra quelle irrinunciabili e infungibili. Ma cosa vi rientra? E chi lo stabilisce?
La nozione stessa di fungibilità non è suscettibile di una definizione univoca, né di univoca interpretazione, sia perché la società moderna consente agevolmente di reperire il medesimo servizio o prodotto da molteplici operatori economici – non solo nel settore informatico -, sia perché non è chiaro a chi competerebbe l'onore e l'onere di stabilire se il servizio sia irrinunciabile e infungibile.
Sul punto si auspica a breve un intervento chiarificatore dell'Autorità Garante e nuove pronunce della Suprema Corte sul tema, così da evitare l'insorgere di pericolose criticità nell'applicazione del Regolamento europeo.

[13] Cfr. Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam - provvedimento n. 330 del 4 luglio 2013.

Diffamazione tramite Facebook: la semplice segnalazione o diffida di un utente non obbliga il gestore a chiudere la pagina

Jacopo Antonelli Dudan

Tribunale di Roma, sez. Diritti della persona, ord. 22 giugno 2018

Il gestore di una piattaforma informatica non è gravato da alcun onere di monitoraggio preventivo dei contenuti ivi pubblicati, ma è tenuto ad effettuare un controllo successivo in caso di segnalazione di fatto illecito da parte di un destinatario del servizio stesso. Un obbligo di rimozione di contenuti – in mancanza o comunque prima che intervenga un eventuale provvedimento giudiziale – può però ritenersi sussistente solo ove via sia una evidente illiceità degli stessi.

Keywords
Internet service provider, Diffamazione, Facebook, Responsabilità ISP, Social network

La straordinaria diffusione di Facebook ha portato con sé, tra l'altro, l'amplificarsi del fenomeno della creazione, da parte di ignoti, di pagine specificamente dedicate a un argomento o a una persona, generalmente di una certa notorietà, in cui il fondamento e la ragione della creazione di questi spazi *ad personam* non è di norma una passione o un amore incondizionato verso quel determinato personaggio, quanto, al contrario, la contrarietà a ciò che quell'individuo rappresenta, alle sue idee politiche o al suo modo di vivere e la volontà di esprimere *urbi et orbi* il proprio dissenso.
L'ordinanza in commento è molto interessante perché si inserisce proprio in questo solco: un giornalista e politico italiano, piuttosto noto soprattutto per le sue posizioni "complottiste", ha citato in giudizio Facebook con riferimento a una pagina a lui dedicata da un ignoto autore (chiamata "XY è un bugiardo"), sostenendo il carattere diffamatorio della stessa e lamentando il fatto che, nonostante la propria richiesta in tal senso, il *provider* gestore del servizio non avesse rimosso la pagina.
Nella prima parte del provvedimento in parola, il giudice ripercorre e ricorda in maniera sintetica ma molto precisa e puntuale la sostanziale differenza tra il diritto di cronaca e quello di critica, laddove il secondo non riferisce un fatto né descrive un accadimento, ma ne propone una valutazione e una lettura necessariamente soggettiva. Con la conseguenza che il requisito della verità – allorché si controverta in tema di sussistenza del diritto di critica – deve esser inteso unicamente come veridicità del fatto a partire dal quale la critica si esprime, dovendosi perciò ritenere ammissibile una rappresentazione non strettamente obiettiva del fatto medesimo.

Analogamente, poiché il diritto di critica è diretta espressione della libertà di pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione ed è strettamente funzionale alla dialettica democratica, il giudice ricorda come debba ritenersi legittimo anche un affievolimento del profilo della continenza e come debba perciò ritenersi ammissibile non solo la critica che si realizzi in forma di pacata espressione di una valutazione personale dell'autore, ma anche quella in forma di aperto dissenso e persino il giudizio severo e irriverente, se collegato al dato fattuale che ne costituisce lo spunto e l'origine.

Applicando poi tali principi – come detto ormai consolidati nella giurisprudenza di merito e di legittimità e pienamente condivisibili – al caso di specie, il Tribunale ritiene che la pagina in questione (o meglio, l'unica schermata prodotta dal ricorrente e quindi utilizzabile dal giudice per la valutazione della vicenda) non travalichi i limiti del corretto esercizio del diritto di critica, sottolineando in particolare come lo spirito certamente polemico della pagina Facebook "incriminata" (evidenziato anche dalla scelta terminologica di attribuire al ricorrente la patente di "bugiardo") rappresenti una sorta di contraltare all'analogo atteggiamento normalmente tenuto dal ricorrente allorché questi, nell'esprimere «con altrettanta veemenza» (come scrive testualmente il giudice) le proprie posizioni politiche, si scaglia contro «*fake news* e menzogna organizzata e amplificata dalle più importanti agenzie di informazioni». Una sorta di contrappasso, dunque, per cui se sei solito criticare aspramente, accusando genericamente i più importanti organi di informazione di mentire (anche con riguardo a fatti gravi, quali conflitti bellici), non puoi poi censurare chi ti ripaga con la stessa moneta.

Per quanto pungente, questa parte dell'ordinanza in commento – come anticipato – appare comunque muoversi nel solco tracciato da anni dalla giurisprudenza in materia, facendo puntuale e garantista applicazione dei principi in tema di esercizio del diritto di critica.

Più interessante e innovativa risulta, invece, la seconda parte del provvedimento, in cui il Tribunale analizza il tema della configurabilità di un obbligo di rimozione dei contenuti a carico dell'*hosting provider*: ci si domanda, in sostanza, se, a fronte della doglianza di un utente che lamenti la lesività di una pagina Facebook o di un contenuto di essa, il gestore debba procedere senza indugio né altri accertamenti all'immediata rimozione del convenuto "incriminato". A tale interrogativo il giudice romano dà netta risposta negativa, affermando come non sia prospettabile alcun onere di monitoraggio preventivo dei convenuti pubblicati su una piattaforma informativa da parte dei gestori della stessa, posto che il solo dovere che grava su questi ultimi – e che trae fondamento normativo negli artt. 16, c. 1, lett. *b*) e 17 c. 1 e 2, lett. *a*) del d.lgs. 70/2003 – è quello di effettuare un controllo successivo su un determinato contenuto, a seguito di segnalazione di fatto illecito da parte di un destinatario del servizio stesso.

In altri termini, nel momento in cui riceve una formale diffida o una segnalazione o una richiesta di intervento su un possibile contenuto illecito di una pagina, il gestore è certamente tenuto ad attivarsi, ma la valutazione in merito al rispetto delle condizioni di utilizzo della piattaforma *online* è rimessa esclusivamente alla sua disamina e quindi alla sua responsabilità.

Diversamente opinando, del resto, ove cioè si ritenesse di configurare in capo al prestatore del servizio di *hosting* un immediato obbligo di censura e di conseguente rimozione

del contenuto sulla sola base di una diffida da parte di un soggetto terzo, si determinerebbe una violazione di prerogative costituzionali di rango quantomeno analogo a quelle di cui il richiedente denuncia la lesione e un inammissibile sacrificio delle stesse, in assenza di un congruo e doveroso accertamento dell'effettiva sussistenza dell'illecito.
Ad avviso del Tribunale di Roma, dunque, non v'è dubbio che una segnalazione o una diffida faccia sorgere a carico del soggetto ospitante un obbligo di immediata valutazione dei contenuti denunciati, ma un obbligo di rimozione, prima e in assenza di un intervento giudiziale, può configurarsi solo ove appaia una manifesta ed evidente illiceità dei contenuti medesimi. In mancanza, l'obbligo di intervento in capo al *provider*, così come disciplinato dall'art. 16 del citato decreto legislativo, deve ritenersi subordinato alla preventiva emanazione di un provvedimento giudiziale che accerti la dedotta lesività del contenuto contestato.
Si tratta, in definitiva, di una decisione condivisibile, che pare effettuare un corretto contemperamento di opposte esigenze e di contrapposti diritti di rango costituzionale, responsabilizzando in maniera adeguata il gestore del servizio *online*, senza però gravarlo di un'inaccettabile – e insopportabile – ruolo di rigido censore.

Intermediario "indipendente" ed eventi sportivi tra misure *antitrust* e nuovo ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo*

Cristiana Benetazzo

Tribunale di Milano, sez. spec. in materia di impresa, ord. 9 maggio 2018

Risulterebbe individuabile, in capo all'intermediario indipendente, una condotta intesa a dare luogo a pratiche leganti, posto che in forza della sua posizione dominante sul mercato dell'offerta dei diritti televisivi sul campionato di serie A, esso condiziona la cessione di tali diritti alla contestuale cessione di servizi economicamente separabili e il cui collegamento con il prodotto principale non pare sostenuto da esigenze effettive di collegamento tra essi.

I contenuti relativi alle gare calcistiche sono pacificamente tra i contenuti che richiamano maggiore attenzione da parte della clientela degli spettatori; la durata di ciascun prodotto audiovisivo assorbe – oltre al tempo della gara – rilevanti spazi temporali pre e post-evento in collocazioni orarie evidentemente predefinite necessariamente dalla trasmissione in diretta dell'evento calcistico, così occupando spazi del palinsesto che possono divenire complessivamente di rilevante entità.

Sommario

1. Premessa: l'ordinanza del Tribunale di Milano sul caso *Sky/MediaPro*; 2. La procedura per l'individuazione dell'intermediario "indipendente" *ex* art. 7, c. 4, d.lgs. 9/2008: precisazioni terminologiche e *ratio* della disposizione nel rispetto del principio di massimizzazione dei ricavi. – 3. Il rischio, insito nella disciplina dell'intermediario indipendente, di un "abuso di posizione dominante" sul mercato degli operatori dell'informazione e, nel caso di specie, le perplessità in merito alla conferma delle misure cautelari. – 4. Alcuni aspetti problematici nel mercato "a valle" dell'emittenza televisiva: *a*) i rischi di accordi restrittivi della concorrenza tra i principali operatori economici; *b*) la distinzione tra il mercato delle *pay-tv* e quello delle emittenti televisive in chiaro. – 5. (Segue): *c*) normativa *antitrust* e rilevanza degli eventi sportivi all'interno dei palinsesti televisivi: specificità e non sostituibilità dei diritti di trasmissione degli eventi calcistici (le peculiarità del caso italiano rispetto ad altre esperienze europee). – 6. La necessità di tutelare la concorrenza effettiva nel mercato audiovisivo e, al contempo, il diritto di informazione: i limiti imposti alle "esclusive" dalla Commissione Europea e, in ambito interno, dall'AGCM. I *listed events* tra "flessibilità" della normativa europea e "rigidità"

* L'articolo è stato sottoposto, su determinazione della direzione, a referaggio anonimo.

della disciplina interna: le prospettive di riforma. – 7. Il nuovo ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo in rapporto allo "spettacolo" sportivo: la necessità di una riforma che garantisca, accanto ad una maggiore qualità e diversificazione della programmazione pubblica anche un'offerta più ampia di contenuti sportivi, non solo relativi ai c.d. "grandi eventi".

Keywords

Agcom, Agcm, Concorrenza, Diritti sportivi, Diritti audiovisivi

1. Premessa: l'ordinanza del Tribunale di Milano sul caso *Sky/MediaPro*

L'ordinanza qui annotata appare degna di attenzione perché induce a riflettere, ancora una volta, sull'assegnazione dei diritti audiovisivi sportivi, che rappresenta uno degli aspetti più problematici della attuale regolamentazione del settore.

In virtù di questa ordinanza, la complicatissima vicenda relativa all'assegnazione dei diritti "calcistici" del Campionato di calcio di serie A inerenti al triennio 2018-2021 si arricchisce di un nuovo capitolo, con l'intervento dell'Autorità giudiziaria[1]. In tale occasione, il Tribunale di Milano ha, invero, riconosciuto alcune criticità riguardanti la rilevante entità dell'operazione commerciale oggetto del contendere, tale da poter determinare «gravi squilibri del mercato»[2].

Sotto il profilo temporale, la situazione è ulteriormente complicata dal fatto che l'ordinanza rischia di far "slittare" inesorabilmente i tempi inizialmente previsti per la presentazione delle offerte da parte degli operatori, anche in relazione all'inizio piuttosto "ravvicinato" della prossima stagione, fissato per il 19 agosto 2018[3].

[1] Si ricordi che, prima dell'offerta di MediaPro (oggetto della pronuncia qui annotata), ulteriori criticità erano emerse in relazione all'asta indetta dalla Lega Calcio per assegnare i diritti relativi al triennio 2018-2021: asta che è stata annullata perché tutte le offerte ricevute sono state giudicate insufficienti.
Peraltro, la precedente assegnazione, relativa al Campionato 2015-2018, aveva comportato complicazioni ancora maggiori.
Ci si riferisce alle indagini penali, avviate dalla Procura di Milano e tutt'ora in corso, cui ha fatto seguito un'istruttoria promossa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), ai sensi dell'art. 14, l. n. 287/1990, nei confronti di Lega Professionisti Serie A, Infront Italy S.r.l. (*Advisor* della Lega calcio per la commercializzazione dei diritti tv e media dei campionati di calcio di serie A e B, Coppa Italia e Supercoppa Italiana nonché la gestione *marketing* e *sponsoring* di diverse squadre di calcio della Serie A), Sky Italia S.r.l., Reti Televisive Italiane S.p.A. e Mediaset Premium S.p.A., al fine di accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE): cfr. la delibera AGCM, pubblicata in www.agcm.it, 13 maggio 2015. Mentre la causa penale è ancora in corso, il procedimento istruttorio compiuto dall'AGCM ha accertato che l'esito finale della vendita dei diritti televisivi per le stagioni calcistiche del triennio 2015-2018, espletata dalla Lega calcio nel giugno 2014, è stato alterato da un accordo restrittivo della concorrenza, e, conseguentemente, ha comportato l'applicazione di sanzioni pecuniarie alle società sopra citate.

[2] Cfr., in particolare, il § 5 dell'ordinanza.

[3] Al momento, da MediaPro sarebbe arrivato solo l'acconto di 50 milioni di euro, poco e niente per le società che hanno due ordini di problemi: 1. farsi scontare dalle banche gli incassi certi per la prossima stagione; 2. programmare la campagna acquisti. Quindi se non è "panico", poco ci manca, perché il sistema calcio italiano, tra stadi inappropriati anche per uno spettacolo televisivo e il problema delle plusvalenze

Delle numerose e varie indicazioni che l'ordinanza fornisce, in ordine alla regolarità dell'assegnazione dei diritti in questione all'intermediario indipendente, vengono prese in esame, nella presente sede, solo alcune, maggiormente significative e che offrono lo spunto per qualche riflessione di più ampio respiro, in specie sotto il profilo squisitamente pubblicistico del rapporto concorrenza/regolazione.
Prima di passare all'esame dei profili appena accennati, paiono, però, necessarie alcune premesse sul quadro normativo di riferimento.
Qui non è ovviamente possibile ripercorrere per intero l'evoluzione normativa e giurisprudenziale di tale specifico settore e le vicende che hanno portato all'aggiudicazione alla resistente (MediaPro) dei diritti audiovisivi in questione, anche perché una tale ricerca rischierebbe di eccedere, oltre misura, i limiti che non può non avere la presente nota: ci si limiterà, perciò, a ripercorrerne alcuni fondamentali passaggi, richiamati dalla stessa ordinanza annotata.

2. La procedura per l'individuazione dell'intermediario "indipendente" *ex* art. 7, c. 4, d.lgs. 9/2008: precisazioni terminologiche e *ratio* della disposizione nel rispetto del principio di massimizzazione dei ricavi

Venendo, quindi, al tema specifico della cessione o trasmissione dei diritti sportivi, tuttora si discute sulle modalità di attuazione del d.lgs. 9/2008 ("Melandri-Gentiloni"), che disciplina, appunto, l'assegnazione dei diritti audiovisivi sportivi. Un punto fermo sembra essere rappresentato dall'art. 9, comma 4, secondo cui «è fatto divieto a chiunque di acquisire in esclusiva tutti i pacchetti relativi alle dirette, fermi restando i divieti previsti in materia di formazione di posizioni dominanti» (*no single buyer obligation*).
In estrema sintesi, la Lega calcio[4] e gli altri organizzatori possono assegnare i diritti in

che risale in superficie, resta "traballante" dal punto di vista economico: cfr., sul punto, F. Caremani, *I rischi per la Serie A dopo la sentenza su MediaPro*, in www.ilfoglio.it, 9 maggio 2018. Proprio la mancata presentazione della fideiussione da circa un miliardo, prevista dal contratto, promessa inizialmente e poi disattesa quando le cose hanno cominciato a complicarsi (con gli sviluppi del contenzioso), è all'origine della rescissione del contratto con MediaPro, votata all'unanimità dalla Lega Calcio nella seduta di lunedì 27 maggio 2018.

[4] Per completezza, va ricordato che le leghe risultano essere associazioni privatistiche di società ad esse affiliate con funzioni rappresentative delle stesse e con autonomia organizzativa e amministrativa, che, peraltro, trova una sua definizione negli Statuti delle Federazioni di riferimento (v., ad es., con riferimento al calcio, lo Statuto della FIGC, il quale prevede, all'art. 9, comma 2, la costituzione di associazioni – le leghe – tra le società di calcio, appartenenti ai campionati delle varie categorie: oltre alla Lega Calcio di Serie A e la Lega Calcio di Serie B, la Lega Pro e la Lega Nazionale Dilettanti). Le leghe, così composte, organizzano e regolano l'attività delle proprie affiliate, sia per quanto riguarda la vita agonistica (strutturazione dei rispettivi campionati di categoria), sia sotto l'aspetto amministrativo ed economico (stipula di accordi di lavoro, predisposizione dei contratti tipo, ecc.). Il funzionamento di ciascuna Lega è disciplinato, oltre che dallo Statuto della Federazione competente, anche dal rispettivo Regolamento (che va approvato dal Consiglio Federale). Ai fini *antitrust*, la suddivisione di ruoli e di poteri tra Federazioni e Leghe, che prevede in capo a queste ultime la gestione dello "sportello unico d'offerta" dei diritti audiovisivi sportivi e in capo alle prime la regolamentazione della competizione, garantisce e legittima la negoziazione accentrata: in questo senso, cfr. M. Coccia, in M. Coccia-A. De Silvestri-O. Forlenza-L. Fumagalli-L. Musumarra-L. Selli, *Diritto dello Sport*, Firenze, 2004, 267, secondo cui «appare logico […] che gli enti regolatori (le federazioni internazionali) si dedichino appunto

funzione delle diverse piattaforme tecnologiche[5], ovvero mettere in concorrenza i vari operatori, ma in quest'ultimo caso, offrendo una pluralità di pacchetti[6] tra loro "equilibrati", nel senso che ciascuno deve contenere eventi di elevato interesse per gli utenti[7]. Tra i due modelli ideali vi sono poi soluzioni intermedie, con funzione di riequilibrio della concorrenza.

In questo contributo, come già anticipato, si vuole, però, astrarre dai dettagli della normativa nazionale e dagli aspetti tecnici delle singole modalità di assegnazione[8], per concentrare l'attenzione sulla figura dell'«intermediario unico», disciplinata nell'art. 7 del d.lgs. 9/2008[9], che assume un'importanza del tutto centrale nella vicenda in esame.

---

all'attività regolatoria e lascino l'attività organizzativa di competizioni sportive ad entità imprenditoriali, evitando così il rischio di eventuali abusi di posizione dominante derivanti dalla confusione dei ruoli tra il monopolio nella regolamentazione di un dato sport (necessario) e la contestuale organizzazione in via esclusiva di eventi sportivi (nient'affatto necessaria)». Si dimostra, invece, contrario alla separazione dei ruoli ai fini *antitrust* D. Sarti, *Antitrust e negoziazione accentrata dei diritti esclusivi*, in *AIDA*, 2003, 349-350, il quale ritiene «ingiustificato […] un intervento antitrust inteso a separare i poteri di regolamentazione e rispettivamente di gestione dello sportello unico dei diritti», pur ammettendo che «certamente questa separazione è frequente nella prassi, come dimostra l'esempio non solo degli sport motoristici, ma anche dei diritti relativi al campionato di calcio italiano, dove la federazione regolamentatrice ha sin qui lasciato alla Lega Calcio i compiti di gestione accentrata dei diritti televisivi su *highlights* e partite di Coppa Italia». Si veda, inoltre, in argomento, M. Sanino-F. Verde, *Il Diritto Sportivo*, Vicenza, 2002, 175-178; E. Morelli, *I diritti audiovisivi sportivi*, Milano, 2012, 345-346.

[5] In tal caso, l'assegnazione dei diritti avviene sulla base delle modalità tecniche con le quali il segnale televisivo è diffuso: cfr. l'art. 2, c. 1, lett. *u*), d.lgs. 9/2008, cit. Si veda, su tale modello, ad es., G. Crea-A. Giannaccari, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione,* in *Mercato Concorrenza Regole,* 2005, 77 ss., spec. 115-116; nonché, in senso critico, F. Ghezzi, *Cessione di diritti audiovisivi nel settore del calcio*, in O. Pollicino-S. Gobbato (a cura di), *Eventi sportivi e diritti audiovisivi. Le esclusive tra concorrenza e regolazione*, Ariccia (RM), 2014, 20 ss., il quale giustamente afferma: «Perde progressivamente senso offrire separatamente i diritti in funzione delle modalità – o piattaforme – di trasmissione (ad esempio via satellite, via cavo, via internet o digitale). Le televisioni di nuova generazione sono infatti abilitate a ricevere tutti questi segnali e la fruizione e la qualità di ricezione non cambiano in modo significativo per gli utenti», aggiungendo che «soprattutto, guardando al contesto nazionale, se si considerano esclusivamente il satellite e il digitale, non sembra avere alcuna ragione d'essere la differenziazione delle offerte sotto il profilo economico (come noto, nell'assegnazione dei diritti 2012-2015, è stato calcolato che i costi per l'operatore satellitare fossero pari al doppio di quelli sopportati dell'operatore del digitale terrestre, ciò che non pareva assolutamente giustificato dalla diversa composizione dei pacchetti)». In tal senso anche G. Gangemi-B. Zambardino, *Un calcio al futuro. Diritti televisivi della Serie A e rilancio del Sistema*, Roma, 2014, 6 ss.

[6] Secondo l'art. 2, c. 1, lett. *o*), d.lgs. 9/2008 per "pacchetto" si intende «un complesso di diritti audiovisivi relativi agli eventi di una o più competizioni».

[7] Una analisi della modalità di assegnazione per pacchetto è offerta in L. Santoro, *La guerra dei diritti TV sul campionato di calcio ('15/'18)*, in www.personaedanno.it.

[8] Per un'analisi dettagliata del d.lgs. 9/2008, cfr. E. Morelli, *op. cit.*, 271 ss.; sui singoli modelli (per piattaforma; per "pacchetto"), cfr. J.F. Diaz-V. Forti, *La disciplina antitrust della nuova legislazione sui diritti di trasmissione: quid novi sub sole?,* in *Rivista di diritto ed economia dello sport,* 2008, 13 ss.; F. Ghezzi, *op. cit.*, spec. 13 ss.; L. Sanfilippo, *La vita difficile dell'esclusiva tv sui diritti sportivi fra misure di regolazione e interventi antitrust*, in O. Pollicino-S. Gobbato (a cura di), *op. cit.*, 115 ss.; S. Gobbato-O. Pollicino, *Conclusioni. Eventi sportivi e diritto di fare impresa*, *ibid.*, 125-132.

[9] Si tratta di una figura introdotta a seguito di una specifica richiesta formulata dal mondo del calcio tra la prima e la seconda stesura del decreto "Melandri-Gentiloni". A titolo meramente documentativo, v. la relazione illustrativa del decreto cit., su cui cfr. E. Morelli, *op. cit.*, 622-623, ove si dà atto degli orientamenti espressi dai rappresentanti della Lega Calcio, secondo cui la cessione di «tutti i diritti audiovisivi sportivi», cioè «in blocco» ad un solo soggetto consentirebbe all'organizzatore della competizione di poter avere miglior *chance* per «*a*) smascherare e smantellare eventuali cartelli tra

La *ratio* dell'art. 7, cit., è espressa inequivocabilmente all'inizio della stessa disposizione appena citata: il "fine" è quello «di perseguire il miglior risultato nella commercializzazione dei diritti audiovisivi sul mercato nazionale»[10].

A questo scopo, il legislatore ha predisposto la procedura relativa all'intermediario unico, tenendo in debito conto il rischio di possibili eventuali *combine* tra l'organizzatore della competizione e l'intermediario, i quali potrebbero, in ipotesi, accordarsi in modo che, una volta effettuata la vendita, l'intermediario sia libero dagli obblighi che il decreto impone direttamente all'organizzatore della competizione. Questo rischio è stato evitato imponendo all'intermediario unico gli stessi obblighi determinati dal decreto e dalle linee guida in capo all'organizzatore della competizione, ma con la facoltà – senza la quale, ovviamente, l'intermediario unico non avrebbe alcun interesse ad acquisire i diritti – di poter procedere alla formazione e alla modifica dei pacchetti. Tuttavia, anche in tale ipotesi, come meglio si dirà più avanti, occorre sottoporre le modifiche ai criteri già adottati dall'organizzazione della competizione al controllo delle autorità indipendenti: «Ampia discrezionalità, quindi, ma sempre sotto la vigilanza delle Autorità di controllo»[11].

La figura dell'intermediario unico presenta alcune peculiarità, cui sembra opportuno accennare brevemente.

Va innanzitutto ricordato che, ai sensi dell'art. 16, c. 4, del d.lgs. n. 9/2008, cit., si può ricorrere a tale disciplina anche con riguardo al mercato internazionale, anche se – va sottolineato – la disposizione appena citata presenta una significativa differenza testuale rispetto all'art. 7: mentre quest'ultimo parla di «intermediario indipendente», l'art. 16 si limita a fare riferimento all' «intermediario».

La differenza non è di poco conto: il legislatore ha voluto disciplinare diversamente i due mercati, quello nazionale e quello internazionale, prevedendo, per il primo, la partecipazione dei soli intermediari indipendenti (secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. *aa*), per il secondo, la partecipazione di tutti gli intermediari, siano essi indipendenti o non indipendenti.

Occorre, poi, tenere presente che, in generale, la figura dell'intermediario può assumere declinazioni diverse[12], tra cui rileva, in questa sede, propria quella dell' "intermediario

operatori della comunicazione fin dal momento iniziale della procedura competitiva. Vendendo tutti i diritti audiovisivi ad un solo intermediario, che meglio conosce le dinamiche del mercato, il rapporto con gli operatori della comunicazione potrebbe essere gestito in modo meno conflittuale; *b*) spostare il rischio imprenditoriale in capo all'intermediario. Le società sportive devono ogni anno lottare con *budget* sempre più ridotti, destinati a coprire i costi elevati degli stipendi dei calciatori, a mantenere i settori giovanili, ad assecondare i desideri della "piazza" per comprare questo o quel calciatore. Le società sportive hanno dunque la necessità di un flusso costante di denaro (e ciò spiega il motivo per cui è d'uso da parte dei club "scontare" i contratti televisivi). La società sportiva non può sopravvivere nell'incertezza dei ricavi e dunque preferisce non gestire direttamente i diritti audiovisivi, ma essere sicura di poter ricevere determinati importi per un periodo sufficiente ad effettuare investimenti».

[10] Così l'art. 7, c. 4, d.lgs. 9/2008.

[11] In questo senso espressamente E. Morelli, *op. cit.*, 622.

[12] Oltre alla figura dell'intermediario unico, di cui sopra, meritano di essere qui ricordate: 1) quella dell'«intermediario indipendente», secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. *aa*), che partecipa all'acquisizione di singoli pacchetti per il mercato nazionale (art. 11, c. 8, del d. lgs., cit.); 2) quella dell'«intermediario» che partecipa all'acquisizione di singoli pacchetti per il mercato internazionale per aree geografiche (art. 16, c. 3, del d. lgs. 9/2008.).

unico", per il mercato nazionale, nella veste di "intermediario indipendente" *ex* art. 7, c. 4, del d. lgs. 9/2008, cit.

Dall'esame del combinato disposto dell'art. 7, c. 4, e dell'art. 16, c. 4, si desume, inoltre, che solo gli intermediari indipendenti che abbiano i requisiti per partecipare ad entrambe le procedure possono eventualmente rendersi aggiudicatari della totalità dei diritti (nazionali ed internazionali). L'individuazione dell'intermediario unico per il mercato nazionale genera, quindi, un «passaggio di consegne (relativamente a rischi, oneri e responsabilità)»[13] dall'organizzatore della competizione ad un intermediario.

Quanto alla particolare procedura competitiva di cui al comma 4, il successivo comma 5 dell'art. 7, cit., prevede che essa sia aperta a «tutti gli intermediari indipendenti che ne abbiano fatta richiesta»; che sia, inoltre, «disciplinata dalle Linee Guida di cui all'art. 6» e resa nota «mediante la tempestiva pubblicazione di un avviso sul sito informatico dell'organizzatore della competizione e su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale»[14].

Una volta conclusa la procedura, l'organizzatore della competizione non può assegnare immediatamente i diritti audiovisivi, ma deve attendere che «siano decorsi quarantacinque giorni dalla comunicazione» all'AGCM «dei risultati e dei criteri adottati nella procedura competitiva»[15]. Si tratta di un ulteriore controllo, *ex post*, dell'AGCM, che si inserisce nell'ambito di quella che si manifesta come una procedura "amministrata" finalizzata a garantire equità, trasparenza e non discriminazione.

Trascorsi 45 giorni, come detto, i diritti possono essere assegnati.

A partire da tale momento, l'intermediario indipendente deve provvedere alla formazione dei pacchetti o eventualmente alla modifica degli stessi, qualora vi avesse provveduto l'organizzatore del campionato già nelle Linee Guida in vista del perseguimento del «miglior risultato nella commercializzazione dei diritti audiovisivi»[16]. Questa finalità deve essere perseguita, a monte, dall'«organizzatore della competizione», al momento dell'individuazione, ai sensi del comma 4, dell'intermediario unico, e, a valle, dal suo sostituto – l'intermediario indipendente – al momento della formazione dei pacchetti e della conseguente commercializzazione[17]. A questo punto, l'AGCOM e l'AGCM, che hanno già approvato le Linee Guida, dovranno sempre pronunciarsi anche sulla nuova composizione dei pacchetti, al fine di verificarne la conformità al decreto "Melandri-Gentiloni", in particolare agli artt. 8, 9 e 10, espressamente richiamati dal comma 6 e dalle Linee Guida.

Sembra evidente che il controllo *ex post* effettuato dalle autorità indipendenti nasce dal fatto che il controllo *ex ante* era stato effettuato nei confronti di un soggetto diverso e cioè dell'organizzatore della competizione: il mutamento del soggetto "venditore" comporta, invero, necessariamente un nuovo "contatto" e "confronto" con le autorità indipendenti ma, sempre – va ribadito – in riferimento ai criteri di formazione dei pac-

[13] In tale modo E. Morelli, *op. cit.*, 625, descrive la particolare procedura competitiva disciplinata dai c. 5 e 6 dell'art. 7, cit.

[14] Cfr., in tal senso, l'art. 7, c. 5, d.lgs. 9/2008.

[15] Cfr. art. 7, c. 4, cit.

[16] Cfr. art. 7, c. 6, cit.

[17] Cfr., ancora, l'art. 7, c. 6, cit.

chetti, non sui pacchetti medesimi[18].

3. Il rischio, insito nella disciplina dell'intermediario indipendente, di un "abuso di posizione dominante" sul mercato degli operatori dell'informazione e, nel caso di specie, le perplessità in merito alla conferma delle misure cautelari

Orbene, alla luce della disciplina appena richiamata, sembra effettivamente esservi il rischio che «la resistente abbia acquisito dalla Lega Nazionale Professionisti Serie A per effetto della cessione in licenza dei diritti in questione quale intermediario indipendente»[19], una posizione dominante rispetto all'offerta dei medesimi sul mercato degli operatori dell'informazione.

Sembra cogliere esattamente nel segno l'ordinanza annotata, laddove osserva che «risulterebbe […] individuabile una condotta intesa a dare luogo a pratiche leganti, posto che in forza della sua posizione dominante sul mercato dell'offerta dei diritti televisivi sul campionato di serie A Media Pro Italia s.r.l condiziona la cessione di tali diritti alla contestuale cessione di servizi economicamente separabili e il cui collegamento con il prodotto principale non pare sostenuto da esigenze effettive di collegamento tra essi».

Di tale rischio si è fatto carico il Tribunale di Milano che, in applicazione dell'art. 669-*octies*, c.p.c., ha confermato il provvedimento emesso *inaudita altera parte*, in accoglimento delle domande cautelari avanzate da Sky Italia, nei confronti di Media Pro Italia s.r.l.

Nondimeno, vi è da chiedersi se questo rischio non sia insito nella stessa disciplina che regola l'assegnazione dei diritti audiovisivi all'intermediario indipendente.

Trattasi, infatti, di un mercato, per un verso, soggetto a regolamentazione di legge e alla vigilanza delle Autorità Indipendenti; per altro verso, proprio tale disciplina non impedirebbe all'intermediario finanziario «di esercitare un'ampia libertà di autodeterminazione editoriale ed imprenditoriale nella realizzazione dei Prodotti Audiovisivi e limitandosi a sottolineare la necessità di consentire ad ogni sub-licenziatario la scelta di avvalersi o meno dei servizi aggiuntivi in questione, facoltà che la predisposizione dei pacchetti contestati avrebbe puntualmente garantito»[20].

Come si è già ricordato[21], l'art. 7, c. 4, avrebbe la funzione di massimizzare il valore dei diritti audiovisivi laddove – come nel caso di specie – l'organizzatore della competi-

[18] In questo senso risulta improprio il riferimento, contenuto nella relazione illustrativa del d.lgs. 9/2008, alla «formazione dei pacchetti»: in realtà, l'organizzatore della competizione, ai sensi dell'art. 6, c. 1, deve provvedere, nelle Linee Guida, non alla formazione dei pacchetti, bensì ai "criteri di formazione": solo questi ultimi, dunque, potranno essere oggetto di modifica da parte dell'intermediario unico e sottoposti al controllo, se effettivamente modificati delle Autorità Indipendenti (AGCOM e AGCM): così E. Morelli, *op. cit.*, 626.

[19] V. l'ordinanza annotata, § 5, 10.

[20] V. l'ordinanza annotata, § 1.

[21] Nel § 2.

zione abbia avuto difficoltà in tal senso[22]. Sul punto, non appaiono, pertanto, del tutto prive di fondamento le affermazioni di parte resistente, secondo cui l'intermediario «avrebbe un vero e proprio obbligo di "creare valore" sulla base della sua esperienza nella commercializzazione di tali diritti […] così dovendosi escludere che all'intermediario indipendente possa attribuirsi una mera attività di rivendita dei diritti televisivi nelle stesse forme e modalità già adottate – senza esito positivi – dall'organizzatore della competizione»[23].

Senza dire che, nel caso di specie, «lo stesso invito a suo tempo emesso dalla Lega Nazionale Professionisti di Serie A aveva espressamente previsto in capo al licenziatario diritti di confezionamento e in materia di pubblicità aventi determinati contenuti […]»[24].

Prescindendo, comunque, dalla pronuncia in esame, che – nel merito – suscita talune perplessità quanto alla conferma delle misure cautelari in assenza di una compiuta dimostrazione dell'esistenza del *fumus boni iuris* (perlomeno, quanto al profilo della violazione dell'art. 7, c. 4, del d.lgs. 9/2008), a non apparire del tutto convincente è il presupposto da cui muovono i giudici lombardi: ovvero l'affermazione secondo cui, a differenza del mercato "a monte" – in cui MediaPro rivestirebbe una posizione "dominante" – nell'ambito del mercato "a valle"[25] «sussisterebbe concorrenza tra gli operatori»[26].

Le conclusioni contenute nell'ordinanza del Tribunale di Milano – avverso cui pende appello – sono state, forse, determinate da una lettura un po' troppo forzata e, comunque, "espansiva" delle disposizioni sulla concorrenza sleale, di cui all'art. 2598, n. 3), c.c.; lettura, in parte, favorita dal particolare rilievo, anche pubblicistico, degli specifici diritti (di trasmissione degli eventi sportivi) oggetto della controversia[27].

---

22 V. il § 1 dell'ordinanza, con riferimento alle difese di parte resistente.

23 V. il § 1 dell'ordinanza.

24 Cfr., ancora, il § 1 dell'ordinanza.

25 Come è noto, il mercato a valle concerne gli operatori televisivi e *new media*, fornitori di contenuti e loro organizzazioni (come ad es. l'Eurovisione). In particolare, esso si suddivide in due ulteriori tipologie di mercati ancora più circoscritti: *a*) quello del "chiaro" (denominato anche "della raccolta pubblicitaria"), che presenta due versanti (c.d. *Two sided market*): nel primo, il "versante del consumo dei contenuti televisivi", le imprese televisive contattano i consumatori offrendo contenuti televisivi, quali informazioni, intrattenimento, sport, ecc.; nell'altro, il "versante della compravendita di inserzioni televisive", misurata la quantità (c.d. contatti) e la tipologia (*target*) di consumatori raggiunti, le imprese televisive, direttamente o attraverso concessionarie, vendono spazi pubblicitari agli inserzionisti, che mirano a promuovere i propri beni o servizi presso i consumatori; *b*) quello della "televisione a pagamento" (c.d. *pay-tv*), che si esaurisce, invece, nella relazione economica diretta, quindi, ad un solo versante, tra l'emittente televisiva e i consumatori finali, che esercitano una domanda di prodotti televisivi a pagamento. Su tali aspetti, cfr., *amplius*, E. Morelli, *op. cit.*, 52 ss. Una definizione normativa delle modalità di trasmissione "in chiaro" e "a pagamento" si rinviene nell'art. 2, c. 1, lett. *w*) e *x*), d.lgs. 9/2008.

26 Cfr. il § 5 dell'ordinanza.

27 Sotto questo profilo, l'ordinanza del Tribunale di Milano si rifà agli orientamenti – abbastanza rigorosi – espressi dalla Corte di giustizia nonché dalle nostre Autorità Indipendenti (AGCM e AGCOM), istituzionalmente preposte alla verifica degli effetti anticoncorrenziali di eventuali intese, concentrazioni, abusi di posizione dominante anche in relazione alle implicazioni connesse all'art. 102 TFUE e comunque al piano della leale concorrenza, su cui cfr., *infra*, il § 6.

4. Alcuni aspetti problematici nel mercato "a valle" dell'emittenza televisiva: a) i rischi di accordi restrittivi della concorrenza tra i principali operatori economici; b) la distinzione tra il mercato delle *pay-tv* e quello delle emittenti televisive in chiaro

Al di là della specifica fattispecie, interessa qui sottolineare che se vi è il rischio di un abuso di posizione dominante nel mercato "a monte"; lo stesso rischio – contrariamente a quanto si afferma nell'ordinanza – non pare essere scongiurato neppure nel mercato "a valle", ove la scelta di soluzioni negoziali tra i due principali concorrenti, è spesso suscettibile di "falsare" le regole della concorrenza[28].

Anzi, a parere di chi scrive, proprio "a valle" si nascondono le maggiori insidie per il mercato dei diritti audiovisivi.

Il presupposto fondamentale da cui si intende muovere è che il modo in cui sono attualmente assegnati i diritti audiovisivi relativi ad eventi sportivi influenza significativamente il mercato televisivo. Va, infatti, osservato che gli eventi sportivi, e, in particolare, per quanto concerne l'Europa, i campionati nazionali e i principali tornei continentali di calcio, coinvolgono un pubblico televisivo con potere di acquisto superiore alla media, particolarmente interessante sotto il profilo dell'investimento e, quindi, della raccolta pubblicitaria. L'acquisizione di tali diritti è, pertanto, in grado di determinare effetti rilevanti sia nei mercati delle emittenti televisive in chiaro sia di quelle a pagamento. In particolare, nella prassi della Commissione Europea e dell'Autorità *antitrust*, il mercato della *pay-tv* è tradizionalmente considerato distinto dal mercato della televisione in chiaro e, più specificatamente, dal mercato della raccolta pubblicitaria su mezzo televisivo, benché tra questi intercorrano collegamenti derivanti da relazioni orizzontali[29]; e ciò, principalmente, in quanto i programmi e i contenuti *premium* tipica-

[28] A dimostrazione di quanto fin qui detto, si può fare riferimento alla vicenda che ha riguardato Mediaset Premium e il gruppo Sky, inerente la commercializzazione dei diritti audiovisivi del Campionato italiano di calcio, relativo al triennio 2015-2018. Considerato che, anche nel nostro Paese, è centrale per una *pay-tv* (cfr., *infra*, il § 5) trasmettere le gare di tale competizione, entrambi i gruppi erano più che interessati ad aggiudicarsi l'asta: avrebbe dovuto essere una "sfida" competitiva tra le due *pay-tv* ma l'*Antitrust* ha rilevato delle anomalie, parlando di "accordi ripartitori", che sarebbero avvenuti successivamente all'asta, mettendo in discussione il reale esito della stessa, con un potenziale danno del "gioco" della concorrenza. Infatti, sebbene Sky avesse avanzato un'offerta maggiore, la Lega Calcio aveva preferito una soluzione negoziale tra i due principali concorrenti: Sky si era aggiudicata sia il pacchetto A (248 partite per il satellite e le altre piattaforme minori) sia il pacchetto B (248 partite per il digitale terrestre e le altre piattaforme minori), mentre Mediaset Premium-Rti si era imposta solo nel pacchetto D, contenente 132 partite in esclusiva per tutte le piattaforme e tecnologie trasmissive a condizione di vedersi aggiudicato anche uno tra i pacchetti A e B (mentre le regole dell'asta non ammettevano offerte condizionate): v. i risultati dell'istruttoria compiuta in www.agcm.it. Un'ulteriore istruttoria è stata avviata dall'*Antitrust* sul recente accordo siglato da Sky e Mediaset sullo scambio di contenuti audiovisivi, che pare suscettibile di modificare gli attuali equilibri, determinando ripercussioni anche sulla questione diritti tv legata al calcio. Si ricordi, a titolo meramente documentativo, che 9 canali di Mediaset Premium arriveranno da maggio 2018 sulla piattaforma Sky con film e serie TV. Inoltre, da giugno Sky utilizzerà le frequenze di Mediaset per creare un'offerta a pagamento sul digitale terrestre. Ma l'accordo tra i due *broadcaster* – che apparentemente riguarda solo il cinema e le serie tv – potrebbe avere, in futuro, una ricaduta sul calcio.

[29] Cfr., ad es., il provvedimento AGCM, 28 giugno 2006, n. 15632 A362 – Diritti calcistici, pubblicato in *Boll.* 26/2006. Si vedano, inoltre, le decisioni della Commissione europea, relative ai casi COMP/M.5121, *Newscorp/Premiere*; COMP/M.4504, *SFR/Téléz France*; COMP/M.4204, *Cinven/*

mente distribuiti attraverso la *pay-tv* non sono di norma sostituibili con i programmi e i contenuti trasmessi dai canali in chiaro[30].

D'altra parte, occorre, altresì, considerare che gli operatori di entrambi i mercati utilizzano i contenuti per acquisire quote di *audience* (e quindi, indirettamente, garantirsi introiti pubblicitari per coprire i costi). Le condotte degli uni influenzano, quindi, i risultati economici degli altri. Inoltre, gli operatori di *pay-tv*, potendo inserire spot pubblicitari nell'ambito della loro programmazione, sono anche attivi nel mercato della raccolta pubblicitaria televisiva e costituiscono, quindi, una forma di pressione concorrenziale nei confronti delle società che finanziano l'offerta di programmi prevalentemente attraverso la raccolta pubblicitaria.

Si aggiunga che gli eventi calcistici, per la caratteristica di regolarità che essi possiedono, sono in grado di "fidelizzare" i telespettatori nei confronti di specifiche emittenti televisive che, a loro volta, possono attrarre maggiori risorse economiche in termini di investimenti pubblicitari e di numero di abbonati alla *pay-tv* [31]. In questo senso, la correlazione tra trasmissioni di eventi sportivi e decisione di effettuare o mantenere un abbonamento a una *pay-tv* è rimasta elevatissima, tanto che ancora oggi la partecipazione alle gare per l'assegnazione dei diritti rappresenta un passaggio fondamentale per le *company* del settore. A tale proposito, è opportuno ricordare che anche le agenzie di *rating* valutano le aziende in base al successo o meno riscontrato in tali gare: Moody's, ad esempio, ha portato la valutazione di Sky nel 2015 a Baa2, invece che a Baa3, proprio per il successo nell'aggiudicazione dei diritti di trasmissione della *Premiere League* inglese[32].

Non solo: una ulteriore caratteristica distintiva degli eventi sportivi è rappresentata dalla circostanza per cui la loro trasmissione è capace di attrarre *audience* elevata se, e in quanto, avvenga in diretta; l'esclusiva è, dunque, tanto rilevante perché, in sua assenza,

UPC France; COMP/M.3411, *UGC/Noos*; COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, tutte reperibili in http://ec.europa.eu.

[30] Per una più ampia panoramica del mercato dei diritti audiovisivi sportivi si veda E. Morelli, *op. cit.*, 52 ss., secondo cui l'individuazione del mercato suddetto avviene su tre piani: 1) il piano del mercato rilevante, suddiviso, a sua volta in due livelli (il mercato a monte, composto dai club e dalle leghe o federazioni, titolari del diritto di sfruttamento economico degli eventi sportivi) e il mercato a valle (rappresentato dal settore delle comunicazione, in cui operatori televisivi e *new media*, fornitori di contenuti e loro organizzazioni, si fanno concorrenza; 2) il piano merceologico, delineato sulla base di un'analisi diretta a individuare i prodotti o i servizi tra loro concorrenti; si parla, in questo caso, di "sostituibilità" di un prodotto/servizio con un altro prodotto/servizio: solo il prodotto/servizio non sostituibile può costituire un mercato a sé (in particolare, si ritiene che alcune discipline sportive - come il calcio, il ciclismo, la Formula 1, la Moto GP - dotate di maggior *appeal* sul pubblico dei consumatori, costituiscano un mercato ancora più circoscritto, perché non sostituibili con altre competizioni, agli occhi dello spettatore-tifoso); 3) il piano geografico, limitato all'ambito nazionale, in quanto caratterizzato da forti barriere linguistiche e culturali.

[31] Basti ricordare, a titolo esemplificativo, che, quando in Germania la televisione a pagamento *Premiere* ha annunciato di non essere riuscita ad aggiudicarsi i diritti audiovisivi sulle dirette della *Bundesliga*, essa ha immediatamente perso il 42% del suo valore di mercato e gran parte dei suoi abbonati, mentre la concorrente *Arena*, che si era aggiudicata quei diritti, ha aumentato in poche settimane la propria base clienti di 900.000 unità. Si vedano, su tale vicenda (ricordata anche da F. Ghezzi, *op. cit.*, 22), Asser Institute, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, Amsterdam, 2014, 63, nota 296; nonché, PWH, *Changing the game, Outlook for the global sports market to 2015*, 2011.

[32] Cfr., in argomento, Moody's, *Moody's affirm Sky's Baa2 ratings on conclusion of the Premier League tender process, stable out look*, Global Credit Research, 12 febbraio 2015.

uno o più concorrenti potrebbero trasmettere gli stessi eventi sportivi simultaneamente su altri canali, con la conseguenza di una riduzione considerevole del valore del prodotto.

Il fenomeno appena descritto è efficacemente sintetizzato in quel passaggio dell'ordinanza annotata, dove si afferma, da un lato, che «i contenuti relativi alle gare calcistiche in questione sono pacificamente tra i contenuti che richiamano maggiore attenzione da parte della clientela degli spettatori»; dall'altro che «la durata di ciascun Prodotto Audiovisivo assorbe – oltre al tempo della gara – rilevanti spazi temporali *pre* e *post*-evento in collocazioni orarie evidentemente predefinite necessariamente dalla trasmissione in diretta dell'evento calcistico […] così occupando spazi del palinsesto che possono divenire complessivamente di rilevante entità»[33].

Dunque, sebbene non si possa «negare che le nuove piattaforme e le convergenze [abbiano] fornito un maggiore livello di concorrenza nel settore televisivo e un più facile accesso ai contenuti, i diritti sportivi rimangono, o anzi sono sempre più, una fonte di potere di mercato»[34].

5. (Segue): c) normativa *antitrust* e rilevanza degli eventi sportivi all'interno dei palinsesti televisivi: specificità e non sostituibilità dei diritti di trasmissione degli eventi calcistici (le peculiarità del caso italiano rispetto ad altre esperienze europee)

In secondo luogo, dal punto di vista della concorrenza, la questione dei diritti audiovisivi (e, quindi, la valutazione di determinate condotte, in rapporto alla normativa *antitrust*) dipende dalla specificità dello sport e dal rilievo che l'evento sportivo, in sé, assume nell'ambito del palinsesto offerto dall'emittente. In alcuni paesi europei si ritiene che il campionato nazionale di calcio sia un "*must have*", ossia rappresenti il principale e più potente motore trainante degli abbonamenti di una emittente a pagamento[35]. Il caso italiano è poi peculiare, per la indiscussa rilevanza che il calcio ha nella nostra cultura[36], e per la assoluta preminenza che ha assunto nei confronti di altre manifestazioni

[33] Cfr. il § 3 dell'ordinanza.

[34] F. Ghezzi, M. Maggiolino, *La cessione dei diritti audiovisivi del Campionato si calcio di Serie A, tra regolazione procompetitiva e tutela della concorrenza*, Bocconi University, 2014, 14-15.

[35] Dato il preponderante interesse suscitato dal gioco del calcio in Europa, gli eventi sportivi calcistici sono in grado di ottenere numeri elevati di spettatori e di raggiungere in modo regolare un pubblico identificabile, che costituisce uno specifico *target* per gli inserzionisti pubblicitari. Il calcio attrae, infatti, un pubblico ampio e, conseguentemente, è in grado di richiamare un'elevata quota di investimenti pubblicitari, non paragonabile a quella imputabile alle altre tipologie di programmazione televisiva: così E. Morelli, *op. cit.*, 30-31.

[36] Sulla rilevanza sociale dell'evento sportivo, cfr., ad es., il primo provvedimento in tema di diritti televisivi sportivi della Pretura di Roma, ord. 68/1955, in *Dir. aut.*, 1956, dove già si affermava: «Lo spettacolo sportivo, specie se di importanza eccezionale, per la sua particolare estensione di interessi suscitati e per gli sviluppi cui è giunto attualmente, come fenomeno sociale, appartiene, in quanto avvenimento, alla storia e, in quanto spettacolo, a tutto il vasto pubblico». In senso analogo si sottolinea, in dottrina, che il culto dello sport, come attualmente praticato, attribuisce allo stesso un particolare rilievo di carattere sociale; in questa prospettiva, l'attività dei giornalisti di cronaca sportiva assolve ad

sportive quale *driver* degli abbonamenti e degli ascolti tv[37]. Non è certo irrilevante che, mentre in altri paesi europei le emittenti televisive spendono in media il 75% del totale delle spese per diritti sportivi nel calcio, questa somma sale ad oltre il 90% in Italia[38]. In sintesi, se nei principali paesi europei il legame tra entrate complessive delle squadre di calcio, diritti televisivi, e spesa per l'acquisto di tali diritti da parte delle emittenti televisive è piuttosto forte, in Italia potrebbe dirsi simbiotico[39].

Ma il calcio – e, più in generale, lo sport – non è solo un prodotto in grado di generare abbonamenti ma anche un luogo privilegiato di creazione di una identità, della riconoscibilità dell'emittente, un laboratorio in cui si costruisce un linguaggio, si creano personaggi, le figure divistiche simboli della rete.

Non stupisce, dunque, che, sotto un profilo concorrenziale, da tempo i diritti audiovisivi di eventi sportivi siano ritenuti *input* fondamentali per le dinamiche dei mercati a valle[40] dell'emittenza televisiva, tanto da fare affermare alla Commissione che: «I diritti […] sugli eventi calcistici più regolari a cui partecipano squadre nazionali (in particolare le partite di campionato) costituiscono il fattore essenziale (la "motivazione") che

una ineludibile funzione di massa: quella di diffondere le rappresentazioni, soddisfacendo le aspettative sempre crescenti del pubblico: cfr. A. Giannini, *Sulla tutela delle manifestazioni sportive*, in *Rivista di diritto industriale*, I, 1958, 258 ss.; M. Are, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano, 1962, 47 ss. Difforme l'orientamento espresso, più recentemente, da Tribunale di Cagliari, 12 novembre 1999, inedita (e citata da E. Morelli, *op. cit.*, 11), dove si legge: «L'avvenimento sportivo è da considerare come un evento che pur assumendo una certa rilevanza sociale in forza del grande seguito popolare che caratterizza questo tipo di manifestazioni, tuttavia non assume le caratteristiche di primaria importanza per la vita dei cittadini».

37 Basti ricordare che in Italia le rilevazioni effettuate dall'Auditel evidenziano come nelle prime trentanove posizioni della classifica dei programmi più visti figurino esclusivamente partite di calcio di cui trentasei della nazionale italiana. In particolare, il 77% è relativo alle qualificazioni o alle fasi finali di campionati del mondo: e la trasmissione più seguita nella storia risulta, tuttora, la semifinale del Campionato mondiale di calcio 1990, tenutosi in Italia, con 27 milioni 537 mila telespettatori per una percentuale dell'87,25% di *share*. Inoltre, nelle prime quaranta posizioni vi sono anche tre incontri tra squadre di club in *Champions League*: cfr., su tali dati, G. Greppi, *La regolamentazione del diritto di cronaca e della lista degli eventi da trasmettere in chiaro*, in O. Pollicino, S. Gobbato, *Eventi sportivi e diritti audiovisivi. Le esclusive tra concorrenza e regolazione*, 79.

38 Cfr., su tali dati, Asser Institute, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, figura 2.7, 67; cfr., inoltre, G. Gangemi -B. Zambardino, *op. cit.*, 9–10.

39 A titolo esemplificativo, basti ricordare che, per quanto concerne il 2012, le entrate da diritti di trasmissione televisiva del complesso delle squadre partecipanti al Campionato di Serie A erano pari ad una percentuale vicina al 50%, superiore a quella di tutti gli altri principali campionati nazionali europei, e pari a più del doppio rispetto al Campionato tedesco (*Bundesliga*); si veda, sul punto, F. Ghezzi, *Cessione di diritti audiovisivi nel settore del calcio*, 23.

40 Il mercato a valle concerne gli operatori televisivi e *new media*, fornitori di contenuti e loro organizzazioni (come ad es. l'Eurovisione). In particolare, esso si suddivide in due ulteriori tipologie di mercati ancora più circoscritti: *a*) quello del "chiaro" (denominato anche "della raccolta pubblicitaria"), che presenta due versanti (c.d. *Two sided market*): nel primo, il "versante del consumo dei contenuti televisivi", le imprese televisive contattano i consumatori offrendo contenuti televisivi, quali informazioni, intrattenimento, sport, ecc.; nell'altro, il "versante della compravendita di inserzioni televisive", misurata la quantità (c.d. contatti) e la tipologia (*target*) di consumatori raggiunti, le imprese televisive, direttamente o attraverso concessionarie, vendono spazi pubblicitari agli inserzionisti, che mirano a promuovere i propri beni o servizi presso i consumatori; *b*) quello della "televisione a pagamento" (c.d. *pay-tv*), che si esaurisce, invece, nella relazione economica diretta, quindi, ad un solo versante, tra l'emittente televisiva e i consumatori finali, che esercitano una domanda di prodotti televisivi a pagamento. Su tali aspetti, cfr., *amplius*, E. Morelli, *op. cit.*, 52 ss. Una definizione normativa delle modalità di trasmissione "in chiaro" e "a pagamento" si rinviene nell'art. 2, c. 1, lett. *m*) e *x*), d.lgs. 9/2008.

spinge gli utenti ad abbonarsi a un determinato canale o a una determinata piattaforma di *pay-tv*. Benché anche altri tipi di contenuti costituiscano un complemento importante al *bouquet* di una *pay-tv*, questi non sono necessariamente contenuti di tipo "motivante"»[41]. I diritti di trasmissione del calcio, pertanto, alla luce della specificità dei contenuti che racchiudono e del pubblico che raggiungono, non possono essere considerati sostituibili né dai diritti relativi ai programmi aventi natura differente da quella sportiva né dai diritti di trasmissione degli eventi sportivi diversi dal calcio[42]. Inoltre, come già sottolineato, i programmi sportivi calcistici, si caratterizzano per la loro regolarità di trasmissione nell'arco dell'anno e sono, dunque, in grado di creare nel pubblico un'abitudine nel seguire la programmazione di una determinata emittente[43].

Peraltro, l'incertezza e l'attrattività delle competizioni rendono ancora più redditizi i diritti di trasmissione degli eventi calcistici: si crea, così, una sorta di "cooperazione bilanciata" o "circolo virtuoso" che consente alle Federazioni e alle squadre coinvolte di aumentare i ricavi attraverso la vendita dei diritti di trasmissione. Il denaro portato ai *club* dalla commercializzazione dei diritti consente loro di produrre eventi di maggiore qualità (migliori giocatori, stadi più accoglienti con più pubblico, ecc.), aumentando anche i propri sostenitori e i potenziali abbonati a beneficio delle emittenti televisive, che sono così incentivate ad offrire somme più elevate nelle aste per l'aggiudicazione di tali diritti in esclusiva[44]. La maggior remunerativitá dei diritti genera, a sua volta, maggiori

[41] Commissione U.E., 2 aprile 2003, COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, reperibile in http://ec.europa.eu.

[42] Per una lettura comparata del tema, cfr., ad es., O. Budzinski, *The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets* , Int. Ass'n of Sports Eco-nomist W.P. Series, 11-03; L. Rossi-Lindström-S. De Waele-D. Vaigauskaite, *Application of EC Antitrust Rules in the Sports Sector: An Update*, in *Competition Policy Newsletter*, 2005, 72 ss.; A. Santamaria, *Professional Sport and Competition,* in *Antitrust between EC Law and National Law*, in E.A. Raffaelli (a cura di), 2005, 267 ss.; A.C.T. Smith-B. Stewart, *The Special Features of Sport: A Critical Revisit*, in *Sport Management Review*, 2010, 1 ss.

[43] Come rilevato dall'AGCM (ma in tal senso, in dottrina, F. Ghezzi, *Cessione di diritti audiovisivi nel settore del calcio*, 15 ss. e E. Morelli, *op. cit.*, 30 ss.), le caratteristiche di frequenza e regolarità, tipiche degli eventi calcistici, aumentano il valore dei programmi di calcio nel quadro di un pacchetto pubblicitario, in quanto consentono all'inserzionista di realizzare frequenti contatti con un potenziale cliente avente uno specifico profilo. In questa prospettiva, i diritti di trasmissione tv degli eventi calcistici disputati regolarmente ogni anno per tutto l'anno, quali gli eventi del Campionato di Serie A e B e di Coppa Italia, nonché della UEFA Champions League e della UEFA Europa League, relativamente agli eventi disputati dalle squadre partecipanti ai campionati nazionali, costituiscono un mercato distinto: cfr., ad es., le decisioni della Commissione Europea, 23 luglio 2003, COMP/C.2-37398, *Joint selling of the commercial rights of the UEFA Champions League* e 19 gennaio 2005, COMP/C-2/37.214, *Joint selling of the media rights to the German Bundesliga*, reperibili in http://ec.europa.eu. Per un'affermazione di tali principi, in ambito italiano, si veda, ad es., AGCM, 1° luglio 1999, provv. n. 7340, *Vendita diritti televisivi (I362)*, in *Boll.*, 26/99 nonché AGCM, 18 gennaio 2010, provv. n. 20687 (chiusura istruttoria), *Procedure selettive Lega Nazionale Professionisti Campionati 2010/2011 e 2011/2012*, *ibid.*, 3/2010.

[44] Solo per fare qualche esempio, i diritti televisivi per la Juventus rappresentano il 50,2% del fatturato; per la Lazio il 72,4%; per il Napoli il 59,7%; per la Roma il 49,5%; per il Milan il 37,2% ed infine per l'Inter il 32,7% (fonte www.calcioefinanza.it, bilanci 2015 e 2016). Considerando pure i 370 milioni della vendita all'estero dei diritti, quelli di Coppa Italia e Supercoppa Italiana, da poco assegnati, la nuova ripartizione e l'offerta di MediaPro, si andrebbe dai 91 milioni annui della Juventus ai 36,5 del Benevento, così composti: «Cinquanta per cento in parti uguali, venti per i tifosi, cinque per i risultati sportivi storici, dieci per quelli dei cinque anni precedenti e quindici per l'ultimo»: cfr. F. Caremani, *I rischi per la Serie A dopo la sentenza su MediaPro*, cit.

ricavi per le squadre che, quindi, risultano maggiormente attrattive per gli *sponsor*[45].

6. La necessità di tutelare la concorrenza effettiva nel mercato audiovisivo e, al contempo, il diritto di informazione: i limiti imposti alle "esclusive" dalla Commissione europea e, in ambito interno, dall'AGCM. I *listed events* tra "flessibilità" della normativa europea e "rigidità" della disciplina interna: le prospettive di riforma

Alla luce delle esposte considerazioni pare di poter affermare che il vero nodo da sciogliere sia la disciplina della vendita dei diritti audiovisivi. Per gli operatori economici, la parola d'ordine è l'acquisto in esclusiva, ma ciò potrebbe ostacolare una concorrenza efficace: i rischi *antitrust* nei mercati audiovisivi – palesatisi chiaramente nel caso di specie – derivano dal fatto che l'esclusiva di un campionato a beneficio di un solo soggetto, per definizione, esclude tutte le emittenti concorrenti o i potenziali entranti che non possono permettersi l'acquisto di questi diritti. Il che mette a repentaglio la stessa esistenza delle emittenti che non si sono aggiudicate alcun pacchetto, con inevitabili conseguenze negative su quel "circolo virtuoso", di cui si è detto (diritti audiovisivi – introiti pubblicitari – contratti di sponsorizzazione)[46].

[45] Sulla sponsorizzazione sportiva (e non solo) esiste un'amplissima bibliografia, che non è possibile riportare per intero: cfr., ad es., B. Inzitari, *Sponsorizzazione*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, F. Galgano-I. Padova (a cura di), 1985, 248 ss.; V. Franceschelli, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. comm.*, I, 1987, 288 ss.; A. Propersi-G. Rossi, *La sponsorizzazione*, Milano, 1988; C. Verde, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989; Id., *Il convegno di Parma sulla sponsorizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1988, 381 ss.; V. Amato, *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990; Id., *Sponsorizzazione*, in *Digesto (discipline privatistiche), sezione commerciale*, XV, Torino, 1998, 134 ss.; G.V. Briante-G. Savorani, *I contratti di sponsorizzazione*, in G. Alpa-M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, II, tomo 1, Torino, 1991, 429 ss.; E. Giacobbe, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1991, 399 ss.; A. Leone, *I contratti pubblicitari*, Trieste, 1991, 81 ss.; V. Zeno Zencovich-F. Assumma, *Pubblicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991, 101 ss.; H. Peter, *Ius sponsor(ing) in sponsorizzazione sportiva nella giurisprudenza*, in *Economia e diritto Terziario*, 1998, 113 ss.; R. Aguiari-C. Diana, *Le sponsorizzazioni nella strategia delle società sportive*, *ibid.*, 1998, 83 ss.; G. Vidiri, *Società sportive e contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. it.*, IV, 1993, 419 ss.; Id., *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2001, 3 ss.; R. Di Pace, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle Pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm.- TAR*, 2004, 3898; A. Massari, *La sponsorizzazione nella Pubblica amministrazione. Il favore per la sua applicazione alla luce del recente orientamento del legislatore, della giurisprudenza e della prassi*, in www.appaltiecontratti.it; L. Colantuoni, *Contratto di sponsorizzazione ed inadempimento dello sponsee*, nota a Cass. civ., sez. III, 28 marzo 2006, n. 7083, in *Rass. dir. economia sport*, 2007, 106; R. Filosto, *Contratto di sponsorizzazione, sanzioni sportive e responsabilità contrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 817 ss.; A.C. Nazzaro, *L'oggetto del contratto di sponsorizzazione*, in *Rass. dir. economia sport*, 2008, 492 ss.; M. Burgi, *Sponsoring der öffentlichen Hand. Rechtrahmen, Empirie, Regelungsvorschläge, Nomos Verlagsgesellschaft*, Baden-Baden, 2010, 77 ss.; R. Razzante, *Il product placement,* in V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani"*, Santarcangelo di Romagna, 2010, 79 ss.; C. Srubek Tomassy, *Il contratto di sponsorizzazione* (nota a Trib. Treviso-Montebelluna, 12 marzo 2010), in *Corr. merito*, 2010, 716 ss.; G. Bonomo, *La sponsorizzazione di servizi di media audiovisivi*, in *Dir. ind.*, 2011, 286 ss.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, 583 ss.

[46] Cfr § 6.

Dunque, la sfida che, da un lato, il legislatore, dall'altro, gli operatori economici, si trovano davanti è quella di individuare una soluzione che consenta di realizzare più obiettivi simultaneamente: consentire l'accesso da parte del massimo numero di utenti possibile a contenuti di qualità e di loro interesse senza doversi abbonare ad una pluralità di piattaforme, proteggendo al contempo una concorrenza effettiva nel mercato della distribuzione di contenuti audiovisivi, senza, perciò, frenare l'innovazione nel settore. Non va, infatti, dimenticato che alcune criticità del sistema, soprattutto in Italia, derivano dai ritardi con cui il nostro Paese si sta adeguando ad alcune innovazioni tecnologiche (come, ad es., la banda larga e le connessioni veloci), che interessano ancora una fetta ristretta della popolazione nonché aree del territorio geograficamente limitate[47].
Com'è noto, la posta in gioco è rappresentata, da un lato, dai diritti di sfruttamento economico della manifestazione sportiva, per cui gli organizzatori hanno impegnato spesso ingenti quantità di mezzi; dall'altro, nella salvaguardia del diritto all'informazione su eventi di interesse collettivo, quali possono ormai considerarsi buona parte delle manifestazioni di questo tipo[48]. Non stupisce, dunque, che il tema dei diritti audiovisivi sia stato tradizionalmente impostato in termini di contrapposizione tra le due suddette esigenze, al fine di individuare il giusto limite oltre il quale l'informazione sullo spettacolo sportivo finisce col tramutarsi in indebita appropriazione del risultato dell'altrui attività lavorativa[49].
Come emerge da alcuni importanti contributi sul tema, la stessa Commissione europea è ben consapevole delle difficoltà operative che incontra l'analisi *antitrust* in un settore così peculiare[50], anche se, molto correttamente, rileva che l'impatto delle attività economiche generate dallo sport, soprattutto dalla recente esplosione dei proventi derivanti dalla cessione dei diritti di trasmissione televisiva degli eventi sportivi è ormai tale da non poter sottrarre il settore sportivo all'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato[51].

---

[47] Va qui ricordato che la l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016) aveva previsto l'incentivazione della c.d. "banda larga", per gli edifici pubblici (in particolare scolastici). Più recentemente, in data 7 agosto 2017 è stato, quindi, approvato, in via definitiva (Consiglio dei Ministri n. 41), il «Regolamento concernente i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali», adottato ai sensi della legge di stabilità 2016, che contiene, appunto, nuove regole per il riparto dei contributi all'emittenza locale.

[48] Cfr., in tal senso, M. Sanino-F. Verde, *Il diritto sportivo*, cit., 384.

[49] Per più ampi approfondimenti sulla "dialettica" tra diritto di informazione ed altre situazioni giuridiche soggettive dello stesso rango, si veda A. Mastrorilli, *Sport in "diretta", tra interessi pubblici e privati*, in *Rivista di diritto dello sport*, 1993, 516 ss.

[50] Per un'interessante analisi del rapporto tra sport e normativa *antitrust* si veda M. Coccia, *Lo sport in TV e il diritto antitrust*, in *Rivista di diritto dello sport*, 2000, 297 ss.; si veda, inoltre, in argomento, M. Sanino-F. Verde, *Il diritto sportivo*, 384 ss.

[51] Cfr., sul punto, Commissione CE, comunicato 24 febbraio 1999, n. 19/99/133 (in http://ec.europa.eu), ove si sottolinea che «l'interdipendenza e le sovrapposizioni» tra il «livello» dell'attività sportiva propriamente detta e quello delle attività economiche generate dall'attività sportiva «rendono più complessa l'applicazione delle norme di concorrenza. Lo sport vanta delle peculiarità, in particolare, l'interdipendenza tra concorrenti e la necessità di garantire l'incertezza dei risultati delle competizioni sportive, che potrebbero giustificare l'attuazione da parte delle associazioni sportive di un quadro regolamentare specifico, in particolare in relazione ai mercati della produzione e della vendita degli spettacoli sportivi. Tuttavia, queste specificità non giustificano alcuna esenzione d'ufficio delle attività

Al fine di minimizzare gli effetti distorsivi della concorrenza, in ambito europeo, le esclusive sono tradizionalmente state ritenute accettabili se accompagnate da una serie di limitazioni. In particolare, l'assegnazione può avvenire in forma individuale, vale a dire direttamente da parte degli organizzatori dei singoli eventi (ad esempio, *club* calcistici per quanto riguarda le partite in cui sono coinvolti), oppure in modalità centralizzata da parte dell'organizzatore di una competizione che si articola in una pluralità di eventi[52]. In questo caso, l'attribuzione dei diritti, riguardando la totalità degli eventi di un torneo o campionato e determinando un ambito di esclusiva ben più esteso rispetto all'assegnazione individuale (che risulta dunque frazionata), deve avvenire attraverso procedure competitive e trasparenti, in modo che tutti gli operatori interessati abbiano uguali possibilità di accedere a questo *input*[53].

economiche generate dallo sport dalle norme di concorrenza del trattato, in particolare a motivo del crescente peso economico di queste attività».

[52] Come già ricordato più sopra (§ 2), il mercato audiovisivo italiano è stato tradizionalmente caratterizzato al modello di vendita "centralizzata", se si esclude una breve parentesi (1999-2005), in cui vi è stato un tentativo – poi fallito – di passare ad un sistema di vendita "individuale". Dal punto di vista storico-normativo, è difficile ripercorrere esattamente le vicende che hanno caratterizzato questo temporaneo "abbandono" della vendita collettiva. Tra gli interventi normativi più significati di questo periodo possono ricordarsi: 1) la delibera dell'Assemblea Generale Straordinaria della Lega Calcio del 19 marzo 1999 (poi approvata in data 9 aprile 1999 dal Consiglio della FIGC, ai sensi dell'art. 21, c. 2, dello Statuto FIGC, in www.figc.it), in forza della quale, modificando il proprio Regolamento - e, in particolare, gli artt. 1, . 3, lett. *d*), *e*), e *g*) e 25, c. 2 e 3], le società calcistiche e la Lega Calcio riconoscono che ciascun *club* è titolare dei diritti di trasmissione delle partite casalinghe da esso organizzate; 2) l'avvio, in data 10 febbraio 1999, della procedura istruttoria, da parte di AGCM, contro la vendita centralizzata dei diritti da parte della Lega Calcio: cfr. AGCM, 1° luglio 1999, provv. n. 7340, cit., in *Boll.*, n. 26/99; 3) l'adozione, da parte del legislatore, del d.l. 30 gennaio 1999, n. 15, conv. in l. 29 marzo 1999, n. 78 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1999, n. 15, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo equilibrato dell'emittenza televisiva e per evitare la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo»). Il decreto venne ribattezzato decreto "anti-Murdoch" perché la particolare situazione di necessità e urgenza che ne aveva dettato l'emanazione derivava dalla "discesa in campo" di Murdoch (magnate australiano, fondatore e proprietario di una grande compagnia specializzata nel settore dei mezzi di comunicazione di massa, tra le maggiori del campo a livello mondiale: la News Corporation) che, nei giorni precedenti, aveva formulato un'offerta di 4.200 miliardi di lire alla Lega Calcio per acquisire i diritti del Campionato di Serie A per sei anni.

[53] Dal punto di vista procedurale, i diritti vengono assegnati in forma centralizzata secondo due modalità alternative: 1) mediante la suddivisione degli eventi in gruppi o pacchetti equilibrati in termini di appetibilità per i telespettatori. Quest'ultima dipende da una serie di fattori quali il richiamo generato dai protagonisti, la presenza in contemporanea di altri eventi sportivi o non di elevato interesse, ecc. Ciascun pacchetto viene posto a gara e assegnato in esclusiva assoluta a un solo operatore che potrà sfruttarlo su tutte le piattaforme tecnologiche. Di norma viene introdotta anche una c.d. *no single buyer rule*, vale a dire il divieto per un operatore di aggiudicarsi tutti i pacchetti posti a gara: se questi sono costruiti in modo che ciascuno di essi includa eventi di richiamo, anche un solo pacchetto può costituire un contenuto fondamentale per chi riesce ad aggiudicarselo. Questo modello è il più diffuso in Europa, e come è evidente grazie alla *no single buyer rule* fa sì che nessuna impresa televisiva possa detenere l'esclusiva assoluta e incontrastata su tutti gli avvenimenti di una competizione; 2) quest'ultimo risultato è raggiungibile attraverso una forma di gara diversa che è stata adottata storicamente in Italia, vale a dire quella per piattaforma: l'intera competizione, o per lo meno gli eventi di maggior rilievo, vengono assegnati separatamente per piattaforma tecnologica, in modo che una pluralità di operatori (uno per piattaforma) possa disporre dei diritti per trasmettere; c) la durata dei periodi di assegnazione in esclusiva è stata limitata a un massimo di tre anni, dopo di che i diritti tornano in gioco. Tale termine è apparso garantire il corretto equilibrio, dal punto di vista temporale, tra le esigenze degli operatori televisivi, che come visto in precedenza devono vedere tutelati i propri investimenti, e quelle di salvaguardia della concorrenza. Cfr. M. Ferrero, *op. cit.*, 46-49.

Risulta importante, che in questa fase "dinamica" del settore, così ricca di numerose potenzialità pro-concorrenziali, non vi siano impedimenti a un'efficace competizione, e che sia tutelato l'interesse dei consumatori/utenti a poter beneficiare pienamente dei cambiamenti in atto.

Occorre, poi, garantire al pubblico un accesso generalizzato agli eventi qualificati come di "particolare rilevanza per la società", ai sensi del diritto U.E.[54]; a tale proposito, ci si può domandare se non sia il caso di "rimeditare" la stessa lista dei c.d. "grandi eventi" che devono essere trasmessi in chiaro, predisposta dall'AGCOM con delibera 131/2012, che suscita perplessità quanto al mancato inserimento di alcune importanti competizioni sportive.

Ci si riferisce, ad es., al Campionato mondiale di Formula 1 e a quello di MotoGP per i quali si garantisce la visione "in chiaro" solo di un GP (quello d'Italia).

Se, infatti, l'esclusione delle altre gare dei Campionati mondiali di Formula 1 e di MotoGP potrebbe apparire giustificata alla luce di uno soltanto dei criteri indicati nell'Allegato A della delibera AGCOM n. 131/2012[55], trattandosi di competizioni non disputate tra squadre nazionali[56], non altrettanto può dirsi in relazione agli altri tre criteri previsti dallo stesso Allegato[57] di cui all'art. 1, c. 2, lett. *a*), *b*) e *d*), cit.

La particolare rilevanza in Italia e la specifica importanza culturale per la popolazione italiana delle gare di Formula 1[58] deriva anche dai grandi successi conseguiti dalle marche automobilistiche italiane (in particolare, Ferrari). Non sembra irragionevole estendere le medesime conclusioni anche alla MotoGP, sia per la grande risonanza nel mondo del prestigioso marchio della scuderia italiana Ducati, attualmente presente tra i *team* di costruttori, sia soprattutto perché alle competizioni partecipano piloti italiani molto noti[59] e che godono di grande riscontro in Italia e all'estero, anche presso il pubblico che normalmente non si interessa a tale disciplina. Peraltro, i dati di ascolto delle ultime edizioni del Campionato di MotoGP evidenziano un grande interesse per la di-

[54] Si tratta dei c.d. *listed events* ovvero di eventi che godono, da parte della popolazione, di un riconoscimento generalizzato, e che, per tale ragione, sono assoggettati ad una specifica disciplina di derivazione comunitaria che ne garantisce la fruizione libera e gratuita. Conformemente a quanto previsto dallo stesso art. 14, c. 1 e 2, dir. 2010/13/UE, ciascun Paese membro stila, secondo modalità che devono essere chiare e trasparenti, un elenco di eventi rilevanti, nazionali e non, da trasmettere in chiaro e che, dunque, non sono criptabili; tale elenco deve essere notificato alla Commissione europea che ne verifica la compatibilità con il diritto comunitario. In Italia, l'AGCOM ha, dunque, dato attuazione al suddetto art. 14, dir. 2010/13/UE e alla relativa norma di recepimento (art. 32-*ter*, TUSMAR), dapprima con la delibera 8/99 e, successivamente, con la delibera 131/2012, allegato A, che contiene la lista degli eventi di rilevanza nazionale che devono essere trasmessi in chiaro. Tra tali eventi figurano non solo eventi sportivi ma anche eventi culturali, quali il concerto di Capodanno presso il Teatro La Fenice di Venezia o la prima rappresentazione della stagione lirica del Teatro La Scala di Milano. Su tali aspetti sia consentito il rinvio a C. Benetazzo, *Diritti audiovisivi ed eventi sportivi tra esclusive, pluralismo e mercato*, in www.federalismi.it, n. 20/2017, spec. 19 ss.

[55] Si tratta del criterio indicato alla lett. *c*) del citato art. 1, c. 2.

[56] Essendo, invece, strutturati in modo da aversi una duplice classifica: una di *team* di costruttori di autovetture e di motociclette e l'altra di piloti.

[57] Ci si riferisce ai criteri indicati all'art. 1, c. 2, lett. *a*), *b*) e *d*), del citato all. A.

[58] Si tratta del criterio di cui alla lett. *b*) dell'art. 1, comma 2, cit.

[59] Come, ad es., Valentino Rossi e Andrea Dovizioso.

sciplina, con scostamenti dipendenti dai risultati dei piloti e veicoli italiani[60]. Aggiungasi che, fino al 2013, sia il Campionato mondiale di Formula 1 sia quello di MotoGP erano trasmessi interamente su palinsesti "in chiaro"[61].

Alla luce di queste brevi considerazioni, risulta che entrambe le discipline godono di una risonanza speciale e generalizzata in Italia ed interessano anche un pubblico che normalmente non le segue, in ragione del coinvolgimento di piloti e costruttori italiani in tornei internazionali di grande rilievo, che, peraltro, sono stati tradizionalmente trasmessi in chiaro con ascolti molto elevati.

Ma analoghe considerazioni potrebbero estendersi anche ad altri sport.

Insomma, sembrerebbe esserci un margine per rimeditare la suddetta lista, anche in ragione della discrezionalità di cui godono gli Stati membri in materia[62].

7. Il nuovo ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo in rapporto allo "spettacolo" sportivo: la necessità di una riforma che garantisca, accanto ad una maggiore qualità e diversificazione della programmazione pubblica anche un'offerta più ampia di contenuti sportivi, non solo relativi ai c.d. "grandi eventi"

Altra condizione fondamentale è che la cessione dei diritti "in chiaro" avvenga nel rispetto di procedure competitive trasparenti ed imparziali; aspetto che si ricollega strettamente al ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo in rapporto allo spettacolo sportivo.

Proprio in rapporto al tema dei diritti audiovisivi, in particolare sportivi, emerge, infatti, la necessità di un'ulteriore riflessione o, meglio, di una "rimeditazione" della fun-

[60] Si noti che la leggera flessione di ascolti registrata nel 2010 coincide proprio con l'assenza dalle gare di Valentino Rossi, a dimostrazione che la presenza del pilota italiano costituisce un elemento che incide non poco sugli ascolti dell'evento: cfr., ancora, la citata delibera AGCOM n. 131/12/CONS

[61] Rai e Mediaset.

[62] Peraltro, come emerge dall'analisi dei noti casi *UEFA/FIFA c. Commissione* (CGUE, cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12 (2013), in www.federalismi.it, n. 15/2013, su cui v. il commento di S. Gobbato, *Diritti tv: la Corte UE conferma l'integrale inclusione di Mondiali ed Europei di calcio tra gli "eventi di rilevanza nazionale" di Belgio e Regno Unito*, in www.medialaws.eu.), il diritto U.E. lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire gli eventi che, in quanto dotati di "particolare rilevanza per la società", devono essere trasmessi su canali tv liberamente accessibili al pubblico e non possono formare oggetto d'esclusiva in favore di emittenti a pagamento. Ne deriva che un medesimo evento può essere oggetto di difformi valutazioni da parte degli Stati membri, di modo che risulta perfettamente ammissibile che alcuni paesi indichino come "eventi rilevanti" solo le partite in cui gioca la squadra nazionale, mentre altri (come Regno Unito e Belgio nella fattispecie) considerino "rilevante" l'intera competizione. L'unica condizione richiesta, ai fini della legittima inclusione di un evento nelle "liste nazionali", è la proporzionalità della restrizione imposta. Secondo la Corte di giustizia, nel caso in cui uno Stato membro abbia designato validamente l'insieme delle partite di un intero campionato come "eventi di particolare rilevanza", la Commissione europea è tenuta ad esaminare unicamente gli effetti di tale designazione, sul diritto di proprietà, che vanno «oltre quelli intrinsecamente connessi all'inserimento di detto evento nell'elenco degli eventi designati da tale Stato membro». Cfr., sul punto, ancora la decisione della CGUE., caso *UEFA/FIFA,* cit., ove, tuttavia, la Corte non fornisce ulteriori chiarimenti sui parametri che consentono, caso per caso, di svolgere l'esame di proporzionalità degli effetti delle misure nazionali sui diritti di proprietà degli organizzatori degli eventi.

zione e del ruolo e della funzione del servizio pubblico radiotelevisivo che appare particolarmente in crisi in questo settore. Come si è già osservato più sopra – a partire dagli anni '90, con l'approvazione della "Legge Mammì" – si determina un progressivo allontanamento dalla funzione "collettiva" svolta dal servizio pubblico ovvero del *quid pluris* che lo contraddistingue dalla televisione commerciale. L'apertura del settore alla concorrenza dei privati, ha, infatti, reso più "sfuocato" il ruolo della concessionaria pubblica, determinando una profonda crisi "identitaria" della RAI, che, dovendo competere con le emittenti private, secondo una logica aziendale, ha iniziato a perdere di vista la sua "missione" pluralista. Si aggiunga che la "convergenza" tra i mezzi di comunicazione (c.d. "multimedialità"), favorita dallo sviluppo della tecnologia digitale, tende ad erodere le specificità, spingendo verso una regolamentazione comune dei media[63].
Queste difficoltà emergono con particolare evidenza proprio in rapporto al settore dei diritti audiovisivi sportivi (non solo calcistici), con la maggior parte delle quote del mercato detenute da TV commerciali, a differenza del passato in cui la RAI garantiva la trasmissione "in chiaro" di moltissime competizioni sportive (non solo dei c.d. "grandi eventi", relativi a squadre nazionali)[64]. Peraltro, come si è già osservato più sopra, la riduzione dell'offerta concerne non solo gli eventi "premium", per i quali le esclusive in favore delle emittenti pubbliche sono consentite dall'ordinamento, ma anche con riguardo ai c.d. *listed events*: basti pensare ai campionati mondiali ed europei di calcio, per i quali il servizio pubblico non è più in grado di assicurare la trasmissione in chiaro di tutte le partite, ma solo di una quota di esse, ponendosi così in competizione con le emittenti private, che spesso sono in grado di assicurare un'offerta molto più ampia[65].
Ma c'è di più.

---

[63] Come è stato acutamente rilevato da G. Gardini, *Rai e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in equilibrio tra unità, pluralismo e mercato*, in E. Chiti-G. Gardini-A. Sandulli (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, in Collana di Studi *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 313, «L'Europa, all'avvio del nuovo millennio, prefigura un unico quadro normativo per tutte le comunicazioni elettroniche, in cui assumono centralità le norme generali sulla concorrenza, e la regolazione pubblicistica scende al minimo indispensabile, rimanendo affidata, secondo il principio di sussidiarietà verticale, alla potestà dei singoli Stati membri».

[64] Appaiono significativi, sotto tale punto di vista, i dati riportati nella Relazione annuale 2014 dell' AGCOM (reperibile in www.agcom.it), dalla quale risulta che Sky Italia detiene una quota di mercato in valore pari al 77,80%, mentre Mediaset Premium ne possiede una fetta pari al 19,10 %. La rimanente quota di mercato, pari al 3,20% del fatturato totale realizzato, è detenuto da diversi operatori di minore dimensione. In ordine al mercato della raccolta pubblicitaria televisiva, dalla stessa relazione AGCOM appena citata, risulta che più della metà delle quote di mercato (precisamente il 53%) sono detenute da RTI (Mediaset Premium). In tale ambito, Sky rappresenta il terzo operatore con una quota del 6% ed è preceduta da RAI con una quota di mercato pari al 19%.
Basti ricordare, a titolo esemplificativo, che, quando in Germania la televisione a pagamento *Premiere* ha annunciato di non essere riuscita ad aggiudicarsi i diritti audiovisivi sulle dirette della *Bundesliga*, essa ha immediatamente perso il 42% del suo valore di mercato e gran parte dei suoi abbonati, mentre la concorrente *Arena*, che si era aggiudicata quei diritti, ha aumentato in poche settimane la propria base clienti di 900.000 unità. Si vedano, su tale vicenda (ricordata anche da F. Ghezzi, *op. cit.*, 22), Asser Institute, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, Amsterdam, 2014, 63, nota 296; nonché, PWH, *Changing the game, Outlook for the global sports market to 2015*, December 2011.

[65] A titolo meramente documentativo, si ricordi che, durante gli ultimi Campionati Europei di Calcio, tenutisi nel 2016, RaiSport ha assicurato la copertura "in chiaro" di 27 partite, trasmesse su Rai1 e RaiHd, mentre Sky ha trasmesso integralmente il cartellone delle 51 partite. O si pensi agli imminenti Mondiali di calcio, in cui – dopo l'aggiudicazione dell'intero pacchetto a Mediaset – la Rai non trasmetterà in chiaro nessuna partita.

La convergenza tecnologica produce un aumento esponenziale dell'offerta mediatica, che, secondo un'opinione diffusa, avrebbe addirittura cancellato lo spazio per un servizio pubblico televisivo, finanziato con denaro della collettività poiché, nell'era dell'informazione elettronica, il pluralismo sarebbe assicurato spontaneamente dal mercato e dalla concorrenza tra le diverse piattaforme mediatiche[66].

A parere di chi scrive, queste posizioni, per quanto suggestive, non appaiono condivisibili: l'emittenza pubblica resta necessaria e insostituibile per garantire la tutela di valori comuni, interessi indipendenti dal mercato e da valutazioni economiche.

Se è vero che l'intrattenimento sportivo corrisponde a valori condivisi, formativo e funzionale alla coesione sociale[67], non si può negare che, anche in tale settore, il servizio pubblico radiotelevisivo rivesta – tutt'oggi – un ruolo di "istituzione" di garanzia[68], dotata di una funzione di "contrappeso" rispetto alla televisione commerciale nonché di prevenzione di fenomeni come l'appiattimento, la "massificazione culturale" e la "frammentazione sociale"[69].

Per avere un ruolo e una collocazione nella società contemporanea, la televisione pubblica deve, quindi, offrire, anche sul versante della programmazione sportiva – su cui, come si è detto[70], maggiormente si concentra la concorrenza tra le diverse piattafor-

[66] Cfr., in argomento, E. De Blasio-M. Sorice (a cura di), *Pluralismo Democrazia Media. Il servizio pubblico in Europa*, Milano, 2014, 13-14. Diverso il punto di vista espresso da G. Gardini, *op. cit.*, 313 ss., il quale ritiene, invece, non convincente questa tesi, in quanto legata ad una visione «strettamente commerciale, che considera i beni valoriali prodotti dalla comunicazione mediatica come frutti generati spontaneamente dal mercato, laddove sia posto in condizione di funzionare correttamente». In altri termini, si tratta di una visione che, pur mostrando una particolare attenzione per le analisi multimediali, appare, tuttavia, parziale, in quanto non sembrerebbe attribuire altrettanta considerazione all'altra funzione fondamentale, che – accanto alla garanzia del pluralismo – compete ai mezzi di comunicazione di massa (e alla televisione, in particolare): ovvero la funzione di garanzia della "qualità" delle fonti, dei contenuti, del dibattito, dell'intrattenimento. In questa prospettiva, anche dinanzi alla varietà dei contenuti assicurati dalla televisione digitale terrestre, unita alla (pressoché) illimitata disponibilità di fonti di conoscenza, rese disponibili dal web e dai nuovi *media*, non sarebbe venuto meno il ruolo sociale, di servizio pubblico essenziale, svolto dalla televisione pubblica, come meglio si dirà nelle conclusioni del presente scritto (§ 10).

[67] Va del resto sottolineato che lo sport corrisponde ad un valore anche costituzionalmente garantito, che, secondo la pertinente dottrina, va letto come attività sportiva dell'individuo e, quindi, si viene a collocare nell'ambito dei diritti di libertà e quelli sociali (cfr., al riguardo, T.E. Frosini, *L'ordinamento sportivo nell'ordinamento costituzionale*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico.* Atti del 3° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2009, 305 ss.). Infatti, in Italia, ma da tempo anche altrove (ad es., in Grecia all'art.16, c. 9, Cost.), lo sport gode di una sua precipua codificazione costituzionale, in particolare nell'ambito delle materie di competenza concorrente Stato/Regioni di cui all'art. 117 Cost., c. 3, che prevede l'"ordinamento sportivo".

[68] Cfr., in argomento, G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018, 34 ss.

[69] Come sottolineato da G. Gardini, *op. cit.*, 316: «Non si tratta, in fondo, di compiti molto diversi da quelli che ispirarono la creazione della BBC (Gibbons, 1998) e che, opportunamente adeguati al mutato contesto culturale, continuano a rappresentare il "nocciolo duro" del servizio pubblico televisivo:
1) l'"universalità del servizio", intesa come fruibilità sull'intero territorio del paese a condizioni identiche e accessibili per tutti; ma soprattutto come idoneità del servizio a soddisfare tutti i gusti e gli interessi dei consumatori, compresi quelli delle minoranze (c.d. *minority programs*) […];
2) la "responsabilità culturale" nell'informare ed educare gli spettatori, intesa come garanzia di un servizio di alta e costante qualità riferita ad ogni genere di programmazione (*quality of speech*) […];
3) l'"indipendenza" dalla politica, da interessi economici e da qualsiasi tipo di influenza e ideologia […]».

[70] Cfr. i §§ 4 e 5 del presente lavoro.

me – un servizio che, da una lato, garantisca la diffusione di informazioni complete, attendibili e degne di fiducia, dall'altro, contempli una programmazione differenziata, in grado di soddisfare le molteplici esigenze conoscitive ed intellettuali[71].

Proprio il mercato dei diritti audiovisivi sportivi potrebbe rappresentare una delle sfide più ambiziose per la Rai del terzo millennio, nell'ambito di una più organica riforma del servizio pubblico radiotelevisivo[72], che, rivedendo alcuni punti nevralgici della disciplina (quali: obiettivi; *governance*; meccanismi di finanziamento), sia in grado di rinnovare la sua tradizionale "missione", pluralista, conciliando questa "missione" con le regole della concorrenza e del mercato. Il che dovrebbe garantire, accanto ad una maggiore qualità e diversificazione della programmazione pubblica anche un'offerta più ampia di contenuti sportivi, non solo relativi ai c.d. "grandi eventi" (o *listed events*)[73].

---

[71] Traendo spunto dalle parole di un autorevole costituzionalista, recentemente intervenuto sul ruolo dei media di servizio pubblico nell'età della rete, pare di poter concludere che la Rai debba fare la Rai, difendendo ed accentuando il suo ruolo di sevizio pubblico, differenziando il suo stile, il suo linguaggio, i suoi contenuti dalle reti commerciali: il che non vuol dire affidarsi solo ai generi nobili, ma costruire il suo palinsesto nel rispetto dei valori della cittadinanza. Il riferimento è alla relazione tenuta da G.E. Vigevani, al Convegno di Studi "Media e sport tra unità, pluralismo e mercato", tenutosi presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova il 10 maggio 2018, durante la quale l'Autore ha osservato: «Il servizio pubblico ha dominato per decenni l'informazione sportiva, mentre da vent'anni è diventato un po' marginale rispetto alle grandi piattaforme a pagamento. Ma ha ancora un ruolo peculiare: il linguaggio della rete nello sport è sempre più improntato allo stile dell'amico-nemico e il servizio pubblico che ha come fine quello di costruire canali di dialogo potrebbe recuperare questa funzione anche nei commenti».

[72] Un segnale concreto di cambiamento, dopo decenni di "immobilismo", è venuto dalla separazione tra la proprietà della rete e quella dei contenuti, ottenuta mediante la cessione, da parte della Rai, di una quota di minoranza (pari al 30,51%) di azioni ordinarie di RaiWay, la rete di trasmissione e diffusione del segnale Rai. Con l'ingresso in posizione minoritaria di nuovi soci, si è, così, ottenuta una «separazione verticale» dell'azienda, del tutto in linea con l'evoluzione tecnologica e le indicazioni europee, che permette di distinguere più chiaramente il ruolo di operatore di rete da quello di fornitore dei contenuti. Meno efficaci sono, invece, risultate le iniziative legislative che, negli ultimi anni, hanno interessato la *governance* della Rai e, in particolare, la composizione del Consiglio di amministrazione, nel tentativo di restituire efficienza ad un organo fortemente lottizzato e farraginoso. Tra le più recente si segnala la l. 220/2015, recante «Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo», intervenuta non solo sulla disciplina della *governance* ma anche su altri snodi cruciali dell'organizzazione aziendale, come il contratto nazionale di servizio, la responsabilità degli amministratori e il finanziamento pubblico. Con particolare riferimento al meccanismo di governo, la riforma in parola dispone, innanzitutto, una riduzione del numero dei consiglieri d'amministrazione da 9 a 7 (di cui due eletti dalla Camera dei deputati e due eletti al Senato della Repubblica, con voto limitato a uno; due designati dal Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze; uno designato dall'assemblea dei dipendenti della Rai S.p.A., con modalità che garantiscano la trasparenza e la rappresentatività della designazione stessa); riformula, inoltre, i compiti del Consiglio di amministrazione (che, su proposta, dell'assemblea dei soci nomina un amministratore delegato); infine, riduce significativamente le funzioni della Commissione parlamentare Rai. Per un commento alla legge citata cfr. R. De Laurentis, *La nuova riforma Rai: legge n. 220/2015 e il confronto europeo*, in www.federalismi.it (Focus – Comunicazioni, media e nuove tecnologie), 2, 21 novembre 2016 nonché, in termini più generali, in una prospettiva di riforma del servizio pubblico, G. Gardini, *op. cit.*, 314 ss.

[73] Peraltro, l'individuazione di una possibile disciplina alternativa a quella esistente deve, oggi, necessariamente tenere conto di un "vincolo" non superabile connesso al passaggio alla tecnologia digitale. Infatti, oggi la Rai dispone di 21 canali televisivi, 10 canali radio, 10 testate giornalistiche, 2 canali *web*, circa 20 canali *web* telematici e 7 canali a richiesta: si tratta di un'offerta vastissima, che potrebbe essere opportunamente articolata tra canali di servizio pubblico e canali commerciali (come avviene, ad es., per la BBC), anche previa consultazione pubblica, nella prospettiva dell'apertura del mercato televisivo italiano a una maggiore concorrenza e a un maggior pluralismo. Per più ampi approfondimenti al riguardo, sia consentito il rinvio a C. Benetazzo, *op. cit.*, spec. 39 ss.

Note a Sentenza

Sezione comparata

Carpenter v. United States: un'importante sentenza-tassello nell'evoluzione della *reasonable expectation of privacy doctrine*

Monica Senor

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Carpenter v. United States,* 585 U.S. (2018)

Il 22 giugno 2018 la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha emesso un'importante sentenza con la quale è stato sancito il principio secondo cui l'acquisizione da parte di un'autorità governativa presso gli operatori di telecomunicazioni mobili dei dati di localizzazione, generati dalle connessioni delle comunicazioni cellulari con le celle telefoniche (*cell-site location information*), costituisce un sequestro ai sensi del IV Emendamento della Costituzione americana e necessità dunque, per essere considerata legittima, di un warrant basato sulla *probable cause*.

Sommario

1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Il quadro normativo di riferimento. – 4. I precedenti vincolanti, espressione della *third party doctrine*. – 5. Le argomentazione della *majority opinion*. – 6. Considerazioni finali

Keywords

Data retention, Geolocalizzazione, Privacy, Reasonable expectation of privacy, Third party doctrine

1. Premessa

Il 22 giugno 2018 la Corte Suprema statunitense ha pubblicato le motivazioni della sentenza *Carpenter v. U.S.*, una pronuncia molto attesa in tema di accesso da parte delle forze dell'ordine ai dati di geolocalizzazione generati dalle comunicazioni cellulari attraverso le connessioni con le celle telefoniche, memorizzati e conservati dagli operatori di telecomunicazioni mobili.

La Corte ha stabilito che per l'acquisizione di tali dati non è sufficiente un *court order for disclosure* di cui alla Section 2703(d) dello SCA (Stored Communications Act), ma è invece necessario un *warrant* in quanto si tratta di attività investigativa qualificabile come sequestro ai sensi del IV Emendamento della Costituzione americana.

Si tratta di una decisione assunta dalla Corte con una maggioranza risicata (5 giudici su 4) ma compatta in quanto non vi è nessuna *cuncurring opinion*, mentre le *dissenting opinion* sono state redatte singolarmente da ciascuno dei quattro giudici contrari.

2. Il caso

Nell'aprile del 2011, a Detroit, venivano arrestate quattro persone sospettate di aver commesso una serie di rapine a mano armata ai danni delle catene di negozi Radio Shack e T-Mobile. Uno degli arrestati confessava che il gruppo, grazie all'aiuto di altri occasionali concorrenti a cui era stato affidato il ruolo di "palo" ed autista, aveva perpetrato nei quattro mesi precedenti altre nove rapine in diversi esercizi commerciali in Ohio e Michigan. L'uomo collaborava con gli investigatori identificando ulteriori quindici soggetti che avevano partecipato al sodalizio criminoso, dei quali forniva all'FBI i numeri di cellulare. Sulla base di tali informazioni il pubblico ministero chiedeva un *court order,* ai sensi della Section 2703(d) dello SCA, al fine di ottenere i metadati di traffico telefonico dei sospettati. Con riferimento, in particolare, alla posizione di Timothy Carpenter, sulla base di due distinti *order*, venivano acquisiti dalle compagnie telefoniche MetroPCS e Sprint, oltre ad una serie di altre informazioni, 12.898 dati di localizzazione relativi ai movimenti effettuati dall'imputato nei 127 giorni oggetto di indagine.

Carpenter, accusato di sei rapine e di detenzione illecita di arma da fuoco, veniva condannato, sia in primo che secondo grado, sulla scorta (anche) delle prove ricavate dai dati CSLI (*cell-site location information*) che lo collocavano per quattro delle sei rapine contestate sul luogo e negli orari dei crimini.

In entrambi i gradi di giudizio la difesa di Carpenter sosteneva, senza successo, l'inutilizzabilità dei dati CSLI sostenendo che la loro acquisizione sulla base del *court order* fosse incostituzionale per violazione del IV Emendamento che esige, per le operazioni di perquisizione e sequestro sulla persona e sui beni di proprietà, un *warrant* (mandato), emesso dall'autorità giudiziaria e supportato dalla sussistenza della cd. *probable cause.*

Carpenter presentava ricorso alla Corte Suprema.

Varie associazioni per i diritti civili americane, tra cui l'ACLU (American Civil Liberties Union), l'ACLU del Michigan, il Brennan Center for Justice, il Center for Democracy and Technology, l'EFF (Eltronic Frontier Foundation) e la National Association of Criminal Defense Lawyers, presentavano un *amicus brief* a sostegno della tesi difensiva[1].

Il caso veniva discusso avanti la Corte Suprema in data 29 novembre 2017 e, come detto, la sentenza depositata in data 22 giugno 2018.

[1] Un approfondimento dell'attività svolta dall'ACLU è disponibile sul relativo sito.

3. Il quadro normativo di riferimento

La Section 2703 del Titolo 18 dello U.S Code[2], introdotta dallo *Stored Communications Act*, disciplina la rivelazione (*disclosure*) da parte degli internet service provider (nello specifico, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica o di servizi di *computing* da remoto) alle autorità governative (*governmental entity*)[3] del contenuto e dei metadati delle comunicazioni elettroniche dei loro clienti, archiviate per ragioni commerciali per cinque anni.

L'accesso è variamente modulato a seconda delle categorie di dati.

In forza della Section 2703(c)(2) un'autorità governativa può chiedere ad un ISP l'esibizione dei dati anagrafici, di residenza, di pagamento, di durata e del tipo di servizi usufruiti e dei metadati delle comunicazioni effettuate, compresi IMSI, IMEI e IP, di ogni utente od abbonato con un semplice *subpoena*.

L'acquisizione di dati relativi al contenuto delle comunicazioni archiviate presso gli ISP [Section 2703(b)] necessita, invece, di un *federal warrant*, oppure di un *court order for disclosure*, se l'autorità governativa è disposta a notificare preventivamente la sua richiesta all'utente o all'abbonato. Parimenti necessario un *court order for disclosure* [Section 2703(c)(1)] per l'acquisizione di informazioni, relative ad un utente o ad un abbonato, diverse dai dati che si possono richiedere con un *subpoena*.

Un *court order for disclosure* può essere emesso dal tribunale competente solo se l'autorità governativa è in grado di offrire precisi ed articolati elementi atti a dimostrare che vi sono ragionevoli motivi (*reasonable grounds*) per ritenere che il contenuto di una comunicazione (nell'ipotesi residuale di cui sopra) o le altre informazioni richieste siano pertinenti e rilevanti per un'indagine penale in corso.

La motivazione che sorregge una richiesta di emissione di un *court order* è diversa e più lassa rispetto a quella necessaria per argomentare una richiesta di emissione di un *warrant* ai sensi del IV Emendamento: il *court order*, infatti, presuppone la sussistenza di una semplice *reasonable suspicion,* mentre un *warrant* può essere concesso dal tribunale solo in presenza di una *probable cause*.

La *probable cause*, espressamente prevista, sebbene non definita, dal IV Emendamento[4] ricorre e legittima una perquisizione e/o un sequestro eseguiti sulla persona o sui suoi beni materiali (domicilio, documenti, effetti personali) quando vi siano elementi tali da far ragionevolmente ritenere che in un determinato luogo si possano rinvenire le prove di un crimine. In circostanze urgenti, la *probable cause* può anche giustificare perquisizioni e sequestri senza *warrant*.

---

[2] Testo normativo reperibile *online*.

[3] Con la locuzione *governmental entity* si intende «*a department or agency of the United States or any State or political subdivision thereof*».

[4] Il IV Emendamento così 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*».

4. I precedenti vincolanti, espressione della *third party doctrine*

La questione giuridica sottesa al caso in esame è strettamente connessa con la *third party doctrine*, una teoria sviluppatasi negli anni '70, secondo cui se una persona volontariamente cede o condivide con un soggetto terzo i suoi dati personali, si ritiene che su tali dati la persona rinunci ad ogni aspettativa di privacy.
Nella fattispecie in esame i dati di localizzazione acquisiti dall'FBI non si trovavano nella memoria del cellulare di Carpenter ma erano conservati sui server degli operatori di telecomunicazione mobile a cui l'imputato era contrattualmente legato.
Se i dati acquisiti fossero stati memorizzati nel cellulare, la Corte avrebbe sicuramente e pacificamente applicato i principi espressi in *Riley v. California*[5], una sentenza caposaldo, emanata nel 2014, che ha riconosciuto l'incostituzionalità, per violazione del IV Emendamento, delle perquisizioni e dei sequestri effettuati senza *warrant*sui dati contenuti nei telefoni cellulari degli indagati.
Trattandosi, invece, di dati volontariamente comunicati, in forza di un rapporto contrattuale, dall'imputato a soggetti terzi (le telco), sia i giudici di primo e di secondo grado che il procuratore generale in Corte Suprema hanno sostenuto doversi applicare i principi della *third party doctrine*, che trovano fondamento in due storici precedenti rappresentati dalle sentenze *U.S. v. Miller* del 1976[6] e *Smith v. Maryland* del 1979[7]: con la prima pronuncia la Corte Suprema ha sancito che non esiste alcuna ragionevole aspettativa di privacy in relazione alle informazioni personali contenute nei documenti bancari, mentre nel secondo arresto lo stesso principio è stato confermato con riferimento ai tabulati telefonici (i vecchi elenchi cartacei delle telefonate in entrata ed in uscita).

5. Le argomentazioni della *majority opinion*

Il presidente Roberts, a cui è stata affidata l'estensione della *majority opinion* osserva come «*There is a world of difference between the limited types of personal information addressed in Smith and Miller and the exhaustive chronicle of location information casually collected by wireless carriers today*»[8] e sottolinea come la richiesta di conferma della condanna avanzata dall'Attorney General non discenda dalla mera, diretta applicazione della *third-party doctrine* in quanto comporterebbe, se accolta, una significativa estensione della stessa ad una distinta e particolare categoria di informazioni.
Dal punto di vista fattuale, la Corte enfatizza l'attitudine intrinseca dei dati CSLI a trasformarsi in un pericoloso strumento di sorveglianza massiva, sottolineando come i dati di localizzazione siano in grado di rivelare tutti i movimenti di una persona e, attraverso di essi, svelare informazioni relative ai suoi legami familiari, ai suoi rapporti

[5] Atti e documenti relativi al caso *Riley* si possono leggere sul blog ufficiale della Corte Suprema americana.

[6] 425 U.S. 435 (1976) .

[7] 442 U.S. 735 (1979).

[8] Cfr. *majority opinion*, 15.

professionali, alle sue convinzioni politiche e religiose ed alle sue inclinazioni sessuali. Dette informazioni vengono qualificate «*detailed, encyclopedic, and effortlessly compiled*»[9], anche perché (citando *Riley v. California*) i cellulari sono ormai un'appendice inseparabile dell'anatomia umana. Non solo. Rileva ancora la Corte come, trattandosi di dati storici conservati dalle compagnie telefoniche per cinque anni per ragioni aziendali, chiunque può essere monitorato *ex post* e solo i pochi senza cellulare potrebbero sfuggire ad una sorveglianza, definita instancabile ed assoluta.

Acclarata la profonda differenza qualitativa tra le categorie di dati per cui la giurisprudenza ha in passato riconosciuto l'applicazione della *third party doctrine* ed i dati CSLI, i giudici supremi americani cercano – trovandolo nella teoria della ragionevole aspettativa di privacy – il viatico per un'interpretazione evolutiva del IV Emendamento, ricordando come già nel 1928, in *Olmstead v. U.S.*[10], il famoso avvocato, poi giudice supremo, Warren Brandeis scriveva che: «*Court is obligated – as "[s]ubtler and more far-reaching means of invading privacy have become available to the Government" – to ensure that the "progress of science" does not erode Fourth Amendment protections*»[11].

Tradizionalmente il IV Emendamento protegge le persone e i loro beni materiali, come domicilio, documenti ed effetti personali, da perquisizioni e sequestri illegittimi: «*the basic purpose of this Amendment*», scrive la Corte Suprema citando *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*[12] del 1967, «*is to safeguard the privacy and security of individuals against arbitrary invasions by governmental officials*»[13].

La *reasonable expectation of privacy* è un'interpretazione evolutiva e sistematica del IV Emendamento, elaborata al fine di superare i rigorosi limiti imposti dal significato letterale della norma.

Si tratta di un principio che risale al 1967 alla sentenza *Katz v. U.S.*[14], in cui Corte Suprema, per la prima volta, ha riconosciuto che il IV Emendamento tutela le persone e non i luoghi e, conseguentemente, protegge le persone in tutti quei luoghi, anche pubblici, in cui le stesse possono ragionevolmente aspettarsi il rispetto di una sfera di riservatezza personale (il caso riguardava la legittimità di intercettazioni eseguite in una cabina telefonica pubblica).

Tale teoria, rimasta a lungo silente, è tornata alla ribalta negli ultimi anni. In particolare, è stata riproposta in due *cuncurring opinion* del caso *U.S. v. Jones*[15], nodale decisione del 2012 con cui la Corte Suprema, all'unanimità, ha sancito che il GPS *tracking* di un'autovettura costituisce una perquisizione ai sensi del IV Emendamento. Tra le varie *opinion*, quelle dei giudici Alito e Sotomayor sono state immediatamente additate come le più innovative in quanto, a differenza della maggioranza che aveva sostenuto che la violazione del IV Emendamento fosse riconducibile direttamente alla violazione della

[9] Cfr. *majority opinion*, 10.

[10] 277 U.S. 438 (1928) .

[11] Cfr. *majority opinion*, 22.

[12] 387 U.S. 523 (1967).

[13] Cfr. *majority opinion*, 4.

[14] Disponibile *online* al sito www.supreme.justitia.org.

[15] Atti e documenti relativi al caso *Jones* si possono leggere sul blog ufficiale della Corte Suprema americana.

proprietà privata (l'auto) dell'imputato, hanno ritenuto che la violazione discendesse dal principio della ragionevole aspettativa di privacy.
I giudici di maggioranza della sentenza in commento collocano la decisione sul caso Carpenter sullo spartiacque tra due filoni giurisprudenziali contrapposti: da un lato quello che sostiene la *third party doctrine* e, dall'altro, quello che ha elaborato il principio della *reasonable expectation of privacy*.
Le due teorie sono, invero, strettamente intersecate atteso che, come sopra illustrato, la *third party doctrine*costituisce l'argine ed il confine del concetto stesso di ragionevole aspettativa di privacy, nelle ipotesi in cui una persona spontaneamente comunica a terzi di suoi dati personali.
La portata innovativa della sentenza in esame sta nel superamento della *third party doctrine* attraverso il pieno riconoscimento a livello costituzionale della *reasonable expectation of privacy,* teoria che in *Jones*, sebbene molto apprezzata dalla dottrina, era comunque rimasta secondaria.
Nella motivazione vi è poi un ulteriore passaggio, ancor più delicato, da cui emerge che l'aspettativa di privacy non è più calibrata, come in passato, sul singolo soggetto quanto piuttosto sull'intera collettività: si legge, infatti, in sentenza, che in una società democratica ci si aspetta che le forze dell'ordine non possano segretamente monitorare e catalogare i movimenti di una persona, attraverso un GPS *tracker* (caso *Jones*) o mediante l'acquisizione a posteriori dei dati CSLI (caso *Carpenter*), mediante una raccolta capillare di informazioni che sfocia in una vera e propria sorveglianza massiva (nella doppia accezione di sistematica ed indiscriminata)[16]. Un'aspettativa di privacy, dunque, non soggettiva bensì collettiva.

6. Considerazioni finali

Sebbene sia stata molto criticata[17] perché giudicata troppo timida (peraltro è lo stesso Roberts a qualificarla una *narrow decision*) rispetto alla *third party doctrine*, che nella moderna società dell'informazione dovrebbe essere totalmente abbandonata, si tratta di una sentenza che ha il pregio di saper guardare con estrema lucidità all'enorme potenzialità lesiva dei diritti fondamentali sottesa alle nuove tecnologie e, al contempo, il coraggio di proporre un'interpretazione evolutiva delle garanzie poste a presidio dei diritti fondamentali al fine di preservare, al di là del dettato letterale del IV Emendamento (che al momento della sua formulazione, nel 1789, non si poteva certo prevedere avrebbe dovuto disciplinare l'odierno mondo digitale), il senso ultimo e più profondo di una tutela costituzionale.
Una sentenza importante, dunque, che fissa un solido tassello a favore della teoria della ragionevole aspettativa di privacy, aprendo un generoso varco per sue successive ulteriori applicazioni, ammesso e non concesso che l'imminente avvicendamento dei giudici supremi non comporti, come da molti paventato, una battuta di arresto nella

[16] Cfr. *majority opinion*, 12.

[17] Cfr. D. Solove, *Carpenter v. United States, Cell Phone Location Records, and the Third Party Doctrine,* in *TechPrivacy*, 1 July 2018.

giurisprudenza garantista resa negli ultimi anni dalla Corte Suprema.
Molto interessante è anche la straordinaria similitudine, in due sistemi giuridici che spesso (ad avviso di chi scrive, erroneamente) in materia di privacy e protezione dei dati personali vengono tratteggiati come lontani, se non addirittura contrapposti, del procedimento argomentativo della sentenza Carpenter e della pronuncia *Digital Rights Ireland Ltd*[18], con cui nel 2014 la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato l'invalidità della direttiva 2006/24/CE sulla *data retention* (per inciso, i dati CSLI sono tra quelli di cui era – ed è tuttora in Italia – imposta la conservazione *ex lege*). Anche la Corte di giustizia, infatti, rimarcava come i metadati di traffico telefonico e telematico possano rivelare informazioni molto precise, talvolta sin più pervasive del contenuto delle comunicazioni stesse, sulla vita privata delle persone nonché il fatto che, essendo ormai tutti i cittadini europei utenti e fruitori di comunicazioni elettroniche, la conservazione indiscriminata e per lunghi periodi dei metadati delle loro comunicazioni si trasformi, di fatto, in una sorveglianza di massa.
Il principio della limitazione della conservazione dei dati personali, cristallizzato nell'art.5, par. 1, lett. *e*) del Regolamento 2016/679/UE, di cui la *retention* dei metadati di traffico telefonico e telematico costituisce la più importante eccezione ed il *machine learning* un'antitesi fisiologica, a parere di chi scrive, nei prossimi anni, sarà uno dei più salienti banchi di prova dell'effettiva tenuta delle libertà fondamentali nel XXI secolo.

[18] CGUE, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e altri* (2014).

La torta della discordia: la mancata soluzione al conflitto tra leggi antidiscriminazione e libertà di espressione e di religione nella sentenza *Masterpiece Cakeshop*

Giuseppe Portonera

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ___ (2018)

Nel decidere se il rifiuto da parte di un pasticciere di preparare una torta per la celebrazione di un matrimonio omosessuale fosse o meno contrario alle leggi statali antidiscriminazione, la *Colorado Civil Rights Commission* non ha tenuto un comportamento ispirato da *religious neutrality*, come la Costituzione US impone. Pertanto, la *Supreme Court* ha annullato la sentenza di condanna del *plaintiff*, evitando però di pronunciarsi in modo netto sulla controversa questione del conflitto tra leggi antidiscriminazione e libertà di espressione e di religione (tutelate dal *First Amendment*).

Sommario

1. Il caso in breve. - 2. La *majority opinion* (Kennedy): la Corte contro un giudizio ispirato a "due pesi, due misure". - 3. Le *concurring opinion* (Kagan, Gorsuch, Thomas): la diversità di vedute tra i giudici. - 4. La *dissenting opinion* (Ginsburg): l'irrilevanza dei commenti dei commissari. - 5. Conclusioni: "*leave the broader issues for another day*".

Keywords

Cortt Suprema, Libertà di espressione, Libertà religiosa, Masterpiece Cakeshop, Primo Emendamento

1. Il caso in breve

Nell'estate del 2012, Charlie Craig e Dave Mullins hanno varcato la soglia di *Masterpiece Cakeshop* – una pasticceria di Lakewood, Colorado – e al suo proprietario, Jack Phillips, pasticciere professionista da oltre ventiquattro anni, hanno chiesto di preparare una torta per il loro matrimonio. Phillips – che si è descritto come un cristiano osservante e praticante[1] – si è rifiutato, spiegando di non preparare torte per matrimoni tra persone

[1] Come ricordato da J. Thomas, *opinion,* 10: «*Phillips routinely sacrifices profits to ensure that Masterpiece operates*

dello stesso sesso, ma di essere disponibile a vendere loro altri prodotti, quali, ad esempio, torte per compleanni o feste varie, brownie, cookie…[2] La coppia lasciò il negozio senza chiedere ulteriori spiegazioni. Il giorno dopo, però, la madre di Craig telefonò a Phillips per chiedere come mai si fosse rifiutato di servire suo figlio: il pasticciere reiterò la propria spiegazione sul fatto di non preparare torte nuziali per l'occasione in parola, per via dei suoi personali convincimenti religiosi e per l'opposizione, quindi, al riconoscimento stesso del diritto di poter contrarre matrimonio per le coppie omosessuali (ha successivamente aggiunto che preparare quella torta sarebbe equivalso, per lui, a un *endorsement* per il matrimonio cosiddetto "egualitario"[3]). Qualche giorno dopo, Craig e Mullins denunciarono Phillips secondo le forme previste dalla legge statale antidiscriminazione nota come *Colorado Anti-Discrimination Act* (di seguito: CADA)[4]. Convenuto di fronte a un giudice amministrativo, prima, e alla *Colorado Civil Rights Commission* (di seguito: *Commission*), poi, Phillips ha articolato la propria difesa su basi strettamente costituzionali, sostenendo che l'applicazione del CADA avrebbe violato due suoi fondamentali diritti protetti dal *First Amendment*[5]: *i)* quello di libertà di espressione, obbligandolo a impiegare il proprio talento per esprimere un messaggio che egli non condivideva; *ii)* quello di libertà religiosa, essendo egli, per motivi religiosi, contrario al riconoscimento dei matrimoni omosessuali. Le autorità adite hanno respinto le difese di Phillips, ritenendo che il CADA fosse una «*valid and neutral law of general applicability*», pertanto – in virtù di quanto la *Supreme Court* ha deciso in *Employment Division v. Smith* (1990)[6] – non in contrasto con la *Free Exercise Clause* del *First Amendment*. Nonostante l'appello alla *Colorado Court of Appeals*, la decisione fu confermata: anche la nuova Corte, infatti, basandosi sull'appena citato precedente di *Smith*, ha affermato che un individuo non può ritenersi scusato dal rispettare le prescrizioni contenute in una legge della natura del CADA sulla base di una pretesa lesione della propria libertà religiosa. Dopo il rifiuto della *Colorado Supreme Court* di pronunciarsi in materia, Phillips

in a way that represents his Christian faith. He is not open on Sundays, he pays his employees a higher-than-average wage, and he loans them money in times of need. Phillips also refuses to bake cakes containing alcohol, cakes with racist or homophobic messages, cakes criticizing God, and cakes celebrating Halloween – even though Halloween is one of the most lucrative seasons for bakeries».

[2] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, *Opinion of the Court delivered by Kennedy, J.* (di seguito: Kennedy), 4.

[3] *Ibidem*. Lo Stato del Colorado non riconosceva, al tempo dei fatti di causa, il diritto per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio.

[4] Come ricordato da Kennedy (4-6), il CADA è stato emendato nel 2007 e 2008 per proibire discriminazioni (da parte di un pubblico esercizio) anche in riferimento all'orientamento sessuale del cliente.

[5] Il quale, lo ricordiamo, così 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*».

[6] Nel caso in esame, la Corte – con una *majority opinion* a firma di Scalia – affermò che rientrava tra le prerogative dello Stato negare l'assegno di disoccupazione a chi fosse stato licenziato per aver violato una legge che rendeva illegale il possesso di *peyote* (un particolare cactus da cui possono estrarsi sostanze stupefacenti), anche se questi avesse affermato di averlo posseduto per motivi religiosi. La Corte ritenne che, poiché lo Stato non aveva varato la norma per ledere la libertà di culto di un credo, nessuno avrebbe potuto sottrarsi al suo rispetto, essendo questa passibile di applicazione, in maniera generale, a chiunque, e per qualunque motivo, fosse stato trovato in possesso del *peyote* (una «*neutral law of general applicability*», per l'appunto).

ha cercato e ottenuto un *writ of certiorari* presso la *US Supreme Court*: il che ci porta alla sentenza ora in commento.

2. La *majority opinion* (Kennedy): la Corte contro un giudizio ispirato a "due pesi, due misure"

La *Supreme Court* ha deciso, con una maggioranza 7-2, in favore di Jack Phillips. La notizia dell'ampia e trasversale maggioranza (al blocco tradizionalmente considerato come "conservatore", integrato dallo *swing-vote* di Kennedy, si sono aggiunti due giudici "liberal", quali Breyer e Kagan) è stata accolta con stupore: ma questo è svanito rapidamente quando si è compreso che la Corte aveva scelto di risolvere il caso su *narrow ground*, evitando di rispondere alle domande più controverse che erano sorte nel corso della controversia. Ma procediamo con ordine.

L'autore della *majority opinion* è Kennedy, e ciò non ha costituito motivo di sorpresa: la sua giurisprudenza[7] ha avuto tra i propri punti cardinali sia la protezione dei diritti degli omosessuali[8] che l'affermazione delle libertà tutelate dal *First Amendment*[9]; era scontato, quindi, che – visti i valori in conflitto nel caso in esame – gli sarebbero toccati l'onore e l'onere di scrivere la sentenza in parola[10]. Come già anticipato, però, la decisione è risultata "deludente", dal momento in cui Kennedy ha preferito evitare di affrontare e pronunciarsi sul tema più rilevante e difficile (quello del bilanciamento tra effetti delle leggi antidiscriminazione e tutela delle libertà di espressione e di religione), concentrando la propria attenzione sul riscontrato atteggiamento di aperta ostilità da parte dei componenti della *Colorado Civil Rights Commission* nei confronti delle opinioni religiose di Phillips. Proprio questa attitudine si è tradotta, a giudizio della Corte, nel non assicurare al nostro pasticciere il diritto a un equo e imparziale trattamento, in cui le sue obiezioni religiose fossero tenute in adeguata considerazione, e – di conseguenza – nella violazione delle garanzie offerte dal *First Amendment*. Come è emerso dall'istruttoria svolta, i commissari hanno sostenuto che le personali convinzioni in materia di fede non possono trovare albergo nell'agone commerciale, per cui Phillips sarebbe stato sì libero di credere in ciò che vuole, ma non anche di agire conseguentemente e coerentemente, data l'attività di impresa svolta[11]. Addirittura, uno dei commissari si è lasciato andare affermando che: «La libertà di religione è stata usata per giustificare ogni tipo di discriminazione nel corso della storia, dalla schiavitù all'olocausto […]. Secondo me è uno dei più spregevoli esercizi di retorica il fatto che le persone possano

[7] Su cui v. F. Colucci, *Justice Kennedy's Jurisprudence: The Full and Necessary Meaning of Liberty*, Lawrence, 2009.

[8] Alla penna di Kennedy si deve la *majority opinion* di ognuno dei più recenti *landmark case* in materia di riconoscimento dei diritti per gli omosessuali: *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996); *Lawrence v. Texas,* 539 U.S. 558 (2003); *United States v. Windsor,* 570 U.S. 744 (2013); *Obergefell v. Hodges,* 576 U.S. ___ (2015).

[9] Vd., in particolare, *Citizens United v. FEC,* 558 U.S. 310 (2010) e, oltre alla sentenza qui in commento, la sua *concurring opinion* in *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra,* 585 U.S. ___ (2018).

[10] Cfr. I. Shapiro, *Justice Kennedy Will Be Top Chef in Masterpiece Cakeshop Case*, in www.cato.org, 5 dicembre 2017.

[11] Kennedy, 12-13.

usare la religione per fare del male agli altri»[12]. Specialmente questa dichiarazione – dalla quale, secondo i verbali raccolti, non si è dissociato nessuno degli altri commissari – ha fondato l'opinione della Corte sul fatto che la *Commission* non abbia tenuto l'atteggiamento di *religious neutrality* imposto dalla Costituzione US nel verificare la corretta applicazione della legge antidiscriminazione. Altro elemento valorizzato da Kennedy è stato il differente metro di giudizio che la *Commission* ha adottato in una vicenda parallela (cosiddetto caso Jack), laddove ha ritenuto legittimo il rifiuto di alcuni pasticceri di servire un cliente che aveva chiesto delle torte che riportassero un messaggio di disapprovazione nei confronti del matrimonio tra persone dello stesso sesso. La *Commission* ha deciso contro Phillips, argomentando che il messaggio rappresentato dalla torta nuziale richiesta sarebbe stato attribuito al cliente e non al pasticciere: ma se così fosse, puntualizza Kennedy, lo stesso sarebbe dovuto valere anche nel caso Jack. In aggiunta a ciò, in quest'ultimo caso, la *Commission* ha preso le parti dei pasticceri, perché costoro – pur avendo rifiutato il confezionamento di una torta – si erano offerti di vendere al cliente altri prodotti: la stessa, identica condotta tenuta da Phillips e che, però, è stata considerata dai commissari, nel caso in commento, come irrilevante. Ma, ammonisce Kennedy, uguali situazioni richiedono uguali trattamenti: altrimenti, si finisce nel più classico esempio di "due pesi, due misure". E, continua, a nulla vale adottare il tentativo di giustificazione offerto dalla *Colorado Court of Appeals*, in ragione del quale il diverso trattamento degli analoghi casi sarebbe dipeso dalla diversa valutazione operata dal governo circa l'offensività delle condotte: questo perché non è compito dello Stato decidere cosa sia "offensivo", quando si tratta di opinioni[13].

Come si vede, quindi, Kennedy è arrivato alla soglia della questione rappresentata dal rispetto delle libertà tutelate dal *First Amendment*, ma lì si è arrestato, ritenendo che l'ostilità nei confronti del credo religioso di Phillips mostrata dai membri della *Commission* fosse di per sé motivo sufficiente per ordinare la cassazione della sentenza impugnata. Ma, in questo modo, ha lasciato irrisolta la domanda sulla compatibilità tra le leggi antidiscriminazione e le libertà tutelate dal *First Amendment*. Cosa sarebbe successo, infatti, nel caso in cui i commissari avessero adottato un atteggiamento di neutralità e rispetto nei confronti dei convincimenti religiosi di Phillips? È possibile che ciò avrebbe potuto condurre a una decisione in suo favore, ma non pare ragionevole escludere a priori l'esito contrario: in quel caso, allora, si sarebbe potuto obbligare Phillips a vendere la torta nuziale richiesta da Craig e Mullins? Kennedy riconosce il potenziale conflitto, ma sceglie di non pronunciarsi in proposito e così conclude: «Le decisioni in casi analoghi, ma con diverse circostanze, richiedono maggiore elaborazione da parte delle Corti, avendo presente che queste dispute vanno risolte con l'impiego della tolleranza, senza ingiusto disprezzo dei sinceri convincimenti religiosi e senza sottoporre le persone omosessuali ad umiliazioni quando ricercano beni e servizi sul libero mercato»[14].

---

[12] *Ibid.*, 13.

[13] Vale la pena riportare la centrale espressione adoperata in questo senso, e riportata in sentenza, nel caso *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette* (1943), che dichiarò incostituzionale l'obbligo di omaggio alla bandiera nelle scuole: «*No official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion*».

[14] Kennedy, 18.

3. Le *concurring opinion* (Kagan, Gorsuch, Thomas): la diversità di vedute tra i giudici

Se la *majority opinion* si contraddistingue per un'evidente cautela – nonché per l'essere palese espressione del cosiddetto *judicial minimalism* – lo stesso non può dirsi per le tre distinte *concurring opinion*[15], le quali affrontano a viso aperto la questione che abbiamo etichettato come centrale nel caso in esame, risolvendola, però, in modo assai differente. Con ciò confermando la sensazione per cui se la Corte avesse affrontato direttamente la questione del bilanciamento tra i valori in conflitto, la decisione avrebbe avuto un altro respiro, un altro tono e (probabilmente) un'altra (e più stretta) maggioranza.
Particolarmente interessante è il duello intellettuale tra il giudice Kagan e il giudice Gorsuch: se, infatti, entrambi hanno aderito alla *majority opinion* in quanto concordi con Kennedy circa la censurabilità della condotta tenuta dalla *Commission*, nei loro scritti mostrano di avere idee radicalmente opposte circa la legittimità del rifiuto di Phillips di servire Craig e Mullins. Secondo Kagan, infatti, la *Commission* avrebbe potuto distinguere tra i casi Phillips e Jack, semplicemente attraverso una piana e letterale interpretazione del CADA senza dover così cadere nel pregiudizio e nell'ostilità nei confronti del credo religioso di Phillips. E, difatti, si argomenta, ciò che differenzia i due casi è il *diverso* bene richiesto ai pasticcieri: a giudizio di Kagan, infatti, nel caso Jack, i pasticceri si sarebbero rifiutati di confezionare una torta – recante un messaggio di disapprovazione nei confronti dei matrimoni omosessuali – che non avrebbero venduto, in nessun caso, a nessun potenziale cliente; al contrario, nel caso Phillips, il pasticciere si sarebbe rifiutato di vendere, a una coppia omosessuale, una torta nuziale che, invece, avrebbe venduto a una coppia eterosessuale (così, discriminando tra clienti in base al loro orientamento sessuale e, dunque, violando la legittima e costituzionale previsione del CADA)[16].
All'opposto, Gorsuch[17] ritiene che Phillips non abbia discriminato in base all'orientamento sessuale dei suoi clienti, perché non avrebbe venduto la particolare torta desiderata neanche a un cliente eterosessuale, qualora gli fosse pervenuta una richiesta in questo senso. In altre parole, il caso non verte intorno a una torta *soltanto* nuziale, ma una torta nuziale per un matrimonio tra persone dello stesso sesso[18]. Tanto nel caso

[15] Le tre opinioni sono a firma Kagan (con l'associazione di Breyer), Gorsuch (con l'associazione di Alito) e Thomas (con l'associazione di Gorsuch).

[16] Nelle parole di Kagan (*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, Kagan, J., concurring*, 3 in nota): «*A vendor can choose the products he sells, but not the customers he serves – no matter the reason. Phillips sells wedding cakes. As to that product, he unlawfully discriminates. He sells it to opposite-sex but not to same-sex couples*».

[17] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, Gorsuch, J., concurring* (di seguito: Gorsuch).

[18] *Ibid.*, 8-9: «*Words or not and whatever the exact design, it celebrates a wedding, and if the wedding cake is made for a same-sex couple it celebrates a same-sex wedding. […] [I]t is our job to look beyond the formality of written words and afford legal protection to any sincere act of faith*». E, ancora, 11-12: «*It is no more appropriate for the United States Supreme Court to tell Mr. Phillips that a wedding cake is just like any other – without regard to the religious significance his faith may attach to it – than it would be for the Court to suggest that for all persons sacramental bread is* just *bread or a kippah is* just *a cap*». Peraltro, seguendo l'*opinion* di Thomas, 1-2, si può affermare che, ancorché le parti non abbiano offerto una versione pacifica dei fatti di causa intorno al tipo di torta richiesto, la *Colorado Court of Appeals* ha adottato la ricostruzione offerta da Phillips, affermando che la torta richiesta fosse una «*to celebrate [a] same-sex wedding*». A ciò si aggiunga l'ordine proveniente dalla *Commission*, per effetto del quale Phillips avrebbe dovuto vendere a Craig e Mullins qualunque prodotto egli avrebbe venduto a

Phillips, quanto nel caso Jack, scrive Gorsuch, «è il tipo di torta, non il tipo di cliente, ad essere importante per i pasticceri»[19]: in entrambi i casi, questi ultimi hanno scelto di rifiutare la richiesta del cliente perché ritenevano che il prodotto desiderato violasse un loro convincimento morale. Evidenzia Gorsuch che la *Commission* ha potuto "condannare" Phillips e "assolvere" i pasticceri del caso Jack perché ha scelto di impiegare un doppio standard di giudizio: nel caso Phillips, ha considerato il prodotto a un livello "generalissimo", qualificandolo come una qualsiasi torta nuziale, a prescindere dell'effettiva occasione per la quale era stato richiesto; nel caso Jack, invece, ha scelto di guardare in modo specifico alla torta concretamente ricercata. In questo modo, però, avverte Gorsuch, l'autorità pubblica – adottando, di volta in volta, il livello di generalità ovvero di specificità che più ritiene, a sua discrezione, consono – sarebbe in grado di giustificare qualsiasi decisione celi, in realtà, una violazione dell'uguale trattamento dei cittadini di fronte alla legge[20].

Ancora più addentro al tema della libertà di espressione è, infine, l'opinione del giudice Thomas[21], per il quale «[o]bbligare Phillips a confezionare una torta nuziale per un matrimonio tra persone dello stesso sesso significa richiedergli, come minimo, di riconoscere che quest'ultimo è un "matrimonio" e che, pertanto, andrebbe celebrato – l'esatto messaggio che, secondo lui, la sua fede gli impedisce di abbracciare»[22].

Di conseguenza, ha errato gravemente la *Colorado Court of Appeals* quando: i) non ha ritenuto la condotta di Phillips protetta dal *First Amendment*; ii) ha concluso che, tutto sommato, il pasticciere avrebbe potuto esporre un *disclaimer* pubblico, chiarendo di aver confezionato quella torta solo perché obbligato dal CADA. Ma, in questo modo, ragiona Thomas, si svuoterebbe di qualsiasi significato il *First Amendment*, dal momento in cui si potrebbe obbligare chiunque a dire qualsiasi cosa il governo desideri, semplicemente facendo precedere un discorso da una similare avvertenza…[23] Ancora, sarebbe da respingere l'argomentazione avanzata da Craig e Mullins, per effetto della quale lo Stato del Colorado avrebbe il potere di forzare la condotta di Phillips al fine di impedirgli di sminuire la «"dignità delle coppie omosessuali" […] "affermandone l'inferiorità" e sottoponendole a "umiliazione, frustrazione e imbarazzo"»[24]: il *First Amendment*, infatti, impedisce al governo di vietare la libertà di esprimere delle opinioni per il solo

una coppia eterosessuale, ivi inclusa una torta "personalizzata".

19 Gorsuch, 4.

20 Gorsuch, 7, dedica anche particolare attenzione al tema della tutela della libertà religiosa di Phillips: «*Just as it is the "proudest boast of our free speech jurisprudence" that we protect speech that we hate, it must be the proudest boast of our free exercise jurisprudence that we protect religious beliefs that we find offensive. […] Popular religious views are easy enough to defend. It is in protecting unpopular religious beliefs that we prove this country's commitment to serving as a refuge for religious freedom*».

21 *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, Thomas, J., concurring* (di seguito: Thomas). Thomas, 2-5, ha ricordato che, per consolidata giurisprudenza della Corte, anche una condotta "materiale" (quale, per l'appunto, la preparazione di una torta) può rientrare, a determinate condizioni, tra quelle protette dalla libertà di espressione di cui al *First Amendment*.

22 *Ibid.*, 8.

23 *Ibid.*, 10-11: «*Because the government cannot compel speech, it also cannot "require speakers to affirm in one breath that which they deny in the next". […] States cannot put individuals to the choice of "be[ing] compelled to affirm someone else's belief" or "be[ing] forced to speak when [they] would prefer to remain silent"*».

24 *Ibid.*, 12.

fatto che queste potrebbero suonare come offensive alle orecchie di qualcuno. E non è neanche possibile, conclude Thomas, ritenere che la legalizzazione del matrimonio "egualitario", realizzata dalla sentenza *Obergefell*, abbia avuto un effetto di restrizione dello spettro delle opinioni la cui libera espressione è tutela dal *First Amendment*. Ma questo è un profilo su cui torneremo nelle conclusioni.

4. La *dissenting opinion* (Ginsburg): l'irrilevanza dei commenti dei commissari

Ginsburg[25], con l'associazione di Sotomayor, ha votato in modo contrario al resto della Corte, perché ha ritenuto che i commenti e le dichiarazioni dei membri della *Commission* fossero di per sé irrilevanti, dal momento in cui quel passaggio amministrativo non è stato che uno dei tanti che hanno portato alla condanna di Phillips e non è stato neanche dimostrato che l'ostilità mostrata nei confronti delle opinioni religiose in quella sede abbia viziato i successivi sviluppi del caso. Ma, al netto di questo punto, la sua *opinion* sembra a chi scrive del tutto sovrapponibile a quella a firma Kagan, dal momento in cui ne sposa il parere secondo cui i casi Jack e Phillips (e i loro esiti) sarebbero inconciliabili, per i motivi già esposti sopra.

5. Conclusioni: *"leave the broader issues for another day"* [26]

Proprio la sostanziale sovrapponibilità, in merito alla legittimità o meno del comportamento di Phillips, tra gli scritti di Kagan e Ginsburg (la prima in maggioranza, la seconda in minoranza) sembra confermare l'opinione, già segnalata in apertura, secondo cui, se la Corte non avesse scelto un atteggiamento di *judicial minimalism*, ma avesse affrontato direttamente la questione centrale del conflitto tra i valori in rilievo nel caso in esame, la decisione ora in commento avrebbe avuto, sicuramente, un altro (e più segnato) profilo e, possibilmente, anche un diverso esito. Dalla lettura delle *opinion* individuali, infatti, appare piuttosto scontato che – a parte il profilo della *religious neutrality* – il blocco "liberal" avrebbe votato per confermare la condanna di Phillips, mentre è altrettanto chiaro che Gorsuch, Thomas e Alito avrebbero votato per riformarla. Il *Chief Justice* Roberts non ha ritenuto di dover aggiungere nulla di personale alla *majority opinion*, ma sembra possibile affermare – anche guardando alle altre decisioni assunte in questo ultimo *term* – che avrebbe votato insieme agli altri giudici "conservatori". Ancora una volta, il compito di fornire il voto decisivo per una maggioranza sarebbe ricaduto su Kennedy: e, a chi scrive, sembra che alcuni passaggi della sua *majority opinion* abbiano lasciato intendere la possibilità che, in caso di una condotta "neutra" della *Commission*, questi avrebbe pure potuto votare a fianco dei quattro giudici "liberal". In ogni caso,

[25] *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, Ginsburg, J., dissenting.*

[26] La citazione viene da *NASA v. Nelson,* 562 U.S. 134 (2011), *Opinion of the Court delivered by Alito, J.*, 12 in nota.

la sentenza ha rappresentato un'occasione mancata per affrontare e risolvere il tema del conflitto tra leggi antidiscriminazione e libertà tutelate dal *First Amendment* (anche rivedendo, se necessario, il precedente di *Smith*, che – a leggere l'*opinion* di Gorsuch – è tutt'altro che saldo). L'auspicio di Kennedy, e cioè che casi così controversi possano essere sempre risolti in nome della fondamentale tolleranza che una società libera deve costantemente promuovere[27], è sicuramente condivisibile, ma se la tolleranza è sempre una virtù tra i cittadini comuni, non altrettanto necessariamente lo è tra i giudici, specialmente se questa si traduce in un *judicial minimalism* che postula «*[a] never-say-never disposition [which] does damage for several reasons*», come ebbe a dire una volta Scalia[28].

Che la questione centrale di questo caso sia ancora rimasta intatta e tornerà, quasi sicuramente, di fronte alla *Supreme Court* è testimoniato dalla pendenza di altre e analoghe controversie giudiziarie (si pensi, ad esempio, al caso *Arlene's Flowers Inc. v. Washington*, che è stato rinviato al tribunale inferiore per un riesame, alla luce della decisione in *Masterpiece*). D'altro canto, non si può sorvolare sul fatto che il riconoscimento del matrimonio "egualitario" realizzato da *Obergefell* pone delle sfide alle libertà protette dal *First Amendment* (importante il già anticipato rilievo del giudice Thomas in proposito): in quella sentenza, la Corte statuì che l'emendamento in parola assicura alle organizzazioni e agli individui con sinceri convincimenti religiosi adeguata protezione quando questi sono intenti a diffondere e difendere i principi che derivano dalla loro fede e che così importanti e centrali per le loro vite. Ma qual è l'effettiva estensione di questa statuizione? Ad esempio, un membro del clero può sicuramente rifiutarsi di fornire i propri servigi per un matrimonio omosessuale: ma la Corte non ha detto se lo stesso possa valere anche per un pasticciere sinceramente convinto del fatto che il matrimonio sia solo tra un uomo e una donna. In particolare, non ha chiarito se – al fine di verificare la legittimità del rifiuto di servire un cliente – il bene e/o servizio vada considerato a un livello generale (e neutro), ovvero a uno particolare che tenga conto della specifica occasione per il quale è stato richiesto (si guardi al dissidio in proposito tra Kagan-Ginsburg e Gorsuch). Ancora, non ha spiegato se e a quali condizioni il lavoro di un professionista (dal pasticciere al fotografo, passando per il fioraio…) possa essere considerato "artistico" e dunque protetto dal *First Amendment*. E così via discorrendo: per avere queste risposte dovremo aspettare un altro giorno e un'altra sentenza[29].

[27] Kennedy ha ribadito che «*tolerance is essential in a free society*», durante le udienze del caso in parola.

[28] Sempre nel caso *NASA v. Nelson*. In tema, in uno dei suoi scritti più celebrati, Scalia affermò che «*[j]udges are sometimes called upon to be courageous, because they must sometimes stand up to what is generally supreme in a democracy: the popular will*» (Id., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *The University of Chicago Law Review*, 4, 1989, 1180).

[29] Per una soluzione positiva ai dubbi così espressi vd. le interessanti e ampiamente condivisibili riflessioni di D. Laycock, *The Wedding-Vendor Cases*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1, 2017, 63 ss.

La fuga della High Court of Justice inglese dalla definizione dei confini del diritto all'oblio

Riccardo Cabazzi

England and Wales High Court, Queen's Bench Division, 13 aprile 2018, *NT 1 & NT 2 v. Google LLC*

Al ricorrente NT 1 la Corte non riconosce il diritto alla de-indicizzazione, da parte di Google, di taluni contributi relativi a sue pregresse e remote condanne, rilevando – da una pluralità di circostanze attuali – che vi è un interesse pubblico alla loro diretta conoscenza. All'opposto, pur escludendo il risarcimento del danno, la Corte ordina a Google di de-indicizzare taluni articoli relativi a pregresse (e più lievi) condanne di NT2, rilevando che le informazioni ivi contenute sono imprecise, superate e irrilevanti per la pubblica opinione.

Sommario

1. Fatto e oggetto delle domande giudiziali – 2. *Reasoning* della Corte: NT 1 e NT 2 e le opposte conclusioni della Corte. – 3. Brevi osservazioni conclusive: il "trionfo" del fatto sul diritto.

Keywords

Diritto all'oblio, Libertà di informazione, Protezione dei dati personali, De-indicizzazione, Correttezza dei dati

1. Fatto e oggetto delle domande giudiziali

La pronuncia in esame riguarda il diritto all'oblio, *rectius*, la facoltà, esercitabile da parte degli interessati nei confronti di un motore di ricerca Internet (nel caso di specie Google), di richiedere la de-indicizzazione di talune informazioni (nel caso di specie, si tratta di notizie di stampa) che quest'ultimo associa ai loro nomi.
Invero, tra gli aspetti più problematici concernenti il diritto all'oblio, acquisisce sempre maggior rilevanza il problema della delimitazione dei casi nei quali esso sia da ritenersi sussistente, ovvero della individuazione delle ipotesi nelle quali l'interesse della persona a ottenere la cancellazione dei risultati a essa associati debba prevalere sugli altri e diversi interessi che possono legittimare la conservazione, la pubblicazione o l'indiciz-

zazione dell'informazione stessa[1].

Per la prima volta nella storia l'Alta Corte di Giustizia inglese ha quindi statuito circa la portata del c.d. *right to be forgotten* rispetto alle prospettazioni avanzate dai due ricorrenti NT 1 e NT 2, considerando altresì, ai fini della propria decisione, il significativo precedente in materia costituito dalla nota sentenza della Corte di giustizia *Google Spain*[2].

Venendo dunque ai fatti alla base dell'instaurato contenzioso, si noti che i ricorrenti NT 1 e NT 2 hanno in comune l'aver commesso, in tempi pregressi (e oramai datati), dei fatti di rilevanza penale nell'esercizio delle loro attività imprenditoriali/lavorative, reati per i quali sono stati condannati a pene detentive. Per entrambi, anche a fronte di una intervenuta modifica del Rehabilitation Act 1974, tali sanzioni sono risultate estinte: invero, la legge inglese, decorso un determinato lasso di tempo al termine del periodo di riabilitazione, considera la situazione giuridica del reo che ha scontato la pena come se questi non avesse mai commesso alcun reato, con una cancellazione di tutti i suoi relativi effetti.

Tuttavia, come emerge dalle considerazioni del giudice Mr. Warby, diversi sono i reati attribuiti ai ricorrenti: mentre invero NT1 è stato condannato a quattro anni di reclusione per frode fiscale (e, più nel dettaglio, per aver trasferito denaro in società *off-shore*, al fine di sottrarli al fisco), NT2 ha subito una pena detentiva più lieve, di 6 mesi (di cui ha scontato 6 settimane), in quanto co-responsabile nell'utilizzo illecito di intercettazioni telefoniche e in azioni di hackeraggio quando era senior executive della società Delta, allora coinvolta in forti opposizioni pubbliche per le sue pratiche ambientali.

Si vedrà quindi che il diverso disvalore delle condotte poste in essere dai ricorrenti sarà determinante ai fini dell'accoglimento della comune richiesta, posta alla Corte, di imporre a Google la de-indicizzazione di articoli contenenti informazioni circa le suddette condanne. Secondo le ricostruzioni di NT 1 e NT 2, le notizie riportate negli articoli indicizzati da Google sarebbero invero non accurate e costituirebbero altresì una ingiustificata interferenza rispetto alla protezione dei loro dati personali e, più in generale, della loro privacy. In subordine all'accoglimento di tale domanda chiedo-

---

[1] Cfr. S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in Internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3, 2017, 565 ss. Sul tema vedasi altresì: O. Pollicino, *Privacy or transparency? A new balancing of interest for the right to be forgotten in the field of personal data published in public registers*, in *The Italian law journal*, 2, 2017, 22 ss.

[2] CGUE, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez* (2014). Secondo tale *landmark case*, ciascun individuo ha il diritto di chiedere al motore di ricerca la cancellazione di *link* a pagine *web* contenenti dati personali che siano datati o, comunque, irrilevanti, senza che si ponga alcun pregiudizio per la libertà di informazione. Invero l'attività del motore di ricerca non è assimilabile a quello della stampa e, in ogni caso, le relative informazioni rimangono disponibili nelle pagine web. Fanno eccezione a tale regola le informazioni imperative di interesse generale. Secondo F. Pizzetti, *Le autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il velo di Maya*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2014, 805 ss., si tratterebbe di una decisione che, sapendo che il motore di ricerca è un *media* che fornisce una informazione diversa, più strutturata e comunque permanentemente attualizzata rispetto a quella accessibile sui siti fonte, tutela e protegge più l'interessato dal pericolo che sia lesa la sua dignità e profilata indebitamente la sua personalità che non l'interesse degli utenti a acquisire elementi informativi, che comunque non sono più quelli originari. Per una lettura critica della suddetta decisione della Corte di giustizia si rimanda altresì a: O. Pollicino, *Un digital right preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain,* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2014, 569 ss.

no quindi che Google risarcisca loro il danno subito per la continua indicizzazione degli articoli afferenti alle loro pregresse condanne. In punto di diritto, tali istanze si fondano quindi sulle previsioni normative del Data Protection Act 1998 e sugli art. 7 (rispetto per la vita privata) e 8 (protezione dei dati personali) della Carta europea dei diritti fondamentali[3].

2. *Reasoning* della Corte: NT 1 e NT 2 e le opposte conclusioni della Corte

Anzitutto, la Corte esclude che Google possa avvalersi della c.d. *journalistic exemption*, prevista dall'art. 32 del Data Protection Act. Tale disposizione fornisce invero un'esenzione dalla maggior parte delle norme di legge che si applicano al trattamento dei dati personali – limitandolo – ogniqualvolta i dati vengano elaborati "solo per scopi speciali", ovvero per finalità giornalistiche, artistiche o letterarie. Secondo il giudice Mr. Warby, sul punto, benché il concetto di giornalismo sia piuttosto esteso nell'ambito del diritto dell'Unione europea, questo non può essere così "elastico" da ricomprendere ogni attività che abbia a che fare con il veicolare informazioni o opinioni. Pertanto, qualificare l'attività del motore di ricerca come giornalistica significherebbe confondere il concetto di giornalismo con quello di comunicazione.
Ciò posto, quanto alle domande giudiziali di NT 1, la Corte rileva che nessuna delle istanze può trovare accoglimento. In *primis*, il ricorrente non è invero riuscito a dimostrare che i tre link ad articoli riguardanti la sua persona possano fornirne un'immagine non accurata, inadeguata o fuorviante; pur infatti ammettendo che questi link contengono delle imprecisioni, tali inaccuratezze non sono sembrate tali da determinare un danno all'immagine del ricorrente. Facendo riferimento al Defamation Act 2013, il giudice Mr. Warby rileva infatti come, a suo avviso, l'approccio corretto per verificare se un articolo sia o meno pregiudizievole per l'interessato sia di tipo olistico: occorre cioè non soffermarsi su eventuali (micro)imprecisioni della narrazione, ma analizzare se vi è, da una visione del generale contesto, un travisamento dei fatti attribuiti al soggetto dell'articolo, prova che NT1 non riesce a soddisfare.
In *secundis*, Mr. Warby rileva come le informazioni contenute negli articoli indicizzati da Google attengano non tanto alla vita privata del ricorrente, quanto invece al *business* da questi intrapreso; pertanto le notizie circa il crimine da lui commesso, il relativo processo penale e la pena inflitta sono ontologicamente di natura pubblica e la loro pubblicazione costituisce un esito prevedibile della condotta criminosa del ricorrente, accertata giudizialmente. Inoltre, il fatto che tali documenti siano datati non rappresenta ragione sufficiente per far venire meno l'interesse pubblico alla conoscenza del loro contenuto, per almeno un duplice ordine di ragioni. Invero, scontata la pena, NT 1 ha proseguito la propria attività imprenditoriale e, pertanto, le suddette precedenti condotte continuano ad essere, nei confronti della generalità dei consociati, un indizio importante circa la sua pregressa correttezza professionale. La attuale rilevanza per il pubblico

[3] Sul tema vedasi: D. Granara, *Il fronte avanzato del diritto alla riservatezza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2015, 897 ss.

delle informazioni di cui è chiesta la de-indicizzazione è inoltre confermata dal fatto che NT 1 non ha mai riconosciuto la propria colpevolezza circa i fatti contestatigli e non ha affatto mostrato rimorso circa la frode posta in essere; pertanto, la conoscenza delle sue passate condotte pare ancor oggi funzionale al pubblico in quanto minimizza il rischio che il ricorrente possa reiterare i suddetti comportamenti criminosi, per i quali ha peraltro scontato una pena non irrilevante.
Diversamente, la Corte addiviene a conclusioni opposte quanto alle istanze giudiziali avanzate da NT 2, accogliendole *in toto*, salvo la richiesta di risarcimento.
In particolare, Mr. Warby rileva come un articolo (in particolare) indicizzato da Google induca il lettore in errore, finendo con l'aggravare la responsabilità penale del ricorrente. Invero, dalla lettura di tale contributo emerge un'erronea rappresentazione dei fatti, secondo la quale NT 2, con la sua condotta, avrebbe intenzionalmente mirato a ottenere proventi, agendo in maniera disonesta anche nei confronti dei suoi creditori. Pertanto, tale articolo viene ritenuto dalla Corte inaccurato, in quanto fornisce al lettore un'immagine fuorviante del reo, attribuendogli finalità estranee rispetto a quelle per cui ha agito.
Quanto alla richiesta di de-indicizzazione dei documenti facenti riferimento alla pregressa condotta penalmente rilevante del ricorrente, la Corte ritiene che non sussistano più ragioni di pubblico interesse tali da far propendere per una conservazione dei relativi link. In favore di questa conclusione viene quindi articolata una completa analisi delle circostanze di fatto che riguardano sia l'entità della pena che il comportamento di NT 2, prima e dopo la condanna. In particolare, Mr. Warby rileva che la pena inflitta al ricorrente si è estinta (anche a prescindere dall'intervenuta modifica al Rehabilitation Act 1974) e che, comunque, si tratta di fatti di lieve entità[4], non tali quindi da pregiudicare l'affidabilità del reo rispetto alla sua futura attività imprenditoriale e, comunque, in grado di escludere (verosimilmente) una reiterazione della medesima condotta criminosa. Inoltre, NT 2 ha espresso, in sede processuale, un sincero pentimento quanto ai reati attribuitegli, riconoscendo la sua colpa. Alla luce di tali considerazioni, pertanto, le notizie relative alla condanna del ricorrente sembrano essere divenute superate, irrilevanti e prive di un concreto e attuale interesse pubblico alla loro conoscenza. Da qui, l'ordine della Corte a Google di de-indicizzare in modo appropriato i link alle suddette notizie.

3. Brevi osservazioni conclusive: il "trionfo" del fatto sul diritto

Nel caso oggetto del presente commento, il giudice Mr. Warby è stato chiamato ad operare un bilanciamento tra il diritto all'informazione dei consociati (*freedom of information*), da una parte, e il diritto alla protezione dei dati personali (*data protection*) degli interessati, NT 1 e NT 2, dall'altra.

[4] Vedasi paragrafo n. 161 della sentenza in commento secondo cui: «*As a rule, [data protection authorities] are more likely to consider the de-listing of search results relating to relatively minor offences that happened a long time ago, whilst being less likely to consider the de-listing of results relating to more serious ones that happened more recently. However, these issues call for careful consideration and will be handled on a case-by-case basis*».

Ha quindi concluso per la prevalenza del primo, in riferimento alle prospettazioni di NT 1, e per la prevalenza del secondo, con riguardo alle prospettazioni di NT 2, a fronte delle ragioni precedentemente esposte.

Il ragionamento della Corte si è invero basato su elementi di fatto (quali la condotta dei due ricorrenti – sia precedente che successiva alla condanna – l'entità della sanzione irrogata, l'ammissione di colpevolezza, il fatto che il reato sia stato commesso in maniera fraudolenta e/o per fini lucrativi personali…) dai quali questa ha ricavato l'attualità o meno dell'esistenza di un concreto interesse pubblico all'indicizzazione – e quindi alla maggiore visibilità – delle informazioni inerenti ai procedimenti penali a carico dei due ricorrenti.

Se ne può quindi ricavare, seguendo il ragionamento della Corte, che ove il suddetto interesse sussista, il diritto alla protezione dei dati personali recede; all'opposto, ove non vi sia un interesse pubblico alla conoscenza delle notizie indicizzate, al diritto all'oblio viene riconosciuta una più compiuta tutela.

Pertanto, corollario della pronuncia in esame è che il *right to be forgotten* individuale trova una piena affermazione allorquando le notizie documentali, cui viene chiesta la de-indicizzazione, sono da considerarsi irrilevanti, o perché facenti riferimento a una risalente situazione di fatto superata nel tempo, o in quanto riguardanti circostanze trascurabili o, da ultimo, poiché è venuta a mancare una concreta ragione di conoscibilità delle informazioni stesse.

In sostanza, quindi, il riconoscimento (o meno) del diritto all'oblio a chi lo azioni in giudizio viene a fondarsi su una *quaestio facti*, ovvero si basa su una valutazione delle circostanze del caso concreto, le cui informazioni sono riportate in contributi previamente pubblicati, con un articolato e completo esame circa la correttezza e alla attualità di queste.

La Corte inglese, invero, non individua, né definisce una soglia – superata la quale si ritiene non sussistere più l'interesse pubblico alla indicizzazione di documenti – e nemmeno detta dei criteri omogenei, anche puramente indicativi, per stabilire l'esistenza o meno di quest'ultimo. Pertanto, finisce con il rimettere tale valutazione alla mera discrezionalità di qualsiasi giudice che si confronti con un caso analogo. Viene così a costituire, ad avviso dello scrivente, un precedente poco significativo in punto di diritto, omettendo di dettare dei criteri – come invece avrebbe dovuto – su come poter meglio bilanciare il diritto all'informazione con il diritto alla tutela dei dati personali.

Note a Sentenza

Sezione Europa

Corte di giustizia dell'Unione europea

Titolarità e contitolarità dei dati personali alla luce della decisione della Corte di giustizia sulle *fanpage* di Facebook

Giovanni Maria Riccio

Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 giugno 2018, causa C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*

L'art. 2, lett. d), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «responsabile del trattamento», ai sensi di tale disposizione, include l'amministratore di una *fanpage* presente su un social network.

Sommario

1. Premessa. - 2. Fatto e decisioni nazionali. - 3. La sentenza della Corte di giustizia. - 4. Analisi della decisione. Dati anonimi e applicazione della direttiva. - 5. Titolarità e servizi forniti da terzi. - 6. Titolarità e contitolarità. - 7. Conclusioni.

Keywords

Protezione dei dati personali, Titolare del trattamento, Contitolare, GDPR, Facebook

1. Premessa

Può accadere che una decisione giurisprudenziale, sebbene relativa a un quadro giuridico oramai abrogato, contenga disposizioni interessanti per il futuro, anche se letta alla luce delle riforme legislative intervenute.

È questo il caso della recente sentenza della Corte di giustizia sulla titolarità del trattamento in caso di pagine Facebook. La pronuncia in commento, come si accennava, impone di interrogarsi, da un lato, sul ruolo di soggetti che, pur gestendo pagine autonome del *social network* (ossia pagine di cui determinano i contenuti), sono legati al gestore della piattaforma da contratti di adesione, con condizioni (anche in materia di privacy) immodificabili; dall'altro, offre lo spunto per fare chiarezza sulla nozione di contitolarità introdotta (*rectius*: ribadita e precisata) dal Regolamento (UE) 2016/679.

2. Fatto e decisioni nazionali

La Wirtschaftsakademie è un ente tedesco che si occupa di formazione. Nell'ambito della propria offerta promozionale, l'ente in questione gestisce una pagina su Facebook; appare opportuno precisare che tali pagine sono "aperte" e gestite da utenti del *social network*, che – come riferito nella sentenza – «possono ottenere dati statistici anonimi riguardanti i visitatori di tali pagine servendosi di una funzione denominata Facebook Insights, messa a loro disposizione gratuitamente da Facebook secondo condizioni d'uso non modificabili». Questi dati statistici sono raccolti per mezzo di *cookie* installati da Facebook sui terminali dei soggetti, anche non utenti del *social network*, che visitano la pagina.

Risulta che né la Wirtschaftsakademie né Facebook facessero menzione, nelle proprie informative al trattamento dei dati, di tale trattamento (ossia della raccolta di dati statistici). Tale omissione aveva determinato l'ordine, impartito il 3 novembre 2011, da parte dell'Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (autorità di vigilanza regionale indipendente per la protezione dei dati dello Schleswig-Holstein) di rimuovere la pagina dell'ente di formazione presente sul *social network*.

A giudizio dell'autorità regionale garante, il gestore della pagina avrebbe agito in qualità di titolare del trattamento dei dati, avendo fornito «un contributo attivo e volontario alla raccolta, da parte di Facebook, di dati personali riguardanti i visitatori di tale *fanpage*» e beneficiando dalla comunicazione di tali informazioni statistiche[1].

L'ente di formazione, però, impugnava la decisione innanzi al Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo), eccependo di non essere nella posizione di modificare le condizioni di contratto del *social network*, né di incidere nella determinazione dei mezzi del trattamento dei dati. Con pronuncia del 9 ottobre 2013, il Verwaltungsgericht annullava la decisione dell'autorità garante, statuendo che il gestore della pagina Facebook non fosse un titolare del trattamento.

L'Oberverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo superiore del Land) rigettava l'appello e confermava la sentenza del tribunale amministrativo, affermando che il *social network* sarebbe il solo titolare del trattamento, giacché deciderebbe, in autonomia, le finalità del trattamento dei dati, nell'ambito della funzione *Facebook Insights*, trasferendo al gestore della pagina esclusivamente informazioni anonime.

L'Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein impugnava la decisione di appello innanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale), che, nuovamente, aderiva alle conclusioni dei giudici di primo grado, precisando, tuttavia, che la nozione di titolare del trattamento dovesse essere interpretata in maniera ampia, conformemente all'indirizzo della giurisprudenza della Corte di giustizia, sospendendo il procedimento e rimettendo la questione ai giudici comunitari.

[1] Una precisazione linguistica, a tal riguardo, si impone. Nella sentenza si parla di "responsabile" anziché di "titolare"; si tratta di un errore di traduzione, che reitera la dissociazione tra la direttiva 95/46/CE, dove si parlava di responsabili, e la l. 675/1996 (e poi, successivamente, il d.lgs. 196/2003) che invece discorreva di titolari del trattamento, così come oggi l'art. 4 della versione italiana del Regolamento (UE) 2016/679 che, sul punto, ha evitato discrasie linguistiche tra fonti comunitarie e fonti nazionali.

3. La sentenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia, investita della questione, ribalta però le conclusioni dei giudici tedeschi.

Innanzi tutto, viene ricordato, così come aveva fatto il Bundesverwaltungsgericht, che il concetto di titolare di cui alla direttiva 95/46/CE sia da interpretare in senso estensivo. Difatti, sebbene la sentenza ammetta che i trattamenti dei dati degli utenti «sono effettuati essenzialmente attraverso il posizionamento, da parte di Facebook, sul computer o su ogni altro dispositivo delle persone che hanno visitato la fanpage, di cookie usati per memorizzare informazioni nei browser web e che, se non eliminati, restano attivi per due anni», tuttavia, ciò avviene in funzione della circostanza che un altro soggetto abbia creato una *fanpage* sul *social network* e svolga funzioni di amministratore di tale pagina.

In altri termini, seguendo il ragionamento dei giudici del Lussemburgo, se l'ente di formazione non avesse dato vita alla pagina, allora Facebook non avrebbe effettuato alcun trattamento di dati degli utenti. Inoltre, l'amministratore di una pagina svolgerebbe «un'azione d'impostazione dei parametri in base, segnatamente, al suo pubblico destinatario nonché agli obiettivi di gestione o di promozione delle sue attività, che influisce sul trattamento di dati personali ai fini della creazione di statistiche stabilite a partire dalle visite della *fanpage*» e, al contempo, l'amministratore della pagina «può, tramite filtri messi a disposizione da Facebook, definire i criteri a partire dai quali si devono stabilire tali statistiche e designare perfino le categorie di persone i cui dati personali saranno oggetto di utilizzo da parte di Facebook».

4. Analisi della decisione. Dati anonimi e applicazione della direttiva

La pronuncia della Corte di giustizia si presta ad una duplice lettura.

La prima è improntata a valutazioni di politica del diritto e di effettività delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali. L'altra, che giunge a esiti in parte contrapposti, fondata sull'interpretazione letterale del dato testuale della direttiva.

Si è detto che la sentenza adotta, conformemente alla giurisprudenza precedente, un'interpretazione ampia del concetto di titolare del trattamento, parametrata non solo (e non tanto) sull'effettiva capacità di determinare le finalità e i mezzi del trattamento, quanto sull'allargamento dell'ambito di responsabilità – ripartita in capo a più soggetti, seppur con diversi gradi di partecipazione nei processi di trattamento dei dati[2].

Un'analisi più aderente al testo normativo, tuttavia, avrebbe però dovuto condurre a

[2] È quanto palesato dalla Corte di giustizia nel p. 42 della decisione, dove si afferma che «il riconoscimento di una responsabilità congiunta del gestore del social network e dell'amministratore di una *fanpage* presente su tale network in relazione al trattamento dei dati personali dei visitatori di tale *fanpage* contribuisce a garantire una più completa tutela dei diritti di cui godono le persone che visitano una *fanpage*, conformemente alle prescrizioni della direttiva 95/46». Sottolinea l'importanza della ripartizione dei ruoli e delle relative responsabilità L. Greco, *I ruoli: titolare e responsabile*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 251.

conclusioni differenti e, forse, antitetiche.
Innanzi tutto, è la decisione stessa a ricordare che le informazioni trasmesse da Facebook alla Wirtschaftsakademie fossero anonime, andando ad individuare insiemi di utenti (quelli che, nella prassi, si identificano come *cluster*) anonimi, senza possibilità per il gestore della pagina internet di individuare i singoli utenti e, quindi, di operare dei trattamenti personalizzati ulteriori.
Al riguardo, è appena il caso di ricordare che, ai sensi del Considerando 26, la direttiva non trova applicazione ai trattamenti di dati resi anonimi, «in modo tale che la persona interessata non è più identificabile». Il medesimo principio è stato reiterato anche nel Regolamento (UE) 2016/679, dove si afferma – curiosamente sempre nel Considerando 26 – che i «principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato»[3].
La conclusione, alla luce di tale principio, è che la disciplina in materia di protezione dei dati personali non dovrebbe applicarsi del tutto alla Wirtschaftsakademie, atteso che i dati ricevuti dal *social network* non consentono un'identificazione degli utenti.

5. Titolarità e servizi forniti da terzi

La decisione, però, non si sofferma su di un altro punto, che, a parere di chi scrive, potrebbe essere interessante nella definizione (e nella perimetrazione) dei ruoli dei soggetti coinvolti nella fattispecie. Si allude, in particolare, al fatto che il gestore della pagina sia in grado di visualizzare i soggetti che "seguono" la pagina (per mezzo dei *like* alla pagina stessa), i commenti degli utenti ovvero di ricevere informazioni dagli stessi, per mezzo dei moduli di contatto.
La questione, per essere più chiari, non attiene, semplicisticamente, alla posizione di gestore della *fanpage*, il quale può essere considerato titolare del trattamento limitatamente ai dati raccolti per mezzo della *fanpage* stessa: sul punto, anche prima della decisione in commento, non vi erano dubbi, atteso che i dati personali ottenuti dalla piattaforma possono essere utilizzati secondo logiche e modalità operative che sono

[3] Il Regolamento distingue tra anonimizzazione e pseudononimizzazione, nel solco di quanto già affermato dal Gruppo di lavoro Articolo 29, nel Parere n. 5/2014 del 10 aprile 2014 sulle tecniche di anonimizzazione, dove si affermava che «l'anonimizzazione è una tecnica che si applica ai dati personali al fine di ottenere una deidentificazione irreversibile». Pertanto, nel primo caso, sono adoperate delle tecniche che determinano una deidentificazione irreversibile e non consentono di risalire al dato personale (dato c.d. dettagliato); nell'altro, invece, è possibile risalire nuovamente all'identità del soggetto. La pseudonimizzazione è una metodologia che si pone l'obiettivo di allontanare il dato dalla persona, rendendo complessa la riferibilità del dato alla persona stessa, senza tuttavia rompere il legame che esiste tra il dato e la persona, come è invece nell'obiettivo delle tecniche di anonimizzazione. Il principale strumento tecnico con cui questo allontanamento è effettuato è la crittografia o cifratura dei dati; essa può essere applicata a diversi attributi con cui la persona è descritta e può basarsi su vari schemi di cifratura. Ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 5 del Regolamento, la pseudononimizzazione è «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».

rimesse al gestore della pagina.

Il punto è che la Corte di giustizia impone un obbligo di informazione, in capo al gestore nei confronti degli utenti della pagina (anche non iscritti alla pagina stessa), di informare questi ultimi in merito alle modalità di un trattamento che, tuttavia, sono poste in essere autonomamente da un altro soggetto (il gestore del *social network*). Per essere più chiari, seguendo il ragionamento della sentenza, sulla Wirtschaftsakademie, pur non avendo alcun dominio sulle scelte relative ai mezzi adoperati né sulle modalità di trattamento, graverebbe un obbligo di informare i propri utenti sul funzionamento del servizio *Facebook Insights* e sul modo in cui tale servizio raccoglie e tratta i loro dati personali.

È evidente, però, che tale opzione interpretativa rischia di prestarsi a soluzioni, a parere di chi scrive, preoccupanti, finendo per stravolgere la *ratio* legislativa, che assegna il ruolo di titolare al soggetto in grado di scegliere (e, quindi, di modificare) finalità e mezzi del trattamento. Non a caso, l'obbligo di informazione di cui all'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 grava su tale soggetto e non su altri: del resto, nel caso in commento, l'ente di formazione tedesco non avrebbe potuto fare altro che informare i propri utenti dell'utilizzo del servizio fornito dalla piattaforma di *social network*, non potendo comunque modificare il "settaggio" di tale servizio e, probabilmente, scontando un'evidente asimmetria informativa, avendo accesso alle sole informazioni sul servizio fornite dal gestore della piattaforma.

6. Titolarità e contitolarità

Un altro aspetto della sentenza che merita di essere approfondito riguarda la posizione di contitolarità tra Facebook e l'ente di formazione, così come ipotizzato da alcuni commentatori[4].

A parere di chi scrive, la contitolarità è un'ipotesi rara o, quanto meno, residuale. L'art 26 del Regolamento stabilisce che sussista tale situazione «Allorché due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono contitolari del trattamento».

Pare opportuno precisare che, a nostro avviso, la norma debba essere interpretata tenendo conto dell'antecedente normativo di riferimento (art. 2, direttiva 95/46/CE) che, nel qualificare il titolare del trattamento, lo definiva come il soggetto che «da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali»[5]. In merito a tale disposizione, si era pronunciato il Gruppo di lavoro Articolo 29, nella *Opinion* n. 1/2010, che ricomprendeva in tale fattispecie i casi in cui «i vari attori

[4] Questa è l'opinione, tra gli altri, di N. Blanc, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein: Towards a Joint Responsibility of Facebook Fan Page Administrators for Infringements to European Data Protection Law?*, in 4 *European Data Protection L. Rev.* 120 (2018), seppur in merito alla *opinion* dell'Avvocato Generale.

[5] Concorda sulla sussistenza di una linea di continuità tra il regolamento e la direttiva anche M.L. Salvati, *Commento all'art. 26*, in G.M. Riccio - G. Scorza – E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy commentato*, Milano, in corso di pubblicazione, la quale correttamente osserva che, tuttavia, il GDPR abbia previsto una normativa analitica sui rapporti tra contitolari, nell'interesse principale dei soggetti interessati.

coinvolti determinano insieme, a volte in misura diversa, le finalità e/o i mezzi di un trattamento»[6].
In altri termini, il riferimento a finalità e mezzi deve intendersi in senso non cumulativo, nel senso che occorre la ricorrenza di entrambi gli elementi per l'applicazione della disposizione, essendo sufficiente, invece, che i soggetti coinvolti cooperino alla determinazione dei mezzi o delle finalità del trattamento.
Nella fattispecie in commento, tuttavia, come già evidenziato non è chiaro se il gestore della piattaforma sia o meno nella posizione di contribuire alla scelta né del primo né dell'altro elemento[7]: non dovrebbe, quindi, sussistere un'ipotesi di contitolarità, ma di titolarità autonoma, di dati personali differenti, così come chiarito in precedenza.

7. Conclusioni

La decisione in commento allarga esponenzialmente l'ambito di applicazione dell'art. 4, par. 1, n. 7 del Regolamento (UE) 2016/679, ampliando la nozione oltre i soggetti che, effettivamente, determinano finalità e mezzi del trattamento e ricomprendendovi anche coloro che, in qualche modo, hanno contribuito alla determinazione delle finalità del trattamento.
In sintesi, dalla lettura della *ratio decidendi* della Corte di giustizia, sembra potersi evincere che tale ruolo competa anche ai soggetti che, pur non incidendo sulla scelta dei mezzi adoperati per il trattamento (mezzi che sono predeterminati dal gestore della piattaforma), abbiano contribuito, con le proprie scelte, a definire l'area di operatività e di intervento del trattamento.
Seguendo l'iter argomentativo della Corte, infatti, dovrebbe ritenersi che la titolarità del trattamento gravi anche sui soggetti che fissano i parametri di un servizio offerto da terzi (che, di fatto, è l'unico che tratta dati di carattere personale, potendo identificare i soggetti interessati) e che, a qualsiasi titolo, beneficiano del trattamento stesso, seppur limitatamente a dati anonimizzati.

[6] Parere 1/2010 sui concetti di "responsabile del trattamento" e "incaricato del trattamento", adottato il 16 febbraio 2010, 21.

[7] Su questa incertezza si sofferma anche O. Lynskey, *Another Turn of the Screw? The 'Facebook Fanpages' Judgment*, in *European Law Blog*, 25 June 2018.

La Mafia se sienta a la mesa: the subtle line between outrageous and appealing

Federica Pezza

General Court, 15 March 2018, case T-1/17, *La Mafia Franchises v. EUIPO*

Article 7(1)(f) of Regulation No. 207/2009 shall be implemented by taking into account both of the circumstances common to all Member States of the European Union and of the particular circumstances of individual Member States which are likely to influence the perception of the relevant public within those States. Based on this, the trademark application for *"La Mafia se sienta a la mesa"* has to be rejected as contrary to public policy and morality. In fact, the contested mark, considered as a whole, refers to a criminal organization and, therefore, trivializes the serious harm done by the organization to the fundamental values of the European Union. The contested mark is therefore likely to shock or offend not only the victims of that criminal organization and families, but also any person who, on EU territory, encounters the mark and has average sensitivity and tolerance threshold.

Summary

1. Introduction. – 2. The absolute ground under Article 7(1)(f). General remarks. - 2.1 Public policy and morality: a not-too-objective definition. - 2.2 One step after the other: methodology in a nutshell. – 3. The decision of the General Court in *La Mafia se sienta a la mesa*. – 3.1 The First Board of Appeal Decision ("the Contested decision"). – 3.2 The arguments of the applicant. – 3.3 The findings of the Court. - 4. Some considerations. – 4.1 Historical memory and its inconsistency. – 4.2 The balance with freedom of expression in the EU. – 4.3 …and beyond. – 5. Conclusion and final remarks

Keywords

Trademarks, Public policy, Morality, Freedom of expression, Intellectual property

1. Introduction

Innovation and economic growth provide companies and individuals with new, powerful tools to establish and communicate their business. In the same time, these enhanced possibilities result in a highly competitive scenario: small and medium businesses will now have to struggle for the purpose of establishing themselves and their services on the market. In this sense, indeed, trademarks and trademark law, in general,

do represent valuable instruments to achieve this goal. And in fact, as justly noticed by Frank Schechter[1], the real value of modern trademarks stays in their «selling power», which is deeply connected to their uniqueness and singularity. In other words, the more «unique» and «persuasive» the trademark is, the more the chances are for traders to attract and retain potential customers.

On the other side, as pointed out by the EUIPO in its Guidelines for examination of European Union Trademarks ("The Guidelines")[2] the right of traders to freely employ words and images in the sign they wish to register as new trademark has to be balanced against the right of the public not to encounter disturbing, abusive, insulting and even threatening trademarks[3].

The need for such a balance is perfectly summarized by Article 7(1)(f) EUTMR[4] which, mirroring Article 6-quinquies (B)(3) of the Paris Convention[5] and other provisions with similar rationales in different areas of IP law[6], excludes from registration trademarks that are contrary to «public policy or to accepted principles of morality». Namely, according to the Boards of Appeal decisions, this is the case if the «[r]ecipient of the goods, when reading the sign applied for on or in connection with the offer and marketing of these goods, is insulted, discriminated against or held up to ridicule or if his sexual self-determination is violated»[7]. This provision also constitutes the starting point of our analysis, which will look at the recent ruling of the General Court (GC) in *La Mafia Franchises v EUIPO* (T-1/17), with the aim of defining as much as possible the scope of this ground for invalidity, investigating its connection with the fundamental right of freedom of expression.

2.The absolute ground under Article 7(1)(f). General remarks

In order to better understand the impact of the GC Decision in *La Mafia se sienta a la Mesa,* one has to consider first what is meant by "public policy and morality" and how such a notion has been adopted and interpreted across the EU over the time.

In the present paragraph, we will summarize those concepts we regard as key for this purpose.

1 F. Schechter *The rational basis of trademark protection,* Cambridge, 1927

2 Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part B, Examination, Section 4, Chapter 7.

3 See R 495/2005-G, *Screw You* (2006).

4 Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark ('EUTMR').

5 The Article provides for the refusal of trademark applications and for invalidation of registrations where trademarks are «contrary to morality or public order».

6 See CJEU, T-417/10, *Que buenu ye! Hijoputa* (2012), for a comprehensive list.

7 See R 1627/2015-4, *Pica* (n 1) (2015), § 16; see also, R 1052/2016-4, *Lez* (n 1) (2016), § 13. Said decisions make clear the assessment goes beyond basic criminal and administrative law principles, taking into account the human rights vocation of the EU.

2.1 Public policy and morality: a not-too-objective definition

First things first: before any analysis can be started, and as always when dealing with trademark absolute grounds, the underlying policy must be carefully investigated. In this case, as anticipated, the ground under Article 7(1)(f) assumes the difficult role of promoting commercial solutions which are, in the same time, persuasive but not outrageous. In other words, if on one side the EUIPO shall not assist traders wishing to further their business by using trademarks that offend certain basic values of civilized society, on the other, it will not base its analysis on the perception of that «small minority of exceptionally puritanical citizens».

Coming to the merits, a preliminary distinction has to be drawn between the notion of "public policy" and the one of "accepted principles of morality". In general terms, it could be argued that, while the first objection derives from an assessment based on objective criteria, the second concerns subjective values. Still, as we will see, such a distinction is reduced in practice. Namely, as pointed out in the EUIPO Guidelines, public policy refers to «the body of Union law applicable to a certain area, as well as to the legal order and the state of law as defined by the Treaties and secondary EU legislation». The notion would apply to those trademarks which are likely to induce public disorder or increased likelihood of criminal or offensive behavior. The Guidelines also include a list of trademarks which are potentially attracted by this ground. However, as we will see, the non-exhaustive nature of the said list is not in line with the allegedly objective nature of the assessment.

Moving to the notion of «accepted principles of morality», as for the Guidelines, the latter is aimed at excluding from registration those signs perceived from a significant part of the relevant public as going directly against basic norms of society. This is because in every community there are standards of conduct widely shared that must be respected in order not to undermine religious, social, family values. Prohibition includes, for example, trademarks of blasphemous, racist, discriminatory or insulting words or phrases. However, this is not just a matter of bad taste. And in fact, the Guidelines specify that the ground must be applied «as objectively as possible by the examiner». For this purpose, the assessment shall be conducted taking into account, as factual evidence, both national law and practice. Also, the standard to be applied in the decision is that of a reasonable consumer with average sensitivity and tolerance thresholds.

It follows that the subtle line between what is "objective" policy and what is "subjective" morality tends to shade in practice. With the result that, in most of the cases, the two concepts of public policy and accepted principles of morality are likely to overlap. However, the difficulty in establishing clear boarders in this area does not necessary represent an issue, given that, according to the Guidelines, «raising an objection when a trademark is contrary to accepted principles of morality does not exclude that the sign can also be contrary to public policy».

2.2 One step after the other: methodology in a nutshell

Once defined the overlapping concepts of public policy and morality – or demonstrated the impossibility for such a definition to be elaborated – we'll now turn to the basic steps to be followed in the analysis of the ground. This will be helpful when examining the GC decision.

In other words, the question to be answered is on which basis the examiner, the board and/or the General Court will decide from time to time what constitutes a valid, admissible, trademark and what instead has to be rejected.

Following the Guidelines, in general terms, what matters for the assessment is that its main focus shall be the trademark itself. This means that the analysis will have to be conducted taking into account the intrinsic qualities[8] of the trademark in an objective[9] manner. As a result, neither the conduct of the applicant nor its intention are deemed to be relevant for the decision.

As a next step, "the application's expressive content" will have to be considered. This operation will aim at establishing whether the trademark application can be considered neutral or not. In this latter case further examination will be required. Interestingly enough, not only a strongly negative connotation of the mark can result in its refusal, but also a strongly positive connotation thereof can bring to a similar outcome.[10]

Finally, as for the relevant public, the assessment shall take into account the point of view of the «reasonable consumer with average sensitivity and tolerance threshold». [11]

Naturally, different thresholds will apply in specific contexts and, in particular, when dealing with children.

All of the above mentioned steps were applied by the General Court in its ruling.

3. The decision of the General Court in *La Mafia se sienta a la mesa*

On 30 November 2006, Le Honourable Hernandad, SL, to which the Applicant, La Mafia Franchises, SL is the successor, filed an application for registration of an EU trademark with the European Union Intellectual Property Office ("EUIPO"). This rather common scenario constitutes the starting point of a quite uncommon saga. At the basis, the circumstance the figurative mark applied for reproduced the words *"La Mafia se sienta a la mesa"* (Spanish form for "La Mafia sits at the table") in combination with a nicely depicted red rose[12]. The relevant goods and services selected were cloth-

[8] Similarly, commercialization does not matter because the breaching of the sign on moral and social sentiments is an objective assessment.

[9] See R 1805/2007-1, *Paki* (2009), § 27.

[10] See in this regard the decision R 2613/2011-2, *Ataturk* (2012) § 31, according to which the banal use of some signs with a highly positive connotation can also be offensive.

[11] See *Que Bueno! Hijoputa*, § 21.

[12] See EU trademark registration No. 005510921. Another identical trademark had been filed by the same applicant for Classes 30, 33, 43 on the 4th of November 2003. However, said application was

ing (Class 25), business management and organization consultancy services (Class 35) and services for providing food and drinks (Class 43). The trademark application was published in Community Trade Marks Bulletin No.24/2007 of 11 June 2007 and registered on 20 December 2007 under No. 5510921.
Time flies but absolute grounds don't.
On 23 July 2015, the Italian Republic filed an application with EUIPO for a declaration of invalidity of the contested mark, based on Article 7(1)(f) of Regulation No. 207/2009[13]. Namely, the Italian Republic claimed that the registered trademark was contrary to public policy and accepted principles of morality, since the word element "Mafia" referred to a criminal organization and its use in the mark resulted in deeply negative connotations. Plus, also in consideration of the services applied for, it had the effect of manipulating the positive meaning of Italian cuisine.
Unsurprisingly enough the Cancellation Division, by decision of 3 March 2016, upheld the application of the Italian applicant and declared the mark invalid.
The said decision was appealed on 29 April 2016 before the First Board of Appeal of EUIPO.

3.1 The First Board of Appeal Decision ("the Contested decision")

By its decision, the First Board of Appeal confirmed the findings of the Cancellation Division. The ruling is relevant to us in so far it aims at clarifying Article 7(1)(f) EUTMR[14] application, also anticipating those key points which will be further elaborated by the General Court in its ruling. More in detail, the analysis made by the Board of Appeal contributed to (i) the definition of the notion of relevant public, (ii) the identification of the dominant and distinctive elements of a mark, and (iii) the clarification of the role played by the precedent in the EUIPO legal system.
Each of the mentioned points was discussed and extended upon within the General Court decision.

3.2 The arguments of the applicant

In substance, in its plea before the General Court the applicant relies on four main arguments.
Of these arguments, only the first one is deeply connected to the public policy and morality ground, the others extending way beyond the scope of Article 7(1)(f) EUTMR.
By its first plea ("public policy-related plea"), the applicant claims that the invalidity decision should be reverted and the trademark registration maintained for the fact

withdrawn in June 2006.

[13] Now Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark ("EUTMR").

[14] In conjunction with Article 52 (1) (a) of the same Regulation.

neither the organization known as Mafia nor its members are included in the list of terrorist persons and groups mentioned in the "Annex to Council Common Position 2001/931/CFSP of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism" (OJ 2001 L 344, p. 93). And in fact, said Annex is referred to, among the others, by the EUIPO in its Guidelines for the purpose of clarifying the scope of the prohibition contained in Article 7(1)(f). Thus, by its reasoning, the applicant submits the mark shall not be declared invalid, basing on the fact that Mafia would not represent a criminal organization listed by the Guidelines and, therefore, recognized as such.

Secondly, on a more general level, the applicant maintains the trademark should be analyzed as a whole ("trademark-comparison plea"). In other words: it's not all about Mafia. There are other elements as well in the mark and these would result in the trademark being perceived as a type of parody or reference to the Godfather series.

Thirdly, as for the nature of the services applied for, which do not constitute "communicative services", it is to rule out, in the applicant view, that the purpose of the trademark is to be abusive or insulting. In particular, according to the applicant, the said trademark, referred to a restaurant chain, would instead aim at evoking values of family and fellowship ("trademark-services plea").

Finally, the applicant maintains that, in any case, the mark should be regarded as valid for the simple reason there are already many EU and Italian marks containing the term Mafia. More in detail, the applicant makes a direct reference to the EUIPO decisions in *Mafia II*[15] and *Contra-Bando*[16] ("value of precedent plea").

3.3 The findings of the Court

In its decision, the General Court examines and dismisses each of the applicant arguments, also taking the opportunity to clarify some additional notions, all connected to the enforcement of Article 7(1)(f) EUTMR.

As anticipated, the starting point of the analysis stays in the identification of Article 7(1)(f) underlying policy. This consists in excluding from registration those signs which, when used in the EU community, would be perceived as contrary to public policy or accepted principles of morality. It follows, in the Court reasoning, that the relevant public for such an assessment cannot be limited to the pubic the goods and services at stake are directly addressed to, but it extends way beyond, including also those persons who will encounter the sign accidentally in their life[17]. In this context, the assessment shall be conducted (i) by reference to the perception of a reasonable person with average sensitivity and tolerance threshold and (ii) by taking into account both the circumstances common to all Member States (MSs) of the European Union and particular circumstances of individual States. This stems from the consideration that, indeed, the notion of public policy and morality cannot be the same in all the

[15] See R 1224/2011-4, *Mafia II* (2012).

[16] See R 2822/2014-5, *Contra-Bando* (2015).

[17] See T-52/13 *Efag Trade Mark company v OHIM (Ficken)* (2013), § 19 and T-266/13, *Curve* (2013), § 19.

MSs, as it is deeply connected to linguistic, historic, social and cultural reasons.
In the light of the above premise, the Court dismisses the first of the pleas considering that the fact the Mafia is not listed in the Common Position 2001/931 as a terrorist organization[18] does not exclude it is a criminal organization, breaching with its activities the very values of respect for human dignity and freedom which constitute the essence of the EU Community[19]. And in fact, as for the General Court, when the list was created, it was not meant to be exhaustive. Plus, in particular in Italy[20], the term Mafia would assume deeply negative connotations, evoking all the harm done over the time by the organization to the security of that MS.
In the same way, the GC considers that the circumstances the word Mafia is reproduced in combination with other words and the trademark features a red rose as well do not mean this is not the dominant and distinctive element of the mark. This finding is based by the Court on the size and the position occupied by the term Mafia in the trademark.
As for the services applied for, again, the fact the trademark was not registered for communicative services does not mean it was not meant to be shocking or insulting. Also, in any case, this would not be relevant for the assessment[21]. And in fact, in the opinion of the Court, this has to be conducted in an objective manner, based on the intrinsic qualities of the mark, and ignoring the applicant underlying purpose/intention. Indeed, as it's all about the intrinsic qualities of the mark, its potential connection to the Godfather and the fact there are a lot of movies and books about Mafia will not impact on the final decision. By contrast, the fact the word Mafia is combined with a rose, which might be perceived as a symbol of love and harmony, is relevant to the assessment, as it contributes to convey a globally positive – therefore to-be-banned-image of the activities of the criminal organization.
Finally, in regard to the last of the pleas, the GC considered that the evoked EUIPO decisions in *Mafia II* and *Contra-Bando* are not likely to impact on the level of protection accorded. And in fact, as for the Court, decisions are adopted in the exercise of circumscribed powers and are not a matter of discretion[22]. Similarly, the fact a series of trademark registrations including the word Mafia exist in Italy is not relevant to the assessment, given that «neither EUIPO nor the EU courts are bound by national decisions on registration such as those to which the applicant refer».[23]
For all these reason the appeal was dismissed and the trademark declared invalid[24].

---

[18] See R 563/2016-2 *Eta,* (2013).

[19] Article 2 TEU and Article 2, 3 and 6 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

[20] See also T-140/02*, Intertops* (2005), § 34.

[21] The finding of the General Court is in line with the EUIPO Guidelines where in fact it is said that «the question whether the goods or services for which protection is sought can or cannot be legally offered in a particular Member State's market is irrelevant for the question as to whether the sign itself falls foul of Article 7(1)(f) EUTMR» (*Intertops,* § 33).

[22] See C- 412/05, *Alcon v OHIM* (2017), § 65; T-364/04, *Arthur et Felicie (*2005) § 71.

[23] See T-154/13, *Ficken Liquors* (2013), § 46.

[24] The decision was subsequently referred to by the Office when refusing the application made for the trademark "Mafia Rave". The examiner held that «the contested mark, considered as a whole, conveys a globally positive image of that organization and therefore trivializes the serious harm done by the organization to the fundamental values of the European Union».

4.Some considerations

The interplay between morality-rooted considerations and the need for a trademark to be persuasive constitutes a rather controversial area within the EU community. In fact, it is very difficult to draw the line between what constitutes outrageous but admissible trademark and what is instead offensive, therefore invalid, application. In this sense, the provision under Article 7(1)(f) EUTMR has been subject to a number of critics within the EU community. In the following paragraph we will briefly deal with what we regard as the two main points of concern.

4.1 Historical memory and its inconsistency

The public policy and morality ground, for its very nature, is deeply dependent on the context in which it is considered. And in fact both the notion of "public policy" and the one of "accepted principles of morality" involve a somehow subjective assessment. Such an assessment, as we have seen, shall be conducted taking into account the country where the trademark is to be adopted as well as the specific context. For example the same – outrageous – registration might be rejected with regard to ordinary items – also considering the level of children exposure - and accorded in relation to products sold in sex shops[25]. At the basis, the practical consideration sex shops clients are unlikely to be shocked by that trademark, while children or ordinary people normally are. In the same way, the application of the ground could vary from country to country. For example, while a number of drug-related registrations were accorded across Europe[26], in Italy registration for the slogan "*La droga dà, la droga toglie*" was recently denied, basing on the ambiguous character of the message contained. [27]Also, apart from adopting stricter moral standards, countries might promote different values. For instance, in the US decision in *Old Glory*[28], a «pictorial representation of a condom decorated with stars and stripes in a manner to suggest the American flag» was admitted by the Court, probably basing on its patriotic meaning (It is American's patriotic duty to fight AIDS by practicing safe sex)[29].

In the light of the above, it has been argued that one of the main issue of the ban would be the difficulty to reconcile the decisions it gives rise to. Indeed, as we have pointed out, in this area more than in others, the final outcome is deeply influenced by the sensibility of the judges. Also, the EUIPO Boards have stressed more than once the necessity of taking into account in the assessment the "historical memory" of

[25] See *Screw You,* §§ 26-29.

[26] See, among the others, registration No. 0916687 for "The King of Cannabis" and EU registration No. 003381381 for "Cannabis culture".0916687
0916687

[27] Decision of the Italian Board of Appeal of 24 November 2017, No. 57/2017, *La Droga Da' La Droga Toglie.*

[28] TTAB Judgement in *Old Glory Condom Corp., 26 U.S.P.Q. 2d 1216* (1993).

[29] E. Bonadio, *Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban on Registration of Controversial Trademarks,* in *Marquette Intellectual Property Law Review*, 19(1), 2015, 43 ss.

Member States – including their case law and national offices Guidelines. However, as it was made clear in *La Mafia se sienta a la mesa*, this does not mean EUIPO Boards are bound themselves by the decisions of national offices[30]. By contrast, they will be autonomous in their decision making. For this very reason, in our view, inconsistency of national decisions, although representing a matter of fact, will not impact in a negative way on the practice of the Office.

4.2 The balance with freedom of expression in the EU

The second main point of debate is represented by the correct balance between public policy and morality considerations on the one side (pushing for the application of the ground), and freedom-related arguments, promoting the rights of traders, on the other.

In other words, one has to establish to what extent the provision under Article 7(1)(f) EUTMR can legitimately undermine the right of freedom of expression, as provided under Article 11 of the Charter[31] and Article 10 of the European Convention of Human Rights ("ECHR").

As we will see, such a balance has been recently considered both by the US Supreme Court and the ECHR. In the EU context, the position embraced by the EUIPO and supported by the main scholars[32], is that the act of refusing a trademark registration cannot be regarded as in breach of freedom of expression. [33] This is because such a denial would not prevent the trademark from being used[34]. By contrast, as it was justly noticed, freedom of expression could be hindered by the grant of trademark registration, which by its own nature does represent a form of monopoly. [35]

In any case, the Grand Board recognized that different standards will apply when considering artistic or cultural communications. This because, freedom of artistic expression is generally regarded by the Court as higher priority than freedom of commercial expression. Basing on this, the Board considered the slogan "How to make money selling drugs" acceptable, as it was the name of a thought-provoking documentary.

4.3 …and beyond

The difficulty of defining common interpretative trends when dealing with such a context-dependent ground is even stronger when considering the approach undertaken by

[30] See *Screw You*, § 11.

[31] Charter of Fundamental Rights of the European Union.

[32] See P. Von Kapff *Fundamental Rights in the Practice of the European Trade Mark and Designs Office (OHIM),* in: C. Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham, 2015.

[33] C. Geiger-L. M. Pontes, *Trade mark registration, public policy, morality and fundamental rights,* Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2017-01.

[34] See *Que Buenu Ye! Hijoputa (Fig.).*

[35] *Ibid.* Let's think for example at the monopolization of the symbol of the Christian Cross which would undermine the right to use the symbol by other religious group.

jurisdictions other than the EU. Two examples will help in clarifying the terms of the question.

In the case of *Sekmadienis v Lithuania*[36] the European Court of Human Rights held that the fine issued by the State Consumer Rights Protection Authority ("SCRPA") against a company because of its adverts referring to "Jesus" and "Mary" was a violation of Article 10 ECHR. The decision is relevant for two main reasons. On one side, in general terms, the ruling pertains to a different legal system, where, a role is to be played by the freedom of expression argument. And in fact, according to Article 10 ECHR, limitations to the registration of a trademark are not allowed insofar as they interfere with freedom of expression. On the other side, coming to the actual assessment, the decision moves from the assumption which the fact a minority – or even a majority- is offended by a publication does not, of itself, justify a restriction of freedom of expression. It will be necessary for this purpose the finding of «some kind of gratuitous offence or profanity, or some incitement of hatred on the grounds of religious belief». Such an assessment shall take into account both the intentions of the publisher and the objective effects of the publication. Interestingly, the EUIPO Guidelines express the same principle according to which «it is not sufficient that the trademark is only likely to offend a small minority of exceptionally puritanical citizens (…) the trademark must be assessed by reference to the standards and values of ordinary citizens (…)».[37] However, as we have seen, it is very different the role attributed to the intention of the author: and in fact in the EU there is no need to establish that the applicant wants to shock or insult the public. The fact the EUTM applied for might be seen, as such, to shock or offend is sufficient[38].

A similar, freedom-oriented, outcome was reached in the US, where by its decision in *Matal v Tam*[39] the US Supreme Court affirmed that the ban imposed on disparaging trademarks under the Lanham Act constituted a violation of the First Amendment, protecting the free speech. In this case the issue concerned "The Slants", a band of Asian Americans who attempted to register as a trademark their band name, in order to reclaim their racial slur and with no intention of denigrating Asian Americans. In its decision, and in line with the EUIPO Guidelines, the Supreme Court considered that disparaging "intentions" do not matter when accepting or refusing a trademark application. Also, disparaging speech was not generally prohibited by the government. For these reasons the Court held registration was to be accorded. Such a decision is relevant insofar as it establishes there is no "hate speech" exception to First Amendment and, in general terms, free speech has to always be protected. However, it also constitutes a reminder that in order for a sign to be eligible for registration it will need to function as a trademark[40].

---

36 ECHR, app. 69317/14 (2018).

37 See *Screw You*, § 21.

38 See *Paki,* § 27.

39 *Matal v. Tam*, 582 U.S. ___ (2017).

40 R. Ledesma, *Peace and Hate at the USPTO*, in EverythingTrademarks.com, 28 January 2018.

5. Conclusion and final remarks

In this brief excursus, by moving from the recent decision of the General Court in *La Mafia se sienta a la mesa* we aimed at discussing the current legal framework with reference to the public policy and morality absolute ground. Our analysis highlighted that, although the decision significantly contributed to the definition of some interpretative questions (i.e. the notion of relevant public, the identification of the dominant and distinctive character of the mark, the role played by the precedent), the intertwined notions of "public policy and morality" still remain difficult to define. In particular, two main issues arise. On one side, due to its subjective and context related nature, it is very difficult to clearly identify Article 7(1)(f) EUTMR scope of implementation. As discussed above, this is demonstrated by the presence of numerous decisions within the EU community, which are inconsistent and often difficult to reconcile. On the other side, the relationship existing between freedom of expression and the public policy and morality ground is yet to be clarified. In this sense, it might be argued that, while the US has recently embraced a freedom of speech rooted approach, the trend in the EU allows for restrictions to be imposed on registration given that this does not prevent the trademark from being used.

Note a Sentenza

Sezione Europa

Corte Europea dei diritti dell'uomo

Il bilanciamento tra diritto all'oblio, libertà di espressione e conservazione della memoria collettiva in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Claudia Morini

Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2018, *M.L. e W.W. c. Germania*, ric. 60798/10 e 65599/10

Non è in contrasto con il diritto alla tutela della vita privata, riconosciuto dall'art. 8 CEDU, il diniego da parte delle autorità nazionali di imporre a tre testate giornalistiche di rendere anonimi alcuni reportage pubblicati e archiviati online, qualora il loro contenuto sia di interesse pubblico e a condizione che i media abbiano agito in conformità alla loro etica e deontologia professionale. In questi casi, operando un bilanciamento degli interessi, il diritto alla libertà di espressione, contenuto nell'art. 10 CEDU, e quello alla formazione e conservazione della memoria collettiva, devono prevalere sul "desiderio di essere dimenticati" dei ricorrenti.

Sommario

1. Condanna penale e "diritto all'oblio". – 2. La tutela della libertà di espressione: l'intervento della Corte federale di giustizia tedesca. – 3. Il valore degli archivi online: un tassello fondamentale nella costruzione della coscienza democratica delle società contemporanee. – 4. La rilevanza della protezione dei dati personali: il distinguo tra motori di ricerca e testate giornalistiche operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. L'individuazione dei criteri per operare il bilanciamento degli interessi. – 6. Considerazioni conclusive: la rilevanza del diritto alla memoria e dell'interesse collettivo a essere informati

Keywords

Media, Archivi, Libertà di espressione, Vita privata, Memoria

1. Condanna penale e "diritto all'oblio"

Il "diritto all'oblio" in quanto tale non è espressamente riconosciuto né negli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani né nelle costituzioni nazionali. Invero, anche oggi che esso ha ricevuto una prima legittimazione con l'entrata in vigore del Regola-

mento (UE) 2016/679 del 26 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione degli stessi, avvenuta il 25 maggio 2018[1], iI suo ambito rimane in gran parte indefinito: va dal diritto tutelato dalle normative sulla protezione dei dati personali a nozioni più ampie, che comprendono la protezione della reputazione, dell'onore e della dignità. La sua *ratio* risiederebbe, invece, nell'argomento per cui una data informazione può perdere importanza nel tempo e, pertanto, l'accesso ad essa dovrebbe essere limitato, a vantaggio di diritti come quello al rispetto della vita privata.

Nel recente caso *M.L. e W.W. c. Germania,* deciso dalla quinta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza resa il 28 giugno 2018[2], i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di pronunciarsi sul bilanciamento tra il presunto "diritto all'oblio" dei ricorrenti, giustificato dal richiamo alla tutela della vita privata garantita dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), e la libertà di espressione dei giornalisti tutelata dall'art. 10 CEDU.

Il caso ha preso le mosse dal ricorso di due cittadini tedeschi per presunta violazione dell'art. 8 CEDU, a causa della decisione della Corte federale di giustizia tedesca di non accogliere la loro richiesta di imporre l'anonimizzazione dei reportage rinvenibili negli archivi *online* di alcune testate giornalistiche (*Spiegel online*, *Deutschlandradio* e *Mannheimer Morgen*), riguardanti un processo penale che si era svolto nei loro confronti venticinque anni prima. Il 21 maggio 1993, infatti, alla fine di un processo indiziario i due ricorrenti erano stati condannati all'ergastolo per l'assassinio, avvenuto nel 1991, di un attore molto popolare in Germania, W.S.

Le prime decisioni interne risalgono al 2008: dapprima, il 29 febbraio, si era pronunciato il tribunale regionale, accogliendo l'istanza dei richiedenti in quanto, decorso così tanto tempo dai fatti che avevano dato origine alle condanne, ad avviso dei giudici doveva prevalere l'interesse dei condannati a non dover più confrontarsi con il loro passato, su quello pur meritevole del pubblico a essere informato. Il 29 luglio dello stesso anno era stata poi la volta della Corte di appello di Amburgo, la quale aveva ravvisato nella messa a disposizione negli archivi online dei dossier che riguardavano l'omicidio per il quale avevano già scontato la loro condanna, una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata. Inoltre, la Corte aveva ritenuto che il diritto a non dover fare più i conti con il proprio passato potesse dirsi funzionale anche al reinserimento dei due ricorrenti nella società: ad avviso dei giudici, infatti, l'essere stati condannati e la circostanza per cui il pubblico era stato, negli anni, ampiamente informato sui fatti, costituivano di per sé già una sanzione sociale di non poco rilievo.

Quanto alla limitazione del diritto di espressione delle testate, in questo caso la stazione radio, ad avviso della Corte di appello era minima poiché non si imponeva di eliminare il materiale dall'archivio, ma semplicemente di rendere anonime le generalità dei due condannati. Ciò perché, si riteneva che non importasse quanto vecchia fosse la notizia

[1] 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 (regolamento generale sulla protezione dei dati), in GUUE, L 119/1 del 4 maggio 2016.

[2] CEDU, *M.L. and W.W. v. Germany*, ric. 60798/10 e 65599/10 (2018).

perché potesse crearsi un pericolo per la risocializzazione dei ricorrenti: la presenza in rete di notizie sull'omicidio, contenenti dati sensibili quali le loro generalità, avrebbero potuto essere facilmente reperibili da persone che potevano trovarsi a vario titolo a contatto con i ricorrenti, contribuendo così a 'stigmatizzare' nuovamente gli stessi e limitando, di fatto, la possibilità di un più agevole reinserimento nel tessuto sociale.
In seguito, la Corte di appello autorizzava il ricorso in Cassazione.

2. La tutela della libertà di espressione: l'intervento della Corte federale di giustizia tedesca

Con due sentenze del 15 dicembre 2009, la Corte federale aveva accolto il ricorso della stazione radio e aveva cassato le decisioni del tribunale regionale e della Corte di appello di Amburgo.
In primo luogo, essa aveva affermato che la messa a disposizione delle informazioni relative alle generalità dei due ricorrenti effettivamente costituisse un'ingerenza nell'esercizio della protezione del loro diritto all'identità personale e di quello al rispetto della vita privata, protetti sia dalla Costituzione federale (artt. 1, par. 1 e 2 par. 1) che dalla CEDU (art. 8), ma che questi diritti dovessero essere messi in rapporto alla libertà di espressione, garantita dall'art. 10 CEDU, al fine di operare il doveroso bilanciamento degli interessi alla luce delle circostanze del caso concreto[3].
Ad avviso della Corte federale, il giudice d'appello non aveva debitamente preso in considerazione il diritto alla libertà di espressione della stazione radio e il connesso interesse pubblico ad essere informati sui fatti. La Corte aveva poi ricordato che nell'ordinamento tedesco la stessa Corte costituzionale aveva in passato già affermato che alcuni reportage relativi a fatti veri avrebbero potuto arrecare danni a diritti della personalità quando il pregiudizio causato fosse stato superiore a quello dell'interesse del pubblico a conoscere la verità, per esempio qualora la diffusione avesse avuto una portata considerevole o quando gli stessi avessero stigmatizzato la persona e avessero prodotto l'effetto di isolarla socialmente. La Corte federale aveva però poi evidenziato come i reportage relativi a reati penali facessero parte, in quanto tali, della storia contemporanea, relativamente alla quale i media hanno il compito di rendere conto. Inoltre, più i fatti di attualità esulano dalla c.d. "criminalità ordinaria", più crescerebbe l'interesse del pubblico ad essere informato.
La Corte federale, infin, aveva rilevato che con il tempo l'interesse della persona coinvolta a non dover più fare i conti con fatti del passato acquisisse, invero, un peso maggiore: una volta che l'autore di un crimine fosse stato condannato e il pubblico fosse stato sufficientemente informato, ingerenze ripetute nel diritto alla protezione della propria identità e personalità non potevano essere più facilmente giustificate alla luce dell'interesse dell'individuo a essere reintegrato nel tessuto sociale. In ogni caso,

[3] Sulla libertà di espressione nella CEDU, vedi in particolare, M. Oetheimer - A. Cardone, *Articolo 10*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 397 ss. In generale, sulla libertà di stampa si rinvia, invece, a M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012.

citando anche una sentenza della CEDU[4], la Corte aveva affermato che non esisteva un diritto "assoluto" a non dover mai fare più i conti con i propri errori. Applicando questo principio al caso sottoposto al suo esame, il giudice federale aveva rilevato che il diritto dei richiedenti alla protezione della loro personalità dovesse cedere, da un lato, di fronte al diritto alla libertà di espressione dei giornalisti, diritto che era stato comunque esercitato con obiettività e accuratezza e, dall'altro, rispetto al diritto del pubblico a conoscere i fatti attraverso il libero accesso agli archivi online.
In proposito, occorre qui richiamare la Convenzione per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati personali, adottata dal Consiglio d'Europa (CoE) il 28 gennaio 1981, che prevede importanti garanzie per il trattamento dei dati personali. In particolare, per quanto concerne proprio i dati relativi a condanne penali, in essa si afferma che questi non potranno essere trattati automaticamente a meno che il diritto interno non preveda specifiche e ulteriori garanzie (art. 6)[5]. All'art. 5 si fa poi espresso riferimento alla necessità che i dati personali siano esatti e, se necessario, aggiornati (lett. *d*). Di recente, il 18 maggio 2018, tale Convenzione è stata novellata e il nuovo art. 9 menziona proprio la libertà di espressione quale possibile eccezione alle garanzie individuate negli articoli precedenti.

3. Il valore degli archivi online: un tassello fondamentale nella costruzione della coscienza democratica delle società contemporanee

Come evidenziato, il giudice federale ha ritenuto che il diritto del pubblico di accedere agli archivi online per conoscere fatti di una certa rilevanza dovesse prevalere sulla tutela della vita privata dei ricorrenti.
A riguardo, un altro aspetto importante preso in considerazione, sono state proprio le modalità di accesso all'informazione da parte del pubblico, modalità che in questo caso permettevano una diffusione limitata del reportage: gli utenti interessati, infatti, avrebbero dovuto fare una ricerca molto accurata nell'archivio online in quanto non si trattava di notizie facilmente reperibili nella sezione "attualità" presente nel portale, ma di notizie appositamente identificate come "d'archivio", e come tali trattate.
Con riferimento al valore degli archivi online, inoltre, si è rilevato come questi abbiano un ruolo fondamentale nelle società contemporanee in quanto il pubblico non ha solo un interesse legittimo ad accedere alle informazioni di stretta attualità, ma deve poter fare ricerche anche avvenimenti del passato. È anche attraverso il riconoscimento di un ampio margine di autonomia nella gestione degli archivi online, poi, che può compiutamente espletarsi il fondamentale ruolo di informazione del pubblico e di partecipazione alla formazione dell'opinione democratica proprio della stampa. Questo perché, alla luce delle pertinenti norme interne e internazionali, ovvero oltre al già menzionato art. 10, par. 1 CEDU, gli artt. 5, par. 1 della Costituzione federale e 11 della Carta dei diritti

[4] CEDU, *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, ric. 35841/02 (2006), par. 68.

[5] Ratificata in Italia con l. 98/1989.

fondamentali dell'Unione europea, la libertà di espressione e di stampa deve essere esercitata non solo attraverso la messa a disposizione di notizie di stretta attualità, ma altresì attraverso la messa a disposizione durevole di materiale d'archivio.
Invero, se si imponesse alle testate giornalistiche di cancellare o modificare tutte le informazioni del passato o se si impedisse al pubblico di cercarle, si arriverebbe al risultato di cancellare la Storia e di produrre un beneficio all'autore di determinate condotte, comunque legittimamente dichiarate come illecite. Un tale privilegio non può essere riconosciuto, anche perché se si imponesse la cancellazione di notizie e informazioni presenti negli archivi online delle testate, ciò potrebbe avere un effetto dissuasivo e incidere negativamente sulla loro libertà di espressione e di stampa.
Altri due procedimenti simili erano stati intentati anche nei confronti del magazine *Der Spiegel* e del quotidiano *Mannheimer Morgen*, nei cui archivi erano accessibili, a pagamento, informazioni sul caso dell'omicidio del famoso attore. In questi casi, la stessa Corte federale il 9 febbraio 2010 e il 20 aprile 2010, era giunta alle medesime conclusioni del caso della stazione radio.
Le conclusioni sugli archivi online cui era pervenuta la Corte federale in questi casi sono invero in linea con la Raccomandazione R(2000)13 rivolta agli Stati membri su una politica europea in materia di comunicazione degli archivi, adottata il 17 luglio 2000 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. In essa gli archivi vengono qualificati come una parte essenziale e insostituibile del patrimonio culturale e come mezzo per preservare la perennità della memoria dell'umanità. Inoltre, in un allegato, si legge che l'accesso agli archivi pubblici si configura come un vero e proprio diritto (punto III, par. 5).

4. La rilevanza della protezione dei dati personali: il distinguo tra motori di ricerca e testate giornalistiche operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

Nella sentenza in commento, la Corte europea ha tenuto in debita considerazione il timore dei ricorrenti di essere stigmatizzati nuovamente in ragione della possibilità riconosciuta agli internauti di poter accedere agli archivi online delle testate coinvolte. Nell'era digitale, infatti, le notizie possono essere continuamente reperite anche dopo molti anni, a differenza di quanto accadeva quando il mezzo principale di comunicazione di massa era la TV, allorquando una trasmissione televisiva vertente su un determinato argomento aveva una eco limitata al giorno della messa in onda. Internet, dunque, rappresentava effettivamente per i ricorrenti una minaccia costante e duratura al rispetto della loro vita privata, e li rendeva protagonisti, loro malgrado e contro la loro volontà, della storia contemporanea, che era stata però "cristallizzata" in una decisione giudiziale resa in modo neutro e obiettivo.
Un primo aspetto messo in rilievo dalla Corte è stato che la nozione stessa di "vita privata" cui l'art. 8 CEDU fa riferimento è molto ampia e non è suscettibile di una definizione esaustiva in quanto ingloba in sé molteplici aspetti della personalità di un individuo, incluso informazioni di carattere strettamente personale che questi potrebbe

non volere che vengano diffusi senza il proprio consenso (par. 86). In proposito, è stato riconosciuto lo stretto legame esistente tra la tutela della vita privata e la protezione dei dati personali (par. 87).

Quanto invece all'aspetto di possibili offese alla reputazione di un individuo, la Corte ha ricordato che perché l'art. 8 CEDU possa entrare in azione, tali offese devono raggiungere una soglia di una certa gravità e causare un pregiudizio concreto al godimento del diritto in parola[6]. Invero, in questi casi, la protezione non potrà essere invocata qualora la reputazione sia compromessa in seguito a un atto proprio di un individuo, quale un illecito di natura penale (par. 88). In proposito, rileva la Raccomandazione Rec(2003)13 del 10 luglio 2003 sulla diffusione di informazioni da parte dei media in riferimento a procedimenti penali, nella quale si evidenzia, tra l'altro, come quello di informare il pubblico sia un diritto-dovere dei media e che i reportage relativi a procedimenti penali espletano anche l'importante compito di rendere visibile a tutti la funzione dissuasiva del diritto penale e di far conoscere al pubblico il funzionamento del sistema giudiziario penale.

Ciò posto, la sentenza in esame, chiarisce una differenza fondamentale nella questione del bilanciamento tra legittima esigenza di tutela dei dati personali, che rientra nella tutela della vita privata *ex* art. 8 CEDU, e libertà di espressione nell'era digitale: nell'operare tale bilanciamento di interessi è necessario prendere in considerazione il soggetto titolare del diritto garantito dall'art. 10 CEDU. Come vedremo, infatti, le testate giornalistiche godono nel sistema di Strasburgo di una tutela "rafforzata" rispetto ad altri operatori.

Centrale nel ragionamento della Corte è stato il richiamo alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) del 2014, resa nel caso noto come *Google Spain*[7]. In quella sentenza, in sintesi, la CGUE aveva imposto al famoso motore di ricerca di deindicizzare contenuti considerati lesivi del "diritto all'oblio" da parte dei soggetti interessati, qualora un certo contenuto cui la ricerca sui siti europei rimandi, possa pregiudicare la dignità e la libertà degli individui. In definitiva, le informazioni personali possono essere rimosse dai motori di ricerca operanti nell'Unione europea se inadeguate, eccessive o non più pertinenti (par. 93).

Ciò detto, la CGUE aveva preso in considerazione anche la posizione degli editori sulle cui pagine le informazioni erano state originariamente pubblicate, ma aveva concluso affermando che era opportuno far ricadere sul motore di ricerca l'onere di non indicizzare più le pagine sgradite, piuttosto che richiedere al c.d. sito sorgente di non pubblicare o di rimuovere dal web la notizia considerata lesiva[8].

---

[6] In una sentenza della Grande Camera, la Corte aveva affermato che sebbene la stampa non debba oltrepassare certi limiti, con riferimento in particolare alla protezione della reputazione e dei diritti altrui, è invero suo dovere fornire informazioni e idee su tutto ciò che può essere di interesse pubblico. A tale dovere, che comunque deve essere esercitato nel rispetto degli obblighi e delle responsabilità che ad essa fanno capo, corrisponde il diritto del pubblico a ricevere tali informazioni, incluso quelle che riguardano procedimenti giudiziari (CEDU, *Axel Springer AG v. Germany* [GC], ric. 39954/08 (2012), parr. 79-80).

[7] CGUE, C-131/12, *Google Spain* (2014).

[8] Vedi par. 87: «l'inclusione nell'elenco di risultati - che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona - di una pagina web e delle informazioni in essa contenute relative a questa persona, poiché facilita notevolmente l'accessibilità di tali informazioni a qualsiasi utente di Internet che effettui una ricerca sulla persona di cui trattasi e può svolgere un ruolo decisivo per la diffusione di dette

La Corte di giustizia, aveva poi concluso asserendo che il "diritto all'oblio" prevale, in linea di principio, sull'interesse del pubblico ad accedere all'informazione "incriminata" nel corso di una specifica ricerca avente ad oggetto il nome di questa persona, a meno che non risulti, per motivi specifici quali il ruolo ricoperto da essa nella vita pubblica, che un'ingerenza nei suoi diritti fondamentali deve giustificarsi alla luce della prevalenza, nel bilanciamento degli interessi, di quello prevalente del pubblico ad avere accesso a detta informazione (par. 99).

Il richiamo a questa sentenza adottata nell'àmbito dell'Unione europea è servito alla Corte europea dei diritti dell'uomo per precisare, in sostanza, che è necessario distinguere la posizione dei motori di ricerca da quella degli editori della notizia originale quanto alle conseguenze delle loro attività sulla vita privata dei singoli. Infatti, solo per le testate giornalistiche è possibile far prevalere la tutela del diritto sancito nell'art. 10 CEDU sulle garanzie rinvenibili nell'art. 8 CEDU.

Sul punto, la Corte ha poi opportunamente richiamato sia la direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 relativa alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione degli stessi[9], applicabile *ratione temporis* ai fatti contestati, che il già citato Regolamento 2016/679 che ha abrogato la suddetta direttiva. Nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati, infatti, il "diritto all'oblio", anche se riconosciuto nell'art. 17, incontra proprio il limite del rispetto della libertà di espressione e di informazione e della tutela degli archivi di pubblico interesse (par. 3). Inoltre, l'art. 85, inserito nel Capo IX (Disposizioni relative a specifiche situazioni di trattamento), è espressamente dedicato alla questione del rapporto tra il trattamento dei dati personali e la libertà di espressione e di informazione. In esso può leggersi che «1. Il diritto degli Stati membri concilia la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a *scopi giornalistici* o di espressione accademica, artistica o letteraria. 2. Ai fini del trattamento effettuato a *scopi giornalistici* o di espressione accademica, artistica o letteraria, gli Stati membri prevedono esenzioni o deroghe rispetto ai capi II (principi), III (diritti dell'interessato), IV (titolare del trattamento e responsabile del

informazioni, è idonea a costituire un'ingerenza più rilevante nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata che non la pubblicazione da parte dell'editore della suddetta pagina web». Sull'onere del motore di ricerca la Corte di Giustizia è giunta a conclusioni perentorie: «gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine Web sia di per sé lecita» (par. 88). In dottrina vedi, tra gli altri, O. Pollicino, *Un* digital right to privacy *preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel* reasoning *di* Google Spain, in *Dir. Inf.*, 2014, 569 ss.; E. Frantziou, *Further Developments in the Right to Be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12,* Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos, in *Hum. Rts. L. Rev.*, 2014, 761 ss.; G. Resta – V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

[9] Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GU, L 281 del 23 novembre 1995, recepita in Italia con l. 675/1996.

trattamento), V (trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali), VI (autorità di controllo indipendenti), VII (cooperazione e coerenza) e IX (specifiche situazioni di trattamento dei dati) qualora siano necessarie per conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà d'espressione e di informazione. […]» (corsivi aggiunti). La "tutela qualificata" cha la Corte ha voluto riconoscere alla libertà di espressione dei giornalisti è oggi, dunque, compiutamente affermata nell'importante strumento giuridico dell'Unione europea testé richiamato.

5. L'individuazione dei criteri per operare il bilanciamento degli interessi

Sebbene la Corte europea abbia ricordato che nell'attuazione dei diritti garantiti sia dall'art. 8 CEDU che dall'art. 10 CEDU un ruolo centrale spetti alle autorità nazionali, in virtù del "margine di apprezzamento" loro riconosciuto, essa ha ribadito, ciò nonostante, di avere il dovere di verificare il rispetto di precisi criteri, già individuati in precedenti sentenze[10], utili a operare con accuratezza il bilanciamento degli interessi nel caso di specie. Questi sono il contributo dell'informazione al dibattito generale; la notorietà della persona coinvolta, l'obiettivo perseguito dal reportage; il comportamento tenuto in precedenza dalla persona coinvolta; il contenuto, la forma e le ripercussioni della pubblicazione; infine, le circostanze nelle quali sono state scattate le fotografie (parr. 92-98).

Nei passaggi in cui la Corte ha utilizzato i criteri da essa individuati per valutare l'attività delle giurisdizioni nazionali tedesche, essa ha rilevato che la tutela accordata da parte della Corte federale all'interesse pubblico a conoscere il passato, oltre che a confrontarsi con fatti di stretta attualità, è ampiamente condivisibile. Pertanto, il diritto di avere accesso ad archivi integrali è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 10 CEDU. Ad avviso della Corte, limitazioni imposte alle testate giornalistiche rispetto al modo di conservare e gestire gli archivi potrebbero, invero, compromettere la capacità e la stessa volontà di questi attori fondamentali delle democrazie contemporanee di continuare a conservare importanti informazioni.

Inoltre, anche se la domanda dei ricorrenti non era espressamente volta alla cancellazione dei reportage, ma solo a renderli anonimi, la Corte ha affermato che la tutela offerta dall'art. 10 CEDU si estende sino al punto di lasciare piena libertà ai giornalisti circa i dettagli da pubblicare se si tratta di notizie di interesse generale[11], a condizione che questi agiscano in base alla loro etica e alla deontologia professionale (par. 105).

Quanto all'altro importante criterio, ovvero quello del contenuto, della forma e delle ripercussioni della pubblicazione dell'informazione, la Corte ha rilevato che i testi erano stati lecitamente redatti nel pieno esercizio della libertà di stampa e che, riguardando

[10] CEDU, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* [GC], ric. 931/13 (2017), par. 165.

[11] In una precedente sentenza, la Grande Camera della Corte aveva evidenziato l'importanza del ruolo attivo della stampa rispetto alla necessità di rivelare e portare alla ribalta del pubblico notizie che possano suscitare tale interesse e stimolare un dibattito sulle stesse all'interno della società (CEDU, *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], ric. 40454/07 (2015), par. 114).

una decisione giudiziaria definitiva, essi rispecchiavano la verità dei fatti, circostanza che, tra l'altro, non era mai stata contestata dai ricorrenti.
Quanto alla diffusione delle informazioni, la Corte ha evidenziato che la circostanza per cui esse fossero accessibili a pagamento o riservate ai soli abbonati, facesse sì che la diffusione delle stesse fosse di fatto limitata.
La Corte europea, dunque, tenuto conto del margine di apprezzamento delle autorità nazionali e dell'importanza di mantenere disponibili dei reportage la cui liceità non era stata mai contestata nel momento della loro prima pubblicazione, ha deciso all'unanimità che la condotta delle autorità tedesche non aveva comportato una violazione dell'art. 8 CEDU.

6. Considerazioni conclusive: la rilevanza del diritto alla memoria e dell'interesse collettivo a essere informati

Nelle democrazie contemporanee, sempre più assediate da populismi e distorsioni della realtà, lo scambio reciproco tra stampa e pubblico è vitale: la prima è uno dei mezzi principali attraverso cui si forma anche la coscienza collettiva di una società. In proposito, la Corte ha evidenziato lo stretto legame tra il diritto dei media di comunicare determinate informazione e quello del pubblico di riceverle. A ciò deve aggiungersi anche il diritto delle testate giornalistiche di costituire e mantenere archivi, e di metterli a disposizione del pubblico. L'utilizzo di internet perché tali archivi siano accessibili e diffusi, garantisce poi l'esistenza di una preziosa risorsa per la ricostruzione storica degli eventi. In questo contesto, la precisione nella tenuta degli archivi, sia cartacei che digitali, risulta cruciale anche per la costruzione della memoria collettiva e del dibattito pubblico.
Ciò posto, anche alla luce delle conclusioni cui la Corte europea è giunta nel caso qui commentato, ci pare di poter concludere che non sia possibile semplificare la realtà sino al punto di accettare l'idea che una data informazione che riguardi un determinato soggetto appartenga solo ad esso, o che questi possa su di essa avere sempre un controllo assoluto, un vero e proprio diritto di proprietà. Ovviamente resta il limite dell'informazione sulla vita privata o diffamatoria – che certo non gode di alcuna protezione - o qualora non vi sia una concreta giustificazione per la sua pubblicazione, vale a dire un interesse pubblico. Alcune informazioni sugli individui, dunque, potrebbero parimenti "appartenere" al pubblico, al quale non dovrebbe pertanto essere proibito di averne libero accesso.
Resta inteso, invero, come anche ricordato nella già menzionata Raccomandazione Rec(2003)13, che specifiche garanzie dovranno comunque essere messe in atto nei confronti di c.d. soggetti vulnerabili, quali ad esempio minori eventualmente coinvolti in procedimenti penali, vittime o testimoni di fatti criminosi, o agli stessi familiari di persone indagate o condannate (Annesso, Principio 8). In questi casi, nel bilanciamento degli interessi operato *in primis* a livello statale e poi, eventualmente, dalla stessa Corte europea, la tutela offerta dall'art. 8 CEDU si troverebbe a prevalere sulla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU.

Inoltre, i media, qualora vi siano nuovi fatti che possano incidere sulla riabilitazione e risocializzazione dei soggetti le cui vicende siano state oggetto dei reportage contenuti nei loro archivi, potrebbero pubblicare aggiunte o precisazioni agli stessi, che consentano al pubblico di rileggere quegli eventi anche alla luce di eventuali avvenimenti successivi alla pubblicazione originale e di contestualizzare in modo completo le vicende di cui trattasi. Tali pratiche sono state già valutate positivamente dalla stessa Corte europea[12].

I giornalisti, come è noto, rivestono il ruolo essenziale e al contempo "scomodo" nelle nostre società e, con il loro operato, contribuiscono al dibattito democratico e alla formazione della memoria collettiva. Tale memoria, oggi più che mai, è un bene irrinunciabile e la sua tutela dovrà, salvo specifiche eccezioni, prevalere sul desiderio di alcuni ad essere dimenticati dalla storia.

[12] CEDU, *Wegrzynowski and Smolczewski v. Poland*, ric. 33846/07 (2013), par. 66.

Dio in jeans. La tutela del sentimento religioso e della morale pubblica alla prova della libertà di informazione commerciale.

Andrea Gatti

Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 gennaio 2018, *Sekmadienis Ltd. v. Lituania*, ric. 69317/14

La libertà di espressione commerciale non può essere limitata né dalla tutela del sentimento religioso, né dalla salvaguardia della pubblica morale se non si prova, con sufficienti e rilevanti ragioni, che la pubblicità rappresenti un'offesa per i credenti o per la società.

Sommario

1. Premessa. - 2. Il caso. – 3. La decisione della Corte. - 4. I profili problematici: conflitto tra libertà e approccio metodologico.

Keywords

Libertà, Religione, Libertà di espressione, Pubblicità, CEDU

1. Premessa.

Il 30 gennaio 2018, la Corte europea dei diritti dell'Uomo, risolvendo il caso *Sekmadienis Ltd. V. Lituania* (app. 69317/14), ha riscontrato una violazione dell'art. 10 della Convenzione EDU (libertà di espressione). Nel caso in questione, riguardante i limiti e le facoltà connesse all'uso di simboli religiosi in pubblicità commerciali, vengono in essere almeno tre profili di carattere generale: la tutela della libertà di espressione (e più in particolare la libertà di informazione commerciale) e la tutela della libertà di religione (e, più in particolare, del sentimento religioso) e la tutela della pubblica morale. Nell'accogliere il ricorso, la Corte afferma che le autorità lituane non abbiano fornito rilevanti e sufficienti motivi che giustificassero una lesione della morale pubblica da parte della campagna pubblicitaria e che dunque siano andate oltre il margine di apprezzamento loro consentito dalla Convenzione stessa.

2. Il caso

Il caso nasceva da una pubblicità di jeans ideata e lanciata dalla azienda di abbigliamento lituana, la Sekmadienis Ltd.: tre manifesti in cui modelli in pose sensuali richiamavano certa iconografia cattolica. Ad essi venivano ricondotte esclamazioni di entusiasmo e di apprezzamento tipiche del linguaggio popolare "Gesù che jeans!", "Maria cara, che vestito!", "Gesummaria, che stai indossando!". I riferimenti visivi e scritti a simboli inequivocabilmente religiosi, i fini commerciali dell'iniziativa e gli ammiccamenti sensuali dei personaggi avevano portato alcune persone a richiedere l'intervento dell'Autorità statale per la protezione dei diritti dei consumatori. Quest'ultima, a sua volta, dopo aver richiesto un parere dell'Agenzia lituana per la pubblicità (un organo di auto-regolazione del settore), aveva concluso che la pubblicità violasse gli artt. 1 e 13 del codice per l'etica della pubblicità (rispettivamente decenza e tutela del sentimento religioso)[1]. Sulla base di tali presupposti l'Autorità, il 21 marzo 2014, concludeva per l'avvenuta violazione dell'art. 4, par. 2, della legge sulla pubblicità (violazione della pubblica morale) e adottava la decisione di rimuovere la cartellonistica e le inserzioni pubblicitarie della azienda e infliggeva alla stessa una ammenda di circa Euro 580.
Sekmadienis promuoveva ricorso alla Corte amministrativa regionale, sostenendo la natura ironica ed artistica dell'iniziativa, l'assenza di qualsiasi profilo di offensività, e comunque la mancata dimostrazione del fatto che la maggioranza dei lituani si potesse ritenere offesa dal messaggio proposto. Il tribunale di Vilnius, investito della questione, riteneva che la pubblicità deformasse (nella traduzione offerta dalla Corte EDU si afferma «*it distorted*», § 23 della decisione) il fine principale del simbolo religioso rispettato ed adorato da una comunità religiosa e, pertanto rigettava il ricorso. L'azienda di abbigliamento adiva così la Corte suprema amministrativa della Lituania, ma anch'essa respingeva il ricorso non solo ravvisando la pubblicità come «chiaramente contraria alla pubblica morale», ma riconoscendo importanza alla circostanza che il cattolicesimo è la religione di una larga maggioranza della popolazione lituana.

3. La decisione della Corte

La Corte EDU, innanzitutto, analizza le disposizioni della Costituzione lituana, della legge sulla pubblicità, del codice etico della pubblicità e della legge sulle comunità

[1] Non è secondario sottolineare che l'Agenzia lituana per la pubblicità abbia a sua volta aperto ad audizioni della società civile e di esperti e che, tra gli auditi, vi fosse anche la Conferenza episcopale lituana. Non sembra, tuttavia, che questo possa diventare ragione di particolare scalpore, almeno in teoria, ma anzi di un modo di procedere coerente con i presupposti del caso. Dal momento che si paventava un'offesa al sentimento religioso (art. 13 del Codice etico), è ragionevole e opportuno che si chiamasse in causa un organo rappresentativo della comunità che si riteneva offesa. Ovviamente, senza comportare un automatico appiattimento sulle posizioni della Chiesa cattolica. Discorso diverso vale per la violazione della decenza (art 1) - concetto assimilabile alla pubblica morale - per il quale, nonostante quanto argutamente sostenuto dal Governo lituano, risulta difficile sostenere che la Chiesa cattolica, al giorno d'oggi, possa avere un ruolo determinante nella sua definizione. Su quest'ultimo punto v. N. Colaianni, *Quando la libertà prevale sulla morale: la pubblicità*, in www.statoechiese.it, 8, 2018.

religiose (§§ 31-38) così come alcune significative pronunce della Corte costituzionale lituana in merito (§§42-46) ed alcuni tra i più rilevanti atti internazionali, tra cui un Report della Commissione di Venezia (*On the Relationship between Freedom of Expresion and Freedom of Religion* – 18 ottobre 2008). In quest'ultimo, in particolare, si giudicava possibile e legittimo «to criticise religious ideas, even if such criticism may be percieved by some as hurting».

Una volta individuata la *causa petendi* nel disposto dell'art. 10 della Convenzione (ovvero libertà di espressione/informazione e suoi, la Corte (e con lei il presente scritto) ha ritenuto importante ripercorrere gli argomenti allegati delle parti in sostegno delle proprie posizioni.

Nella sua difesa, il Governo sosteneva di aver dimostrato l'esistenza dei requisiti di previsione di legge, proporzionalità e necessità della misura ai fini della tutela della morale pubblica (ipotesi questa espressamente contemplata dall'art. 10, par. 2, CEDU), l'assenza di un generale consenso europeo e internazionale sul termine "moralità" e di aver documentato, producendo i risultati di un censimento del 2011, «l'adesione del 77% dei lituani alla fede cristiana» (sic.). Infine, e forse questo è il punto più significativo ai fini della presente decisione, il Governo riteneva che, dal momento che i fini dell'iniziativa pubblicitaria erano puramente commerciali, questa non contribuisse al dibattito pubblico o ad ogni interesse generale in materia. Per tale ragione, il margine di apprezzamento dello Stato nel vietare la pubblicità avrebbe potuto considerarsi più ampio (§ 55).

La ricorrente, al contrario, argomentava che in uno Stato secolarizzato, quale la Lituania, la morale pubblica non dovrebbe essere equiparata alla morale religiosa (§61) e che la stessa Costituzione, all'art. 43, distingue tra insegnamenti religiosi e morale pubblica. Inoltre, pur riconoscendo in astratto come legittimo lo scopo perseguito dallo Stato lituano, Sekmadienis sosteneva che la pubblicità non racchiudesse alcun contenuto "gratuitamente offensivo" o "profano" nei confronti di un oggetto di venerazione e perciò mancasse al provvedimento sanzionatorio il requisito della "necessità in una società democratica".

La Corte, dopo aver ribadito che «*not every use of religious symbols in advertising would violate public morals*» e dopo aver statuito che sia il requisito della previsione di legge che quello dello scopo legittimo (in questo caso due: la protezione della morale e del sentimento religioso) potevano ritenersi astrattamente soddisfatti, concentra la propria analisi nello stabilire se l'interferenza fosse necessaria. Pur riconoscendo che lo Stato contraente gode di un ampio (*broad*) margine di apprezzamento nella regolazione di interventi in materia commerciale, essa ha ricordato come manchino - sia nelle motivazioni del provvedimento dell'Autorità statale per la protezione dei diritti dei consumatori sia in quelle della difesa processuale dell'Avvocatura di Stato lituana - «*relevant and sufficient* reasons» sul perché la pubblicità sarebbe contro la morale pubblica.

Non solo, infatti, tutte le asserzioni utilizzate dagli organi dello Stato lituano («*the use of religious symbols [is] for superficial purposes*», «inappropriate», «*a lifestyle which [was] incompatible with the principles of a religious person*», «*the basic respect for spirituality is disappearing*», «*the game has gone too far*») per vietare la campagna pubblicitaria sono state ritenute non sufficientemente esplicative dell'immoralità della stessa (§§ 79 e 83), ma, al di là dei numeri

sui fedeli, lo Stato ha mancato anche di dimostrare, come in concreto, la maggioranza dei cristiani lituani si fossero sentiti offesi (sottolineando così la mancanza non solo di un «*pressing social need*» (§71), ma anche di un danno in concreto e dunque di qualsiasi rilevanza giuridica del fatto).

4. I profili problematici: conflitto tra libertà e approccio metodologico

Se pronunce sul rapporto tra manifestazione del pensiero e libertà di religione/tutela del sentimento religioso non appaiono nuove nella giurisprudenza della Corte[2], è invece importante sottolineare che tale decisione costituisce, in un certo senso, un parziale *overruling* dell'orientamento fin ad ora seguito dalla Corte. Infatti, pur non discostandosi dai presupposti che hanno fondato le precedenti decisioni in materia di limiti alla libertà di informazione pubblicitaria, la Corte, per la prima volta, sceglie di preferire, nel caso di specie, la libertà di espressione commerciale alla tutela sia della morale pubblica che del sentimento religioso[3].

La sentenza offre poi numerosi spunti di riflessione anche con riguardo alla natura della libertà di espressione a scopi commerciali. Invero, come ricorda la stessa Corte, se il margine di apprezzamento dello Stato dipende da una serie di fattori concomitanti, qualificare il tipo di "espressione" non è affatto secondario[4]. Pur in un quadro di apparente confusione di percorsi argomentativi, derivanti forse dalla eterogeneità degli oggetti di indagine[5], la sentenza sembra attribuire alla semplice espressione "commerciale" un valore insieme più ristretto e più ampio rispetto alla espressione di un ideale politico. Infatti, se da un lato la Corte, distinguendo il profilo della libertà di espressione in quanto critica politica da quello dell'espressione come pura informazione commerciale, accorda giustamente un livello di protezione maggiore al primo[6],

[2] Tra le sentenze più recenti che hanno ad oggetto la pubblicità si possono citare; *Mouvement Raëlien Suisse v. Svizzera*, ric. 16354/06 (2012); *Casado Coca v. Spagna,* ric. 15450/89 (1994).

[3] Che le informazioni di natura commerciale non fossero escluse dal margine di operatività dell'art. 10, par. 2, era stato più volte confermato dalla giurisprudenza della Corte (v. ad esempio, *Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beermann v. Repubblica federale di Germania,* ric. 10572/83 (1989), §26), nondimeno, in tutte le decisioni precedenti che trattavano di pubblicità, essa aveva sempre finito per riconoscere la mancata violazione della libertà di espressione.

[4] È utile ricordare che le imprese commerciali, per costante giurisprudenza CEDU, non godono della protezione dell'art. 9 della Convenzione (libertà di pensiero, di coscienza e di religione) e che dunque, diversamente che dal caso statunitense (v. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 ___ US, del 30 giugno 2014) la più generale libertà di espressione diventa l'unico argomento per tutelare il proprio raggio d'azione (cfr. *Company X v. Svizzera,* ric. 7865/77 (1979) e *Kustannus OY Vapaa Ajattelija AB ae altri v. Finlandia,* ric. 20471/92 (1996).

[5] Come già sottolineato, nel fondare le proprie argomentazioni, la Corte chiama in causa numerosi profili pubblicistici: libertà di espressione "politica", libertà di espressione "commerciale", tutela del sentimento religioso, morale pubblica, ecc...Tuttavia non sempre distingue i vari profili in maniera nitida: ad esempio, alcuni precedenti citati dalla Corte si riferiscono talvolta indiscriminatamente a casi di pubblicità politica e non meramente commerciale (v. *Animal Defenders international v. Regno Unito,* ric. 48876/08 (2013), citato nel § 71).

[6] In tal senso si veda una fondamentale e chiarificante decisione della Commissione europea del 1979 che, in materia di pubblicità commerciale, stabiliva: «*The level of protection must be less than that accorded to*

dall'altro, sembra suggerire che la mera pubblicità, proprio per il suo fine intrinsecamente superficiale, difficilmente rappresenti una minaccia per il sentimento religioso (§§ 76,77). La tradizione religiosa, la sua iconografia diventa così un semplice spunto artistico o almeno mediatico[7]. Discorso diverso invece vale per la morale pubblica, non a caso oggetto di indagine principale della sentenza. In quanto concetto più indeterminato e più slegato da critiche politiche, non è necessaria, ai fini di una sua trasgressione, una consapevole volontà di offendere. L'impressione che deriva da una lettura attenta della motivazione (in particolare §§ 77 e 78) è che se per la violazione al sentimento religioso serva una consapevole volontà di offendere o comunque di ridicolizzare il simbolo religioso, per contravvenire alla pubblica morale sia sufficiente che la società percepisca l'impatto negativo derivante dal comportamento. Circostanza, quest'ultima, che la Corte, nel caso di specie, esclude perché non dimostrata.

Merita attenzione un ulteriore profilo: quello legato al numero di lituani "offesi" dalla pubblicità, che diventa un elemento marginale ai fini della decisione. Dopo aver sottolineato che le proteste riguardavano un numero assai esiguo di persone (tutt'al più un centinaio), la Corte fa un passo ulteriore: anche assumendo che la maggioranza dei lituani ritenesse la pubblicità offensiva – sostiene Strasburgo - una messa al bando della campagna, nelle forme in cui essa è avvenuta, avrebbe comunque rappresentato una violazione dell'art. 10 in quanto «l'esercizio dei diritti della minoranza sarebbe condizionata all'accettazione da parte della maggioranza» (§82). Coerentemente, essa si spinge fino a criticare la recente novella alla legge lituana sulla pubblicità con la quale si vietano quelle pubblicità che espressamente "disprezzano simboli religiosi" (*contempt for religious symbols*) (§ 67). La Corte ritiene tuttavia che un divieto basato solo su una presunzione di offensività porrebbe problematiche legate all'effettivo (anche se solo potenziale) godimento del diritto che diverrebbe meramente teorico e non pratico. Il piano "pratico" resta imprescindibile: avendo mancato le autorità lituane di dimostrare non solo la violazione in sé, ma soprattutto il *fair balance* tra la protezione della morale pubblica e il diritto di libertà di espressione della azienda, non è dunque possibile ritenere il comportamento dello Stato lituano coperto dal secondo paragrafo dell'art. 10.

Occorre infine interrogarsi sull'approccio "metodologico" adottato dalla Corte nella risoluzione del caso. Se è vero, come è stato sottolineato, che "il cuore della decisione sembra essere processuale"[8], nella misura in cui la Corte assume come criterio di base per la decisione solo il mancato rispetto di criteri procedurali da parte dello Stato, questo non significa che Strasburgo abbia voluto sottrarsi al giudizio sul merito della lesione. Come spesso accade, è sul terreno della proporzionalità che la Corte gioca il proprio giudizio di convenzionalità. La scelta di procedere in una direzione che implichi

the expression of 'political' ideas, in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the Convention [were] chiefly concerned» (*X and Church of Scientology v. Sweden*, ric. 7805/77 (1979), DR16, 68 ss.).

[7] Sotto questo aspetto viene in aiuto l'opinione concorrente del giudice De Gaetano, il quale sottolinea non solamente come la pubblicità fosse del tutto inoffensiva, ma che «*did not represent religious figures at all since the man and the woman depicted in the ads were wearing tattoos which should have been indicative that those figures could not be considered as representations of the historical Jesus Christ or the Virgin Mary*».

[8] M. Croce, *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania: luci ed ombre di una sentenza a favore della libertà di espressone nella pubblicità commerciale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2018, 525 ss.

la minore invasività possibile delle proprie decisioni non è solo un *modus operandi* tipico di tutte le corti, a cui non fa eccezione quella di Strasburgo, ma assicura, sulla scorta di un opportuno *self restraint*, l'autorevolezza necessaria per porsi come custode dei diritti. Tuttavia, non è meramente accessoria l'attenzione che viene rivolta al rapporto tra i conflitti di libertà. Non pochi *obiter dicta* sono volti infatti a riconoscere la mancanza di offensività dell'intera campagna pubblicitaria (§§ 77, 78, e v. anche l'opinione concorrente del giudice Gaetano) e la necessità che ogni religione accetti l'espressione di idee o dottrine anche ostili alla propria fede (§§ 49, 74, 81). Pur non essendo questo il caso (trattandosi di informazione prettamente commerciale e non espressione di una polemica politica, v. § 81), la Corte ha voluto ricordare che le critica alla religione è un presupposto ed un elemento imprescindibile di ogni società democratica e pluralista.

Disclosing journalistic sources already revealed. The *Becker v. Norway* case

Giovanni De Gregorio

European Court of Human Rights, 5 January 2018, *Becker v. Norway*, app. 21727/12

The journalist's protection under Art. 10 ECHR cannot automatically be removed by virtue of a source's own conduct. Source protection applies even when a source's identity is known.
Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, a judicial order aimed to obtain the disclosure of the journalist's source, even when the source revealed freely this information, cannot be compatible with Art. 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest.

Summary

1. Introduction. – 2. Facts of the case. – 3. The decision of the ECtHR. – 4. A strong or fragmented protection of journalistic sources in the European framework? – 5. Conclusion.

Keywords

Press Freedom, Journalistic Sources, Freedom of Expression, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

1. Introduction

Should the right of the journalist not to disclose information about his or her sources be protected where the source reveals voluntary his or her identity? In *Becker v. Norway*[1], the European Court of Human Rights addressed this question. In particular, the case in question involves the refusal of a journalist to comply with the Court order to testify since answering the question of the Court could reveal the identity of the source or other information. Source protection allows journalists to gather and reveal information in the public interest. In order to benefit from this system, anonymity and other

[1] ECtHR, *Becker v. Norway*, app. 21272/12 (2018).

similar safeguards aim to protect journalistic sources from reprisals deriving from their exposure.
In this scenario, the Strasbourg Court dealt essentially with two main conflicting interests: on the one hand, the protection to journalistic sources to ensure press freedom and, on the other hand, the need to obtain evidence for contrasting serious crimes and guarantee a fair trial to the accused.

2. Facts of the case

A journalist of the Norwegian online newspaper Dagens Næringsliv (hereinafter, "DN"), received a letter addressed to a trustee company representing the interests of bondholders in the Norwegian Oil Company (hereinafter, "DNO"). Such a letter gave the impression that it had been written on behalf of a number of bondholders who were seriously concerned about the company's liquidity, finances and future. On the contrary, the letter had been drafted only on the behalf of the owner of a single bond acquired the same day when he asked his attorney to prepare the letter at stake. Thus, the applicant published an article to express her concerns regarding the content of the letter in question and, as a result, the price of DNO stock fell right after the publication of the article.
As a result, the Oslo stock exchange (*Oslo børs*) forwarded the case to the Financial Supervisory Authority (*Kredittilsynet*) suspecting that the single-bond owner had infringed the Act on the Trade of Financial Assets.
During the investigations, the single-bond owner confirmed to be the source of the article published in DN. In June 2010, he was indicted for market abuse crimes, especially market manipulation and insider trading, according to the Act on the Trade of Financial Assets.
During the criminal proceedings against the defendant before the Oslo City Court (*tingrett)*, the applicant, summoned as a witness, refused to answer the questions about her contact with the defendant by relying on Art. 125 of the Code of Criminal Procedure[2] and Art. 10 of the Convention[3].

[2] According to Art. 125 of the Norwegian Criminal Code: «The editor of a printed publication may refuse to answer questions as to who is the author of an article or report in the publication or the source of any information contained in it. The same applies to questions as to who is the source of other information that has been confided to the editor for use in his work. Other persons who have acquired knowledge of the author or the source through their work for the publishers, editors, press agency or printers in question have the same right as the editor. When important social interests indicate that the information should be given and it is of substantial significance for the clarification of the case, the court may, however, on an overall evaluation, order the witness to reveal the name. If the author or source has revealed matters that it was socially important to disclose, the witness may be ordered to reveal the name only when this is found to be particularly necessary. When an answer is given, the court may decide that it shall only be given to the court and the parties at a sitting in camera and under an order to observe a duty of secrecy. The provisions of this section apply correspondingly to any director or employee of any broadcasting agency». See also Art. 108: «Unless otherwise provided by statute, every person summoned to attend as a witness is bound to do so and to give evidence before the court».

[3] According to Art. 10 ECHR: «1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference

Despite of the applicant's claim, according to the Court of first instance, the journalist was obliged to give evidence about the contacts with the defendant since this duty was «limited to the contact with the defendant as a source and not her communication with possible other unknown sources with whom she has been in contact and who may be protected by the protection of sources»[4].

Once the Court of first instance convicted the defendant for the aforementioned crime, the applicant could lodge an appeal to the Borgarting High Court (*lagmannsrett*) which, however, rejected the applicants' claim relying generally on the ground that the journalist knew the source in question. In addition, the Supreme Court rejected the further appeal of the applicant holding that Art. 125 did not apply when sources had come forward and confirmed their role.

Two main interpretations of the aforementioned provision were at stake. On the one hand, the majority observed, *inter alia*, that the obligation to testify in this case would not undermine the public general trust regarding the protection of journalistic sources. Indeed, according to the majority, in this case, it was not at stake the disclosure of sources but rather whether the source was known by other means.

On the other hand, according to the minority, a literal interpretation would suggest that members of the press have an absolute right to refuse to answer questions regarding their sources since Art. 125 does not provide any exception. This argument was rooted in the need to grant effective protection of journalistic sources and, as a result, it would not be possible to oblige a journalist to confirm or deny whether a person claiming to be the source is right even where there is a strong evidence of this fact.

The High Court examined the applicants also during the appeal proceedings brought by the defendant. Even in this case, the journalist refused again to answer the questions whether the defendant was the source of information of the article published on DN. The refusal to testify led the Court to order the journalist to pay a fine of (about) 3,700 euro for an offence against the good order of court proceedings, failing which she would be liable to ten days' imprisonment.

The High Court convicted also the defendant and sentenced him to one year and six months' imprisonment.

3. The decision of the ECtHR

After having received the applicant's complaint, the Strasbourg Court agreed on the existence of an interference with Art. 10 of the Convention and recognised the le-

by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary».

[4] ECtHR, *Becker*, cit., § 13.

gitimate aim of the limitation. Then, the Court focused on examining whether the restriction in question was prescribed by law and necessary in a democratic society. Regarding the first parameter, the Court agreed with the Governments and the majority opinion of the national High Court. In particular, the Court observed that the expression "prescribed by law" refers to the "quality" of the law in question[5]. In this case, according to the Court, the order was based on arts 108 and 125 of the Code of Criminal Procedure. Even if the first paragraph of Art. 125 would not apply in this case, the applicant was obliged to give evidence to comply with Art. 108.

Focusing on the second condition, first, the Court recalled the principles of source disclosure in order to assess the potential effects of the order to testify. The Court considered source protection as "basic condition" for press freedom observing: «Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. […] Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Art. 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest»[6].

The Court observed that the effects of a disclosure order affect not only the source at stake but also the newspaper «whose reputation may be negatively affected in the eyes of future potential sources by the disclosure, and on the members of the public, who have an interest in receiving information imparted through anonymous sources and who are also potential sources themselves»[7]. However, the Court did not exclude that some circumstances could justify a disclosure order as in the case of the "source's harmful purpose"[8].

Moreover, regarding the necessity to obtain the disclosure of the source in order to ensure a fair trial for the accused, the Court clarified that, whatever the potential significance in the criminal proceedings at stake, there is no grounds to require the disclosure where the national Court can rely on the evidence of other witnesses which can provide the same information that the journalist knows about the source[9].

Moving to the case in question, the Strasbourg Court recognised that the aim of the Court of first instance's order was only to understand whether the defendant contacted the journalist. However, according to the Court, the above-mentioned principles are applicable to this case.

The Court clarified that, even where a source was clearly acting in bad faith with a harmful purpose, the protection ensured to journalists cannot be automatically put aside with the result that the above-mentioned subjective element can be taken into consideration only as one of the factors in the balancing between freedom of expres-

[5] According to the Strasbourg Court, the law should be both adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct. ECtHR *Sanoma* Uitgevers *B.V. v. the Netherlands*, app. 38224/03 (2009), § 81.

[6] ECtHR, *Goodwin v. the United Kingdom,* app. 17488/90 (1996), § 39; *Sanoma*, cit., § 51.

[7] ECtHR, *Financial Times Ltd and Others v. the United Kingdom*, app. 821/03 (2009), § 63.

[8] *Ibid.* 66.

[9] ECtHR, *Voskuil v. the Netherlands*, app. 64752/01 (2007), § 67.

sion and other interests[10]. Indeed, this protection is not subject to the source's own conduct like in the case in question where a source comes forward.
The Court has held that protection afforded to journalists in respect of their right to keep their sources confidential is «two-fold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the source who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest»[11]. However, the circumstances of the case, especially the fact that the source had revealed voluntarily his identity, leads the Courts to observe that «the degree of protection under Art. 10 of the Convention to be applied in the present case cannot reach the same level as that afforded to journalists who have been assisted by persons of unknown identity to inform the public about matters of public interest or matters concerning others»[12].
Although the Strasbourg Court expressly agreed with the Supreme Court that, where the source comes forward, the concerns regarding disclosure would be mitigated, this circumstance was not considered "decisive" in the proportionality assessment.
As a result, the Strasbourg Court considered the possibility for the national Court to convict the defendant without having obtained the disclosure of the source as a significant parameter for its decision. Indeed, the Court focused on «the need of [obtaining the] evidence during the criminal investigation and subsequent court proceedings» of the contact between the applicant and the defendant. Firstly, the defendant has never denied having this contact with the journalist. Moreover, focusing on the assessment of the necessity to prevent crime and disorders, the Court observed that applicant's refusal to disclose her source did not hinder the investigation of the case or the proceedings against the defendant[13]. In particular, the Court focused on the fact that the national Courts were not prevented to consider the merit of the charges in the lack of the applicant's testimony and this fact was confirmed also by the prosecutor's position showing that the case was "sufficiently made out"[14].
Consequently, the Court considered that, in this case, the compelling interests could not justify the obligation for the applicant to testify and it recognised a violation of Art. 10 of the Convention.

4. A strong or fragmented protection of journalistic sources in the European framework?

It was not the first time the Strasbourg Court addressed the protection of journalistic sources but the Court has never addressed a case like this before. However, the general principles of disclosure of journalistic sources were clear to the Strasbourg Court

[10] ECtHR, *Financial Times Ltd*, cit., § 63 and 66; *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. The Netherlands*, app. 39315/06 (2012), § 128.

[11] ECtHR, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (dec.)*, app. 40485/02 (2005); *Stichting Ostade Blade v. the Netherlands* (dec.), app. 8406/06 (2014), § 64.

[12] ECtHR, *Becker*, cit., § 76.

[13] *Ibid.,* 80.

[14] ECtHR, *Voskuil*, cit.

coming both from its case law[15] and the Council of Europe Recommendations[16].
Before to analyse the Court decision, it is crucial to briefly highlight the main arguments of the parties in order to clarify the interests at stake.
The applicant's position was clear and can be compared to that of the minority in the Supreme Court decision. Indeed, the journalist claimed that the decision of the national courts interfered with her right to freedom of expression according to Art. 10 of the Convention. In particular, the limitation of this fundamental right was not prescribed by law since, according to a literal interpretation of Art. 125, journalists could not be obliged to reveal their sources without any exception. Moreover, in the case in question, the fact that a person had stated to be the source of the journalist has no impact on the above-mentioned provision. Moreover, according to the applicant, the approach of the national Courts would put at risk the protection of other sources whose identity could be discovered by obliging a journalist to testify. The risk of such an approach is to discourage potential sources to play their role due to the fear of being investigated by the police with obvious chilling effects[17].
On the other side, the Government agreed with the majority opinion of the Supreme Court without, however, denying that the order to testify was an interference of the applicants' freedom of expression. But, the Government argued that this limitation was prescribed by law as the Supreme Court explained by providing its interpretation of Art. 125. Moreover, according to the Government, the Court order pursued a legitimate aim (i.e. the prevention of disorder and crime) and it aimed to protect the right of listed companies and investors. Regarding the order to testify, the Government observed that, in this case, the source have already disclosed his nature and the scope of the order was only limited to understand whether the applicant had a contact with the defendant. Indeed, in this case, since the source disclosed voluntary his nature, the order to testify could not affect the position of other potential sources[18].
Focusing on these standpoints, it is possible to understand how the decision of the Court guarantee a high protection of journalistic sources. Indeed, the evident fact that the source had disclosed his identity was not the most significant element in the proportionality assessment. On the contrary, the fact that the testimony was not necessary in order to allow the Court to convict the defendant played a crucial role in the reasoning of the Court.
As a result, from this case, it is possible to learn that, independently from compelling legitimate interests, national Courts cannot order a journalist to testify when they can obtain the same information which the journalist can provide about his or her source by relying on other witnesses or evidence. This is why the right of the journalist deserves to be protected even in the case in which the source comes forward.
Moreover, the distinguishing of the Court in the protection of journalistic sources

[15] See para. 3.

[16] Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1950 (2011), The protection of journalists' sources, 25 January 2011; Recommendation No. R (00) 7 of the Committee of Ministers to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information, 8 March 2000.

[17] ECtHR, *Becker*, cit., § 48-52.

[18] *Ibid*., § 53-58.

depending on the fact of their anonymity or behaviour to come forward deserves further attention. Indeed, although the Court expressly recognised that the conduct of the source cannot undermine the protection of journalistic sources, however, the introduction of a differentiated layer of protection of Art. 10 according to this criterion could lead to a broad margin of discretion for national authorities, as observed by Judge Tsotoria in its concurring opinion. According to this opinion, it is not clear why the Strasbourg Court decided to afford a lesser level of protection to freedom of expression in this case introducing a «dichotomy of degree of protection in relation to journalists under Art. 10 of the Convention who have been assisted by persons unknown and whose source came forward during the investigation». The risk of such an approach is to increase the level of fragmentation in the protection of journalistic sources.

Even more importantly, it is interesting to look at the last statement of Judge Tsotoria's concurring opinion where she referred to the "modern digital era" as a threat to the protection of journalistic sources[19]. From this perspective, it cannot be neglected the role of police and intelligence services in redefining press freedom and, especially, the protection of journalistic sources[20]. The main risk of this trend is the use of new technologies of surveillance to detect not only crimes already committed but to prevent them through the interception and monitoring of the modern channels of communications and, especially, the Internet[21]. The increasing use of law enforcement and surveillance programmes especially deriving from national answers to public security concerns such as terrorism constitutes a risk for journalistic information and, in general, freedom of expression[22].

The result of this risk can produce chilling effects for press freedom undermining public interest journalism which relies on confidential sources.

A recent decision of the Strasbourg Court confirms these considerations. In particular, in *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*[23], 16 applicants, as journalists and human rights organizations, claimed that the UK intelligence services have likely intercepted or obtained their electronic communications and data and, as a result, the complained a violation of their fundamental rights under arts 8 and 10 of the Convention.

---

[19] See, in particular, J. Posetti, *Protecting Journalism Sources in the Digital Age*, UNESCO report, in www.unesdoc.unesco.org, 8 May 2017; C.F. Kleberg, *The Death of Source Protection?* LSE Polis, 13 August 2015; G.E. Vigevani, *La protezione del segreto del giornalista al tempo di Internet,* in G. D'Elia – G. Tiberi – M.P. Viviani Schlein (eds.), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milan, 2012, 781 ss.; K.N. Dörr - K. Hollnbuchner, *Ethical Challenges of Algorithmic Journalism*, in *Digital Journalism*, 5, 2005, 404 ss.

[20] J. Podkowik, *Secret surveillance, national security and journalistic privilege – in search of the balance between conflicting values in the age of new telecommunication technologies*, in *IX World Congress of Constitutional Law (Oslo, 16-20 June 2014). Contributions by Polish Scholars*, Warsaw, 2015, 171 ss.

[21] D. Banisar, *Speaking of terror. A survey of the effects of counter-terrorism legislation on freedom of the media*, Europe Media and Information Society Division Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe, 2008.

[22] Regarding the topic of the relationship between surveillance or public enforcement activities and freedom of expression in the EU see, in particular, CJEU, C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd* (2014); C-203/15 and C-698/15, *Tele2 Sverige* (2016); C-207/16, *Ministerio Fiscal* (2018).

[23] ECtHR, *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, app. 58170/13, 62322/14 and 24960/15 (2018).

Without dealing with all the issues at stake in this landmark decision about surveillance in the post-Snowden era, it is enough to underline that the complaints regarding the interference of the intelligence services programmes with freedom of expression were relating with the protection of journalist sources. Indeed, as the Strasbourg Court observed, the risk of this surveillance mechanisms was to produce «potential chilling effect that any perceived interference with the confidentiality of journalists' communications and, in particular, their sources might have on the freedom of the press»[24].
This decision confirms the significant role of journalistic sources and the concerns of Judge Tsotoria about the risk to leave unjustified margins of appreciation to national authorities which, as briefly seen in the aforementioned example, rely increasingly on surveillance measures in order to detect and, especially, prevent crimes in the digital era.

5. Conclusion

The above-mentioned analysis shows how there is no doubt about the significant role of the protection of journalistic sources to ensure press freedom. In *Becker*, the decision of the Strasbourg Court is along these lines. The Court recognised the violation of Art. 10 of the Convention in a case where the effect of an order to testify would have been mitigated by the voluntary disclosure of the source and not have affected likely the public trust in press freedom. However, this ruling shows how the protection of the journalistic sources is relevant in a democratic society with the result that, as any restriction of freedom of expression, limitations to this fundamental rights are subject to the narrow scrutiny of the Strasbourg Court.

[24] *Ibid.*, 495.

Libertà di espressione degli avvocati e tutela dell'autorità del potere giudiziario: la Corte europea dei diritti dell'uomo procede al bilanciamento dei differenti interessi

Federico Ceci

Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2018, *Ottan c. Francia*, ric. 41841/12

La sanzione disciplinare disposta contro un avvocato che aveva criticato, durante un'intervista al termine di un processo, la sentenza di una corte d'assise costituisce una violazione dell'art. 10 Cedu, in quanto misura non necessaria in una società democratica. Nonostante le aspre osservazioni dell'avvocato rimproverassero la composizione della giuria e fossero potenzialmente lesive dell'autorità giudiziaria, sono da considerare incluse nella tutela della libertà di espressione offerta dall'art. 10 Cedu, essendo inquadrabili in un dibattito di interesse generale relativo al funzionamento della giustizia penale. La condanna del ricorrente costituisce dunque un'ingerenza sproporzionata anche in considerazione del fatto che le affermazioni erano giudizi di valore fondati su basi fattuali sufficienti, riconducibili alla strategia difensiva adottata per l'interesse del cliente.

Sommario

1. Premessa. – 2. La vicenda all'origine della pronuncia della Corte europea. – 3. L'ampia tutela offerta dalla Corte europea in ragione dello specifico *status* dei soggetti coinvolti. – 4. Il bilanciamento degli interessi in gioco: libertà degli avvocati e protezione dell'autorità del potere giudiziario quali tasselli inscindibili di un unico mosaico.

Keywords

Libertà di espressione, Art. 10 Cedu, Avvocati, Amministrazione della giustizia, Autorità del potere giudiziario

1. Premessa

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Ottan c. Francia*, depositata il 19 aprile 2018, ha nuovamente definito gli elementi caratterizzanti la libertà di espressione degli avvocati in relazione alla limitazione posta, *ex* art. 10, par. 2, Cedu, a garanzia dell'autorità e dell'imparzialità del potere giudiziario. La norma indicata, come è noto, da una parte, riconosce il diritto di libertà di espressione e, d'altra parte, indica

le possibili restrizioni all'esercizio dello stesso, per la garanzia di altri valori fondamentali. Nel complesso contemperamento fra libertà di critica sull'operato delle corti e necessità di mantenere la fiducia dell'opinione pubblica nei confronti delle stesse, la Corte ha considerato la sanzione disciplinare imposta ad un avvocato per aver duramente commentato una sentenza di assoluzione, emessa in un processo che vedeva un poliziotto indagato per omicidio, in contrasto con la suddetta norma. In particolare, considerando che seppur con osservazioni dure, riferite alla composizione della giuria popolare ed attraverso una dichiarazione resa alla stampa, l'avvocato avesse mosso una critica al sistema giudiziario francese partendo da una questione di interesse collettivo, i giudici di Strasburgo hanno colto l'occasione per riaffermare la necessità di un'intensa tutela della libertà di espressione degli avvocati. Alla luce della particolare funzione svolta da questi ultimi, intermediari fra la società e le corti, la sentenza in esame ha segnato un ulteriore passo nella delimitazione dell'ampiezza della libertà di espressione loro riservata, avallando un consolidato orientamento giurisprudenziale sviluppatosi negli ultimi venti anni. Sebbene ad una prima lettura la pronuncia possa dunque sembrare la naturale prosecuzione del percorso intrapreso dalla Corte europea, una più attenta analisi della sentenza concede invece spazio, oltre che per la definizione dei limiti generali all'esercizio della libertà d'espressione nei confronti dell'autorità giudiziaria, per alcune riflessioni sull'evoluzione dello *status* degli avvocati nella giurisprudenza europea e sui possibili sviluppi della tutela loro offerta.

2. La vicenda all'origine della sentenza

Il caso ha avuto origine dalle dichiarazioni rese da un avvocato al termine di un processo dinanzi alla *Cour d'Assises du Gard*, terminato con l'assoluzione di un membro delle forze dell'ordine francese, sul quale gravava l'accusa di aver causato colposamente la morte di un minorenne attraverso l'utilizzo di un'arma da fuoco. L'avvocato, difensore del padre della vittima costituitosi parte civile nel processo, aveva rilasciato ai giornalisti presenti un commento molto critico, soffermandosi sulle problematiche sociali che la pronuncia rispecchiava e sottolineando altresì la drammaticità della situazione, dovuta alla scarsissima equità e uguaglianza del sistema giudiziario. Nello specifico, evidenziava che l'assoluzione non lo avesse sorpreso poiché la giuria era composta da membri «*exclusivement blanc*» e non risultavano dunque rappresentate le diverse comunità che costituiscono il popolo francese. Alla luce della portata delle dichiarazioni rese, il procuratore generale della Corte d'Appello di Montpellier aveva avviato un procedimento contro l'avvocato davanti al Consiglio di disciplina, per aver imputato alla Corte ed alla giuria pregiudizi razziali e xenofobi, in violazione dei principi etici della professione forense, e conseguentemente dell'art. 183 del *Décret* n. 91-1197 sull'organizzazione della stessa professione.

Nonostante il Consiglio di disciplina avesse assolto l'avvocato, sostenendo che le dichiarazioni di quest'ultimo rientrassero nell'ambito di tutela del diritto alla libertà d'espressione e fossero parte della strategia difensiva, il procuratore generale aveva impugnato la decisione richiedendo l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione. La

Corte d'Appello e la Corte di Cassazione avevano successivamente condannato l'avvocato alla lieve sanzione disciplinare dell'*avertissement,* affermando che le osservazioni in questione minavano la probità della giuria e avevano connotazione razziale. Alla luce di siffatte conclusioni e della sanzione disciplinare inflittagli, l'avvocato ha adito la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, considerando l'ingerenza come sproporzionata rispetto all'obiettivo legittimo della stessa, ha accolto il ricorso.

Come anticipato, la Corte europea ha avuto molteplici occasioni per identificare la latitudine della libertà di espressione degli avvocati, dentro e fuori le aule giudiziarie, soprattutto in relazione al concetto anglosassone di *contempt of court*. L'apparente dicotomia fra gli ampi margini di libertà di espressione concessi agli avvocati, in virtù della loro funzione a garanzia del fondamentale diritto alla difesa, ed il rigido controllo operato sulle dichiarazioni degli stessi, poiché potenzialmente suscettibili di minare l'autorità del potere giudiziario, ha trovato un equilibrato bilanciamento attraverso l'individuazione delle specificità degli *status* dei diversi soggetti coinvolti.

Invero, nei diversi interventi a tutela sia degli avvocati, sia dei magistrati, la Corte sembra profilare la necessità di complementarità fra queste due figure per garantire, da una parte, il buon funzionamento del sistema giudiziario, e d'altra parte, il diritto della collettività ad essere informata su questioni di interesse generale concernenti pronunce giudiziali, anche attraverso osservazioni degli avvocati che non superino determinati limiti.

3. L'ampia tutela offerta dalla Corte europea in ragione dello specifico *status* dei soggetti coinvolti

L'analisi compiuta dalla Corte europea per la valutazione della legittimità delle limitazioni al diritto di libertà di espressione si è articolata, nel caso in esame e come tradizionalmente avviene[1], in tre tempi[2]. Partendo dalla verifica circa la sussistenza di un'ingerenza, la Corte, in seguito, ha vagliato la presenza di una disposizione legislativa che prevedesse tale ingerenza e, infine, stabilito se la restrizione perseguisse un fine legittimo, essendo proporzionata allo stesso, e soprattutto necessaria in una società democratica.

Che la sanzione disciplinare costituisse un'ingerenza nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione dell'avvocato è risultata una questione pacifica e non controversa, riconosciuta peraltro da entrambe le parti. Inoltre, se per il controllo di legalità[3] e per

[1] Con la sentenza CEDU, *Handyside c. Regno Unito*, ric. 5493/72 (1976), la Corte, oltre a definire la libertà di espressione quale condizione essenziale per lo sviluppo della società democratica, ha stabilito i principi generali per identificare le limitazioni ammesse al diritto in esame, poi riprodotti nella successiva giurisprudenza.

[2] Sul punto si veda M. Oetheimer-A. Cardone, *Articolo 10*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 404.

[3] Il criterio sostanziale seguito dalla Corte europea per considerare quando una limitazione possa dirsi prevista dalla legge è enunciato nella sentenza CEDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 6538/74 (1979). Per un commento della suddetta pronuncia, pietra miliare della giurisprudenza europea in materia di libertà di espressione, si veda R. Sapienza, *La libertà di espressione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo:*

la valutazione della legittimità dell'obiettivo perseguito dall'ingerenza, i giudici di Strasburgo non hanno riscontrato particolari criticità, l'accertamento della limitazione quale bisogno sociale imperativo ha invece necessitato di una più profonda analisi del caso. L'avvertimento disposto contro il ricorrente è, infatti, una delle sanzioni previste dall'art. 184 del *Décret* n. 91-1197 per qualsiasi violazione di norme di condotta professionale, e nello specifico per gli oltraggi «*à l'honneur ou à la délicatesse*». Una disposizione analoga è altresì prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 342 c.p., che commina una pena pecuniaria per chiunque offenda l'onore e il prestigio del corpo giudiziario[4].

La Corte, per altro verso, ha individuato nella necessità di proteggere la reputazione altrui e garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario il fine legittimo perseguito dall'ingerenza statale. A ben vedere, nonostante, come giustamente osservato dalla Corte, le dichiarazioni in esame sarebbero state potenzialmente idonee ad offendere ciascun membro della giuria per il riferimento al colore della pelle, l'obiettivo legittimo a giustificazione della limitazione della libertà sembra prevalentemente essere l'esigenza di non compromettere l'integrità e l'autorità del potere giudiziario. A tal proposito, giova rilevare che il concetto di *contempt of court*[5] si concretizza, nell'interpretazione seguita dalla giurisprudenza europea[6], a tutela sia dell'apparato della giustizia, sia dei singoli giudici nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. In aggiunta, considerando che le affermazioni contestate non mostravano alcuna animosità personale verso i membri della giuria, tanto che questi ultimi non si erano costituiti parte offesa nei procedimenti nazionali, sembra opportuno indirizzare l'analisi verso il solo esame del bilanciamento compiuto fra autorità del potere giudiziario e libertà di espressione, evitando dunque di prendere in considerazione la lesione dell'altrui reputazione quale ulteriore limitazione al diritto indicato[7].

In questa prospettiva, è opportuno svolgere alcune osservazioni preliminari relative allo *status* giuridico dei soggetti coinvolti, ricostruendo, in breve, il percorso intrapreso negli ultimi anni dai giudici di Strasburgo. La stessa Corte, nel caso in esame, dopo aver accertato che l'ingerenza contestata fosse prevista dalla legge e rispondesse ad un legittimo obiettivo, per valutarne la necessità in una società democratica ha ancorato la sua analisi alla specificità della qualificazione soggettiva del ricorrente. Sebbene, infatti, il margine di libertà di espressione nei confronti del potere giudiziario sia generalmente molto circoscritto[8], le limitazioni risultano meno incisive per la categoria professionale

il caso Sunday Times, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1981, 43 ss.

[4] È opportuno fare riferimento anche all'art. 52 del Codice Deontologico Forense, che vieta agli avvocati l'utilizzo di espressioni offensive nei confronti dei magistrati.

[5] Il concetto è stato declinato in differenti forme, per un'analisi completa e comparatistica delle quali si veda C.J. Miller-D. Perry, *Miller on Contempt of Court*, Oxford, 2018.

[6] Sul punto si veda M. Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Parigi, 2001, 119 ss.

[7] La lesione della reputazione dei magistrati quale limite alla libertà d'espressione diviene invece centrale qualora la critica sia indirizzata ad un singolo giudice ed abbia ad oggetto determinate condotte personali. Si veda, ad esempio, CEDU, *Peruzzi c. Italia*, ric. 39294/09 (2015), caso nel quale un avvocato di Lucca aveva diffuso una lettera con cui criticava specificatamente il comportamento adottato da un giudice nel corso di un processo. In quel caso la Corte europea ha ritenuto che la condanna per diffamazione non fosse in contrasto con l'art. 10 Cedu.

[8] Per una completa analisi dei limiti alla libertà di espressione in relazione al potere giudiziario, ed ai suoi membri, si veda, *ex multis*, M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari,

degli avvocati.

Il buon funzionamento del sistema giudiziario è un elemento essenziale per il mantenimento dello Stato di diritto e, pertanto, è parimenti fondamentale che la fiducia dell'opinione pubblica e dei cittadini in coloro che amministrano la giustizia non venga minata da critiche che, senza sufficienti basi fattuali, ne possono compromettere l'imparzialità e l'autorità. Il classico paradigma per il quale la libertà d'espressione, condizione ed estrinsecazione della democraticità della società, costituisce una garanzia contro le ingerenze dell'autorità pubblica[9] subisce un capovolgimento in favore della limitazione a tutela dell'integrità giudiziaria[10]. Le critiche al sistema giudiziario sono dunque ammesse ma, nell'ormai costante prospettiva adottata dalla Corte europea, l'esercizio concreto del diritto della libertà d'espressione è, in questi casi, condizionato da restrizioni più rigide. Se, da un lato, per essere considerate soggette all'ambito di applicazione e tutela dell'art. 10, le osservazioni devono riferirsi a questioni di interesse generale ed essere poste su solide basi fattuali, dall'altro lato, non si ritengono in qualunque caso ammesse affermazioni provocatorie[11] o attacchi distruttivi nei confronti dei magistrati. Come in precedenza osservato, tuttavia, la prevalenza della limitazione a garanzia del sistema giudiziario sulla libertà di espressione, con particolare riferimento al diritto di cronaca dei giornalisti, sembra trovare un differente, e meno rigido, equilibrio quando coloro che muovono le critiche sono avvocati.

Il diritto di libertà di espressione degli avvocati ha subito una concreta evoluzione[12], in termini di rafforzamento della tutela offerta, con l'affermazione di specifici principi enunciati nella sentenza *Schöpfer c. Svizzera*[13]. In particolare, la Corte europea, nonostante

2012, 122 ss., la quale sottolinea, tuttavia, che la restrizione della libertà di stampa non può essere considerata legittima qualora i giornalisti rivolgano critiche all'operato svolto dai magistrati con sufficienti basi fattuali e senza intaccare la fiducia nel sistema giudiziario. Cfr. anche G. Resta., *Trial by Media as a Legal Problem*, Napoli, 2009.

9 Relativamente al principio di stretta interpretazione delle limitazioni previste dall'art. 10, par. 2, Cedu si veda P. Caretti, *Art. 10. Libertà di espressione*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 341 ss.

10 A tale conclusione giunge M.K. Addo, *Article 10 of the ECHR and the Criticism of Judges*, in *Freedom of Expression and the Criticism of Judges: a comparative study of European legal standards*, Burlington, 2000, 229 ss.

11 Il principio generale per cui il diritto di libertà di espressione sia posto a tutela anche di osservazioni provocatorie, o addirittura inquietanti, subisce dunque un'eccezione quando le affermazioni sono rivolte al sistema giudiziario. Per l'orientamento tradizionale si veda CEDU, *Barthold c. Germania*, ric. 8734/79 (1985), analizzata in F. Abruzzo, *Libertà di stampa, tutela dell'informazione e dei giornalisti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in B. Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 121. La necessità di una maggiore tutela nei confronti dei magistrati, dovuta fra l'altro al dovere di riservatezza cui sono tenuti che impedisce loro di rispondere liberamente, è esaminata in CEDU, *Prager e Oberschlick c. Austria*, ric. 15974/90 (1995), commentato in D. Bosi, *Art. 10, Libertà di espressione*, in C. Defilippi-D. Bosi-R. Harvey (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006, 418 ss.

12 A ben vedere, nella sentenza CEDU, *Casado Coca c. Spagna*, ric. 15450/89 (1994), la Corte europea si era già espressa circa il ruolo dei difensori ed i limiti alla loro immunità, sostenendo che l'avvocato «*en sa qualité d'auxiliaire de la justice, il bénéficie du monopole et de l'immunité de plaidoirie, doit témoigner de discrétion, d' honnêteté et de dignité dans sa conduite*». A tal proposito si veda F. Tulkens, *Quel rôle pour les avocats devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *I diritti dell'uomo*, 2017, 7 ss.

13 CEDU, *Schöpfer c. Svizzera*, ric. 25405/94 (1998). Per un'analisi della sentenza si veda M. Verpeaux, *Freedom of Expression*, Strasburgo, 2010, 105 ss.

non avesse riscontrato l'incompatibilità con l'art. 10 Cedu di una sanzione amministrativa comminata contro un avvocato che aveva sostenuto la violazione continuata dei diritti umani da parte di una corte, ha colto tale opportunità per collocare la posizione degli avvocati all'interno di una società democratica. Affidando loro un ruolo centrale per l'amministrazione della giustizia, in qualità di «*intermediaries between public and courts*», la Corte europea ha sottolineato l'importanza di garantire un ampio perimetro alla libertà di espressione degli avvocati, al fine di incrementare la fiducia della collettività nel sistema giudiziario, ed al contempo tutelare concretamente il diritto alla difesa in tutte le sue svariate forme[14]. L'esercizio di quest'ultimo risulta, infatti, strettamente e funzionalmente legato alla libertà di espressione. Questa correlazione è anzitutto determinante per comprendere come i confini della libertà di critica nei confronti dell'operato della magistratura siano notevolmente più estesi quando gli avvocati si esprimono all'interno delle aule giudiziarie, ed ovviamente più ristretti, e caratterizzati da una tutela meno intensa, quando invece gli stessi compiono osservazioni in contesti diversi e attraverso mezzi mediatici[15]. Se, come nel caso in oggetto, le affermazioni contestate vengono effettuate al di fuori della fase meramente giudiziale, gli avvocati non possono godere dell'"immunità" processuale[16] e della conseguente tutela. Ciononostante, considerando che la professione forense ha affrontato una notevole evoluzione, parallela a quella che ha visto coinvolti i mezzi di comunicazione di massa, è opportuno chiedersi se la diversa tutela concessa alla libertà di espressione degli avvocati fuori e dentro le aule giudiziarie sia, ad oggi, un valido criterio di differenziazione, o se, piuttosto, possa considerarsi un approccio ormai anacronistico. Frequentemente accade, infatti, che particolari vicende giudiziarie, concernenti delicate problematiche sociali, stimolino l'interesse della collettività, con conseguente emersione del diritto della stessa ad essere informata su questioni attinenti l'amministrazione del potere giudiziario. D'altro canto, risulta analogamente frequente l'utilizzo, da parte degli avvocati, di dichiarazioni a mezzo stampa per integrare o sviluppare le proprie strategie difensive[17]. Questi elementi hanno condotto la Corte europea[18] a definire l'estensione del perimetro del diritto di libertà di espressione degli avvocati in funzione della difesa degli interessi dei propri clienti[19]. In altri termini, oltre alla tutela rafforzata in ragione del loro particolare ruolo

[14] Si veda J. Casadevall, *L'avocat et la liberté d'espression*, in *Freedom of Expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, 2012, 235 ss.

[15] Per un'analisi della differente tutela di cui beneficiano gli avvocati all'interno o all'esterno di contesti processuali si veda D. Spielmann-C. Henry, *Les avocats et la Convention européenne dei droits de l'homme*, in *I diritti dell'uomo*, 2016, 510 ss.

[16] Relativamente invece ai «*droits et privilèges exclusifs*» di cui beneficiano gli avvocati in relazione alle loro osservazioni dinnanzi alle corti si veda la sentenza CEDU, *Steur c. Paesi Bassi*, ric. 39657/98 (2003).

[17] La questione è stata ampiamente trattata dai giudici di Strasburgo nel caso *Mor. c. Francia*, ric. 28198/09 (2011), § 59.

[18] I riferimenti giurisprudenziali per una prima affermazione di tali principi si riscontrano nelle sentenze CEDU, *Kyprianou c. Cipro*, ric. 73797/01 (2005), e *Panovits c. Cipro*, ric. 4268/04 (2008). Le due sentenze, strumentalmente connesse poiché Panovits era il cliente dell'avvocato ricorrente nel primo giudizio, hanno definito i caratteri essenziali del nesso fra libertà di espressione e diritto di difesa, senza operare distinzione alcuna tra osservazioni compiute durante il giudizio e dichiarazioni svolte all'infuori delle aule dei tribunali.

[19] Sul punto si veda P. Lambert, *L'avocat et les conférences de presse*, in *Journal des Tribunaux*, 1983, 577 ss.

nel sistema giudiziario, gli avvocati beneficiano di più ampi margini di critica nei confronti della magistratura quando le osservazioni compiute, anche all'esterno dei tribunali, siano inquadrabili nell'esercizio del diritto di difesa degli interessi dei loro clienti[20].

4. Il bilanciamento degli interessi in gioco: libertà degli avvocati e protezione dell'autorità del potere giudiziario quali tasselli inscindibili di un unico mosaico

La Corte europea ha dunque identificato i criteri per operare un contemperamento fra la necessità di riconoscere una più effettiva tutela della libertà di espressione degli avvocati e l'esigenza di garantire l'autorità del potere giudiziario. Nella sentenza *Morice c. Francia*[21], la Grande Camera ha infatti stabilito che, per vagliare se la limitazione del diritto di critica nei confronti dell'operato dei giudici sia necessaria in una società democratica, è opportuno inquadrare le osservazioni degli avvocati nella «*mission de défense de son client*» e valutare il contributo delle stesse ad un dibattito di interesse generale, tenendo conto, inoltre, della natura delle dichiarazioni contestate, delle particolari circostanze del caso e della proporzionalità della sanzione. In particolare, con la suddetta pronuncia, rivelatasi fondamentale anche per l'analisi del caso *Ottan*, la Corte europea ha stabilito che, per essere considerate incluse nell'ambito di applicazione della tutela convenzionale, le affermazioni dell'avvocato, rese fuori dai tribunali, devono contribuire direttamente alla difesa del cliente[22]. A tal fine, il processo giudiziario deve essere suscettibile di subire l'influenza delle pressioni esterne dei difensori. In aggiunta, oltre a rimarcare la necessità di inquadrare le dichiarazioni all'interno di un dibattito di interesse pubblico, i giudici di Strasburgo, nella loro composizione più autorevole, hanno chiaramente delineato la distinzione fra asserzioni di fatti e giudizi di valore, applicandola alla fattispecie. Mentre le prime possono e devono essere dimostrate, la veridicità dei giudizi di valore non è, al contrario, suscettibile di essere provata, essendo la libertà di opinione un elemento fondamentale del diritto protetto dall'art. 10 Cedu[23]. Ciononostante, qualora le osservazioni siano identificabili come giudizi di valore, questi devono fondarsi su adeguate basi fattuali, senza le quali l'ingerenza può essere altrimenti considerata (s)proporzionata.

Alla luce dei principi esposti dalla precedente giurisprudenza, la ricostruzione compiuta nel caso *Ottan* dalla Corte europea rispecchia con chiarezza la necessità di garantire una specifica tutela al diritto di libertà di espressione degli avvocati. Tornando all'anali-

[20] Una simile prospettiva in T. Bontinck, *La liberté d'expression de l'avocat*, in *Journal des Tribunaux,* 2016, 362 ss.

[21] CEDU, *Morice c. Francia*, ric. 29368/10 (2015).

[22] *Ibid.,* § 149 Nel caso di specie le dichiarazioni non rispondevano a questo criterio, poiché le indagini giudiziarie erano da tempo state affidate ad un giudice diverso rispetto a quello di cui l'avvocato lamentava la condotta. Non è invece sufficiente la possibilità di utilizzare diversi rimedi giudiziali per giustificare la limitazione della tutela offerta dalla Convenzione. I mezzi di ricorso disponibili e il diritto di libertà di espressione, infatti, «*do not pursue the same aim and are not interchangeable*», *ibidem*, § 171.

[23] Una siffatta ricostruzione è stata effettuata dalla Corte europea nel caso *Lingens c. Austria*, ric. 9815/82 (1986), § 46. Sul punto si veda M. Oetheimer-A. Cardone, *op. cit.*, 412.

si della sentenza in esame, le affermazioni rese ai cronisti al termine dell'udienza sono state ritenute parte integrante della strategia difensiva, con il preciso fine di condurre il procuratore generale ad impugnare la pronuncia, poiché il difensore di parte civile non disponeva del diritto di interporre appello nei confronti della sentenza di assoluzione. Per altro verso, le dichiarazioni contestate sono state inquadrate con facilità in un dibattito pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario, di evidente interesse generale ed ampia copertura mediatica. Invero, l'oggetto della delicata questione di interesse dell'opinione pubblica, con conseguente diritto di quest'ultima ad essere informata, riguardava da una parte, la mancanza di rappresentatività nella composizione delle giurie popolari[24] e, dall'altra parte, la sorte riservata ai membri delle forze dell'ordine nei procedimenti penali. Tali elementi, anche alla luce del clima di tensione e delle ripercussioni manifestatesi a livello locale, avrebbero dovuto portare ad una restrizione del margine di apprezzamento delle autorità nazionali in relazione alla libertà di espressione dell'avvocato della parte civile. La Corte europea ha inoltre rilevato che le osservazioni oggetto della controversia erano state estrapolate dal loro contesto generale e, pertanto, interpretate quali accuse di pregiudizi razziali nei confronti della giuria o di un singolo giurato. Ribaltando l'impostazione della Corte d'Appello e della Corte di Cassazione francese, i giudici di Strasburgo hanno ribadito la necessità di valutare le affermazioni nel loro contesto generale[25], per garantire un effettivo e concreto esercizio della libertà di espressione[26]. In questa prospettiva, l'intervista dell'avvocato è stata ritenuta un'«*assertion générale sur l'organisation de la justice criminelle*» e, in quanto tale, un giudizio di valore fondato su basi fattuali sufficienti.

Tenendo conto degli elementi suesposti, la Corte europea ha dunque stabilito che la sanzione disciplinare[27] comminata nei confronti del ricorrente costituisse un'ingerenza sproporzionata, e non necessaria in una società democratica e, pertanto, ha rilevato una violazione dell'art. 10 Cedu. Nonostante la sentenza esaminata si ponga perfettamente in linea con la posizione adottata negli ultimi anni dalla Corte, la reiterata enunciazione di principi chiari e prevedibili a tutela della libertà di espressione degli avvocati potrebbe essere, a nostro avviso, interpretata quale volontà di attribuire loro un ruolo sempre più protagonista, anche per la garanzia del potere giudiziario. Difatti, malgrado la protezione degli avvocati non sia stata caratterizzata dalla «*évolution spectaculaire*»[28] che ha invece visto protagonisti i giornalisti, sono stati raggiunti, anche per tali professionisti, importanti traguardi in termini di ampiezza e funzionalità della tutela offerta. Ancorare

[24] Che il tema della rappresentatività e della diversità nel sistema giudiziario fosse di rilevante interesse sociale è riscontrabile altresì dall'analisi comparata delle prassi nei diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Si veda CEDU, *Ottan c. Francia*, cit., §§ 33-34

[25] La Corte europea aveva, in precedenza, affrontato la stessa questione in relazione agli articoli e ai commenti circa l'operato dei giudici da parte dei giornalisti. A tal proposito si veda M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo,* cit., 125.

[26] La scopo della Convenzione è, per l'appunto, quello di tutelare «*des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs*», cfr. CEDU, *Artico c. Italia*, ric. 6694/74 (1980), § 33.

[27] Relativamente alla possibilità che anche una semplice sanzione disciplinare possa produrre un *chilling effect* sull'esercizio della libertà di altri soggetti si veda il caso *Steur c. Paesi Bassi*, cit.

[28] Cfr. L. François, *La preuve de la diffamation en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, 445 ss. Sul punto si veda M. Castellaneta, *Se la notizia non è di interesse generale, la tutela del segreto d'indagine prevale sulla libertà di stampa*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 362 ss.

la libertà di espressione all'esercizio del diritto di difesa ha infatti permesso alla Corte, nei casi di interesse pubblico e nel rispetto dei limiti analizzati, di svincolarsi dal classico dualismo che identificava l'elemento di differenziazione nel luogo, ossia dentro o fuori i tribunali, in cui le critiche alla magistratura venivano compiute.

In conclusione, se da una parte questa prospettiva, insieme con gli altri criteri esposti, non può comunque portare a definire gli avvocati come *watchdogs* della democrazia al pari dei giornalisti[29], d'altra parte, l'indicata prospettiva attribuisce loro una funzione altrettanto essenziale per lo sviluppo di una società democratica e la tutela dei valori convenzionali. L'evoluzione degli avvocati, nella concezione della Corte europea, da ausiliari ad attori protagonisti della giustizia[30] rende infatti la protezione della loro manifestazione del pensiero funzionale al buon andamento del sistema giudiziario, e, per certi versi, alla garanzia dell'autorità dello stesso[31]. L'opportunità di incrementare la fiducia della collettività nell'operato dei giudici, anche attraverso critiche costruttive degli avvocati[32], restituisce le due figure professionali coinvolte ad un rapporto di necessaria complementarietà, per assicurare un'amministrazione della giustizia equa e garantista. In questi termini, dunque, la garanzia dell'autorità e dell'imparzialità del sistema giudiziario riacquista la sua naturale funzione di limitazione, connotata, tuttavia, dalla necessità di un'interpretazione notevolmente restrittiva in favore di un ampliamento dell'operatività del diritto alla libertà di espressione degli avvocati.

[29] Nell'intervento dinnanzi la Grande Camera durante il processo *Morice*, il *Counsil of Bars and Law Societies of Europe* (*CCBE*) aveva ritenuto opportuno richiedere che la tutela degli avvocati, alla luce del fondamentale ruolo svolto, potesse essere pregnante come quella offerta ai giornalisti, soprattutto nei casi di interesse generale e grande impatto mediatico. Si veda CEDU, *Morice c. Francia*, cit., § 116.

[30] CEDU, *Morice c. Francia*, cit., § 148.

[31] Per una concettualizzazione della libertà di espressione quale libertà funzionale si veda V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, 162 ss.

[32] A tal proposito si veda F. Krenc, *Les fils du dialogue entre l'avocat et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *L'observateur de Bruxelles*, 105, 2016, 26 ss.

Cronache e commenti

Stefano Rodotà, costituzionalista*

Pasquale Costanzo

Sommario

1. Rodotà costituzionalista. – 2. Rodotà "costituente" (dignità e diritti). – 3. Rodotà "costituente" (solidarietà e doveri). – 4. Il costituzionalismo europeo. – 5. Il ruolo costituzionale dell'informazione. – 6. L'informazione nel pensiero critico di Rodotà. – 7. La "terribile" libertà.

Keywords

Diritto, Internet, Privacy, Libertà, Rodotà

1. Rodotà costituzionalista

Risulta per molti aspetti pienamente visibile la straordinaria simpateticità e dimestichezza di Rodotà con le problematiche costituzionalistiche. E ciò – con apparente paradosso – proprio a partire dalla ricostruzione degli istituti privatistici, che l'illustre studioso calabrese ha utilizzato per decifrare la vicenda del costituzionalismo liberale, di cui non ha esitato a rilevare spesso la reale natura coercitiva.

Ma, di sensibilità storico-costituzionalistica, Rodotà ha dato prove del tutto dirette, come, ad esempio, nel saggio *Le libertà e i diritti* contenuto nella *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi,* a cura di Raffaele Romanelli, del 1995, in cui, tra l'altro, assai finemente ribadisce come, nel contesto statutario, i diritti e la libertà fossero pesantemente condizionati non solo dalla pervasività della logica privatistica, ma anche dalla debolezza della garanzia costituzionale.

A livello di teoria generale, la concezione stessa della legge che traspare dai suoi contributi assomiglia non tanto ad una raccolta di regole operative valide per il tempo presente, quanto piuttosto ad una "carta" di principi, a loro volta innervati dal meta-principio della dignità umana, alla cui luce forgiare regole inedite per il tempo futuro. E direi che, per questa via, la vocazione di Rodotà si rivela, più che quella di un costituzionalista, quella di un costituente.

Ecco sì: Rodotà come costituente in servizio permanente ed effettivo mi pare ritragga il profilo più convincente dello studioso.

* Stefano Rodotà ad un anno della scomparsa è stato commemorato in molte e diverse sedi. Quella a cui si riferiscono le presenti osservazioni è particolare, trattandosi di ricordare la Sua esperienza come Docente nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova (1968-1972). Ho avuto la fortuna di avere Rodotà come professore di diritto civile e rammento ancora la vivacità delle sue lezioni, spesso intessute di improvvisati dialoghi con i suoi assistenti di allora. In quello v'era del nuovo: il diritto non sgorgava solo dai codici, ma tracimava dalla vita; il diritto si affiancava alla politica con cui sembrava destinato a vivificarsi vicendevolmente.

2. Rodotà "costituente" (dignità e diritti)

Di questa connotazione costituente di Rodotà, è possibile, anzi, evidenziare la duplice valenza.
La prima è quella, per così dire, tecnica, che si disvela al momento della scrittura. Di ciò ha dato prova in diverse occasioni: dalla *Carta di Nizza* alla *Dichiarazione dei diritti in internet*, incommensurabili - è vero - tra loro quanto ad efficacia, ma assai prossime sul piano valoriale.
La seconda è quella più ampiamente politica, ma si potrebbe dire, almeno intellettualmente, rivoluzionaria. Del resto, la contiguità tra piano costituente a piano rivoluzionario non è, com'è noto, circostanza infrequente: ciò di cui Rodotà ha piena consapevolezza. Basti in proposito citare l'agile scritto del 2013 *La rivoluzione della dignità*, in cui ricorda che se la 'rivoluzione dell'eguaglianza' è stata il connotato della modernità, la 'rivoluzione della dignità' segna un tempo nuovo, è figlia del Novecento tragico.
La particolarità però, in questo secondo caso, riguarda il carattere della tensione rivoluzionaria che, da un lato, parte da un dato considerato già acquisito, rappresentato dalla Costituzione repubblicana. In questo senso, dunque, la rivoluzione è già "alle spalle".
Dall'altro lato, la tensione rivoluzionaria si esprime nell'implementazione continua dei principi costituzionali, anch'essi rivisitati talvolta in maniera originale. Si pensi alla considerazione unitaria dei due commi di cui si compone l'art. 3 della Costituzione, che in qualche modo emargina la tradizionale e un po' schizofrenica lettura per cui l'eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale risiedono in due commi distinti tra loro, ma anche appartenenti a due contesti ideologici distanti. Senza che, però, come avverte Rodotà, ne risulti depotenziata la forza "eversiva" (si badi all'aggettivo) della disposizione, in quanto «la stessa ricostruzione dell'eguaglianza formale non può essere condotta nell'indifferenza per la materialità della vita delle persone, per la loro intatta dignità, per i legami sociali che le accompagnano».
Un'analoga tensione rivoluzionaria anima il ragionamento di Rodotà su un tema centrale del diritto costituzionale, ossia quello dei diritti. Ma quali?
Ecco la risposta: «gli storici diritti di libertà, certamente. E, con essi, i diritti nuovi che sono il frutto delle rotture e delle rivoluzioni del Novecento. La prima rottura si ha quando la forza della classe operaia integra la logica individualistica con i diritti sociali. Vengono poi le rivoluzioni delle donne, degli ecologisti, della scienza e della tecnica. Il corpo è liberato da molti vincoli imposti dalla natura, e l'innovazione scientifica consegna l'intero ciclo vitale, dalla procreazione alla morte, alla libera volontà delle persone. L'elettronica consente raccolte di informazioni sulle persone di dimensioni gigantesche. L'ambiente ci parla della sopravvivenza delle specie e del diritto delle generazioni future a ricevere un mondo non stravolto da sfruttamenti selvaggi delle risorse».
Una riconfigurazione epocale, dunque, dei diritti, che passa attraverso la banalizzazione, da un lato, del loro rapporto col territorio, dovendo per Rodotà la loro titolarità dipendere solo dalla dignità che spetta a qualsiasi uomo in quanto tale, e, dall'altro, la presa in carico della dimensione finora ignorata del tempo.
La collocazione baricentrica della Costituzione nel pensiero di Rodotà tuttavia, può forse apprezzarsi ancora sotto un altro aspetto, che esalta nel contempo la sua temperie

di giurista a tutto tondo, allorché, ad esempio, nel 1991, evidenziava come i contributi della scienza politica fossero talvolta apparsi "esoterici e poco pertinenti" ai giuristi, avendo sviluppato teorie esplicative della realtà istituzionale e dei fenomeni politici che non tenevano affatto in conto il funzionamento delle istituzioni costituzionali formali, ossia i dati normativi.

3. Rodotà "costituente" (solidarietà e doveri)

Sotto diverso aspetto, sembra indispensabile aggiungere come, benché il Nostro possa apparire soprattutto l'apostolo dei diritti, il tema dei doveri non sia meno in evidenza nel suo pensiero. Anzi alla dignità come "levatrice" di diritti, potrebbe fare da contraltare, nella visione pubblicistica di Rodotà, la solidarietà come "generatrice" di tutti i doveri, o, come emerge con grande chiarezza da uno dei suoi ultimi lavori, *Solidarietà. Un'utopia necessaria* del 2014, quale principio fondante dell'intera struttura costituzionale moderna.
Da questo punto di vista, anzi, sembra potersi osservare nell'evoluzione speculativa di Rodotà uno spostamento progressivo di orizzonte, teso ad affiancare al costituzionalismo dei diritti, imperniato sulla dignità considerata a buon diritto il lascito maggiore del secolo passato, ad un costituzionalismo dei doveri, o come egli forse avrebbe detto, dei bisogni, fondato sulla solidarietà che dovrebbe essere (o tornare ad essere) la cifra del tempo presente.
E qui il pensiero va ancora al già menzionato volume *Solidarietà un'utopia necessaria*, in cui si ragiona del fondamento giuridico della solidarietà e se ne ricostruisce la fisionomia rifuggendo da costrizioni ideologiche od originaliste (anche qui si noti la lettura dinamica del testo costituzionale) per approdare ad una considerazione ampia e aperta del principio.

4. Il costituzionalismo europeo

C'è però ancora un'altra dimensione nella quale il cuore costituzionalista di Rodotà palpita con grande passione: quella europea.
L'attrazione esercitata su Rodotà dall'idea di Europa sembra infatti muoversi intorno – è vero – a quello che è stato efficacemente definito il "patrimonio costituzionale" europeo, che fa dell'esperienza storico-politica europea un *unicum* universale; ma soprattutto in vista di ciò che potrebbe e dovrebbe rappresentare il futuro dell'Europa o meglio la sua vocazione naturale. È in questo senso, dunque, che Rodotà ragiona di "costituzionalismo arricchito", dal momento che «il discorso sulla solidarietà ha un senso esclusivamente se usciamo dalla logica nazionalista, altrimenti si impiglia».

5. Il ruolo costituzionale dell'informazione

Ma Rodotà costituzionalista può essere ricordato anche in filigrana, cioè attraverso la considerazione che egli ebbe di uno dei principali snodi della materia, ossia l'informazione.
Si può dire, infatti, che Rodotà abbia approfondito la questione partendo sì (e non smentendola mai) da una valutazione della libertà d'informazione come *pièce maitresse* (per usare le parole applicate dalla stessa Corte alla libertà di manifestazione del pensiero) dell'impalcatura costituzionale, ma che non abbia tentennato nell'evidenziarne i rischi per altre libertà, specie come sono venuti configurandosi nella cd. "società dell'informazione".
Ora è proprio attraverso quest'ambivalenza - o strutturale equivocità - della nozione che si vorrebbe richiamare il pensiero dell'insigne giurista, ricordando preliminarmente come la Costituzione italiana non dedichi alla libertà d'informazione un'esplicita considerazione, laddove per contro sono numerose le figure sintomatiche dell'interesse che i redattori della Carta ebbero per la relativa problematica. E ciò a partire dalla distesa attenzione dedicata alla specifica libertà della stampa, memori del fatto che la dittatura aveva avuto tra i suoi principali bersagli la libera informazione nel tempo stesso che, di tutte le tecnologie informative dell'epoca, aveva voluto assicurarsi la piena disponibilità o addirittura la gestione monopolistica.
Così come è possibile rintracciare nell'art. 21 un riferimento quasi profetico al fatto che altri mezzi di informazione presenti o di là da venire dovessero godere della medesima garanzia della libertà sostanziale. Mentre nemmeno trascurabile è l'attenzione mostrata, sia pure indirettamente, anche nei confronti della cd. libertà passiva d'informazione quando si ragiona dei mezzi di finanziamento della stampa periodica.
In questo senso, dunque, non discriminazione, piena disponibilità dei media, pluralismo notiziale, trasparenza economica dei mezzi informativi risultano, tra gli altri, principi iscritti nel codice genetico della Costituzione repubblicana, che scienza giuridica, magistratura e Corte costituzionale non faranno fatica successivamente ad implementare dei necessari corollari applicativi.
Ed è in un siffatto contesto che la sensibilità giuspubblicistica dello studioso di contratti, responsabilità civile e statuto della proprietà privata, rinviene il suo terreno di cultura, mosso da un forte impegno civile e da una vocazione alla politica intesa nel suo senso più alto, come strumento per la promozione delle libertà fondamentali.

6. L'informazione nel pensiero critico di Rodotà

In questa cornice, va, dunque, innanzi tutto rilevato il valore di sistema che anche Rodotà, analogamente alla Corte, annette alla libertà d'informazione. Una simile diagnosi è formulata guardando soprattutto alla peculiare esperienza americana, dove il *free speech* avrebbe contribuito a creare un'identità democratica, conferendo, in una società molto frammentata, al dissenso particolare "*safety value*", senza necessitare («finora» soggiunge prudentemente Rodotà) di un freno alle derive totalitarie del discorso ideologico, così

rischiose invece in Europa.
Ma in questa stessa affermazione emerge già l'idea del contrappeso: quale contrappeso? Come si dirà, più esplicitamente, in uno dei tanti interventi del Garante «l'esercizio concreto dell'attività d'informazione è collocato in un contesto istituzionale che mette in evidenza la necessità di rispettare la dignità e gli altri diritti fondamentali di ogni cittadino» (*Discorso del prof. Rodotà di presentazione della Relazione per l'anno 2001*). Si tratta di un messaggio forte, sia per la fonte autorevole da cui promana, sia per la specificità dei suoi destinatari, ossia i giornalisti, soggetti che fanno della libertà d'informazione un uso professionale. L'idea, dunque, per usare ancora le parole del Garante è che «la nostra bussola è sempre stata, e non poteva essere diversamente, l'articolo 21 della Costituzione, che definisce il bene dell'informazione come un diritto del cittadino prima ancora che come una prerogativa dei giornalisti».
Proprio quest'affermazione sembra idonea ad identificare la particolare declinazione che l'informazione possiede nel pensiero di Rodotà: non tanto e non solo come estensione della classica libertà di manifestazione del pensiero quanto piuttosto come oggetto di una libertà di ricerca e diritto di accesso all'informazione stessa.
Si noti qui un chiaro esempio del già accennato percorso d'implementazione del principio costituzionale riletto alla luce sia del progresso tecnologico, sia del contesto sovranazionale. In proposito, può bastare l'osservazione (contenuta nella relazione fiorentina del 2010 in memoria di Paolo Barile) per cui «quando noi distinguiamo […] fra diritto di cercare e diritto di ricevere [informazioni], ci rendiamo conto che queste due dimensioni si sono fortemente avvicinate, quasi a compenetrarsi: e noi ci rendiamo conto di un'altra cosa, e cioè che dobbiamo anche rileggere con occhi adeguati ai tempi, anche formule che nella nostra discussione pubblica mantengono, a mio giudizio legittimamente, un forte giudizio di cittadinanza, il conoscere per deliberare einaudiano è diventato oggi un punto assolutamente ineludibile».

7. La "terribile" libertà

Questo approccio postula nel pensiero di Rodotà, non meno che in quello della Corte, una situazione di reale pluralismo informativo, pena la perdita del senso democratico dei flussi informativi stessi e la trasformazione di uno strumento di conoscenza dell'opinione pubblica in uno strumento di manipolazione dell'opinione pubblica stessa, laddove un simile rischio risulta tanto più forte in relazione al carattere pervasivo del mezzo.
E allora il pensiero non può non correre alla Rete che tanto spazio ha occupato nel pensiero del Nostro, fino a farne uno dei massimi punti di riferimento nella materia.
Internet appare peraltro, anche nel pensiero di Rodotà, un guazzabuglio difficilmente risolvibile e contrassegnato da situazioni contraddittorie: tanto per citarne alcune, si pensi al problema della neutralità e invece della sua efficienza, a quello dell'anonimato, della responsabilità individuale, della privacy e della necessità della lotta alle attività criminali. Ma qui pare che il pensiero di Rodotà non sia mai conclusivo in quanto sono numerosi ed imprevedibili i fattori di cui occorre tenere conto.

«Si è creata [con internet] una diversa sfera pubblica, la cosiddetta "blog sfera" che ha una sua peculiarità ed autoreferenzialità che mi inquieta» confessa Rodotà interpretando – può dirsi – il pensiero di molti di fronte alla "democratizzazione tecnologica", al cui proposito il meno che si possa fare è raccogliere l'invito dello stesso Rodotà ad esercitare una vigilanza critica, pur nella consapevolezza delle potenzialità informative che essa possiede.

Tanto che sembra lecito domandarsi se anche alla libertà d'informazione non potrebbe attagliarsi l'appellativo che lo stesso Rodotà, traendolo, com'è noto, da Cesare Beccaria, ha adoperato per definire il diritto di proprietà. Ricordiamo, infatti, come in quel caso, la definizione stava (e resta) ad indicare un diritto controverso e (necessario o meno che fosse) certamente gravido di implicazioni critiche sia per chi ne è titolare sia per chi non è in grado di accedervi.

Ovviamente il parallelo è, per più di un aspetto un po' azzardato, e non conviene spingerlo oltre, se non per rimarcare già in partenza la "terribile" ambivalenza della libertà di informazione, quale ha costituito oggetto delle riflessioni più acute ed originali dello scienziato calabrese per gran parte della sua vita.

Rodotà Garante della privacy*

Lara Trucco

Sommario

1. Premessa. – 2. L'impegno civile e politico. – 3. L'approccio interdisciplinare. – 4. La fede nel diritto e la religione dei diritti. – 5. L'approccio razionale alla tecnologia. – 6. La laica comprensione del valore della dignità della persona. – 7. La dimensione europea ed internazionale.

Keywords

Dati personali, Privacy, Garante privacy, Internet, Rodotà

1. Premessa

Nel mio immaginario – ma, vorrei dire, nell'immaginario collettivo – Stefano Rodotà è stato ed è – anche, e forse soprattutto – il "Garante della privacy" (con la "G" maiuscola).

Egli fu infatti il primo Presidente di quella che amava affettuosamente denominare, quasi si trattasse di una sua creatura, la «giovane istituzione[1]» – e cioè, per l'appunto, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali – dal 1997 al 2005.

Il fatto, poi, che, di conseguenza, tra gli altri incarichi (v., *infra,* il §7) sia stato anche Presidente del "Gruppo Europeo sulla Protezione dei Dati"[2] dà ragione dell'affermazione per cui il «nostro Paese – e non solo – deve a [Rodotà] molto, quasi tutto, di quel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali», risultando a tutt'oggi «un punto di riferimento insostituibile»[3] nel settore.

Una tale affinità elettiva con la privacy permise dunque a Rodotà di concretizzare idee ed ideali, introducendolo ad «una delle prove più belle della sua vita e che faceva parte del suo universo che era quello dei diritti civili[4]».

---

* Testo della relazione all'incontro commemorativo di Stefano Rodotà come Docente nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova (1968-1972).

1 V. S. Rodotà, ad es. nel proprio *Discorso* come Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (Relazione 2004), del 9 febbraio 2005.

2 Designazione, questa, che gli valse il riconoscimento della «posizione di punta» che, grazie alla sua Presidenza, l'Autorità Garante dei dati italiana avrebbe saputo conquistare «nell'ambito europeo» e «della sua rilevanza assunta nel dibattito internazionale». Ciò, secondo quanto viene rivelato nel *Comunicato* dell'Autorità garante per la protezione dei dati del 17 marzo 2000: Stefano Rodotà nominato Presidente dei Garanti europei per la privacy.

3 Così A. Soro, in occasione della *Dichiarazione* sulla scomparsa di Stefano Rodotà del 23 giugno 2017.

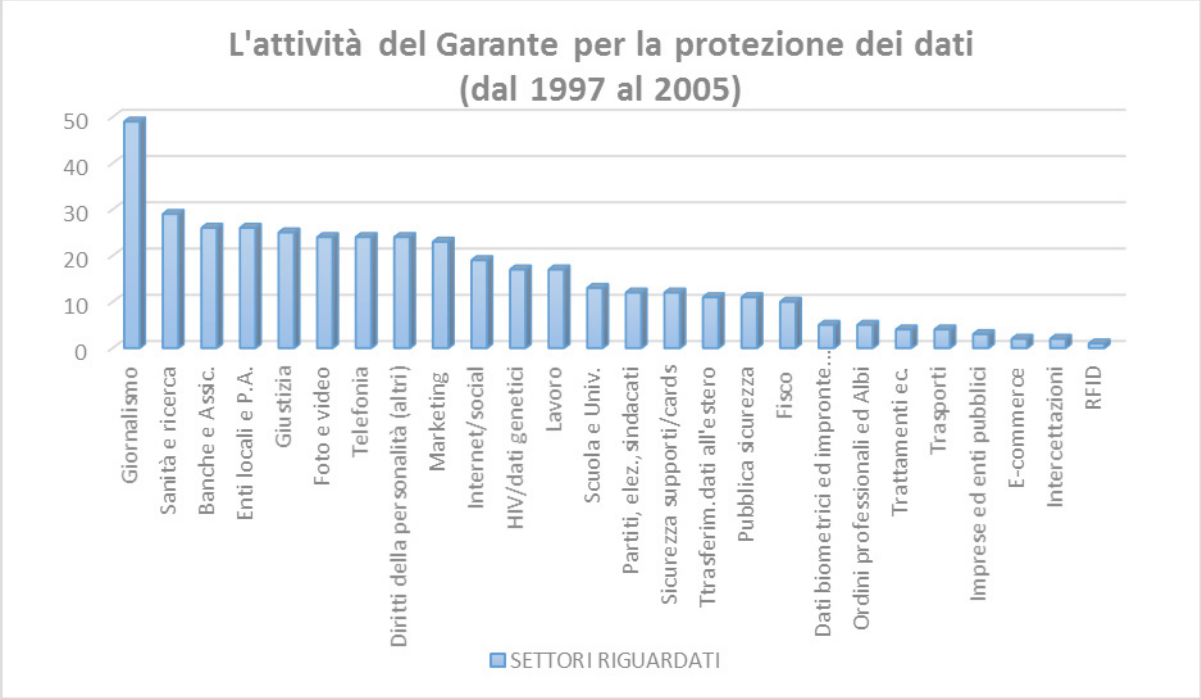
4 Così G. Napolitano, *Funzione di garante privacy una delle cose più belle della sua vita,* in *CorriereTV,* 24 giugno 2017.

2. L'impegno civile e politico

Del resto, anche durante il mandato di Garante, Rodotà proseguì l'impegno civile e politico che ne ha costantemente accompagnato l'attività di studioso, almeno a partire dalla prolusione maceratese del 1966, quando raccolse la sfida di avventurarsi nel «gran mare del mondo, dove, anche se con pericolo, si può nuotare liberamente», sposando, pertanto, da subito, «un programma anti-concettualistico», tendente a valorizzare del giurista anche il compito di indagatore della realtà sociale[5].

Dell'impegno, inoltre, di Rodotà per la condivisione del sapere è data prova dalla sua produzione scientifica costituita di un ampio repertorio saggistico, ma anche di innumerevoli libri di carattere divulgativo e di numerosi interventi giornalistici (avendo avuto, com'è noto, collaborazioni coi quotidiani Il Mondo, Il Giorno, Panorama, Rinascita, La Repubblica…). Mondo, questo, che quindi conosceva bene, a cui, non a caso, dedicò, anche come Garante, grande attenzione (v. *infra*), monitorandone gli svolgimenti ed additando, altresì, la strada maestra del rispetto dei diritti fondamentali delle persone (v., ad es., il codice deontologico dei giornalisti).

È stato affermato che Rodotà avrebbe anche saputo far uscire lo studio del diritto dal «sonno dogmatico»[6] dell'isolamento scientifico. Spiccata emerge infatti la sua propensione al rinnovamento e all'aggiornamento di concetti ed istituti in corrispondenza dei mutamenti della sfera sociale.



3. L'approccio interdisciplinare

Con riguardo a quanto da ultimo osservato, si pensi esemplarmente alla rivisitazione della legislazione per principi ed alle clausole generali, nel quadro vuoi di una "civiliz-

[5] Così S. Cassese, *Il ruolo attivo di un grande studioso. La «politica delle libertà» per cui Rodotà si è impegnato*, in *Corriere della Sera*, 25 giugno 2017, 28.

[6] Così S. Cassese, *ibid.*

zazione del diritto costituzionale"[7], vuoi, simmetricamente, di una "costituzionalizzazione del diritto civile"[8], secondo un approccio interdisciplinare che, indubbiamente, ne ha orientato e caratterizzato l'attività di studioso e Garante dei diritti.
È stato, però, nel cogliere e valorizzare la «dimensione costituzionale» dei diritti fondamentali, che Rodotà, "scienziato sociale", si è fatto uno dei più attivi «guerriglieri dei diritti civili» (secondo un'espressione che sarebbe stata da Egli stesso coniata nel 1978)[9], portando avanti, in questa peculiare veste, una vera e propria "rivoluzione pacifica" dei diritti di libertà.
Questo fatto sembra particolarmente visibile con riguardo all'ambiente tecnologico, assurto presto ad oggetto privilegiato della sua ricerca[10]. Si ricordi al proposito la rilettura dei diritti consacrati nella Costituzione, quali il diritto di proprietà (art. 42 Cost.), nel senso della libera appropriabilità di determinati beni per via elettronica secondo la logica dei "beni comuni"; i diritti nell'ambito delle nuove "formazioni sociali" (art. 2 Cost.) come le comunità virtuali create nel ciberspazio; le libertà personale (art. 13 Cost.), di comunicazione (art. 15 Cost.) e di circolazione (art. 16 Cost.) dinnanzi alle tecnologie di intercettazione, videosorveglianza, geolocalizzazione e trasporto elettronico; la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, anche nella previsione di un diritto costituzionale di accesso alla rete (art. 21 Cost.).
Del resto, sotto la Presidenza di Rodotà, l'Autorità Garante ebbe ad occuparsi di molte diverse materie, comunque riconducibili alla comune matrice della tutela dei dati personali, in senso ampio considerata (v. il grafico che segue[11]).

«Un innegabile bisogno di diritti e di diritto si manifesta ovunque, sfida ogni forma di repressione, innerva la stessa politica»[12]

4. La fede nel diritto e la religione dei diritti

In questo quadro, fu fondamentale l'apporto offerto da Rodotà, nella sua veste di "normatore" dei "diritti di libertà fondamentali", alla redazione della famosa "legge sulla privacy" (l. 675/1996)[13]. Si pensi in particolare all'antesignana proposta (dipoi concretizzatasi, appunto, nella l. 675/1996, ripresa ora dal Regolamento (UE) 2016/679) di porre dei limiti alla profilazione in via automatica delle persone attraverso l'uso dei

[7] V., ad es., S. Rodotà, *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai giorni nostri*, Roma, 1997, 13 ss.; e Id. *Dal soggetto alla persona,* Napoli, 2007, *passim*.

[8] V., ad es., S. Rodotà, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna (1981-) 2013; e, da ultimo, Id. *solidarietà. Un'utopia necessaria,* Roma-Bari, 2014, *passim*.

[9] Cfr., sul punto, S. Cassese, *op. cit.*

[10] V., ad es., S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale,* Bologna, 1973; Id., *Il controllo sociale delle attività private,* Bologna, 1977; Id., *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari (1997-) 2004.

[11] Grafico per la cui predisposizione si sono presi a riferimento i comunicati pubblicati sul sito istituzionale nel periodo di riferimento (dal 20 marzo 1997 al 25 marzo 2005).

[12] S. Rodotà, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009.

[13] Egli era già stato l'estensore delle linee guida dell'OCSE in materia di privacy (nel 1980).

dati personali (plasticamente denominata «dittatura dell'algoritmo»)[14]. Con il divieto quindi di valutazioni "del comportamento umano" da parte di atti e/o provvedimenti giudiziari o amministrativi fondate «unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato» (art. 17). Ma soprattutto la valorizzazione, in una prospettiva ampia[15], del concetto di privacy, intesa «al di là della sua storica definizione come diritto ad essere lasciato solo»[16], con la messa a fuoco di due autonomi profili, costituiti, rispettivamente, dalla riservatezza e dall'identità individuale, diversi ma entrambi riconducibili alla medesima matrice costituita dal valore della dignità della persona e delle informazioni che la riguardano. Di qui, ancora e da ultimo, il superamento di quella «miopia culturale», che vedeva nella riservatezza un privilegio riconosciuto a gruppi ristretti di persone, a favore di una sua considerazione quale "affare di tutti" e che "riguarda tutti" involgendo, in ultima analisi, il «destino delle nostre società, del loro presente e soprattutto del loro futuro»[17]. Insomma, una concezione universale ed universalizzante della privacy, quale "muscolatura", nell'attuale società dell'*Information and Communication Technologies* (ICT), degli stessi diritti fondamentali della persona[18].

«Se la "rivoluzione dell'eguaglianza" era stato il connotato della modernità, la "rivoluzione della dignità" segna un tempo nuovo»[19].

5. L'approccio razionale alla tecnologia

In un simile contesto può guardarsi alla preoccupazione di Rodotà per il cambio di paradigma che, proprio negli anni di Presidenza dell'*Authority*, stava avvenendo, a motivo del passaggio da un contesto in cui ancora poteva risultare possibile riservarsi degli spazi di riservatezza (anche attraverso una qualche forma di anonimato) individuale[20], ad una realtà, invece, caratterizzata da un controllo permanente (ovvero di sempre maggiore ed indiscriminata identificazione ed identificabilità) dei singoli[21], come parti di un "gregge"[22]. In effetti, per la preconizzata situazione di «informazione totale» si

[14] S. Rodotà, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 33 ss.

[15] Una prospettiva ampia ma comunque attenta, va precisato, a mantenere distinti i concetti, rispettivamente, di "riservatezza" e di "identità personale", da un lato, e di "tutela dei dati personali", dall'altro lato.

[16] V. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 23 ss.

[17] Così S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità*, discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati del 16 settembre 2004

[18] Può essere guardata in una tale prospettiva, ci pare, la propensione di Rodotà a mantenere la propria attenzione, al di là della privacy, sui diritti fondamentali ampiamente considerati (v., ad es., S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, (2013-) 2015, *passim*; e Id., *Diritto d'amore,* Roma-Bari, 2015, *passim*).

[19] V. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013.

[20] V. S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo,* Roma-Bari, (1992-) 1999.

[21] V., ad es., *amplius*, al riguardo S. Rodotà, *Tecnopolitica*, Laterza, 1997, *passim*.

[22] Cfr., sul punto, S. Rodotà, nel proprio "discorso" come Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (Relazione 2003), 9.

sarebbero create le condizioni con la pervasiva diffusione dei social network.
In questa «corsa senza freni ad una qualsiasi presenza pubblica» consentita ed addirittura rivendicata, ora, come uno strumento di realizzazione personale, diveniva dunque ancor più vitale riflettere sul senso di continuare come in precedenza a preoccuparsi «di una difesa della privacy» sempre lontana e rifiutata dai comportamenti sociali[23], individuando la possibile "via di uscita" in un uso "razionale" e "razionalizzato" – anche da parte di norme giuridiche – della tecnologia[24], così da dirigerne gli esiti verso una auspicabile "alleanza" con gli stessi diritti fondamentali riguardati[25]. Significativo è notare come punto di partenza di una simile *road map* sarebbe dovuto essere, nell'idea di Rodotà (s'intende, nel quadro di "*real name policy*", anche alla luce del già menzionato Regolamento (UE) 2016/679), il rafforzamento del «potere di governo» delle proprie informazioni personali[26], attraverso il rafforzamento, in particolare, di quelle che si erano denominate le «4C»: conoscenza, conservazione, corrispondenza, e correttezza[27]).

«È il momento di pensare a un sistema di diritti per il più grande spazio pubblico che l'umanità abbia mai conosciuto…»[28].

6. La laica comprensione del valore della dignità della persona

Tra i fattori che sotto la Presidenza Rodotà destarono maggiore preoccupazione vi furono quelli connessi al terrorismo internazionale, a cui seguì, com'è noto, un irrigidimento dell'idea di sicurezza, tale da rischiare di affievolire seriamente la salvaguardia dei diritti fondamentali[29].
In tale scenario, Rodotà raccomandò particolare cautela per una fideistica credenza circa l'esistenza di «angeli custodi tecnologici», ammonendo anche sulle pericolose implicazioni di strumenti in grado di attingere direttamente dal corpo umano dati biometrici (anche di tipo genetico) sensibili e supersensibili, o di estenderne le caratteristiche attraverso l'impianto di microchip sottopelle e prevedendo il mutamento antropologico

[23] V., S. Rodotà, ad es. nel proprio "discorso" come Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (Relazione 2004), del 9 febbraio 2005, cit.

[24] Cfr. al riguardo, S. Rodotà, *Il mondo nella rete,* cit., 61 ss. (si pensi, al proposito, al contributo che seppe dare alla compilazione della "*Dichiarazione dei Diritti in Internet*", del 28 luglio 2015)

[25] Si pensi, solo per fare alcuni esempi proposti dalla stessa Autorità Garante, alla predisposizione di norme sulla videosorveglianza al fine non solo di evitarne un uso lesivo delle libertà delle persone, ma anche in vista di evitare gli sprechi favorendo il risparmio. O, con riguardo al tema delle *cards* elettroniche, la questione della adeguata progettazione del supporto, nonché della armonizzazione delle diverse normative in vista di evitare una moltiplicazione della diffusione di dati personali.

[26] Si noti, anticipandosi, con ciò, quanto previsto, da ultimo, dal Regolamento (UE) 2016/679.

[27] Si consenta di rinviare, al riguardo a L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 234.

[28] V. S. Rodotà, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014.

[29] Cfr., ad es., S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, 94 ss.

in atto[30] indotto da forme di connessione continue e su ampia scala delle persone (cd. "*networked persons*") fino al passo estremo della costruzione tecnologica dell'individuo (il cd. "uomo *cyber*")[31].
Va inoltre ricordato il particolare impegno nel campo della bioetica, manifestato da Rodotà a più riprese[32]. Mentre fu proprio su tale terreno, che più rilevò quell'ulteriore profilo della sua personalità costituito da una cristallina laicità costantemente proiettata verso la comprensione del valore della dignità della persona (cfr., *supra*, il §4)[33].

«È tempo, pieno e difficile, di laicità senza aggettivi o, se vogliamo comunque definirla, semplicemente democratica»[34].

7. La dimensione europea ed internazionale

Può ritenersi peraltro che la massima consacrazione del suo ruolo, Rodotà l'abbia avuta in quanto membro della cd. "Prima Convenzione", avendo, in questa sua veste, partecipato alla stesura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata il 7 dicembre 2000). Così da essersi visto riconoscere al più alto livello, oltre che l'essenziale apporto dato alla redazione dell'articolo di apertura concernente la "dignità umana" (dell'art. 1), la paternità proprio delle norme più intimamente connesse all'integrità della persona (art. 3), al rispetto della vita familiare (art. 7) ed alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8).
Più in generale, può rilevarsi la sintonia che Rodotà seppe instaurare con le istituzioni eurounitarie, ed il suo impegno, anche qui, a "parlare chiaro" all'opinione pubblica europea, nella consapevolezza della portata ormai globale dei problemi.
Sul piano interno, mi piace conclusivamente ricordare come la sua candidatura alla Presidenza della Repubblica, pur non essendo andata in porto, non sia stata avversata frontalmente da alcuno: a riprova che l'Uomo e il suo impegno facevano ormai parte di un patrimonio pressoché generalmente condiviso.

[30] Cfr., ad es., S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 29 ss.

[31] Di qui persino l'evocazione, da parte dello studioso, di un qualche parallelismo della situazione che andava generandosi con talune dinamiche rinvenibili nei regimi totalitari (sul tema, S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia: conquiste e conflitti 1861-2011,* Roma, 2011) , dato che «proprio grazie a massicce raccolte di informazioni» si sarebbe reso possibile, storicamente, addivenire a violazioni profonde dei diritti fondamentali, tali da consentire «un controllo continuo, capillare e oppressivo della stessa vita quotidiana» (Così S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati* del 16 settembre 2004, cit., p.). Egli fece, però, parte dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (dal 1983 al 1994), e del Gruppo europeo per l'etica delle scienze e delle nuove tecnologie, presiedendo, altresì, la Commissione scientifica dell'Agenzia europea dei diritti fondamentali.

[32] Cfr. S. Rodotà, *Procreazione assistita: quale legge?,* Firenze, 2003; Id. S. Rodotà, *Che cos'è il corpo?,* Roma, 2010; e Id. *Ambito e fonti del biodiritto,* Milano, 2010.

[33] Ciò che probabilmente ostò al suo ingresso nel Comitato Nazionale per la Bioetica, finì, invece, per accreditarlo, nell'ambito della Commissione Europea, dinnanzi al "Gruppo di Consiglieri sulle Implicazioni Etiche delle Biotecnologie" (1992-1997) ed al "Gruppo Europeo per l'Etica delle Scienze e delle Nuove Tecnologie" (1997-2005): cfr., al riguardo, S. Rodotà, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009.

[34] V. S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013.

«La conferenza di Nizza del dicembre 2000, sia pure tra le varie luci ed ombre della trattativa, ha conseguito uno dei più straordinari successi del processo di costruzione europea: la proclamazione di una Carta dei diritti»[35].

[35] V. A. Manzella - P. Melograni - E. Paciotti - S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

Hate speech e misure nazionali di sospensione delle trasmissioni televisive: il caso *RTR Planeta*

Lucia Musselli

Sommario

1. Introduzione. – 2. La procedura di cui all'art. 3 Direttiva SMAV. – 3. Il caso *RTR Planeta*. – 4. Conclusioni.

Keywords

Audiovisivo, Contenuti, Direttiva SMAV, Servizi di media audiovisivi, Hate speech

1. Introduzione

La Commissione europea con decisione del 4 maggio 2018[1] si è espressa a favore della compatibilità con il diritto dell'Unione europea della misura adottata dall'Authority lituana sui servizi radiotelevisivi (LRTK) di sospensione temporanea delle trasmissioni della rete russa RTR Planeta, sulla base delle previsioni eccezionali contenute nell'art. 3 della direttiva 2010/13/UE (Direttiva sui servizi di media audiovisivi, c.d. "Direttiva SMAV").

L'analisi della decisione della Commissione, che tra l'altro non è la prima che ha interessato RTR[2], emittente russa che ritrasmette dalla Svezia, costituisce lo spunto per svolgere alcune riflessione sulla procedura di cui all'art. 3 della Direttiva SMAV, che, in deroga al principio dell'*home country control*[3], concede agli Stati la possibilità di interventi

[1] *Commission Decision on the compatibility of the measures adopted by Lithuania pursuant to Article 3 (2) of Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provision laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services*, C (2018) 2665 final.

[2] In senso quasi identico v. le decisioni della Commissione del 10 luglio 2015, C (2015) 4609 final e del 17 febbraio 2017 C (2017) 814 final. La Commissione ritenne compatibili con il diritto europeo le misure nazionali di sospensione temporanea delle trasmissioni di RTR per i contenuti violenti e che comportavano istigazione all'odio.

[3] Tale principio, sviluppatosi nel settore dei servizi finanziari nell'ambito dell'attuazione dell'*Internal Market Programme*, concede al paese d'origine il ruolo primario nell'autorizzare e supervisionare l'attività d'impresa riservando al paese destinatario un ruolo meramente complementare. Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio, cfr. E. Lomnicka, *The home Country Control Principle in the Financial Services Directive and the Case Law,* in *European Business Review,* 2000, 324 ss. Con riferimento all'ambito televisivo questo comporta che «il rispetto delle norme armonizzate viene garantito dallo Stato alla cui giurisdizione viene sottoposto il fornitore di servizi audiovisivi, *id est* lo Stato di trasmissione» (R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi,* Torino, 2009, 76).

restrittivi nei confronti delle libertà informative.
L'applicazione di tale articolo appare tuttavia contornato da limiti stringenti, sia con riferimento alle tipologie di condotte, che con riferimento alla procedura e su questo ci concentreremo in questo breve commento.
Non sfugge però che l'intera vicenda possa essere letta in un'ottica diversa, a carattere geopolitico, nell'ambito della quale si misurano i complessi e non facili rapporti tra Russia e Lituania con particolare riguardo ad un possibile utilizzo da parte russa di media "stabiliti" in paesi europei (quali quelli del nord Europa) in cui le libertà informative risultano particolarmente garantite per diffondere contenuti di propaganda politica a carattere problematico, anche considerando la forte presenza di minoranze russofone in tutti i paesi dell'ex URSS e specialmente nei paesi baltici.

2. La procedura di cui all'art. 3 della Direttiva SMAV

Come noto, l'impianto originario della direttiva televisione senza frontiere (direttiva 89/552/CEE) di cui la Direttiva SMAV costituisce l'ultimo sviluppo, ai fini di facilitare lo svolgimento di attività economiche in regime di prestazione dei servizi, si fonda, fin dall'inizio, sul principio del mutuo riconoscimento che, basandosi su un sistema di reciproca fiducia tra gli Stati, ed attribuendo allo Stato di trasmissione l'obbligo di vigilare che i servizi trasmessi rispettino il diritto nazionale e quello europeo, impedisce un doppio controllo sui contenuti da parte del paese ricevente[4]. La tecnica legislativa adottata a livello europeo, anche in ragione dei limiti competenziali, è stata quella di un'armonizzazione parziale del settore dei servizi di media audiovisivi[5] ; in tal senso si è provveduto a disciplinare direttamente solo alcuni alcuni ambiti (libera circolazione dei servizi, quote di programmazione per opere europee, tutela dei minori, diritto di rettifica, pubblicità ecc.), mentre viene rimessa alla normativa nazionale una parte sostanziale della regolamentazione relativa, ad esempio, all'organizzazione, al finanziamento delle emittenti televisive e al contenuto dei programmi[6].
Tale impianto non fondato su un'armonizzazione totale, che non sarebbe apparsa neppure tecnicamente possibile[7], bensì su un'armonizzazione minima, che consente peral-

[4] Per un'ampia ricostruzione della portata del principio in ambito televisivo, cfr. R. Mastroianni, *op cit.* 19.

[5] Sul punto v. CGUE, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini e altri* (1997), § 28.

[6] Su questo punto cfr. R. Mastroianni, *op. cit.,* 27, ove bene viene precisato l'aspetto della competenza limitata a livello europeo in materia di audiovisivo ritenendosi che «in linea di principio, l'intervento di armonizzazione delle legislazioni nazionali e quindi la sostituzione delle regole interne con quelle di origine comunitaria, può realizzarsi solo nei settori in cui la consistenza di diverse regole nazionali è tale da incidere negativamente sulla libertà di circolazione dei servizi televisivi». Tuttavia l'autore notava, osservando l'ampia categoria di interessi (tutela dei minori, della dignità umana, diritti delle persone con disabilità) contemplate nel considerando 67 della direttiva 2007/65, come, se questo fosse vero, in linea di principio le previsioni europee potrebbero dare luogo ad interventi «di fatto illimitati delle istituzioni comunitarie nella disciplina dei contenuti delle trasmissioni radiotelevisive» (§ 29).

[7] Mancando al riguardo la base giuridica che appare comunque necessariamente collegata alla libera prestazione dei servizi nel mercato interno (art. 53, § 1 del TFUE in combinato disposto con l'art. 62 del TFUE).

tro agli Stati membri talora l'adozione di norme più severe a seconda delle diverse sensibilità nazionali[8], ha dato buona prova di sé nel corso del tempo. Particolarmente felice è risultata la scelta del principio di mutuo riconoscimento che costituisce un «criterio di condotta capace di imporsi in virtù del fatto puro e semplice che i costi della sua mancata applicazione ricadono direttamente su coloro i quali (Stati, industrie, agenzie) evitano di adeguarvisi»[9]. Il recepimento delle direttive europee in materia di servizi televisivi ha portato tra l'altro ad un progressivo affinamento della tutela dei diritti delle persone, con particolare riguardo alla categoria dei minori, nonostante oggi si renda necessario un aggiornamento della normativa alla luce delle evoluzioni tecnologiche e del mutamento delle pratiche sociali che hanno comportato un utilizzo sempre maggiore dei servizi a richiesta e delle piattaforme per la condivisione di video[10].

L'art. 3 della Direttiva SMAV, dopo aver affermato il dovere degli Stati membri di assicurare la libertà di ricezione dei servizi di media audiovisivi e ponendo il divieto di ostacolare la ritrasmissione di quelli provenienti da altri paesi membri «per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla presente direttiva» prevede, al c. 2, alcune deroghe a tale principio al ricorrere di precise condizioni, relative sia alle tipologie di condotte che a previsioni di tipo procedurale.

Per consentire la deroga del principio dell'*home country control* vi deve essere una violazione «in maniera evidente, grave e seria» di alcuni obblighi previsti in funziona di tutela dei diritti delle persone dall'art. 27, par. 1 o 2, e/o dall'art. 6 (lett. *a*). In particolare, l'art. 27 prevede, al c. 1, un divieto assoluto di programmi che possano «nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori, in particolare programmi che contengono scene pornografiche o di violenza gratuita» e, al c. 2, un divieto relativo di altri programmi che possano nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori «a meno che la scelta dell'ora di trasmissione tecnico o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minori che si trovano nell'area di diffusione vedano o ascoltino normalmente tali programmi».

L'art. 6 invece, che sarà quello invocato nel caso che qui si esamina, afferma, in termini più generali, che gli Stati membri debbano assicurare «con misure adeguate» che i servizi di media audiovisivi soggetti alla loro giurisdizione «non contengano alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità».

Inoltre tali violazioni devono essere reiterate nel tempo, almeno due volte nel corso dei

[8] Come si è verificato per la definizione di SMAV, in materia di promozione delle opere europee, tutela dei minori, comunicazioni commerciali.

[9] In tal senso v. S. Cotellessa, *Mutuo riconoscimento e credibilità delle politiche: il ruolo della reputazione nell'impianto economico europeo,* in V. E. Parsi, *Cittadinanza e identità costituzionale europea,* Bologna, 2001, 227 che tuttavia, come studioso di *policy*, riflette sulle potenzialità, ma anche sui limiti «di un processo di integrazione europea che trova il proprio punto saliente […] nella disponibilità degli attori pubblici e privati a riconoscersi in corsi d'azione reciprocamente vincolati» (230).

[10] Ciò ha fatto sì che nel quadro della strategia per il mercato unico digitale nel 2015 la Commissione presentasse un aggiornamento della Direttiva SMAV che prevedesse una disciplina anche per tali piattaforme come YouTube e Dailymotion, particolarmente utilizzate dai minori. Sul punto, v. la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione della realtà del mercato approvata il 25 maggio 2016, COM (2016) 287 final.

dodici mesi precedenti (lett. *b*).
Sotto un profilo procedurale lo Stato membro interessato, nel caso del verificarsi di trasmissione lesive dei sopra visti interessi, deve notificare per iscritto all'emittente televisiva e alla Commissione le pretese violazioni e i provvedimenti che intende adottare in caso di nuove violazioni (lett. *c*).
Inoltre occorre consultare lo Stato che effettua la trasmissione e la Commissione al fine di tentare una soluzione amichevole della controversia entro un termine di quindici giorni dalla notifica della lettera e per procedere alla sanzione occorre la persistenza della violazione[11].
Il ruolo della Commissione si colloca in un momento successivo in quanto, entro due mesi dalla notifica del provvedimento adottato dallo Stato membro, essa deve adottare una decisione sulla compatibilità di tale atto col diritto dell'Unione e, in caso di decisione negativa, chiedere allo Stato membro di revocare senza indugio il provvedimento adottato.

3. Il caso *RTR Planeta*

Il 14 febbraio 2018 la LRTK adotta una decisione di sospensione sul territorio lituano delle trasmissioni dell'emittente RTR Planeta per un periodo di 12 mesi, sulla base delle previsioni contenute nella normativa interna in materia, la *Law on Provision of Information to the Public*. Al centro delle contestazioni della LRTK vi erano alcuni programmi ("Duel. Vladimir Solovyov Programme", "Evening with Vladimir Solovyov") i cui contenuti avrebbero incitato all'odio e alla violenza sulla base della nazionalità e avrebbero istigato alla guerra e al terrorismo violando l'art. 6 della Direttiva SMAV. In particolare, nel corso di tali trasmissioni sarebbero state auspicate forme di violenza fisica contro il popolo americano e inglese, si sarebbe paventata un'invasione dell'Ucraina e della Francia, minacciandosi un ritorno all'Unione sovietica.
Le Autorità lituane aprono un procedimento nei confronti di tali trasmissioni che si conclude, a seguito dei vari *step* procedimentali previsti dall'art. 3 della Direttiva SMAV, e dopo il fallimento del tentativo amichevole di risoluzione della controversia, con la decisione di sospensione delle trasmissioni di RTR Planeta per un periodo di dodici mesi.
La Commissione è quindi chiamata a valutare la compatibilità di una misura nazionale incidente sulla libertà d'informazione con il diritto europeo, e in particolare con l'art. 3 della Direttiva SMAV, avendo la facoltà, in caso che non la ritenga conforme, di disporne la revoca[12].
Risulta evidente come, in questo caso, l'attività interpretativa della Commissione operi in un ambito estremamente delicato segnato, da un lato, dalla tutela di un diritto fon-

[11] Tale termine appare eccessivamente breve e infatti nella proposta di revisione della Direttiva il termine per concludere il tentativo di soluzione amichevole viene aumentato a 30 giorni (v. nuovo art. 3, c. 2, lett. *c*).

[12] Tale attività costituisce un'esplicazione settoriale di quel potere generale di *supervision* riconosciutele come "guardiana dei Trattati" dalla normativa primaria; per tale funzione v. K. Lenaerts-P.V. Nuffel, *Constitutional Law of the European Union,* London, 2005, 427 ss.

damentale, riconosciuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 11), la libertà di espressione e dall'altro dalla necessità di tutelare altri valori, collegati alla tutela di interessi privati e pubblici, quali il benessere psico-fisico dei minori, il divieto di "incitamento all'odio", di veicolare idee discriminatorie o aventi contenuto "terroristico".

Tale operazione diventa oltremodo complessa con riferimento ai programmi di informazione politica, come quelli in oggetto, ove risulta assai difficile identificare quella sottile linea di confine che distingue l'esplicazione di manifestazione del pensiero, per quanto radicale ed estremistica, dall'*hate speech* o addirittura dalla propaganda di terrorismo[13].

Con particolare riferimento alla vicenda RTR possiamo registrare come gli orientamenti maggiormente favorevoli a un'interpretazione assai ampia delle libertà informative mal sopportino l'imposizione di limiti all'informazione e questo pare l'atteggiamento della Svezia, affiancata dalla Russia, laddove essa nella sua "linea difensiva" sostiene che nel corso di programmi di informazione politica in diretta debba essere consentito ai partecipanti di esprimere la propria opinione senza alcuna limitazione. Tale assunto viene invece respinto dalla Commissione che, sulla scia della giurisprudenza europea sul punto (sentenza *Mesopotamia Broadcast e Roy TV*), ritiene che i programmi in questione costituiscano "incitamento all'odio" ai sensi dell'art. 3 della Direttiva SMAV.

Alla Commissione spetta tuttavia l'ultima parola circa la compatibilità delle misure nazionali con il diritto europeo[14].

Dato che, nel caso di specie, le condizioni procedurali erano state rispettate, così come non viene posta in discussione la questione relativa all'applicazione del diritto europeo ai contenuti trasmessi da Planeta RTR emittente russa, ma sottoposta, in virtù del principio di stabilimento, al diritto svedese[15], la questione centrale verte sulla riconducibilità dei contenuti televisivi trasmessi nell'ambito della nozione di «incitamento all'odio».

La Commissione, dopo aver ribadito la centralità della *freedom of expression*, «*founding element of democratic states*», precisa tuttavia come questa possa incontrare dei limiti collegati a interessi pubblici (la *national security*) e alla protezione della reputazione delle persone. Sulla scorta della giurisprudenza europea viene precisato come il divieto di «incitamento all'odio», previsto nell'art. 6 della Direttiva, costituisce un motivo di divieto fondato sull'ordine pubblico diverso da quello relativo alla tutela dei minori[16]

[13] Tale aspetto, relativo alla definizione di un'attività come "terroristica" appare assai problematico. Sul punto v. CGUE, cause riunite C-244/10 e C-245/10, *Mesopotamia Broadcast, Roj TV c. Bundesrepublik Deutschland* (2011). In questo caso la decisione delle autorità tedesche di sospensione delle trasmissioni di Mesopotamia Broadcast e Roy TV risultano giustificate alla luce dei contenuti trasmessi che avrebbero assunto i caratteri di un'apologia della lotta armata condotta dal PKK (il partito dei lavoratori del Kurdistan), acuendo i contrasti tra curdi e turchi e violando il principio, contenuto nella Legge fondamentale tedesca, della «comprensione fra popoli».

[14] Nella proposta di revisione della Direttiva nella procedura viene coinvolto anche l'ERGA con funzione consultiva v. art. 3, c. 4.

[15] In verità RTR Planeta contesta la giurisdizione del diritto svedese, ma non fornendo adeguate prove l'eccezione viene respinta. Sul punto occorre ricordare come l'individuazione del paese che detiene la "giurisdizione" si fonda su un elemento assai problematico (cfr. R. Mastroianni, *op. cit.*, 76-77): l'individuazione dello Stato membro di stabilimento del fornitore del servizio.

[16] In tal senso, v. sent. *Mesopotamia Broadcast*, cit., pt. 39.

e come con la nozione di "odio" si intenda «un sentimento di animosità o di ripulsa contro un insieme di persone»[17].
Sulla base dunque di tali indicazioni, per la particolare natura dei contenuti trasmessi da RTR, che richiamano minacce di occupazione o distruzione di altri Stati compresi alcuni paesi baltici, a nulla rilevando che questi siano stati espressi in trasmissioni di informazione politica in diretta, la Commissione ritiene di ravvisare «*manifestly, seriously and gravely*» una violazione dell'art. 6 della Direttiva SMAV.
Anche la lunga durata della misura amministrativa di sospensione viene ad essere ritenuta dalla Commissione proporzionata alle condotte lesive[18], anche alla luce dei numerosi precedenti riferibili a trasmissioni dai contenuti pressoché identici.

4. Conclusioni

La decisione della Commissione sul caso *RTR Planeta* ha suscitato una certa eco mediatica, sollevando anche alcune critiche sotto i profili delle libertà informative, anche in ragione della durata della misura sospensiva adottata. Al di là delle contrapposte posizioni ideologiche sul punto cerchiamo brevemente di capire se nel contesto della modifica della Direttiva SMAV[19], che dovrebbe essere approvata in tempi brevi, i principi e gli istituti che abbiamo richiamato possano essere ancora validi o se le modifiche introdotte siano suscettibili di incidere in termini modificativi rispetto al quadro sopra illustrato.
La proposta di revisione conferma la tecnica legislativa dell'armonizzazione minima, così come viene mantenuto e rafforzato anche il principio del paese d'origine, semplificandosi per certi versi le norme che stabiliscono la competenza giurisdizionale.
Il nuovo art. 3 sulle trasmissioni transfrontaliere, che prevede il regime di eccezioni all'obbligo di ritrasmissione, viene riscritto unificandosi la disciplina, prima differenziata, tra servizi lineari e non lineari e modificandosi alcuni aspetti procedurali. Tra le condotte che possono giustificare divieti nazionali di ritrasmissioni, prima applicabili ai soli servizi di media audiovisivi a richiesta[20], ora si prevede anche «il rischio serio e grave di pregiudizio per la pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale» e il pregiudizio per la sanità pubblica[21]. Molto interessanti e innovative appaiono poi le previsioni relative all'*hate speech*. In via preliminare la nuova versione della direttiva prevede nel Considerando 8 che la definizione di «incitamento all'odio» dovrebbe essere allineata alla definizione contenuta nella decisione quadro

[17] *Ibid.,* pt. 41.

[18] Sul principio di proporzionalità come «canone di legittimazione della normazione e dell'amministrazione» che comporta l'obbligo nel perseguire l'interesse pubblico ritenuto prevalente di «contenere nella misura minima possibile l'incidenza negativa sulle libertà e sui diritti dei destinatari dell'azione» v. G. della Cananea-C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea,* Torino, 2013, 107.

[19] Proposta di direttiva cit., 25 maggio 2016, COM (2016) 287 final. Nel momento in cui si scrive (luglio 2018) il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno confermato il *preliminary political agreement* raggiunto il 26 aprile 2018 sul testo di revisione della Direttiva.

[20] Su cui nel nostro commento non ci eravamo soffermati, riguardando il nostro caso servizi lineari.

[21] Art. 3, c. 2, lett. *b*) e *c*).

2008/913/GAI del Consiglio che la definisce come «istigazione pubblica alla violenza e all'odio» richiedendosi anche un'armonizzazione dei motivi su cui si basa l'istigazione alla violenza o all'odio. Inoltre nei Considerando 26 e 28 si sottolinea come particolare attenzione debba essere prestata ai contenuti nocivi e ai discorsi di incitamento all'odio trasmessi sulle piattaforme di condivisione, con particolare riguardo alla tutela dei minori, prevedendosi poi specifici divieti[22].

Nel nuovo art. 6 con riferimento ai servizi di media audiovisivi i contenuti dell'*hate speech* vengono identificati «nell'istigazione alla violenza e all'odio nei confronti di gruppi di persone o un membro di tale gruppo definito in riferimento al sesso, all'origine razziale o etnica, alla confessione alla disabilità, all'età o all'orientamento sessuale». Viene poi ribadito che, nell'adozione di misure adeguate per la tutela dei diritti delle persone occorre svolgere un delicato bilanciamento tra diritti fondamentali anche alla luce del principio di proporzionalità (Considerando 31).

Se quindi nella proposta di revisione della Direttiva SMAV la nozione di «odio» appare meglio circoscritta, risulta però evidente come la concreta valutazione dell'incidenza pregiudizievole di contenuti "problematici" rimanga in larga misura rimessa alle autorità amministrative dei paesi dell'Unione e come in taluni casi risulti fortemente influenzata delle vicende storiche e politiche nazionali. La sfida che si porrà nel futuro, sarà vedere, trattandosi di un bilanciamento particolarmente delicato tra diritti, sino a che punto sia possibile o desiderabile approdare a definizioni maggiormente armonizzate o mantenere invece un certo grado di flessibilità nel consentire differenziati apprezzamenti nazionali.

[22] Cfr. art. 28-*bis*, c. 1, lett. *b*) che prevede per i fornitori delle piattaforme di condivisione di video la «tutela di tutti i cittadini da contenuti che istighino alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito in riferimento al sesso, alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza, all'origine nazionale o etnica».

L'Agcom e la legge sul settore cinematografico e audiovisivo. Le opere audiovisive destinate al web

Marina Caporale

Keywords
Agcom, Cinema, Opere audiovisive, Internet, Audiovisivo

L'Agcom ha sottoposto a consultazione pubblica uno schema di regolamento in materia di classificazione delle opere audiovisive destinate al web e dei videogiochi[1] pubblicandolo, lo scorso 8 maggio, sul proprio sito web. La consultazione e la bozza di documento sono un'occasione per riflettere su temi e attività solo apparentemente minori nel sistema dei media. Inoltre la tecnica normativa adottata merita qualche riflessione. La bozza dovrebbe infatti rappresentare un tassello della riforma del cinema e dell'audiovisivo prevista dalla l. 14 novembre 2016, n. 220, Disciplina del cinema e dell'audiovisivo, che in materia di tutela dei minori è attuata dal d.lgs. 7 dicembre 2017, n. 203 ("Riforma delle disposizioni legislative in materia di tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo, a norma dell'articolo 33 della legge 14 novembre 2016, n. 220").

In via preliminare, occorre riflettere sul titolo in base al quale l'Agcom sarebbe legittimata ad adottare un regolamento su tali ambiti.

La l. 14 novembre 2016, n. 220, recante disciplina del cinema e dell'audiovisivo, e in particolare l'art. 33, delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma delle disposizioni legislative di disciplina degli strumenti e delle procedure previsti in materia di tutela dei minori nella visione di opere cinematografiche e audiovisive[2]. Più in particolare, l'art. 33, l. 220/2016 individua i principi cui il Governo nell'esercizio della delega dovrà attenersi: a) il principio della responsabilizzazione degli operatori cinematografici in materia di classificazione del film prodotto, destinato alle sale cinematografiche e agli altri mezzi di fruizione ; b) il principio della uniformità di classificazione con gli altri prodotti audiovisivi, inclusi i videogiochi. Entrambi i principi dovranno garantire la tutela dei minori e la protezione dell'infanzia e la libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica.[3] Vale la pena sottolineare che la classificazione

[1] I documenti relativi alla consultazione pubblica sono reperibili sul sito dell'AGCOM.

[2] In realtà il testo dell'art. 33 è già in apparente contraddizione con l'art. 1 della stessa legge, che avrebbe limitato gli interventi da realizzare tramite delega al Governo per la tutela dei minori al solo ambito cinematografico («anche attraverso apposite deleghe legislative al Governo, della normativa in materia di tutela dei minori nel settore cinematografico»).

[3] Almeno così sembra evincersi dal tenore letterale dell'art. 33, c. 2, l. 220/2016: «2. Il decreto o i decreti

dei prodotti, da quelli cinematografici in poi, assolve alla necessaria e meritoria tutela dei minori ma si porta dietro conseguenze rilevanti anche ai fini dei mercati in cui tali prodotti vanno a collocarsi, e quindi, in senso lato, di appetibilità commerciale dei prodotti ai fini di una fruizione da parte di un pubblico più o meno ampio.

Con riferimento all'esercizio della delega in materia di classificazione delle opere cinematografiche il Governo ha adottato il d.lgs. 203/2017 che interviene quindi, principalmente, a ridisegnare la mai amata revisione preventiva dei film[4] con una soluzione che, in ossequio al principio della responsabilizzazione già richiamato, vede effettuare la proposta di classificazione direttamente dagli operatori, salvo successiva verifica della neo-istituita Commissione per la classificazione delle opere cinematografiche[5].

Il d.lgs. 203/2017, all'art. 10, a sua volta delega Agcom ad adottare un regolamento per le «opere audiovisive destinate al web» e per i videogiochi, suscitando qualche perplessità che si cercherà di argomentare [6].

Il d.lgs. 203/2017 effettua una subdelega a soggetto diverso dal Governo, l'Agcom, appunto, che la attuerebbe attraverso, evidentemente, fonti normative non di rango primario. La subdelega non è ignota al nostro sistema costituzionale ma è da limitare ad alcuni casi. In particolare, secondo la giurisprudenza della Corte, l'esercizio del potere di delega a soggetti diversi dal Governo, che attuerebbero tale subdelega attraverso atti che non sono fonti di rango primario, è da ancorare alla natura soggettiva agli organi destinatari della subdelega. Dovrebbe infatti trattarsi di organi espressione del potere politico del Governo, in sostanza i Ministeri, e questo essenzialmente perché non si realizzi, attraverso la subdelega, la mancanza di una assunzione diretta di responsabilità politica da parte del Governo, facendo così venire meno uno degli elementi essenziali

legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) introdurre il principio della responsabilizzazione degli operatori cinematografici in materia di classificazione del film prodotto, destinato alle sale cinematografiche e agli altri mezzi di fruizione, e della uniformità di classificazione con gli altri prodotti audiovisivi, inclusi i videogiochi, che garantisca la tutela dei minori e la protezione dell'infanzia e la libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica […]. e) prevedere le abrogazioni e modificazioni della normativa vigente in contrasto con la nuova normativa per la classificazione dei film per le sale cinematografiche, degli altri prodotti audiovisivi che vengono trasmessi alla televisione pubblica e privata e sulla rete internet e dei videogiochi posti in vendita».

[4] L. 21 aprile 1962, n. 161, "Revisione dei film e dei lavori teatrali" e d.P.R. 11 novembre 1963, n. 2029, "Regolamento di esecuzione della legge 21 aprile 1962, n. 161, sulla revisione dei film e dei lavori teatrali".

[5] Per una analisi di questi aspetti si rinvia a M. Ramajoli, *Cinema e libertà: dalla censura preventiva al* movie rating system, in Aedon, 1, 2018.

[6] Art. 10, d.lgs. 203/2017, "Classificazione delle opere audiovisive destinate al web e dei videogiochi": «1. Con regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, adottato entro centoventi giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto, sentito il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, è disciplinata la classificazione delle opere audiovisive destinate al web e dei videogiochi. 2. La classificazione di cui al presente articolo è finalizzata ad assicurare il giusto e equilibrato bilanciamento tra la tutela dei minori e la libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica. In particolare, il regolamento di cui al presente articolo è adottato nel rispetto: a) dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, del presente decreto; b) delle disposizioni, in quanto compatibili, degli articoli 34 e 35 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, anche con specifico riguardo alla definizione di accorgimenti tecnici idonei ad escludere che i minori vedano normalmente opere vietate, e delle relative sanzioni ivi previste; c) degli standard e delle migliori pratiche internazionali del settore, con particolare riferimento ai sistemi di classificazione maggiormente diffusi, tra i quali il PEGI, Pan European Game Information - Informazioni paneuropee sui giochi».

su cui si fonda l'art. 76 Cost.[7].

In base a quanto ricostruito, quindi risulta quanto meno anomala e, in realtà, potenzialmente anche illegittima la subdelega ad Agcom che, come ampiamente riconosciuto e commentato, si colloca al di fuori dal circuito democratico-rappresentativo ed è indipendente dal Governo. Peraltro gli ambiti su cui è esercitata la subdelega e i modelli proposti dalla bozza di regolamento dell'Agcom insistono su argomenti di una certa sensibilità, in senso lato politica (si pensi solo all'individuazione dei criteri per la classificazione, non operata dalla legge e nemmeno dal decreto legislativo ma dall'Agcom).

Si segnala inoltre che, la delega contenuta nella l. 220/2016 è anche esplicitamente volta a «prevedere le abrogazioni e modificazioni della normativa vigente». Le abrogazioni ma anche le modificazioni della normativa vigente non possono quindi che intervenire con norma di rango primario, quale appunto un decreto legislativo, e non con un regolamento Agcom (art. 33, c. 2, lett. *e*) che interviene su aspetti tecnici, ma comunque rilevanti per i settori considerati.

Al di là della legittimazione di Agcom di essere titolare di una subdelega così concepita suscita qualche perplessità anche l'oggetto su cui interviene con la bozza di Regolamento e cioè la classificazione, ai fini della tutela dei minori, riferita alle "opere audiovisive destinate al web" e ai videogiochi. Approfondiamo in questa sede prevalentemente le prime.

Il nuovo apparato definitorio della l. 220/2016 individua il *genus* delle opere audiovisive ma non include o menziona la categoria delle opere audiovisive "destinate al web", coniata solo successivamente dal d.lgs. 203/2017, art. 10, e declinata poi come "opera web", secondo la definizione contenuta nella bozza di regolamento posto in consultazione da Agcom (art. 1, c. 1, lett. *e*) della bozza di Regolamento Agcom), come distinta dalle altre.

Il d.lgs. 203/2017 opera una forzatura definitoria, introducendo le «opere audiovisive destinate al web» (art. 10) sia rispetto al quadro normativo italiano (e in particolare quello appena disegnato dalla l. 220/2016), sia rispetto al quadro normativo vigente in UE (ma anche a quello futuro, che si sta delineando attraverso la riforma della Direttiva

[7] Si veda da ultimo C. Cost., sent. 104/2017 che afferma che «Entro questa cornice unitaria – emergente dalla delega interpretata in chiave anche sistematica e teleologica – deve essere inquadrata la discrezionalità del legislatore delegato, il quale è chiamato a sviluppare, e non solo ad eseguire, le previsioni della legge di delega», e che «Questa Corte ha già avuto modo di precisare, in alcune occasioni, che non integra di per sé una sub-delega dell'esercizio del potere legislativo, illegittima ai sensi dell'art. 76 Cost., la circostanza che le norme del decreto delegato, senza attribuire la potestà di emanare disposizioni con forza di legge all'esecutivo (sentenza n. 139 del 1976), conferiscano agli organi di tale potere il compito di emanare normative di tipo regolamentare (sentenza n. 79 del 1966), disposizioni di carattere tecnico (sentenza n. 106 del 1967) o atti amministrativi di esecuzione (ordinanza n. 176 del 1998; per ulteriori esemplificazioni, sentenze n. 66 del 1965 e n. 103 del 1957)». A parere di chi scrive da ciò non deriva che si possa subdelegare in ogni caso, in violazione del mandato derivante dalla legge delega in quanto, nel caso considerato dalla Corte e, si ritiene, anche nel caso della delega esercitata con d.lgs. 203/2017 e quindi dalla bozza di regolamento Agcom: « A tale compito il decreto legislativo si è sottratto, devolvendo tutte le scelte sostanziali agli atti ministeriali, che vengono emanati con il concorso di organi amministrativi, ma non di quelli parlamentari, senza assunzione diretta di responsabilità politica da parte del Governo (art. 95, secondo comma, Cost.) e al di fuori del termine previsto per l'esercizio della delega».

sui servizi di media audiovisivi)[8].

Sul piano formale, di corretta adozione degli atti relativi alla delega, non sembra una scelta condivisibile quella con cui il d.lgs. 203/2017 prima e l'Agcom poi (in quella che è ancora una bozza di regolamento) hanno individuato nuove categorie non esplicitate (opere audiovisive destinate al web)[9] e comunque non adeguatamente definite (videogiochi) dalla legge stessa, fonte su cui si fonderebbe rispettivamente la delega e la subdelega, peraltro introducendo categorie non presenti nel quadro normativo Ue. Rilievo superabile, si dirà, in quanto un decreto legislativo ha (limitati) margini interpretativi rispetto all'oggetto delega conferita. Preoccupa un po' di più il mancato coordinamento con gli apparati definitori adottati dalla stessa legge 220/2016 nonché dal TUSMAR. La delega inoltre introduce il principio della responsabilizzazione degli operatori cinematografici in materia di classificazione in relazione al «film prodotto, destinato alle sale cinematografiche e agli altri mezzi di fruizione», e della uniformità di classificazione con «gli altri prodotti audiovisivi, inclusi i videogiochi» (art. 33, c. 2, l. 220/2016). In questa prospettiva l'opera audiovisiva destinata al web sarebbe quindi un film prodotto destinato agli altri mezzi di fruizione e/o un altro prodotto audiovisivo su cui l'Agcom è chiamata, in subdelega, ad adottare un regolamento.

Al di là di questo percorso un po' accidentato, appare evidente la fragilità di questa definizione visto che tutte le opere sono ormai, alla luce dei ben noti effetti della convergenza tecnologica, potenzialmente, destinate al web.

Non aiuta nemmeno la definizione di opera audiovisiva destinata al web che troviamo, ripetiamo, per la prima volta solo dalla bozza di regolamento dell'Agcom che la declina, più brevemente, come «opera web» e cioè: «l'opera audiovisiva, destinata alla diffusione su reti o servizi di comunicazione elettronica, diversa dall'opera cinematografica e dall'opera televisiva come definite all'art. 2, comma 2 delle "Disposizioni applicative in materia di contributi selettivi di cui all'art. 26 della legge 14 novembre 2016, n. 220"» (art. 1, lett. *e*) della bozza)[10].

Si intende lo scopo di disciplinare i contenuti veicolati attraverso nuove modalità di

[8] Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato Bruxelles, 25 maggio 2016, COM (2016) 287 final. Anche lo scenario di riforma a livello Ue della direttiva sui servizi di media audiovisivi introduce nuove categorie di fornitori di servizi, quali il «servizio di piattaforma per la condivisione di video», ma il quadro che emerge dalle riforme e proposte recenti non sembra in linea con questi nuovi profili Ue ancora in corso di definizione. Si sottolinea che la bozza di riforma della Direttiva dei servizi media Ue esprime un deciso e trasversale *favor* per la coregolamentazione.

[9] Un precedente, non del tutto fausto, è costituito dal controverso Regolamento Agcom in materia di diritto d'autore che li include nella definizione di "opera digitale": Agcom, Del. 680/13/CONS, art. 1, c. 1, lett *p*): «"opera digitale": un'opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica».

[10] L'opera web sembra richiamare piuttosto la definizione di "opera digitale" adottata dall'Agcom nel Regolamento sul diritto d'autore, su cui la giurisprudenza di merito e costituzionale nel frattempo intercorsa non ha fugato compiutamente alcune riserve. Agcom, Del. 680/13/CONS, art. 1, c. 1, lett *p*): «"opera digitale": un'opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica»

fruizione (da Netflix in poi) in modo omogeneo agli altri già noti e disciplinati, sia pure con qualche incertezza, ma la definizione di opera audiovisiva destinata al web e le modalità attraverso cui è stata introdotta nell'ordinamento suscitano più di una perplessità.

Brevi note sul divieto di comunicazione istituzionale nei periodi di campagna elettorale

Gianluca Gardini

Keywords

Par condicio, Comunicazione politica, Legislazione elettorale, Divieto di comunicazione istituzionale, Campagna elettorale

Le considerazioni che seguono nascono dal problema di tracciare una linea di separazione sostenibile tra le attività di comunicazione pubblica consentite e quelle censurate nelle fasi di campagne elettorali. Le modificazioni di contesto che si sono avute in questi anni - a partire dall'ingresso massiccio dei new media nelle campagne elettorali, passando per le nuove strategie di comunicazione istituzionale e politica, fino ai cambiamenti radicali intervenuti nella scena politica italiana – giustificano e anzi sollecitano una revisione delle regole riguardanti la comunicazione pubblica approvate nell'ormai lontano 1993, sostanzialmente confermate dalla l. 28/2000 e, per inerzia, mantenute in vigore sino ad oggi.

Il quadro normativo vigente è noto a tutti. Attualmente, l'art. 9 della l. 28/2000 stabilisce che «Dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni». Il divieto copre ogni forma di comunicazione, con qualsiasi tecnica e a qualsiasi scopo effettuata a partire dalla convocazione dei comizi elettorali (che normalmente avviene tra 70 e 45 giorni prima della consultazione): le amministrazioni devono astenersi non solo dalle manifestazioni volte ad appoggiare le liste o i candidati impegnati nel confronto elettorale (propaganda elettorale in forma *diretta*), ma anche da tutti le attività di comunicazione che, avendo come finalità principale la promozione dell'immagine politica o dell'attività istituzionale dell'ente stesso, stimolino una rappresentazione positiva o negativa di una determinata opzione elettorale (propaganda elettorale in forma *mediata*).

La *ratio* della norma è anzitutto evitare che l'attività di comunicazione istituzionale realizzata dall'amministrazione durante questo periodo "sensibile" possa sovrapporsi ed interagire con l'attività propagandistica svolta dalle liste e dai candidati, dando vita ad una forma parallela di campagna elettorale, sottratta a qualsiasi tipo di regolamentazione.

In secondo luogo, la norma vuole impedire il consolidarsi di un vantaggio elettorale

a favore dei politici uscenti (*incumbents*) nei confronti degli sfidanti (*challengers*), date le innumerevoli facilitazioni, in termini di comunicazione e di visibilità, di cui i primi dispongono in via esclusiva e gratuita.
Da ultimo, ma non in ordine di importanza, la norma mira ad evitare un uso distorto di risorse e denaro pubblico a fini di propaganda (diretta o indiretta) favorevole ad alcune forze politiche e a danno di altre.
Se le finalità della disciplina sono condivisibili, non è tuttavia pensabile che nei due mesi (circa) precedenti *ogni* consultazione elettorale l'attività di comunicazione istituzionale di *tutte* le amministrazioni possa arrestarsi completamente. Evidentemente, l'azzeramento della comunicazione istituzionale da parte di tutte le amministrazioni pubbliche, per un periodo variabile tra i 70 e i 45 giorni precedenti qualunque tipo di consultazione elettorale, non può rappresentare l'obbiettivo avuto di mira il legislatore delle l. 81/1993, 515/1993 e 28/2000. Ciò non sarebbe comprensibile alla luce delle numerose disposizioni dell'ordinamento che, all'opposto, stimolano e incoraggiano un tipo di comunicazione cd. di "utilità sociale", effettuata nell'interesse dei cittadini e per garantire la trasparenza delle pubbliche amministrazioni.
La comunicazione istituzionale consistente nella divulgazione di informazioni aggiornate e facilmente accessibili a tutti, riguardanti l'attività pubblica, la normazione, i servizi, le strutture e il loro uso da parte degli interessati, costituisce una forma di "servizio pubblico" a favore dei cittadini, di cui è la stessa legislazione a farsi carico: si pensi, ad esempio, all'art. 12 del d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che impone alle pubbliche amministrazioni di istituire gli Uffici per le relazioni con il pubblico, con finalità di informazione generale a favore dei cittadini; ovvero alla l. 150/2000, che, per la prima volta, attribuisce alle attività di informazione e comunicazione istituzionale il carattere di *funzione pubblica*, rivolta al perseguimento di un fine pubblico; o, ancora, all'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni di pubblicare sul sito "Amministrazione trasparente" documenti, dati e informazioni di pubblica utilità, nel rispetto di precisi standard qualitativi, per soddisfare il diritto all'informazione amministrativa spettante a tutti i cittadini. La comunicazione istituzionale ha acquisto dignità di "servizio pubblico" e "funzione pubblica": ne consegue che l'esercizio dell'attività comunicazione istituzionale deve essere ispirato ai principi di continuità, non interruzione, effettività, responsabilità, che tradizionalmente guidano l'esercizio dei servizi e delle funzioni pubbliche. Del resto, il fatto che la legge stessa disponga una deroga per «le attività di comunicazione istituzionale indispensabili per l'efficace assolvimento delle funzioni» proprie delle amministrazioni pubbliche, testimonia una precisa volontà del legislatore di non ostacolare il regolare e doveroso servizio di comunicazione di utilità sociale.
Si tratta dunque di individuare un punto di equilibrio nuovo e sostenibile tra due esigenze antagoniste: da un lato, evitare che gli "uscenti" (*incumbents*) godano di una rendita di posizione ingiustificata rispetto agli sfidanti (*challengers*), in ragione della maggiore visibilità mediatica e delle maggiori chances di accesso all'informazione, e contestualmente evitare un uso distorto di risorse e denaro pubblico a fini di propaganda politica/elettorale; d'altro lato, evitare che la comunicazione pubblica, ormai pacificamente riconosciuta dall'ordinamento come servizio di interesse generale e funzione pubblica, subisca continue interruzioni durante le fasi di campagna elettorale, sempre più fre-

quenti e rapsodiche, a tutto svantaggio dei cittadini e dell'interesse collettivo all'informazione amministrativa. Per raggiungere questo obiettivo, la strada non può che essere quella di emendare il testo dell'art. 9 della l. 28/2000, posto che l'attuale formulazione della norma lascia ben pochi margini di flessibilità all'interprete.

In questo senso le proposte emendative possono essere di vario genere, modulabili a seconda del diverso punto di equilibrio che si vuole raggiungere tra gli interessi in gioco. Ecco alcune indicazioni di partenza, per iniziare la discussione:

a) In primo luogo andrebbe rivisto l'ambito di applicazione *oggettivo* del divieto. Oggi il divieto di comunicazione istituzionale è sostanzialmente identico e generalizzato per tutte le consultazioni popolari, parlamentari o europee, nazionali o locali, elettorali o referendarie: ciò rende impossibile qualsiasi differenziazione giuridica tra il condizionamento elettorale esercitato dalle singole amministrazioni pubbliche a seconda del tipo di consultazione in corso. Si tratta di un divieto *erga omnes*, diciamo, che scatta a partire dalla convocazione di qualunque comizio elettorale, a prescindere dal tipo di consultazione popolare indetta. Così facendo la legge intende assicurare l'imparzialità del confronto elettorale, nonché garantire parità di *chances* a tutti i concorrenti a prescindere dalla loro qualità di candidati uscenti o sfidanti. Il risultato è un divieto totalizzante, del tutto sproporzionato rispetto al fine perseguito, che impedisce la comunicazione istituzionale *tout court*, anche quella degli enti che non sono minimamente toccati dalle consultazioni in corso (ad es. i comuni non interessati da elezioni amministrative o regionali, le regioni non interessate da elezioni regionali o amministrative, le amministrazioni dello Stato non interessate da elezioni amministrative o regionali, gli enti territoriali non direttamente interessati da referendum abrogativi, da elezioni europee, e via dicendo). Una prima, utile modifica alla disciplina vigente dovrebbe quindi mirare a restringere il divieto di comunicazione istituzionale alle sole amministrazioni direttamente interessate dalle consultazioni elettorali in atto: in sostanza, introdurre un divieto applicabile alle sole amministrazioni i cui vertici istituzionali rivestono la qualità di (potenziali) candidati uscenti o sfidanti nella consultazione elettorale in corso.

b) In secondo luogo andrebbe rivisto l'ambito di applicazione soggettivo del divieto. Vi sono amministrazioni che non hanno vertici politici, né hanno vertici istituzionali che siano eletti direttamente eletti dal popolo. Si pensi alle università, alle aziende sanitarie, ai collegi professionali, alle camere di commercio, alle amministrazioni indipendenti, etc. Ritornando per un attimo alla *ratio* del divieto di comunicazione istituzionale, sopra ricordata, non si vede la ragione di estendere a questo tipo di amministrazioni un divieto che è sostanzialmente pensato per evitare rendite di posizione ingiuste, sovrapposizioni pericolose tra la comunicazione pubblica e la propaganda politica ufficiale, l'uso distorto delle risorse pubbliche a fini propagandistici. Anche in questo caso, il mezzo utilizzato (divieto generale di comunicazione pubblica) appare decisamente sproporzionato rispetto ai fini che il legislatore vuole raggiungere. Queste amministrazioni non politiche andrebbero dunque escluse dal divieto di comunicazione istituzionale *ex* art. 9.

c) In terzo luogo andrebbe ridotto il periodo di vigenza del divieto. Considerato il ruolo di servizio pubblico che le amministrazioni svolgono per la collettività attraverso la comunicazione istituzionale, sarebbe opportuno contenere il più possibile il periodo di

divieto concernente questo tipo di attività al fine di non privare i cittadini di importanti informazioni di servizio. Si potrebbe pertanto pensare di far decorrere il divieto di comunicazione istituzionale non dalla convocazione dei comizi elettorali, come prevede oggi la l. 28/2000 per tutte le attività di comunicazione politica (e dunque per un periodo variabile tra i 70 e 45 giorni), bensì a partire dalla presentazione delle liste e delle candidature, come stabilito per l'attività di propaganda "tipiche" mediante affissioni e manifesti. In proposito, la l. 212/1956, modificata dalla l. 130/1975, prevede che «In ogni comune la giunta municipale, tra il 33° e il 30° giorno precedente quello fissato per le elezioni è tenuta a stabilire in ogni centro abitato, con popolazione residente superiore a 150 abitanti, speciali spazi da destinare, a mezzo di distinti tabelloni o riquadri, esclusivamente all'affissione degli stampati, dei giornali murali od altri e dei manifesti». Per la comunicazione istituzionale, attività di sicuro valore pubblico da bilanciare con le esigenze di par condicio sopra ricordate, potrebbe essere utilmente adottata una soluzione analoga, fissando il *dies a quo* per la decorrenza del divieto di comunicazione istituzionale in concomitanza con la presentazione delle candidature.

d) In quarto luogo sarebbe opportuno riformulare la deroga generale di cui all'art. 9, seconda parte, al fine di rendere più chiara la distinzione tra comunicazione pubblica consentita e propaganda elettorale vietata. Il terreno qui è molto scivoloso, e qualunque modifica orientata in questa direzione deve essere valutata attentamente, per non alterare eccessivamente l'equilibrio degli interessi che entrano in bilanciamento.

D'altra parte, la deroga formulata nella seconda parte dell'art. 9 solleva numerosi problemi interpretativi, e rende indispensabile una precisazione da parte del legislatore: in particolare, non è chiara la portata dell'eccezione riguardante le comunicazioni «effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni», e dunque sottratte al divieto di comunicazione. A questo riguardo può essere utile trarre alcuni spunti dalla normativa "grigia" e della dottrina. Una vecchia circolare interpretativa divulgata dalla Direzione centrale del Ministero dell'interno in occasione delle elezioni politiche del 27-28 marzo 1993 [1] considerava come manifestazioni di propaganda istituzionale (vietata) "solo le attività amministrative collegabili, direttamente o indirettamente, a qualsivoglia propaganda elettorale di candidati o di liste, con esclusione quindi dal divieto medesimo di ogni altra attività amministrativa la cui *efficacia* richieda effettiva pubblicizzazione". In altre parole il divieto di propaganda istituzionale veniva circoscritto alle sole forme di comunicazione sospette di strumentalizzazione propagandistica a favore dei candidati e delle liste in lizza nel confronto elettorale (principio dell'*identificabilità*), con esclusione delle attività di informazione che devono necessariamente accompagnare le funzioni, le iniziative, i servizi realizzati dalle pubbliche amministrazioni al fine di garantirne l'operatività (principio dell'*effettività*). Un'ulteriore circolare del Ministero dell'Interno, emanata in vista delle elezioni amministrative del giugno 1999 [2], precisava ulteriormente la portata del divieto di propaganda istituzionale, facendovi rientrare "solo le attività di propaganda ricollegabili direttamente o indirettamente a qualsivoglia attività amministrativa". In questo modo si chiariva

[1] Circ. telegrafica Ministero dell'interno del 1 febbraio 1994, n. 12, emessa nella vigenza della deroga (analoga all'attuale) sancita all'art. 5, l. 515/93.

[2] Circ. Ministero dell'interno del 14 aprile 1999, n. 64

l'impossibilità di applicare il divieto di comunicazione pubblica alle attività propagandistiche svolte in proprio, in via diretta dai diversi componenti degli organi istituzionali - i quali possono naturalmente agire come qualunque altro soggetto partecipante alla competizione elettorale e non in veste ufficiale di rappresentanti dell'ente -, restando affidata la disciplina di questi comportamenti alle disposizioni della l. 28/2000 che regolano la competizione elettorale tra i diversi soggetti partecipanti all'agòne politico.
Sempre al fine di chiare meglio la portata della deroga al divieto di comunicazione istituzionale è utile richiamare la distinzione proposta dalla dottrina pubblicistica, che discrimina la *comunicazione di servizio* rispetto alla *comunicazione di immagine*: la prima si caratterizza per il *favor* e l'utilità rispetto all'interesse degli amministrati, mentre la seconda mira a procurare un vantaggio all'istituzione che la utilizza, non ai cittadini cui è diretta [3]. Seguendo questa indicazione, nella nozione di "comunicazione di servizio" ricadrebbero tutte le attività informative svolte nel periodo pre-elettorale relative al funzionamento degli uffici, alla normativa vigente, ai servizi erogati nel territorio, che restano quindi ammesse; mentre nel concetto di "comunicazione immagine" ricadono tutte le attività d'informazione vietate, volte a fornire una rappresentazione positiva dell'amministrazione o dei suoi organi, allo scopo di legittimarne l'attività o di promuoverne la riconferma.
Per concludere su questo quarto punto, la legge dovrebbe chiaramente stabilire che la "comunicazione di servizio", funzionale all'interesse della collettività, deve *sempre* essere consentita alle pubbliche amministrazioni (interessate dalle consultazioni elettorali), quindi *anche* nei periodi di campagna elettorale. Come si è detto, il principio di effettività esige che le funzioni, le iniziative, i servizi realizzati dalle pubbliche amministrazioni siano sempre accompagnati da un'adeguata attività di informazione al pubblico, volta a garantirne la corretta fruizione e l'operatività.
Chiarito questo aspetto, la legge dovrebbe poi coerentemente precisare che l'attività di comunicazione di servizio, in linea di principio, deve essere svolta in forma *impersonale* (ossia senza mettere al centro la personalità politica o il partito) per evitare che essa trascenda in "comunicazione immagine". Per fare un esempio concreto, l'inaugurazione di un nuovo reparto di oncologia dovrebbe sempre essere riservata al direttore generale dell'Asl o dell'azienda ospedaliera, evitando di fornire sconvenienti passerelle agli assessori o ai politici. A questa regola dovrebbero naturalmente fare eccezione le particolari iniziative o attività istituzionali che, per loro natura, non possono che essere associate ad una precisa una personalità istituzionale o ad un partito politico. Si pensi, ad esempio, ad un nuovo progetto di legge depositato da un consigliere regionale o da un gruppo consiliare, all'interrogazione presentata da una forza politica, alle misure di finanziamento alle attività imprenditoriali stanziate da un ministro o da una giunta regionale. Per i comunicati stampa riguardanti le attività d'aula o le iniziative strettamente collegate al mandato di un soggetto politico occorrerebbe dunque superare il criterio dell'impersonalità, giacché in questi casi un comunicato effettuato dall'ufficio stampa dell'ente pubblico senza indicazione del soggetto politico di riferimento perde sostanzialmente di efficacia e costringe la stampa generalista a verifiche ulteriori su una informazione che ha già i crismi dell'ufficialità, essendo basata sul resoconto di atti

[3] G. Arena*, Profili giuridici della comunicazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Economia pubblica*, 1992, 623

ispettivi, o resoconti di commissione o di aula.
In definitiva, la nuova disciplina dovrebbe sempre consentire la comunicazione di servizio in forma impersonale, con tassative eccezioni per i casi in cui le esigenze di completezza e utilità dell'informazione rendono "indispensabile" associare un evento ad una determinata figura politica o istituzionale, che i comunicati stampa diffusi dagli organi di informazione dell'ente pubblico devono poter legittimamente citare.
Al di sopra di questi suggerimenti per rendere più attuale e bilanciata la disciplina sulla comunicazione istituzionale, si staglia l'esigenza di modificare l'ambito di applicazione della stessa l. 28/2000, a tutt'oggi inapplicabile ai new media e alle forme di comunicazione elettronica più diffuse, come blog, social networks, chat, etc. Ma si tratta di un rilievo di carattere generale, riferibile all'estensione della legge sulla par condicio, che deve essere pertanto avanzato nelle sedi di discussione opportune.

Proposta di emendamento

Art. 9
(Disciplina della comunicazione istituzionale e obblighi di informazione)

1. Dalla data della presentazione delle candidature e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto di svolgere attività di comunicazione istituzionale a tutte le amministrazioni direttamente interessate dalle consultazioni popolari in corso, con esclusione delle amministrazioni i cui vertici politici non siano direttamente eletti dai cittadini.
2. Il divieto di cui al comma 1 riguarda solo le attività di comunicazione collegabili, direttamente o indirettamente, a qualsivoglia propaganda elettorale di candidati o di liste, con esclusione dal divieto medesimo della comunicazione di servizio, effettuata dalle amministrazioni al fine di garantire l'efficace assolvimento delle proprie funzioni. La comunicazione di servizio riguarda il funzionamento degli uffici, la normativa vigente, i servizi erogati nel territorio, ed è ammessa anche nel periodo pre-elettorale a condizione che sia effettuata in forma impersonale, ossia senza fare riferimento a soggetti o partiti politici e senza consentire l'identificabilità di questi ultimi.
3. I comunicati stampa riguardanti le attività d'aula o le iniziative strettamente collegate al mandato di un soggetto o di un partito politico possono essere effettuati in forma personalizzata, consentendo l'identificazione di soggetti o partiti politici, per esigenze di completezza e utilità dell'informazione.
4. Le emittenti radiotelevisive pubbliche e private, su indicazione delle istituzioni competenti, informano i cittadini delle modalità di voto e degli orari di apertura e di chiusura dei seggi elettorali.

Cronaca dell'emanazione e dell'abrogazione dell'Anti-Fake News Act malaysiano

Matteo Monti

Keywords

Malaysia, Fake news, Anti-Fake News Act, Libertà di espressione, Democrazia

La genesi *dell'Anti-Fake News Act* risale al 2 aprile 2018 quando la Camera bassa del Parlamento malaysiano ha approvato una delle prime legge specificatamente anti *fake news* al mondo[1].

L'*Anti-Fake News Act*[2] è stato promulgato in vista delle elezioni del maggio 2018 per - secondo critici e osservatori[3] - censurare l'opposizione al governo conservatore di Najib Razak, primo ministro in carica dal 2009 con la coalizione Fronte Nazionale ("*Barisan Nasional*"), accusato dei reati di corruzione, truffa, distrazione di fondi e riciclaggio nel noto scandalo 1MDB[4].

Proprio quest'ultima vicenda aveva prima condotto potere governativo e giudiziario alla censura, mediante vari strumenti penali, di politici, scrittori e vignettisti[5] e poi alla creazione della legislazione "anti *fake news*" in esame: difatti il ministro delle Comuni-

[1] Serve rilevare che l'ordinamento malaysiano si regge su un sistema politico che ha visto dall'indipendenza del Paese fino alle elezioni del maggio 2018 l'egemonia del *Barisan Nasional* e che si è caratterizzato da tratti autoritari (*in primis* l'incarcerazione del principale leader di opposizione all'ex primo ministro Razak, Anwar Ibrahim, imprigionato per sodomia) che ne fanno difficilmente un sistema comparabile con le democrazie liberali occidentali. In dottrina per identificare il sistema malaysiano si è parlato di *semi-democracy* (W. Case, *Semi-Democracy in Malaysia: Withstanding the Pressures for Regime Change*, in *Pacific Affairs*, 66, 2, 1993); cfr. A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2014. Per una ricognizione più recente si veda: R.R. Balasubramaniam, *Has Rule by Law Killed The Rule of Law in Malaysia?*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 8, 2, 2008 e F. Razi, *Is Malaysia Democracy?*, in www.academia.edu. Sui problemi di "attecchimento" del costituzionalismo in Asia si veda: T. Groppi, *Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in *Pol. dir.*, 37, 2, 2006 e B. Reilly, *Political Reform and the Demise of Consociationalism in Southeast Asia,* in A. Croissant - M. Bünte, (a cura di), *The crisis of democratic governance in Southeast Asia*, New York, 2011.

[2] Il testo dell'*Anti-Fake News Act* è consultabile online.

[3] Si veda quanto riportato da M. Lourdes, *Malaysia's anti-fake news law raises media censorship fears*, in www.cnn.com, 4 aprile 2018 e da H. Beech, *As Malaysia Moves to Ban 'Fake News,' Worries About Who Decides the Truth*, in www.nytimes.com, 2 aprile 2018. Si veda anche A. Barberis, *Malesia: parlamento approva legge contro le fake news*, in sicurezzainternazionale.luiss.it, 2 aprile 2018.

[4] A. Shamim - A. Laurence, *The Story of Malaysia's 1MDB, the Scandal That Shook the World of Finance*, in www.bloomberg.com, 24 maggio 2018.

[5] Redazione, *Malaysia's ploy to punish 'fake news' is really just censorship*, in www.washingtonpost.com, 29 marzo 2018.

cazioni aveva avvisato del rischio di incriminazione in base all'*Anti-Fake News Act* per chiunque paventasse un legame fra la figura del primo ministro e lo scandalo 1MDB[6]. Precedentemente l'affermazione di un altro esponente governativo era stata ancora più acuta ritenendo che notizie sullo scandalo sarebbero state considerate *fake news* punibili se non verificate dal governo[7].

Le implicazioni illiberali, anti-democratiche e anti-libertarie di queste affermazioni sono evidenti, impattando sul diritto di critica e sulle più semplici e basilari manifestazioni espressive giornalistiche.

Da queste considerazioni - fondamentali per comprendere il clima illiberale e a tratti autoritario determinatosi in Malaysia - si può avviare l'analisi del contenuto della legge anti-*fake news* malaysiana e comprenderne portata e ampiezza.

Innanzitutto, si può rilevare che nell'*explanatory statement* dell'Atto, una volta dato conto della problematica globale delle *fake news*, si enuncia la sua finalità e la politica del diritto ad esso sottesa: "L'atto proposto mira a salvaguardare il pubblico contro la proliferazione di fake news garantendo il diritto alla libertà di espressione come contenuto nella Costituzione federale. La previsione del potere delle corti di emanare ordini di rimozione di qualsiasi pubblicazione contenente fake news serve come misura per contrastare l'abuso dei media e in particolare delle social media platforms. Con l'atto proposto, si spera che il pubblico sia più responsabile e cauto nel condividere notizie e informazioni"[8].

L'inquietante e discutibile chiosa finale, che sembra auspicare quel processo di *silencing* e *chilling effect* usualmente paventato come rischio delle leggi regolatrici del *free speech*, fa il paio con le dichiarazioni governative sopra riportate auspicanti un uso "politico" della legge in esame.

Dal punto di vista contenutistico l'*Anti-Fake News Act* del 2018 prevedeva, *ex* art. 4, una sanzione per chiunque creasse, diffondesse, offrisse, stampasse o pubblicasse *fake news* con pena pecuniaria con misura edittale massima di 500.000 ringgit (100.000 euro) e/o con una pena detentiva fino a 10 anni. Per la punibilità del trasgressore serviva la consapevolezza della falsità dell'informazione, come ben esplicitato dagli esempi illustrativi alla legge.

Gli esempi chiarivano come le condotte imputabili spaziassero dall'offerta di una *fake news* da pubblicare fino alla sua semplice condivisione sui *social networks*, dalla caricatura fino al discorso in piazza. In base all'art. 5, poi, era previsto che alla stessa pena prevista per l'art. 4 fosse sottoponibile chiunque finanziasse o rendesse possibili finanziamenti alle attività di cui al già citato art. 4 (creazione, offerta, diffusione, stampa, pubblicazione di *fake news*).

L'art. 6 generalizzava un obbligo di rimozione della *fake news* diffusa in buona fede

---

[6] «*Late last month, Jailani Johari, Malaysia's deputy minister for communications and multimedia, gave his definition of what would fall under the new bill: Any information about 1MDB that has not been verified by the government, he said, "is deemed as fake news." Mr. Salleh, the communications and multimedia minister, walked back his deputy's statement on 1MDB, saying that simply mentioning the existence of the Department of Justice investigation, for instance, would not constitute a breach of the law. However, tying Mr. Najib to specific dollar amounts connected to 1MDB, he said, could be a prosecutable offense*». H. Beech, *op. cit.*

[7] Come riportato nell'intervista a Marc Lourdes, il cui video è reperibile online.

[8] *Anti-Fake News Act*, cit., p. 13 (traduzione mia).

qualora si venisse a conoscenza della sua falsità o anche solo si nutrissero sulle stessa fondati dubbi. In caso di mancata ottemperanza era prevista una pena pecuniaria con limite edittale di 100000 Ringgit (20000 euro).
L'art. 7, che apriva la parte III della Legge, permetteva il ricorso alle corti per ottenere un'ordinanza di rimozione di *fake news* da qualsiasi media, al cui mancato adempimento corrispondeva una sanzione di 100000 ringgit per il soggetto inadempiente (l'ordinanza poteva essere mandata anche solo all'*account social* del soggetto che aveva diffuso la *fake news*, come specificato dagli esempi illustrativi). L'art. 8 disponeva la possibilità per il soggetto sottoposto a ordinanza ex art. 7 di ricorrere alla Corte emittente e contestare l'ordinanza, salvo la stessa non fosse stata emessa su richiesta del governo e relativa a *fake news* contenente un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. L'art. 9 rafforzava e ampliava gli strumenti di reazione del giudiziario in caso di mancato adempimento a un ordine ex art. 7 permettendo l'impiego della forza pubblica come disciplinato dal *Communications and Multimedia Act 1998*.
La parte IV dell'Atto, rubricata "miscellanea", prevedeva l'applicazione delle stesse fattispecie sanzionatorie alle condotte di favoreggiamento (art. 10), la delega d'iniziativa penale al solo *Public prosecutor* (art. 11) e una serie di disposizioni inerenti il regime di responsabilità soggettiva nel caso di reato compiuto da persone giuridiche (art. 13).
Infine, serve ricordare che l'art. 3 della legge prevedeva l'applicazione delle fattispecie criminali anche se la condotta fosse stata commessa fuori dalla Malaysia qualora le "vittime" di *fake news* fossero malaysiane o le questioni trattate riguardassero la Malaysia.
Per capire l'estensione della definizione di *fake news* usata da questa previsione si può richiamare il disposto rubricato "interpretazione" che contiene la nozione di notizia falsa a cui la legge si richiama: «le "fake news" includono qualsiasi notizia, informazione, dato e report che è o sono interamente o parzialmente false, nelle fattezze, visive o audio, o in ogni altra forma capace di trasmettere idee e parole»[9].
Oltre, dunque, a colpire il parzialmente falso, che potrebbe già di per sé portare a escludere la fattispecie da quella di una *fake news*, la legge si prestava nel combinato di una definizione ampia, delle dichiarazioni governative e della debolezza democratica del sistema malaysiano a essere ampiamente usata per colpire opinioni scomode o sgradite.
La prima condanna emessa in base all'*Anti-Fake News Act* [10] è stata per un cittadino danese di origine yemenita che aveva con un video su Youtube criticato la lentezza dell'operato della polizia malaysiana dopo l'omicidio di un palestinese, imputando alle forze dell'ordine un tempo di reazione di 50 minuti contro gli otto effettivi. Malgrado la tenuità del fatto e la riconduzione ad una fattispecie difficilmente qualificabile come *fake news* l'imputato era stato condannato al pagamento di 10000 ringgit di ammenda.
Ma ancora più allarmante è stata l'imputazione in base alla legge in esame anche del principale sfidate di Razak alle elezioni del maggio 2018, Mahathir Mohamad, già primo ministro dal 1981 al 2003 e "mentore" politico dello stesso Razak: lo stesso Mahathir aveva fatto dell'abolizione della legge anti *fake news* un suo cavallo di battaglia in campagna elettorale[11].

[9] *Anti-Fake News Act*, cit., p. 3 (traduzione mia).

[10] Redazione, *First person convicted under Malaysia's fake news law*, in www.theguardian.com, 30 aprile 2018.

[11] J. Yeung, *Malaysia repeals controversial fake news law*, in www.cnn.com, 17 agosto 2018.

Mettendosi a capo del fronte dell'opposizione, Mahathir Mohamad ha riportato un'importante vittoria elettorale, che ha posto fine all'egemonia della colazione *Barisan Nasional* (BN), ha ottenuto il perdono per Anwar Ibrahim, precedente leader dell'opposizione incarcerato, riaperto le indagini sullo scandalo 1MDB[12] e, soprattutto, per quanto qui interessa, abolito la contestata legge anti-*fake news*.

L'*Anti-Fake News (Repeal) Act 2018*[13] dell'agosto di quest'anno ha infatti disposto l'abrogazione della legge in esame, ponendo fine alle storture da essa provocate. Nell'*explanatory statement* si chiarisce che l'atto è teso all'abrogazione della precedente legge a causa del cambio di policy del governo malaysiano e della presenza nel codice penale, nel *Printing Presses and Publications Act* del 1984 e nel *Communications and Multimedia Act* del 1998 di disposizioni tese al contrasto del fenomeno *fake news*.

[12] Redazione, *È stato arrestato l'ex primo ministro malaysiano Najib Razak*, in www.ilpost.it, 3 luglio 2018.

[13] Il testo dell'*Anti-Fake News (Repeal) Act 2018* è consultabile online.

Il terrore viaggia sul web. L'Unione europea e la battaglia contro la divulgazione di contenuti terroristici online.

Carla Bassu

Sommario

1. Libertà v. sicurezza: il grande dilemma nella lotta al terrorismo. – 2. Eliminare i contenuti terroristici dal web: una impresa possibile?

Keywords

Cyberterrorismo, Internet, Piattaforme, Sicurezza pubblica, Libertà di espressione

1. Libertà v. sicurezza: il grande dilemma nella lotta al terrorismo.

Che la rete rappresenti un veicolo formidabile per la diffusione di qualsiasi tipo di messaggio è una realtà assodata quanto il fatto che la lotta al proselitismo, nel quadro più generale della guerra strenua al terrorismo internazionale, sia una delle sfide più impegnative per le democrazie costituzionali. Ciò che rende questa prova così insidiosa è che si tratta di uno scontro impari dal momento che gli ordinamenti democratici, nel configurare lo strumentario finalizzato al contrasto del terrorismo, devono prestare attenzione a non ledere gli architravi della struttura costituzionale rappresentati dai diritti individuali. Le libertà fondamentali sono messe sotto pressione nella dinamica delle priorità di una democrazia che deve riuscire nella missione di assicurare la pubblica sicurezza nel rispetto delle prerogative dei singoli. Il punto di equilibrio tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti si presenta come lo *Shangri La* del costituzionalismo almeno da quando, con gli attacchi dell'11 settembre 2001, il terrorismo internazionale ha frantumato il senso di inviolabilità del governo e del popolo americano, facendo nel contempo irruzione negli incubi di chiunque aderisca al modello di civiltà occidentale. Missione compiuta dunque per i terroristi, che hanno senz'altro avuto successo nel loro obiettivo di seminare il panico e, in una escalation di attentati che purtroppo non ha visto finora soluzione di continuità, hanno costretto gli ordinamenti ad adottare misure incidenti in senso restrittivo sulle libertà individuali. Infatti, facendo perno sull'affidamento delle popolazioni che in situazioni di pericolo sono disposte ad accettare (più o meno di buon grado) limitazioni al regime ordinario di diritti, le democrazie minacciate hanno introdotto negli anni una serie di misure che hanno gravato talora

seriamente sulle libertà della persona.
Tra le sfere particolarmente colpite dalle normative antiterrorismo vi sono senz'altro la riservatezza e la segretezza delle comunicazioni, dal momento che l'ingerenza in questi spazi - la cui inviolabilità è, in circostanze ordinarie, pienamente garantita a livello costituzionale- può essere utile nella individuazione tempestiva e nella prevenzione di manifestazioni terroristiche, ma anche la libertà di manifestazione del pensiero, nel caso in cui si traduca nell'espressione di contenuti terroristici. Ed ecco che il confine tra legittima manifestazione del proprio pensiero e diffusione di messaggi eversivi e potenzialmente pericolosi per la pubblica sicurezza diventa labile.

2. Eliminare i contenuti terroristici dal web: una impresa possibile?

In questo contesto, che richiede il massimo grado di attenzione nella ponderazione degli interessi coinvolti - si colloca, da ultimo, la proposta della Commissione europea finalizzata a prevenire la divulgazione di contenuti riconducibili al terrorismo tramite la rete[1]. L'iniziativa, sottoposta all'attenzione dei leader dei Paesi membri Ue, riuniti a Salisburgo il 19 e 20 settembre 2018, tiene conto delle enormi potenzialità di comunicazione e socializzazione consentite dalle piattaforme internet, che rappresentano una risorsa inestimabile in termini di potenziamento delle opportunità di conoscenza ma forniscono anche una enorme cassa di risonanza per contenuti eversivi o, comunque, non compatibili con i principi e i valori fondamentali di una democrazia. Basti pensare, in questo senso, a quanto emerso dalle indagini relative agli attentati terroristici portati a compimento negli ultimi anni sul territorio europeo che hanno messo in evidenza il ruolo prioritario svolto da internet nelle fasi di reclutamento e indottrinamento dei terroristi e nell'organizzazione concreta degli attacchi. Il web è utilizzato sistematicamente non solo come strumento operativo per gli attivisti del terrore ma anche per dare massimo risalto ai risultati delle atrocità compiute, attirare nuovi adepti e alimentare la paura nelle comunità minacciate. La condivisione online di contenuti terroristici si è dimostrata strumentale alla radicalizzazione dei cosiddetti "lupi solitari" che - ispirati proprio da messaggi veicolati dal web – si sono resi protagonisti di alcuni tra i più efferati attacchi messi in atto di recente in Europa.
Dal punto di vista tecnico, i messaggi terroristici condivisi online per le finalità di cui sopra vengono diffusi attraverso provider che forniscono servizi di hosting che consentono a soggetti terzi di caricare contenuti. L'abuso degli strumenti di comunicazione informatica da parte dei terroristi riguarda le grandi piattaforme di social media al pari di provider di modeste dimensioni e mette in luce in ogni caso una forma di responsabilità nei confronti degli utenti esposti a materiale terroristico. Su *input* delle pubbliche autorità i provider hanno adottato alcune misure orientate a individuare ed eliminare materiale violento di matrice terroristica presente sulle proprie piattaforme

[1] V. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on preventing the dissemination of terrorist content online. A contribution from the European Commission to the Leaders' meeting in Salzburg on 19-20 September 2018 COM(2018) 640 final 2018/0331 (COD)

ma fino a ora tali misure sono state di carattere volontario, inserendosi nell'ambito di progetti di partnership come l'Internet Forum Ue, avviato nel dicembre 2015 nel più ampio contesto dell'Agenda europea sulla sicurezza. Questo genere di iniziative ha promosso un circuito virtuoso di collaborazione tra gestori web, istituzioni nazionali e l'*Europol Internet Referral Unit* che ha portato alla realizzazione (sempre su base volontaria) di meccanismi di rimozione automatica di contenuti di matrice terrorista dalle piattaforme aderenti al sistema. Ferma restando l'auspicabilità del consolidamento di queste forme di cooperazione non si può trascurare di osservare i limiti connessi a operazioni riconducibili alla buona volontà e al senso di responsabilità dei soggetti coinvolti. Per affrontare in maniera organica ed efficace un problema tanto complicato si rende invece necessaria l'adozione di regole stringenti, espressione di un piano di intervento omogeneo e tassativo. Il Parlamento europeo già da tempo aveva preso atto di questa esigenza, come si evince dalla risoluzione sulle piattaforme web e sul mercato digitale del 15 giugno 2017, nella quale si registra l'esigenza di rafforzare le misure di contrasto alla diffusione online di contenuti illegali e pericolosi, invitando la Commissione a presentare iniziative legislative in tale senso[2]. La Commissione europea ha raccolto la sollecitazione e nel marzo 2018 ha prodotto una prima Raccomandazione avente per oggetto l'introduzione di misure di contrasto alla diffusione di materiale illegale online[3]. Il provvedimento prevedeva tra l'altro la predisposizione di barriere volte a impedire il caricamento e la condivisione di propaganda terroristica. Tra le misure prospettate: la previsione di un sistema di monitoraggio accurato dei contenuti caricati, la predisposizione di filtri tali da impedire la pubblicazione immediata di contenuti sospetti e l'indicazione di uno spazio temporale di un'ora dedicato alla valutazione del materiale e all'eventuale rifiuto definitivo della divulgazione.

Il Consiglio europeo del 28 giugno 2018 ha mostrato apprezzamento per l'intenzione della Commissione di presentare una iniziativa legislativa «*to improve the detection and removal of content that incites hatred and to commit terrorist acts*». La proposta della Commissione, in questa ottica, aspira alla determinazione di una cornice normativa organica, chiara e armonica che costituisca un riferimento imprescindibile ed efficace per evitare l'abuso delle risorse di comunicazione telematica e prevenire la diffusione di materiale terroristico. L'obiettivo finale è di garantire la piena funzionalità del Digital single market senza compromettere il bene primario della pubblica sicurezza. Per conseguire tale scopo è necessario fare chiarezza rispetto al regime di responsabilità dei provider che sono tenuti a mettere in pratica tutte le azioni idonee, ragionevoli e proporzionate a garantire la sicurezza dei servizi da loro forniti e a eliminare tempestivamente i contenuti terroristici dalle loro piattaforme. Tutto ciò badando a rispettare la libertà di manifestazione di pensiero tutelata nelle società aperte e democratiche come pilastro dell'ordinamento costituzionale. Non si tratta di un compito facile perché individuare il confine tra il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e il rispetto dell'altrui libertà e della pubblica sicurezza è estremamente difficile da individuare e, per

[2] European Parliament resolution of 15 June 2017 on online platforms and the digital single market (2016/2276(INI))

[3] Commission Recommendation of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C(2018) 1177 final)

alcuni (nello specifico, per coloro che ritengono non limitabile la libertà di parola) non può nemmeno essere stabilito. Per questo motivo, nella proposta di Regolamento in commento la Commissione propone anche l'introduzione di una serie di guarentigie orientate ad assicurare il pieno rispetto di diritti fondamentali quali appunto la libertà di espressione e la libertà di informazione che – come non ci si stanca di ribadire – sono elementi basilari del costituzionalismo contemporaneo – oltre alla possibilità di ricorrere contro misure ritenute lesive di tali diritti nel rispetto delle tutele giurisdizionali di cui all'art. 19 TEU e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Il proposito è quello di stabilire in capo ai provider un nucleo di doveri definiti in modo omogeneo per i Paesi membri dell'Ue nei confronti dei quali ricadrebbero oneri di controllo.

L'esistenza di un parametro normativo uniforme costituirebbe un riferimento importante per tutti gli operatori di settore e contribuirebbe non poco nell'azione sistematica di contrasto al terrorismo, consentendo anche l'individuazione chiara del limite invalicabile della tutela delle libertà di informazione e opinione.

Particolarmente significative, nella proposta della Commissione, risultano le norme per la trasparenza e i dispositivi riconosciuti per avviare una contestazione formale della rimozione dei contenuti pubblicati sul web. Importante anche il ruolo affidato agli Stati membri che, in base al progetto, sono tenuti a svolgere un ruolo attivo nell'attuazione delle misure, prevedendo sanzioni specifiche nel caso di inadempimento da parte dei provider che non mettano in atto le misure previste.

Il nodo irrisolto, che potrà essere sciolto solo una volta che la normativa sarà attuata (per ora siamo in una fase embrionale di iniziativa), è rappresentato dal grado di pervasività delle misure proposte sulla sfera delle prerogative individuali e, in particolare, l'incidenza rispetto alle libertà di informazione e del pensiero. Oltre al disposto delle norme, quello che conta e che determina a definirne la qualità e l'efficacia è l'interpretazione delle regole è infatti il modo in cui vengono applicate nella realtà dei fatti.

In questa fase esprimere un giudizio su interventi che sulla carta paiono ragionevoli e studiati tenendo conto del bilanciamento degli interessi in campo può risultare prematuro ma è importante seguire passo dopo passo e monitorare con rigore l'evoluzione di una normativa necessaria in un settore cruciale nella vita quotidiana di un ordinamento democratico e di ognuno di noi.

Il mercato unico digitale per l'integrazione europea. La prospettiva del *FinTech*[*]

Emanuele Pedilarco

Sommario

1. Premessa. – 2. Il punto di partenza: la Comunicazione della Commissione europea del 2015. – 3. La Comunicazione della Commissione del 2017 sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale. – 4. La digitalizzazione dei settori dell'industria e dei servizi. – 5. Il *FinTech* nel mercato digitale. – 6. Il piano d'azione *FinTech*: le iniziative concrete. – 7. Conclusioni.

Keywords

Mercato unico digitale, Criptovalute, Blockchain, FinTech, Unione europea

1. Premessa

Tradizionalmente, all'interno del mercato unico dell'Unione europea, si individuano quattro libertà principali relative a persone, merci, servizi e capitali. Come recita l'art. 26 TFUE, «il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». Per realizzare ognuno di questi mercati unificati, barriere tecniche, giuridiche e burocratiche, che irrigidivano il libero scambio e la libera circolazione tra i paesi membri dell'UE, sono state abolite nel corso degli anni. Nel contempo l'Unione europea ha assunto il dovere di garantire che queste più ampie libertà non compromettessero, *inter alia*, l'equità, la tutela dei consumatori e la sostenibilità ambientale.

Oggi, accanto ai quattro "mercati unici" appena richiamati, è necessario tenerne in conto un quinto, che si caratterizza per la sua trasversalità a quelli tradizionali e in relazione al quale l'Unione europea dovrà procedere senza indugio in termini di armonizzazione giuridica, economica e sociale. Ci riferiamo al "mercato unico digitale"[1].

* Il presente testo riprende, integrandolo ove opportuno, l'intervento dal titolo "Il mercato unico digitale. Per l'integrazione europea. Il caso *fintech*" tenutosi nel corso del convegno "Le sfide al processo di integrazione europea e alla democrazia costituzionale nel XXI secolo" organizzato dalla Prof.ssa Tania Groppi – alla quale va il mio personale ringraziamento, assieme ai colleghi senesi – presso l'Università di Siena il 15 e 16 giugno 2018.

[1] Per un inquadramento della tematica, allargato anche ad Internet, si rinvia senza pretesa di esaustività a: O. Pollicino-T. Frosini-E. Apa –M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017; G. Simeone, voce *Mercato Unico Digitale*, in www.treccani.it; G. Alpa, *Towards the Completion of the Digital Single Market: The Proposal of a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Business Law Review,*

Con tale termine si intende la strategia, adottata nel 2015 dalla Commissione europea, che punta ad aprire opportunità in campo digitale a persone e aziende e a rafforzare la posizione dell'Europa come *leader* dell'economia digitale[2]. Nel mercato unico digitale è assicurata una ancor più decisa circolazione di persone, merci, servizi e capitali, garantendo, allo stesso tempo, un elevato livello di protezione del consumatore, dalle truffe *on-line* alla protezione dei dati personali (in tale contesto si inserisce, ad esempio, il recente 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).

Si consideri che il contesto di partenza del mercato unico digitale europeo è di particolare arretratezza: solo il 4% dei servizi *online* all'interno della Ue è transfrontaliero; la maggior parte dei servizi *online* è infatti basata negli Stati Uniti (54%) ed il 42% riguarda servizi su base esclusivamente nazionale.

Quanto ai consumatori, solo il 15% effettua acquisti *online* da un altro Stato membro, mentre il 44% acquista all'interno della propria nazione.

Dal lato delle imprese, un mero 7% delle piccole e medie imprese europee vende oltre i confini nazionali, spesso a causa dei costi *extra* che le PMI non sono in grado di sostenere.

Quanto all'Italia, il recente indice DESI ("*Digital Economy & Society Index*", ossia l'indice che misura lo sviluppo digitale in Europa[3]), pubblicato nel mese di maggio 2018,

2014, 347 ss.; G. Muscolo, *Digital Market and Consumers: a Few Notes*, in *Rivista Italiana di Antitrust / Italian Antitrust Review*, 2(3), 2016; S. Montaldo, *Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market*, in *Diritto dell'economia*, 2015, 601 ss.; J. Pelkmans, *What strategy for a genuine Single Market?*, *CEPS Special Report No. 126*2016; I. Bertschek-J. Ohnemus, *Europe's digital future: Focus on Key Priorities*, *ZEW policy brief*, 2, 2016; E. Kindt, *Why Research May No Longer Be the Same: About the Territorial Scope of the New Data Protection Regulation*, *ICRI Research Paper 26*, 2016; N. Helberger-M. Loos-L. Guibault-C. Mak-L. Pessers, *Digital Content Contracts for Consumers*, in *Journal of Consumer Policy*, 2013, 36.

[2] Per completezza è opportuno richiamare in questa sede anche la Risoluzione 2014/2973(RSP) del Parlamento europeo del 27 novembre 2014 sul sostegno ai diritti dei consumatori nel mercato unico digitale che segna lo "spartiacque" tra la precedente strategia adottata a livello europeo e relativa principalmente al commercio elettronico e la nuova strategia del 2015 allargata al mercato unico digitale. Con tale risoluzione il Parlamento (i) invitava gli Stati membri e la Commissione a eliminare, attraverso sforzi volti ad attuare le regolamentazioni in vigore e a garantirne il rispetto nel quadro di una strategia globale, tutti gli ostacoli esistenti che si frappongono allo sviluppo del mercato unico digitale, garantendo nel contempo che tutte le misure siano valutate sotto il profilo dell'impatto, siano valide per le esigenze future e adeguate ai fini dell'era digitale; ritiene che tali sforzi debbano essere al centro degli sforzi profusi dall'Unione europea per generare crescita economica e occupazione e rafforzare la sua competitività e resilienza all'interno dell'economia globale e (ii) sottolineava che eventuali proposte legislative relative al mercato unico digitale avrebbero dovuto rispettare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in modo tale da garantire la piena tutela dei diritti in essa sanciti nel settore digitale.

[3] La relazione DESI (disponibile *online*), che rileva i progressi compiuti dagli Stati membri in termini di digitalizzazione, è strutturata in cinque capitoli: connettività, capitale umano, uso dei servizi Internet, integrazione delle tecnologie digitali e servizi pubblici digitali. L'Italia si posiziona al 25° posto fra i 28 Stati membri dell'UE. Nel corso dell'ultimo anno ha fatto registrare nel complesso un miglioramento, pur se la sua posizione nella classifica DESI è rimasta invariata. L'integrazione delle tecnologie digitali e i servizi pubblici digitali rappresentano i principali catalizzatori del progresso digitale a livello nazionale. Un altro segnale positivo è offerto dalle prestazioni in termini di copertura delle reti NGA, che appaiono in fase di recupero. Come negli anni precedenti, la sfida principale è rappresentata dalla carenza di competenze digitali: benché il governo italiano abbia adottato alcuni provvedimenti al riguardo, si tratta di misure che appaiono ancora insufficienti. Le conseguenze risultano penalizzanti per la performance degli indicatori DESI sotto tutti e cinque gli aspetti considerati: diffusione della banda larga mobile,

colloca il nostro Paese al quartultimo posto nello sviluppo digitale su 27 Paesi. L'indice DESI si basa su fattori quali: la connettività, il capitale umano impiegato nel digitale, l'uso di servizi via Internet, il *business* digitale, l'*e-government* e la ricerca e sviluppo in ambito digitale.

2. Il punto di partenza: la Comunicazione della Commissione europea del 2015

Considerati i dati sintetici poc'anzi indicati, il punto di partenza per lo sviluppo del mercato unico digitale europeo è rappresentato dalla "Strategia per il Mercato unico digitale europeo", adottata il 6 maggio del 2015 dalla Commissione europea[4].
Il documento definisce un "programma-quadro" delle iniziative legislative, dei possibili orientamenti e di altre misure necessarie a sviluppare l'economia digitale in Europa, allo scopo di favorire condizioni di crescita e di competitività generali, assicurando che le imprese e i cittadini possano beneficiare pienamente della digitalizzazione.
Gli obiettivi dichiarati nella Strategia sono: sviluppare il commercio elettronico, modernizzare le leggi europee sul *copyright*, aggiornare la normativa sulle telecomunicazioni, rafforzare i presidi sulla *cyber security*, favorire il *free flow* di informazioni, migliorare le condizioni di connessione, adattare l'*e-privacy* al nuovo contesto e favorire lo sviluppo imprenditoriale digitale e le *skills* digitali dei lavoratori.
La strategia della Commissione si basa su tre pilastri: 1) un migliore accesso a prodotti e servizi *online*; 2) migliori condizioni normative affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi e prosperare;3) promozione della crescita e della sicurezza dell'economia digitale europea.
Il primo pilastro della strategia ha come obiettivo di migliorare e facilitare l'accesso ai beni e servizi digitali in tutta Europa sia per i consumatori che per le imprese. Esso si struttura a sua volta in otto punti: *i*) semplificare l'*e-commerce* transfrontaliero tramite l'armonizzazione delle norme UE in materia di contratti; *ii*) garantire un più rapido accesso ai diritti dei consumatori in ambito digitale, rivedendo il regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori; *iii*) rendere i servizi di consegna a domicilio dei prodotti compravenduti *online* più semplici e convenienti per le aziende; *iv*) contrastare il fenomeno del c.d. *geo-blocking* (ossia il divieto utilizzato dai fornitori di servizi sul *web* per limitare l'accesso ai contenuti in base al Paese in cui ci si connette); *v*) implementare il sistema europeo *antitrust* per identificare potenziali problematiche di tipo concorrenziale che interessano i mercati europei dell'*e-commerce*; *vi*) perseguire la c.d. *net neutrality* (viene ritenuta "neutrale" una rete che sia priva di restrizioni arbitrarie sui dispositivi connessi e sul modo in cui essi operano, cioè dal punto di vista della fruizione dei vari servizi e contenuti di rete da parte dell'utente finale); *vii*) revisionare il

numero di utenti Internet, utilizzo di servizi *online*, attività di vendita online da parte delle PMI e numero di utenti *eGovernment*. Le prestazioni dell'Italia si collocano all'interno del gruppo di paesi dai risultati inferiori alla media.

[4] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa* (COM 2015 192), 6 maggio 2015.

sistema di trasmissione di dati via satellite e via cavo per valutare se la sua portata debba essere potenziata per emittenti di trasmissioni *online* anche al fine di facilitare l'accesso transfrontaliero alle emittenti di servizi online in Europa; *viii*) armonizzare le aliquote IVA e impostare diversi regimi di IVA in base alle dimensioni e al tipo di soggetto su cui grava l'imposta.

Si tratta, in tutta evidenza, di punti, da un lato, la cui realizzazione richiede l'accordo tra i Paesi dell'Unione europea su tematiche particolarmente sensibili (ad es. in tema di fiscalità condivisa), dall'altro in relazione ai quali un livello di armonizzazione in alcuni casi può già dirsi sostanzialmente raggiunto (in materia di protezione dei dati personali) ed in altri casi di difficile realizzazione (ad es. in tema di allineamento delle norme statali in materia di contrattualistica).

Il secondo pilastro aspira a garantire che il mercato possa incoraggiare l'innovazione digitale e la crescita economica. In questo caso, l'obiettivo perseguito è quello di riuscire a razionalizzare in maniera più organica tra di loro i diversi settori del mercato digitale, da quelli economici a quelli tecnici, in modo da incentivare gli investimenti delle società di telecomunicazione operanti nella settore della connessione a banda larga ad alta velocità (il "5G"). In tale ambito, sarà necessario aumentare il sistema di monitoraggio dei contenuti illegali, per poter assicurare una maggiore sicurezza della rete nell'interesse sia dei consumatori, sia delle imprese. Allo stesso tempo, si dovrà proseguire nel percorso intrapreso di favorire licenze comuni e *copyright* pubblici, al fine di garantire la massima diffusione di dati e informazioni favorendo il processo creativo (il c.d "*free flow of information without personal data*").

Nello specifico sono cinque i punti individuati dalla Commissione per la realizzazione del secondo pilastro: *i*) riformare la regolamentazione europea in materia di telecomunicazioni[5]; *ii*) riesaminare il quadro dei media audiovisivi, mettendo in rilievo il ruolo dei diversi operatori del mercato nella promozione delle opere europee (emittenti televisive, fornitori di servizi audiovisivi a richiesta, etc.); *iii*) effettuare un'analisi dettagliata del ruolo delle piattaforme *online* (motori di ricerca, *social media*, *app store*, etc.); *iv*) rafforzare la fiducia nei servizi digitali e la sicurezza degli stessi, in particolare per quanto riguarda il trattamento dei dati personali e le truffe *online*; *v*) proporre un partenariato con l'industria sulla sicurezza informatica nell'ambito delle tecnologie e delle soluzioni per la sicurezza delle reti.

Il terzo e ultimo pilastro si concentra sulla realizzazione della massima crescita potenziale dell'economia digitale e si propone di garantire degli standard adatti per la sicurezza nella condivisione dei dati nel territorio della UE.

Nell'applicazione pratica della Strategia europea, dal 2015 ad oggi si ricordano tre misure concrete per i cittadini europei già realizzate: l'abolizione delle tariffe di *roaming* per chiamate dai cellullari in paesi diversi da quello di appartenenza, la portabilità transfrontaliera dei contenuti e l'eliminazione dei blocchi geografici ingiustificati.

In prospettiva futura prossima, le istituzioni europee intendono inoltre disciplinare: il *free flow of data*, le pratiche per la lotta alla disinformazione ("*fake news*"), l'intelligenza

[5] Il 6 giugno scorso Parlamento europeo e Consiglio hanno raggiunto un accordo politico per aggiornare il quadro normativo europeo in materia di *telecom*, mediante l'adozione di un codice europeo, con l'obiettivo di: sviluppare il sistema di connettività 5G, aumentare la protezione dei consumatori, favorire gli investimenti per creare la c.d. *gigabit society*.

artificiale e la *cyber*-sicurezza.

3. La Comunicazione della Commissione del 2017 sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale[6]

Il 10 maggio 2017, dopo aver raggiunto la metà del proprio mandato, la Commissione europea ha pubblicato la revisione intermedia della sua strategia per il mercato unico digitale.
Tale documento fa il punto sui progressi compiuti, invitando i co-legislatori europei ad esprimersi su tutte le proposte già presentate e proponendo nuovi interventi in materia di piattaforme *online*, economia dei dati e sicurezza informatica.
In particolare, dalla lettura del resoconto intermedio si evince che, dal maggio 2015, la Commissione europea ha formulato trentacinque proposte legislative ed iniziative politiche, così come al tempo annunciato nella strategia per il mercato unico digitale. Ad esito di tale prima fase, si tratta ora di raggiungere i rispettivi accordi politici con il Parlamento europeo e il Consiglio su tutte le proposte, ed in particolare quelle relative alle norme comunitarie aggiornate in materia di telecomunicazioni, che punteranno a stimolare gli investimenti nelle reti ad alta velocità e qualità, essenziali per la completa attuazione dell'economia digitale e della società digitale.
Nella comunicazione relativa alla revisione intermedia, la Commissione individua tre ambiti principali in cui è necessaria un'azione più incisiva da parte dell'UE:
1) lo sviluppo completo delle potenzialità dell'economia dei dati europea (la c.d. "*data economy*");
2) la soluzione dei problemi della sicurezza informatica per proteggere i punti di forza dell'Europa;
3) la promozione delle piattaforme *online* in quanto attori responsabili di un ecosistema Internet equo.
La revisione intermedia prodotta dalla Commissione europea traccia i percorsi da seguire in tre ambiti cruciali:
- per quanto riguarda la *data economy*, la Commissione sta preparando un'iniziativa legislativa sul libero flusso transfrontaliero dei dati non personali (da realizzare nell'autunno del 2017[7]) e un'iniziativa sull'accessibilità e il riutilizzo di dati pubblici e dei dati raccolti grazie all'impiego di fondi pubblici (nella primavera del 2018). Inoltre, la Commissione continuerà ad occuparsi di responsabilità e di ogni altra questione connessa alla gestione dei dati (personali e no);
- nel campo della sicurezza informatica, entro il settembre 2017 la Commissione riesaminerà la strategia dell'Unione europea per la *cyber*-sicurezza e il mandato dell'Agenzia

[6] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale, *Un mercato unico digitale connesso per tutti* (COM 2017 228), 10 maggio 2017.

[7] Il 20 giugno 2017, i negoziatori europei hanno raggiunto un principio di accordo politico per il *free flow* dei dati non a carattere personale che si tradurrà in un regolamento europeo, con l'obiettivo di creare un singolo mercato europeo per la circolazione e la gestione dei dati.

dell'Unione europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (ENISA), al fine di allinearlo al nuovo quadro normativo comunitario in materia. La Commissione si adopererà inoltre per proporre ulteriori misure relative a norme, certificazioni ed etichettature in materia di sicurezza informatica, al fine di proteggere maggiormente beni e servizi dai rischi di attacchi informatici[8];

- in materia di piattaforme *online*, entro la fine del 2017 la Commissione elaborerà un'iniziativa volta a porre rimedio al problema delle clausole contrattuali abusive e delle pratiche commerciali scorrette che sono state segnalate nei rapporti tra piattaforme e imprese.

Recentemente la Commissione ha inoltre adottato decisioni di applicazione della politica della concorrenza legate a tali problematiche, avviando una serie di dialoghi con le piattaforme *online* all'interno del mercato unico digitale (ad esempio, nel quadro del forum dell'UE su Internet e dei dibattiti relativi al codice di condotta sull'incitamento illegale all'odio online e al protocollo d'intesa sulla vendita di merci contraffatte via Internet) e progetta di garantirne un migliore coordinamento in futuro. Uno degli obiettivi dichiarati è procedere con il lavoro sugli aspetti procedurali e sui principi relativi alla rimozione dei contenuti illegali – notifica e azione – garantendo la trasparenza e il rispetto dei diritti fondamentali.

4. La digitalizzazione dei settori dell'industria e dei servizi

Nel contesto descritto sopra, la rivoluzione digitale europea riguarda anche i settori dell'industria e dei servizi. Secondo recenti studi, il ritmo del cambiamento tecnologico è infatti tale che le imprese che non riescono a realizzare la transizione sono inesorabilmente destinate a rimanere indietro. La promozione delle competenze digitali deve andare di pari passo con l'adozione delle tecnologie digitali da parte delle imprese di tutte le dimensioni e di tutti i settori.

Ciò può rappresentare un'opportunità, in particolare per le imprese c.d. *start-up* e le piccole e medie imprese, per creare prodotti e servizi nuovi e migliori a un costo inferiore e consumando minori risorse: le politiche dell'Unione europea dovranno essere modellate per aiutare le imprese a sfruttare tale opportunità al massimo grado.

Per aiutare le imprese europee a cogliere appieno i vantaggi della tecnologia digitale, nell'aprile 2016 la Commissione ha adottato una strategia globale sulla digitalizzazione dell'industria europea[9], che comprende misure volte ad incoraggiare gli enti che promuovono le iniziative nazionali in materia di digitalizzazione dell'industria a cooperare e a scambiarsi informazioni e buone pratiche.

[8] Il tema della *cyber*-sicurezza connessa a beni servizi è particolarmente delicato essendo la maggior parte delle imprese italiane di dimensioni piccole e medie, a fronte di alti costi connessi alla sicurezza tecnologica.

[9] Nel presentare la sua strategia per creare un mercato unico digitale, la Commissione ha indicato i progetti per aiutare l'industria europea, le PMI, i ricercatori e le autorità pubbliche a trarre il massimo vantaggio dalle nuove tecnologie. A tal fine, in occasione della Giornata digitale tenutasi a Roma il 23 marzo 2017 è stata lanciata la "Piattaforma europea delle iniziative nazionali".

Nello specifico, nei prossimi tre anni, è previsto lo stanziamento, nel quadro del programma "Orizzonte 2020", di un importo supplementare di 300 milioni di Euro per attività legate ai poli dell'innovazione digitale, essenziali per sostenere le *start-up* e l'innovazione a livello locale. Si prevede inoltre lo stanziamento regolare di fondi pari a quasi 3,2 miliardi di Euro a favore delle tecnologie strategiche, tra cui la nanoelettronica, la fotonica, la robotica, le reti 5G, i sistemi informatici ad alte prestazioni, i *big data*, il *cloud computing*, l'intelligenza artificiale, comprese la loro integrazione nelle catene del valore, la messa a punto di linee pilota e la costituzione di banchi di prova.

Ulteriori risorse saranno destinate allo sviluppo di piattaforme industriali digitali di prossima generazione, che si baseranno in particolare su nuovi modelli architettonici di riferimento per la costruzione di fabbriche e sui servizi intelligenti del futuro.

Sicuramente uno dei fattori cruciali per il successo della digitalizzazione dell'industria dell'Unione europea consisterà nella mobilitazione di una massa critica di investimenti, grazie a ulteriori investimenti privati e investimenti pubblici nazionali che applicheranno un effetto moltiplicatore agli investimenti totali europei nella ricerca e innovazione, in particolare attraverso partenariati pubblico-privati in grado di intensificare l'incidenza dei fondi UE su tutti i settori economici, da quello dell'energia[10] a quello dei trasporti[11].

I nuovi approcci sopra richiamati riguardano anche il settore finanziario e sono resi possibili dalle tecnologie digitali che possono migliorare l'accesso delle imprese ai finanziamenti, rafforzare la competitività, generare vantaggi per i consumatori e stimolare la crescita delle *start-up*. Le tecnologie *blockchain*[12] rappresentano una svolta e possono avere un enorme impatto sul settore finanziario e non solo.

---

[10] Nel settore dell'energia, in profonda trasformazione, le proposte contenute nel pacchetto "Energia pulita per tutti gli europei" permetteranno di consolidare le disposizioni esistenti in materia di libero accesso dei consumatori ai dati relativi ai propri consumi. Tali dati possono essere utilizzati, tra l'altro, per individuare e affrontare i casi di povertà energetica e per migliorare l'efficienza energetica degli edifici. Le misure proposte contribuiranno inoltre a migliorare l'accesso ai dati dei contatori, che forniscono informazioni importanti che possono permettere ai consumatori di risparmiare ottimizzando i propri consumi e alle compagnie elettriche e ai fornitori di servizi energetici di adeguare le loro offerte ai diversi consumatori.

[11] Nel settore dei trasporti, il passaggio verso una mobilità cooperativa, connessa e automatizzata può ridurre gli incidenti, l'inquinamento e la congestione del traffico e migliorare la gestione del traffico e delle capacità così come l'efficienza energetica. Tale trasformazione rafforzerà inoltre la competitività delle industrie dei trasporti e delle tecnologie digitali, contribuendo ad integrare modalità diverse di trasporto in un sistema di mobilità modellato sulle esigenze dei suoi utenti, sia che si tratti di problemi logistici di trasporto delle merci, sia che si tratti di trasporto di persone, comprese quelle che hanno bisogno di assistenza speciale. In tale contesto, rivestono un'importanza fondamentale le norme che garantiscono l'interoperabilità tra le infrastrutture di trasporto, i dati, le applicazioni, i servizi e le reti. Con una lettera di intenti firmata nel marzo 2017, i 27 Stati membri dell'Unione europea, la Svizzera e la Norvegia hanno espresso la loro disponibilità a cooperare nel quadro di esperimenti transfrontalieri relativi a sicurezza stradale, accesso ai dati, qualità e affidabilità dei dati, connettività e tecnologie digitali. La Commissione sta inoltre lavorando ad un pacchetto globale di misure nel campo della mobilità che sarà presentato nel corso del 2017.

[12] La tecnologia *blockchain* fa riferimento a un registro pubblico contenente tutte le transazioni che hanno avuto luogo in una rete *peer-to-peer*. Si tratta di una tecnologia decentrata che consente ai partecipanti alle reti *peer-to-peer* di compiere operazioni, ad esempio pagamenti *online*, senza dover passare attraverso un'autorità centrale di fiducia. È prevista la creazione di un Osservatorio europeo sulle tecnologie *blockchain*, incaricato di rilevarne e monitorarne gli sviluppi, di sviluppare le competenze in materia e di diffondere informazioni su casi concreti.

È di tutta evidenza che, nei settori dell'industria e dei servizi, compresi quelli finanziari, le norme aperte svolgono un ruolo importante nella digitalizzazione, garantendo l'interoperabilità, riducendo le barriere commerciali e promuovendo l'innovazione. Promuovere l'adozione di tali norme in tutto il mondo contribuisce a garantire l'influenza dell'Europa nell'economia globalizzata al di là del mercato unico.

5 Il *FinTech* nel mercato digitale.

Nell'approccio strategico sopra delineato, assume rilievo, anche per il disegno dei modelli di servizio dell'industria finanziaria, lo sviluppo impetuoso del c.d. "*FinTech*".
Con tale termine (abbreviazione del termine inglese "*financial technology*") si intende il ventaglio di tecnologie finanziarie, inizialmente usato per definire le soluzioni informatiche applicate ai *back offices* delle banche e delle istituzioni finanziarie, e che ora comprende in modo più generico tutte le innovazioni tecnologiche che stanno rivoluzionando il settore finanziario.
La prima componente strategica da considerare è fornita dall'attuazione del "Piano d'azione per la creazione dell'Unione dei Mercati dei Capitali" pubblicato nel settembre 2015[13] e avente le finalità di: *i)* consentire alle imprese con innovativi modelli di attività finanziaria di poter operare in tutte le giurisdizioni dell'Unione europea sulla base di un'unica autorizzazione (in particolare, la principale proposta di regolamentazione riguarda le piattaforme *online* di *crowdfunding* per il finanziamento sotto forma di prestito o di capitale delle imprese *start-up* o di piccola dimensione), *ii)* incoraggiare l'introduzione di nuova tecnologia nei servizi finanziari e *iii)* incrementare la sicurezza tecnologica ed informatica (*cybersecurity*) del sistema finanziario.
Il Piano d'azione in parola ha manifestato l'intenzione della Commissione europea di adottare un approccio aperto al *FinTech*, anche in un'ottica di ampliamento e integrazione dei mercati dei capitali nell'Unione europea.
Successivamente e in continuità con la linea adottata in precedenza, l'8 marzo 2018 la Commissione europea ha pubblicato il Piano d'azione dedicato al *FinTech*[14]. Nelle intenzioni dell'organismo comunitario, l'Europa dovrebbe diventare un polo mondiale per le tecnologie finanziarie, e gli investitori e le imprese dell'UE dovrebbero poter trarre il massimo beneficio dai vantaggi offerti dal mercato unico in questo settore in rapida evoluzione.

[13] Comunicazione della Commissione europea (COM 2015 468 final) del 30 settembre 2015. L'attuazione del Piano d'azione sulla c.d. *Capital Markets Union* (CMU) è volta alla creazione di un più robusto e integrato sistema finanziario a livello di Unione europea mediante la realizzazione d'interventi normativi tesi a: (i) facilitare gli investimenti di capitale di rischio in imprese *start-up* e in sviluppo; (ii) favorire gli investimenti finanziari transfrontalieri; (iii) facilitare l'accesso delle PMI ai mercati azionari e obbligazionari. Il piano della CMU, insieme al completamento della *Banking Union* e al Piano d'azione per l'integrazione dei mercati dei servizi finanziari destinati ai consumatori al dettaglio, costituisce parte integrante del progetto dell'Unione Finanziaria delineato nel Rapporto dei cinque Presidenti sul Piano per rafforzare l'Unione economica e monetaria dell'Europa del giugno 2015.

[14] Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano d'azione per le tecnologie digitali: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo* (COM 2018 109 final), 23 marzo 2017.

Il piano d'azione intende consentire al settore finanziario di sfruttare lo sviluppo delle nuove tecnologie (come la blockchain, l'intelligenza artificiale e i servizi di cloud) ed, al tempo stesso, mira a rendere i mercati più sicuri e di più facile accesso per i nuovi operatori, con conseguenti benefici per i consumatori, gli investitori, le banche e i nuovi operatori.

Il piano d'azione fa parte degli sforzi della Commissione volti a creare un vero mercato unico per i servizi finanziari ai consumatori nel contesto di un mercato unico digitale, in linea con i rapidi progressi degli sviluppi tecnologici.

Nel dettaglio, le iniziative incluse nel piano d'azione per le tecnologie finanziarie si pongono tre obiettivi:

1) permettere ai modelli di business innovativi di espandersi al di fuori dello Stato membro di origine (attraverso, ad es., il c.d. passaporto europeo finanziario);

2) promuovere la diffusione dell'innovazione tecnologica nel settore finanziario (ad es. attraverso l'eliminazione degli ostacoli all'uso dei servizi di *cloud*);

3) rafforzare la sicurezza e la resilienza del settore finanziario (mediante il rafforzamento della c.d. "*cyber*-resilienza").

Anche alla luce delle recenti crisi sistemiche finanziarie ed economiche, le *FinTech* possono facilitare e automatizzare le procedure ai fini di conformità e di vigilanza, ad esempio nei confronti dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica della clientela ai sensi della normativa antiriciclaggio. Le tecnologie finanziarie pongono anche delle sfide, come ad esempio la gestione dei rischi connessi alla *cyber-security*, alla protezione di dati di consumatori e investitori e all'integrità del mercato. In un mercato finanziario integrato dell'Unione europea, anche in ragione dell'operatività trans-frontaliera supportata dalla tecnologia, è necessario il pieno rispetto di queste garanzie fondamentali.

A tal proposito, i rischi relativi alla *cyber-security* (*phishing*, furti di identità digitale, etc.) minano la fiducia di investitori e risparmiatori e minacciano la stabilità del sistema finanziario. Le frequenti violazioni della sicurezza evidenziano come gli attacchi informatici siano fonte di crescente preoccupazione. Sono necessari interventi decisivi per fronteggiare tali attacchi allo scopo di prevenire e attenuare le conseguenze negative per il settore finanziario e per i fruitori dei servizi finanziari. Aumentare la resilienza del settore finanziario nei confronti degli attacchi informatici è di fondamentale importanza per garantirne una protezione adeguata, per fare in modo che i servizi finanziari siano forniti in modo efficace e ordinato in tutta l'UE e per preservare la fiducia dei consumatori e degli operatori del mercato.

Anche in ottica di tutela del risparmio nella democrazia costituzionale 4.0, la regolamentazione tecnologica dovrà conciliare tre obiettivi: sfruttare i rapidi progressi tecnologici a vantaggio dell'economia, dei cittadini e dell'industria, contribuire a rendere più competitivo e innovativo il settore finanziario europeo e assicurare l'integrità del sistema finanziario dell'Unione europea a tutela e protezione dei risparmiatori ed investitori meno qualificati.

6 Il piano d'azione *FinTech*: le iniziative concrete

Ad oggi, diverse sono le iniziative adottate dalla Commissione europea:
- la Commissione ospiterà un laboratorio sulle tecnologie finanziarie, grazie al quale le autorità europee e nazionali potranno collaborare con i fornitori di tecnologia, in modo neutrale e in uno spazio non commerciale;
- la Commissione ha creato un Osservatorio e forum dell'UE sulla blockchain, che riferirà in merito alle sfide e alle opportunità delle criptovalute[15] nel corso del 2018 e sta lavorando a una strategia globale sulla tecnologia di registro distribuito e sulla blockchain per tutti i settori dell'economia.
La Commissione intende inoltre avviare consultazioni sul modo migliore per promuovere la digitalizzazione delle informazioni pubblicate dalle società quotate in Europa, anche attraverso il ricorso a tecnologie innovative per realizzare l'interconnessione delle banche dati nazionali. Ciò permetterà agli investitori, anche in ottica di tutela del risparmio, di accedere più facilmente a informazioni fondamentali per prendere decisioni consapevoli sui propri investimenti. La Commissione intende infine organizzare seminari per migliorare lo scambio di informazioni sulla cyber-sicurezza[16].

7. Conclusioni

È di tutta evidenza che realizzare il mercato unico digitale consentirebbe a cittadini ed imprese europee di sviluppare senza barriere il loro potenziale sociale, culturale, politico ed economico, dando piena attuazione, quanto meno a livello italiano, ai dettami costituzionali.
Si stima infatti che l'economia comunitaria crescerebbe di 415 miliardi all'anno e si potrebbero creare migliaia di posti di lavoro, con notevoli risparmi anche per i consumatori. Dall'altro lato, è necessario garantire, anche nell'ambiente digitale europeo, la tutela dei diritti dei cittadini (dalla *privacy* alla *security*, passando per i diritti di proprietà intellettuale e la tutela del risparmio) con idonei presidi logico-economici e strumenti giuridici adeguati.
A testimoniare l'attenzione delle istituzioni europee, il 6 giugno scorso la Commissione

[15] Una criptovaluta (o crittovaluta o criptomoneta) è una valuta paritaria, decentralizzata e digitale la cui implementazione si basa sui principi della crittografia per convalidare le transazioni e la generazione di moneta in sé. Esse utilizzano tecnologie di tipo *peer-to-peer* su reti i cui nodi sono computer di utenti disseminati in tutto il mondo. Non c'è attualmente alcuna autorità centrale che le controlla: le transazioni e il rilascio avvengono collettivamente in rete, pertanto non c'è una gestione di tipo "centralizzato". La criptovaluta più conosciuta è il c.d. "*Bitcoin*". Dopo l'avvento di questa moneta sono nate nel mondo tutta una serie di criptovalute, subito ribattezzate *altcoin*, che si differenziano per alcuni aspetti, e utilizzano un sistema differente dalla *blockchain*.

[16] In tale contesto, la Commissione presenterà un programma con migliori prassi sugli spazi di sperimentazione normativa, sulla base degli orientamenti forniti dalle autorità europee di vigilanza. Uno spazio di sperimentazione normativa è un quadro elaborato dalle autorità di regolamentazione che consente alle *start-up* nel settore delle tecnologie finanziarie e ad altri innovatori di effettuare sperimentazioni dal vivo in un ambiente controllato, sotto la vigilanza di un'autorità di regolamentazione. Gli spazi di sperimentazione normativa stanno acquistando popolarità, soprattutto nei mercati finanziari più sviluppati.

europea, per la prima volta, all'interno del *budget* europeo 2021 – 2027, ha deciso di dedicare una voce specifica di bilancio al programma europeo digitale, stanziando 9,2 miliardi di Euro da investire nella trasformazione digitale, nell'intelligenza artificiale, nelle capacità digitali, nella *cybersecurity* e nella computeristica ad alta *performance*[17].

Come indicato nella Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato digitale unico (2017), «la transizione verso un mercato unico digitale dell'UE basato sul sostegno ad una concorrenza equa e saldamente ancorato ai nostri valori, diritti e libertà fondamentali può aiutare l'Europa ad affrontare le numerose sfide economiche mondiali che l'attendono»[18].

Il ritardo accumulato in questi anni non può diventare motivo di giustificazione ed anzi attraverso il completamento del mercato unico digitale – un mercato sicuro, equo e aperto – può ripartire il processo di integrazione europea, favorendo anche quel sentimento europeista che, negli ultimi anni e complici le crisi sociali, economiche e finanziarie, si è perso e che è necessario ritrovare per rilanciare l'Unione europea dei cittadini: anche in campo digitale, per riprendere il Manifesto di Ventotene, «un'Europa libera e unita è premessa necessaria per il potenziamento della civiltà moderna»[19].

[17] Commissione europea, *Bilancio dell'UE: la Commissione propone di investire 9,2 miliardi di in un nuovissimo programma digitale*, 6 giugno 2018.

[18] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale, *Un mercato unico digitale connesso per tutti,* (COM 2017 228), 10 maggio 2017.

[19] A. Spinelli-E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene*, Milano, 2017.

Il registro delle attività di trattamento previsto dal GDPR: più di uno strumento di mera *compliance*.

Luca Giacomini, Carmine Andrea Trovato, Carlo Rossi Chauvenet

Keywords
Registro dei trattamenti, GDPR, Protezione dei dati personali, Mappatura dei dati, Privacy

1. I registri delle attività di trattamento

L'obbligo di predisporre un registro dei trattamenti si configura come una chiara applicazione del principio di *accountability,* ovvero l'obbligo per il titolare del trattamento di mettere in atto tutte le misure ritenute adeguate a garantire il rispetto di principi e obblighi dettati dal regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation*, da qui in poi "GDPR")[1] agli artt. 5 e 24, sia nella normale fase di raccolta dei dati personali (privacy *by default*) che in quella di sviluppo di nuovi prodotti e servizi (privacy *by design*), ma anche di darne chiara evidenza e dimostrazione.
Il registro dei trattamenti è quindi innanzitutto un documento, tenuto a cura del titolare e del responsabile, con il quale si dà evidenza di tutte le attività di trattamento svolte e si fornisce un quadro completo delle misure adottate.
Il registro è, peraltro, anche una preziosa fonte di informazioni per l'azienda ed è ragionevole ritenere che rivestirà sempre più un ruolo di rilievo anche al di fuori della mera tutela dei diritti dell'interessato. Se infatti il valore di un'azienda è dato, *inter alia*, dai beni e dai rapporti giuridici ad essa riconducibili, scontato per i debiti ed eventuali oneri derivanti da responsabilità attuali o potenziali nei confronti dei terzi (incluse le sanzioni comminate da autorità di vigilanza), al pari, l'indicazione delle banche dati utilizzate, delle finalità del trattamento e dei possibili destinatari dei dati raccolti, potrà fornire un contributo significativo nella determinazione del valore di un'azienda, in particolare nell'ambito delle operazioni di fusione e acquisizione.
Il registro dei trattamenti si candida quindi ad essere uno strumento necessario per cooperare con l'autorità di controllo, ma a divenire nel tempo un documento cardine dal quale desumere sia il valore dei dati raccolti sia i rischi connessi con il loro utilizzo in tutti i casi cui sia dubbio che la raccolta o il loro trattamento sia stato svolto nel pieno

[1] Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

rispetto degli obblighi di legge[2].

2. I registri nel Regolamento UE 2016/679

Il GDPR disciplina i registri delle attività di trattamento nel considerando 82 e nell'art. 30.

Il considerando prevede che i titolari e i responsabili del trattamento siano tenuti, oltre alle menzionate predisposizione e conservazione dei registri, ad una collaborazione attiva con l'autorità di controllo affinché sia data dimostrazione di aver implementato tutte le misure disposte dal Regolamento[3].

L'art. 30, par. 1, del GDPR dispone che «ogni titolare del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante, tengono un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità»[4].

Con riferimento al contenuto del registro, l'art. 30, par. 1, prescrive la necessità di indicare il nome e i dati di contatto del titolare e degli eventuali contitolari del trattamento, del rappresentante e, qualora nominato, del *Data Protection Officer* con lo scopo di rendere più agevole l'esercizio dei diritti da parte degli interessati.

È inoltre richiesta l'indicazione: delle finalità del trattamento, delle categorie di interessati e di quelle relative ai dati personali oggetto del trattamento, delle categorie di destinatari dei dati e, in caso di trasferimento extra Ue, delle garanzie adeguate adottate. Il trasferimento non può, in ogni caso, riguardare la totalità dei dati o intere categorie degli stessi presenti nel registro.

A tal punto, potrebbe essere legittimo chiedersi quale sia il significato dell'espressione "documentazione delle garanzie adeguate" indicata tra i requisiti del registro dei trattamenti, o meglio, se sia sufficiente la menzione delle garanzie adottate o sia invece opportuno allegare al registro gli elementi documentali a supporto della legittimità del trasferimento di cui all'art. 46 del GDPR[5]. L'art. 46 sul tema di trasferimento soggetto

[2] Dal registro dei trattamenti si potrebbe ad esempio comprendere che un certo database non è stato correttamente incrementato perché assente un'idonea informativa, oppure che la conservazione dei dati debba ritenersi non più possibile con riferimento a certe finalità. La circolazione del database unitamente all'azienda porrà quindi temi in relazione al valore dei dati trasferiti, ben sapendo che la loro utilizzabilità è pregiudicata. In questi casi, ancorché le soluzioni della prassi non siano univoche, è da ritenersi che il valore del database non possa che essere scontato per il numero di *entry* raccolte in violazione della normativa, ovvero pari a zero nel caso in cui riguardi tutti i dati inseriti.

[3] Cfr. considerando 82, GDPR: «Per dimostrare che si conforma al presente regolamento, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe tenere un registro delle attività di trattamento effettuate sotto la sua responsabilità. Sarebbe necessario obbligare tutti i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento a cooperare con l'autorità di controllo e a mettere, su richiesta, detti registri a sua disposizione affinché possano servire per monitorare detti trattamenti».

[4] Per quanto riguarda la figura del rappresentante, questa viene menzionata solo in maniera facoltativa perché la sua nomina sarà necessaria solo qualora il titolare del trattamento sia stabilito in un Paese extra UE.

[5] Cfr. art. 46, par. 1, GDPR: «In mancanza di una decisione ai sensi dell'art. 45, paragrafo 3, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può trasferire dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale solo se ha fornito garanzie adeguate e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi».

a garanzie adeguate, non fa alcun riferimento specifico all'eventuale documentazione da allegare al registro dei trattamenti. Inoltre, l'art. 30, par. 1, nel prevedere i contenuti obbligatori del registro utilizza la seguente dicitura «tale registro contiene tutte le seguenti informazioni…».

Appare più incline al dettato del GDPR, desumere che la norma si riferisca esclusivamente alle informazioni atte a provare tale adeguatezza e non specificamente alla documentazione richiesta a tal fine.

In ultimo, è previsto che il registro contenga una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative poste in essere dal titolare del trattamento, nonché, alla lett. *f)* del medesimo articolo, l'indicazione dei termini ultimi previsti per la cancellazione dei dati.

Con riferimento a quest'ultima fattispecie, che si riferisce alle categorie di dati e non alle attività di trattamento, vale la pena di sottolineare che, all'interno del GDPR non vi è un'espressa previsione che imponga al titolare di determinare in via preliminare il termine, trascorso il quale, dovrà provvedere alla cancellazione dei dati oggetto del trattamento. L'assenza di tale disposizione va tuttavia contemperata con la previsione dell'art. 13, par. 2, lett. *a),* il quale prevede come contenuto obbligatorio dell'informativa da fornire all'interessato anche l'indicazione del «periodo di conservazione dei dati personali o, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo».

Deve pertanto desumersi dal combinato disposto degli artt. 30, par. 1, lett. *f)* e 13, par. 2, lett. *a)* che nel registro dei trattamenti dovrà essere indicato, ove possibile, il periodo di conservazione dei dati o quantomeno i criteri utilizzati per determinare tale periodo, coerentemente a quanto disposto dall'art. 13, par. 2, lett. *a).*

L'art. 30, par. 2, del GDPR, disciplina invece il contenuto dei registri dei responsabili del trattamento. Le differenze tra i due registri saranno oggetto di specifica analisi nel corso di questo elaborato.

Nei paragrafi successivi dell'articolo, vale a dire il 3, 4 e 5 sono previste prescrizioni valide per entrambi i tipi di registri. Esse riguardano, in particolare, la forma dei registri (supporto cartaceo o anche elettronico), l'obbligo di collaborazione per i soggetti sopra menzionati con le autorità di controllo, che si sostanzia nella messa a disposizione dei registri qualora richiesto e l'esonero nella tenuta dei registri per le imprese con meno di 250 dipendenti «a meno che il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati»[6] vale a dire quelli sensibili o giudiziari[7].

Il progressivo svuotamento dell'iniziale esonero previsto nell'incipit del paragrafo, sembrerebbe ridimensionarne molto l'effettiva applicabilità, visto che la non occasionalità del trattamento di dati (ad esempio dei clienti ai quali si forniscono beni e servizi) o la natura sensibile dei dati trattati (ad esempio dei dipendenti, per l'espletamento di tutte le procedure inerenti l'assenza per malattia dal luogo di lavoro) possono configurarsi come requisiti comuni a molte realtà aziendali anche di dimensioni inferiori ai 250 dipendenti. Ad ogni modo, per le suddette imprese, non viene meno l'obbligo di dimostrabilità *ex* art. 24, par. 1, della conformità del trattamento al GDPR, dunque la tenuta

[6] Cfr. art. 30, par. 5, GDPR.

[7] A tal proposito, si vedano in particolare gli artt. 9, par. 1 e 10 del citato GDPR.

del registro dei trattamenti si configura come difficilmente eludibile. A conferma di quanto indicato, l'*Article 29 Working Party* si è espresso il 19 aprile 2018[8] affermando che le suindicate eccezioni alla tenuta del registro devono intendersi come alternative ed è pertanto sufficiente che l'attività di trattamento (i) comporti un rischio (non soltanto un "alto rischio") per i diritti e le libertà degli interessati, o (ii) non sia occasionale[9], o (iii) preveda il trattamento di dati sensibili o giudiziari perché si configuri l'obbligo di tenuta del registro. Tuttavia, il titolare del trattamento dovrà mantenere il registro soltanto per quelle attività che rientrano nei criteri elencati. Ad esempio, continua l'*Article 29 Working Party*, un'impresa di piccole dimensioni tratta regolarmente i dati dei propri dipendenti e pertanto, tale trattamento non potrà essere considerato "occasionale" e dovrà essere incluso nel registro.

Inoltre, come anticipato nelle premesse, ci sembra che il registro dei trattamenti debba essere considerato un utile strumento capace di esprimere in modo sintetico i dati raccolti dall'azienda e di consentire la loro verifica e valorizzazione nella fase di *due diligence* che precede eventuali operazioni straordinarie finalizzate all'acquisizione o alla fusione di società.

Da ultimo, vale la pena sottolineare che il mancato rispetto delle suddette prescrizioni previste per i registri è soggetto a sanzione amministrativa pecuniaria che può arrivare fino a 10.000.000 di euro, o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore[10].

3. Affinità e differenze fra i registri del titolare e del responsabile

Nel GDPR, la figura del responsabile del trattamento dei dati personali assume una dimensione maggiormente significativa.

Difatti, come indicato nel precedente paragrafo, il legislatore europeo ha stabilito anche per questi l'obbligo di tenuta dei registri. Proprio questo obbligo, sembrerebbe rafforzare l'idea che il legislatore europeo intenda la figura del responsabile come esterna rispetto alla struttura aziendale del titolare. Diversamente, se il responsabile rientrasse nell'organizzazione interna del titolare, la tenuta dei registri da parte di entrambi comporterebbe l'inutile sdoppiamento di tale procedura.

Al fine di cogliere le affinità e le differenze tra i registri previsti dai due paragrafi dell'art. 30, vale la pena esaminarne il contenuto.

In primo luogo, sono riscontrabili alcune ovvie differenze, insite nella natura dei ruoli dei due soggetti, come ad esempio quelle nell'incipit del primo paragrafo rispetto al

[8] *Article 29 Working Party*, *Position Paper on the derogations from the obligation to maintain records of processing activities pursuant to Article 30, par. 5 GDPR*, adottato il 19 aprile 2018.

[9] L'*Article 29 Working Party* considera che un'attività di trattamento possa essere definita come "occasionale" se non è svolta regolarmente ed è effettuata al di fuori del regolare svolgimento dell'attività di business dell'impresa ("*the regular course of business*") o dell'attività del titolare o del responsabile del trattamento. Per maggiori informazioni si vedano le Linee Guida dell'*Article 29 Working Party* sull'art. 49 del GDPR.

[10] Si veda, con riferimento alle sanzioni indicate, l'art. 83, par. 4, lett. *a)*, del GDPR.

secondo dell'art. 30, dove si legge che il titolare svolge l'attività di trattamento "sotto la propria responsabilità" mentre il responsabile lo fa "per conto di un titolare".
Inoltre, mentre la norma che si sofferma sul registro del titolare prevede un contenuto obbligatorio estremamente dettagliato (lettere dalla *a)* alla *g)* del paragrafo 1), con riferimento al contenuto del registro del responsabile, sono richiamati soltanto quattro dei sette punti precedentemente menzionati ossia quelli riferiti a: a) nomi e dati di contatto del responsabile o dei responsabili[11] e dei titolari di riferimento, b) categorie dei trattamenti, c) eventuali trasferimenti e garanzie adeguate adottate, d) misure di sicurezza tecniche e organizzative.
Difatti, la richiesta al responsabile del trattamento di redigere un registro «di tutte le categorie di attività relative al trattamento svolte per conto di un titolare» contenente tra le altre voci l'indicazione delle «categorie dei trattamenti effettuati»[12], impone allo stesso responsabile un contenuto meno stringente rispetto al registro del titolare, dovendo fornire questi solo le informazioni corrispondenti alle lettere *b)*, *c)* e *d)* previste nell'art. 30, par. 1, ovvero le finalità del trattamento, le categorie di interessati, nonché quelle degli eventuali destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati.
Con riferimento al requisito di cui all'art. 30, par. 1, lett. *f)*, inerente l'indicazione del termine di cancellazione, la scelta del legislatore europeo di escludere tale condizione all'interno del registro del responsabile del trattamento conferma che sarà il titolare a dover determinare i tempi di conservazione dei dati.
Di fatto spetta a quest'ultimo disporre in merito a tale attività nell'atto di nomina, indicando se al termine della prestazione il responsabile dovrà cancellare i dati, con che modalità dovrà comprovare di averlo fatto, nonché i poteri di controllo spettanti al titolare in tal senso. Quindi la cancellazione è da ritenersi operazione che spetta al titolare e sarà questi, nel caso, ad affidarla espressamente al responsabile. Tale assunto può essere dedotto dall'art. 28, par. 3, lett. *g)* che prevede che il contratto o il diverso atto contenente l'incarico a responsabile includa «su scelta del titolare del trattamento», la cancellazione o la restituzione di tutti i dati personali dopo che è terminata la prestazione dei servizi[13].
Passando oltre, troviamo rispettivamente all'art 3, par. 1, lett. *g)* e all' art. 30, par. 2, lett. *d)* uno dei principali elementi del registro, vale a dire la «descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'art. 31, par. 1».
Tale attività implica per entrambi i soggetti obbligati un'attenta analisi dei rischi, da valutare in relazione a diversi fattori tra cui: il contesto in cui le attività avvengono, la tipologia di trattamento effettuato, le modalità di trattamento, le finalità di trattamento, gli strumenti utilizzati e in ultimo anche il luogo di conservazione[14].

---

[11] Si noti come, prevedendo l'obbligo di indicazione di tutti i responsabili (compresi i sub-responsabili) il legislatore abbia dato al titolare la possibilità di avere sempre traccia di tutti i soggetti che effettuano il trattamento per conto del responsabile e, indirettamente, per suo conto come ad esempio i subappaltatori o altre società del gruppo del responsabile, manifestando ancora una volta l'importanza del principio di *accountability*.

[12] Come previsto espressamente dall'art. 30, par. 2, lett. *b)* del GDPR.

[13] P. Marini, - *Regolamento Privacy UE: come, quando e perché si compila il registro del trattamento del titolare e del responsabile*, in *Pluris – Quotidiano giuridico*, Wolters Kluwer, 18 novembre 2016.

[14] Si veda per l'appunto l'articolo 32(1).

Per concludere, alla luce del dato normativo analizzato, si ritiene che i due registri seppur collegati attraverso l'atto di nomina, non avranno identico contenuto e non indicheranno le medesime misure di sicurezza. I mutamenti dei fattori appena elencati comporteranno, inevitabilmente, una valutazione del rischio diversa per ogni attività con differenti misure di sicurezza adeguate.
Tabella riassuntiva delle affinità-differenze fra i due registri

Registro del Titolare	Registro del Responsabile
a) nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati;	a) il nome e i dati di contatto del responsabile o dei responsabili del trattamento, di ogni titolare del trattamento per conto del quale agisce il responsabile del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento e, ove applicabile, del responsabile della protezione dei dati;
b) le finalità del trattamento;	
	b) le categorie dei trattamenti effettuati per conto di ogni titolare del trattamento;
c) una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali;	
d) le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di paesi terzi od organizzazioni internazionali;	
e) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'art. 49, la documentazione delle garanzie adeguate;	c) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'art. 49, la documentazione delle garanzie adeguate;
f) ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati;	
g) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'art. 32, paragrafo 1.	d) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'art. 32, paragrafo 1.

4. Il Data Protection Officer e i registri

Come visto nei paragrafi precedenti, in merito ai registri dell'attività di trattamento di dati personali, l'art. 30 del GDPR stabilisce che l'obbligo di tenerli ricade sul titolare o

sul responsabile, ma nulla prevede per il *Data Protection Officer* (*DPO*).
Tale figura, disciplinata dagli articoli che vanno dal 37 al 39, costituisce una novità assoluta nel panorama italiano della privacy, ma non in quello europeo e mondiale. Il DPO è considerato dal legislatore europeo uno degli elementi chiave all'interno del nuovo sistema di *governance* dei dati e rappresenta anch'esso un elemento fondante del principio di *accountability*.
Al *Data Protection Officer* «saranno affidati compiti sostanziali, per assicurare il rispetto della normativa in materia di privacy da parte della società o ente nell'ambito del quale viene designato. Sarà affidato a questo nuovo soggetto, dotato di una specifica professionalità nel settore della protezione dei dati personali, il ruolo di "presidio avanzato" del rispetto dei princìpi e degli adempimenti in materia nonché di interlocutore ed elemento di connessione tra i titolari del trattamento e l'Autorità»[15].
Non essendoci nel GDPR però alcuna prescrizione per il DPO inerente i registri delle attività di trattamento, si può desumere che non vi siano particolari obblighi o impedimenti affinché, nell'espletamento di tale compito, il titolare o il responsabile del trattamento possano avvalersi del suo ausilio o addirittura affidino direttamente a lui tale compito. Invero «niente vieta al titolare o al responsabile del trattamento di affidare al RPD (DPO) il compito di tenere il registro delle attività di trattamento sotto la responsabilità del titolare o del responsabile stesso» [16].
Infatti, tali registri devono essere considerati come uno degli strumenti che consentono al *Data Protection Officer* di adempiere agli obblighi espressamente previsti nel Regolamento, vale a dire quelli di sorveglianza del rispetto delle norme privacy e di informazione e consulenza nei riguardi del titolare e del responsabile.
Resta tuttavia aperta la questione su quale, tra i soggetti del trattamento, debba sorvegliare in merito alla coerenza tra i registri del responsabile e del titolare, se quest'ultimo o il DPO. Una prima ipotesi, prevede che, in virtù dell'art. 39, par. 1, lett. *b)*, qualora vi sia la nomina del *Data Protection Officer*, questi abbia l'onere di verificare la non contraddittorietà dei registri proprio in virtù dei compiti di sorveglianza poc'anzi menzionati intrinsecamente connessi a tale figura[17].
Un'applicazione letterale del principio di *accountability*, suggerirebbe invece che sia il titolare ad avere tale compito, in quanto egli «deve essere in grado di dimostrare che il trattamento è effettuato in conformità al presente regolamento (GDPR)»[18]. Seppure non sia possibile dare una risposta univoca a tale quesito, vale la pena ricordare che

[15] Relazione dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali del 2015, pag. 135. I compiti del DPO sono espressamente menzionati all'art. 39 del Regolamento e sono fra gli altri quelli di: informare e fornire consulenza in materia privacy al titolare e al responsabile del trattamento; sorvegliare all'interno dell'azienda l'osservanza del Regolamento; fornire un parere in merito alla valutazione d'impatto e sorvegliarne lo svolgimento; cooperare con l'autorità di controllo; fungere da punto di contatto fra detta autorità e l'azienda di appartenenza.

[16] *Article 29 Working Party*, WP 243 rev. 01, Linee-guida sui responsabili della protezione dei dati - Adottate il 13 dicembre 2016 - Versione emendata e adottata in data 5 aprile 2017, pag. 20.

[17] Cfr. art. 39, par. 1, lett. *b)*, GDPR: «Il responsabile della protezione dei dati è incaricato almeno dei seguenti compiti: sorvegliare l'osservanza del presente regolamento, di altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati nonché delle politiche del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in materia di protezione dei dati personali».

[18] Cfr. art. 24, par. 1, GDPR.

«nella realtà sono spesso i RPD (DPO) a realizzare l'inventario dei trattamenti e a tenere un registro di questi sulla base delle informazioni fornite loro dai vari uffici o unità, che trattano dati personali. È una prassi ormai consolidata e fondata sulle disposizioni di numerose leggi nazionali, nonché sulla normativa in materia di protezione dei dati applicabile alle istituzioni e agli organismi dell'Unione europea»[19].
In virtù del principio di *accountability* la responsabilità ricadrebbe sul titolare, risulta pertanto opportuno prevedere all'atto della nomina una specifica clausola che disciplini l'obbligo di sorveglianza sulla coerenza dei registri in capo al DPO.

5. Affinità e differenze fra i registri del titolare e il Documento Programmatico sulla Sicurezza

Si è detto che il principio di *accountability*, così come la conseguente introduzione dell'obbligo per titolari e responsabili di tenuta dei registri dell'attività di trattamento, costituiscono alcune fra le più importanti novità introdotte dal GDPR.
In realtà, fino al 2012 era previsto per i titolari che effettuavano trattamenti di dati personali con l'ausilio di strumenti elettronici in Italia, l'obbligo di tenuta di un documento dal contenuto simile: il documento programmatico sulla sicurezza (DPS)[20].
Infatti, il par. 19 oggetto di abrogazione nel 2012, stabiliva che il titolare di un trattamento di dati sensibili o giudiziari effettuato con strumenti elettronici era tenuto, entro il 31 marzo di ogni anno, a redigere un documento programmatico sulla sicurezza del trattamento medesimo[21].
Il contenuto dei DPS nella prassi è stato sempre ritenuto estensibile, ma non ovviamente obbligatorio, anche per quei trattamenti effettuati con strumenti elettronici che non hanno ad oggetto specificamente dati sensibili e giudiziari. Dunque, alla luce di quanto sopra esposto, le nuove disposizioni previste dal Regolamento inerenti la tenuta dei registri, seppur innovative, non hanno certo una portata rivoluzionaria per i titolari che fino al 2012 effettuavano trattamenti di dati sensibili e giudiziari con l'ausilio di strumenti elettronici ed erano quindi obbligati a redigere il DPS.
Tra queste, vale la pena menzionare l'obbligo per il titolare di dover indicare nei registri ulteriori elementi del trattamento, quali ad esempio: il Paese o l'organizzazione destinatari in caso di trasferimenti di dati personali e le relative misure di garanzia adottate

[19] *Article 29 Working Party*, *op. cit.,* 20.

[20] L'art. 34, lett. *g)* del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, "Codice privacy") rimandava al par. 19 dell'Allegato B (denominato "Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza") per la definizione del suo contenuto. Questo richiedeva l'indicazione espressa: dell'elenco dei trattamenti dei dati personali effettuati dal titolare; della distribuzione dei compiti e delle relative responsabilità; dell'analisi dei rischi del trattamento, delle misure di garanzia per l'integrità, la disponibilità dei dati e la protezione delle aree e dei locali dove essi erano custoditi; della descrizione dei criteri e delle modalità per il ripristino dei dati in caso di danneggiamento o distruzione; della formazione degli incaricati; dei criteri per l'adozione delle misure minime di sicurezza; dei criteri per la cifratura e per la separazione dagli altri dati in caso di trattamento di dati sensibili inerenti alla salute e alla vita sessuale.

[21] Obbligo appunto abrogato dall'art. 45, c. 1, lett. *d),* del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni, dalla l. 4 aprile 2012, n. 35.

(*ex* art. 30, par. 1, lett. *e)* del GDPR), ed i termini ultimi previsti per la cancellazione dei dati (*ex* art. 30, par. 1, lett. *f)* del GDPR).[22]

L'art. 30 del GDPR non dispone però né una data, come il canonico «entro il 31 marzo di ogni anno» del paragrafo 19 dell'Allegato B, né un vero e proprio obbligo di aggiornamento. È da ritenersi assodato, a parere del sottoscritto, che il legislatore europeo abbia inteso che a ogni novità riguardante un elemento del registro corrisponda un obbligo di modifica del medesimo, a cura del titolare e/o del responsabile del trattamento, nei campi di rispettiva competenza.

È possibile notare, inoltre, come «l'analisi dei rischi che incombono sui dati» di cui al par. 19, c. 3, dell'Allegato B sia stata assorbita dalla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati prevista dall'art. 35 del GDPR.

In ultimo, vale la pena rilevare che per i registri vi è la totale assenza della previsione della formazione per il personale come invece previsto nel par. 19, c. 6, dell'Allegato B, ma tale obbligo è stato riassorbito nelle disposizioni di carattere generale dell'art. 24 del GDPR, vale a dire nelle misure minime di sicurezza che il titolare deve obbligatoriamente adottare per porre in essere un trattamento di dati personali.

Tabella riassuntiva delle affinità-differenze fra i registri e il dps

Registri delle attività di trattamento ex art. 30, par. 1, del Regolamento	**Documento Programmatico per la Sicurezza ex par. 19 dell'Allegato B del Codice privacy**
il nome e i dati di contatto del titolare e, nel caso presenti, del rappresentante, del contitolare e del DPO (lett. *a)*);	elemento non obbligatorio;
le finalità del trattamento (lett. *b)*);	elemento non obbligatorio;
ove applicabile, una descrizione delle categorie degli interessati e delle categorie di dati personali (lett. *c)*);	l'elenco dei trattamenti di dati personali (c. 1);
le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di paesi terzi od organizzazioni internazionali (lett. *d)*);	elemento non obbligatorio;
ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'art. 49, la documentazione delle garanzie adeguate (lett. *e)*);	elemento non obbligatorio;

[22] Tali novità sono anche la logica conseguenza di ciò che di nuovo è stato introdotto dal Regolamento, ad esempio il diritto alla cancellazione *ex* art. 17.

ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati (lett. *f)*);	elemento non obbligatorio;
una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche ed organizzative (lett. *g)*);	la distribuzione dei compiti e delle responsabilità nell'ambito delle strutture preposte al trattamento dei dati (c. 2);
una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche ed organizzative (lett. *g)*);	le misure da adottare per garantire l'integrità e la disponibilità dei dati, nonché la protezione delle aree e dei locali, rilevanti ai fini della loro custodia e accessibilità (c. 4);
una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche ed organizzative (lett. *g)*);	la descrizione dei criteri e delle modalità per il ripristino della disponibilità dei dati in seguito a distruzione o danneggiamento (c. 5);

6. L'introduzione dei registri in relazione all'eliminazione dell'obbligo di notificazione di specifici trattamenti all'Autorità Garante

Secondo il quadro giuridico attuale, nella vigenza dell'art. 21 della direttiva 95/46/CE e dell'art. 37 del Codice privacy, è il Garante per la protezione dei dati che detiene il registro pubblico dei trattamenti, vale a dire il registro delle notificazioni in cui sono conservati, ai fini di pubblicità, tutti i trattamenti notificati all'Autorità medesima[23].
Invero, in base all'art. 37 del Codice privacy, rubricato come "notificazione del trattamento", devono essere notificati dai titolari al Garante, secondo le modalità di cui all'art. 38[24], tutti quei trattamenti che hanno per oggetto: dati genetici, biometrici o idonei a rivelare la posizione geografica; dati sensibili (quelli idonei a rivelare lo stato di salute, la vita sessuale, l'orientamento religioso, politico e sindacale di un soggetto); dati oggetto di profilazione (dati idonei a rivelare le scelte di consumo ecc.) e i dati economico-bancari. Tali trattamenti hanno infatti ad oggetto categorie di dati personali particolari o sono effettuati con modalità specifiche che possono generare un elevato rischio di pregiudizio dei diritti e delle libertà degli interessati.
L'art. 37, c. 4, stabilisce inoltre che «il Garante inserisce le notificazioni ricevute in un registro dei trattamenti accessibile a chiunque e determina le modalità per la sua consultazione gratuita per via telematica, anche mediante convenzioni con soggetti pubblici o presso il proprio Ufficio».

[23] Si veda quanto specificato nella nota n.2.

[24] L'art. 38 prescrive le modalità con le quali la notificazione deve avvenire. Questa deve essere presentata al Garante prima dell'inizio del trattamento ed una sola volta a prescindere dal numero delle operazioni e della durata del trattamento, potendo riguardare uno o più trattamenti con finalità correlate. Inoltre, la notificazione deve avvenire trasmettendo direttamente al sito dell'Autorità l'apposito modello compilato in tutte le sue parti. Detto modello richiede l'indicazione dei seguenti elementi del trattamento: i dati identificativi del titolare, dell'eventuale rappresentante e del responsabile; le finalità; le categorie di interessati e di dati; i destinatari oggetto di eventuale comunicazione degli stessi; i trasferimenti extra Ue, una descrizione generale delle misure di sicurezza adottate.

Con il GDPR però l'obbligo di notificare questi trattamenti verrà meno.
Il legislatore europeo ha difatti osservato nel considerando 89 che «tale obbligo comporta oneri amministrativi e finanziari [e] non ha sempre contribuito a migliorare la protezione dei dati personali. È pertanto opportuno abolire tali obblighi generali e indiscriminati di notifica e sostituirli con meccanismi e procedure efficaci che si concentrino piuttosto su quei tipi di trattamenti che potenzialmente presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, per loro natura, ambito di applicazione, contesto e finalità.»
Ciò però non sottrae alcun potere alle autorità di protezione dei dati, bensì apporta loro vantaggi nell'applicazione dell'art. 58, par. 1, lett. *b)* relativo al potere di indagine «sotto forma di attività di revisione». Lo svolgimento di azioni di verifica viene agevolato proprio dal fatto che l'attuazione da parte del titolare, del principio di responsabilizzazione fornisce all'autorità, proattivamente, informazioni utili per monitorare i livelli di conformità dei trattamenti posti in essere[25].
A parere di chi scrive, invero, proprio nell'ottica di una piena responsabilizzazione dei titolari dei trattamenti, il legislatore europeo ha ritenuto ultroneo mantenere un registro pubblico detenuto dall'Autorità, che avesse le medesime informazioni contenute nei registri di cui all'art. 30, in quanto, proprio con la previsione di questo nuovo strumento, saranno gli stessi titolari a documentare le attività che riguardano i trattamenti effettuati, secondo quel meccanismo già menzionato di cosiddetta "inversione dell'onere probatorio". Questo peraltro permetterà di sgravare sia il Garante dalla tenuta del registro pubblico delle notificazioni dei trattamenti, onere non da poco, sia i titolari dal pagamento dei diritti di segreteria.
I registri delle attività di trattamento costituiscono il primo passo per l'effettiva attuazione del principio di *accountability* da parte del titolare. Infatti, mappando e definendo il contesto dei trattamenti posti in essere, il titolare è in grado di decidere in modo più consapevole se sia necessario o meno compiere una valutazione d'impatto privacy e procedere alla nomina di un *Data Protection Officer*.

[25] C. Bistolfi, *Le obbligazioni di compliance in materia di protezione dei dati*, in AA. VV., L. Bolognini - E. Pelino - C. Bistolfi, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali,* Milano, 2016, 327.

Recensioni

Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione

Recensione a F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

Matteo Monti

Il volume *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione* è un collettaneo curato e ispirato da Franco Pizzetti, fattosi promotore di una significativa e notevole opera che ha riunito importanti Autori e esperti di *Internet Law*.
Il *file rouge* che guida la lettura dei vari contributi e ispira i capitoli del libro è quello del rapporto fra dati personali e Intelligenza Artificiale alla luce del nuovo Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali (d'ora in poi GDPR), ma non solo. D'altronde il GDPR è il quadro di riferimento preferibile in cui leggere i possibili sviluppi dell'*Artificial Intelligence* (d'ora in poi AI), in quanto oltre a essere il campo della regolazione più avanzato nelle nuove tecnologie, si pone anche in una prospettiva «più orientata alla realtà attuale e a quella futura di quanto non fosse la Direttiva» (p. XVI).

La prima parte del volume, intitolata "*La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*", è composta da un unico contributo dello stesso Franco Pizzetti. Si tratta di un corposo saggio di quasi 190 pagine che forse avrebbe meritato la natura di opera monografica per chiarezza e approfondimento. La scelta di dedicare così tante pagine al tema del rapporto e delle interazioni fra *data protection* e AI è quasi opzione obbligata, acclarato che il campo della privacy e del trattamento dei dati personali appare quello nel quale la regolazione è maggiormente sviluppata. La normativa sulla *data protection* è, inoltre, individuata come cornice ideale anche perché il GDPR è sotteso a una duplice *ratio*: da un lato tutelare i diritti fondamentali e dall'altro garantire la libera circolazione dei dati «per promuovere lo sviluppo dell'economia digitale» (p. 13).
Assume dunque precipua importanza determinare come uno strumento giuridico già in vigore – o meglio la sua versione 2.0, dove la 1.0 era la Direttiva – possa affrontare le incognite dell'Intelligenza Artificiale. Nella disciplina a protezione dei dati personali è utilissimo comprendere – e il contributo è fondamentale in tal senso – come i vari istituti del GDPR possano applicarsi allo sviluppo dell'AI, data anche la funzione proattiva che il Regolamento si promette di svolgere guardando non solo al presente.
Nello sviluppare questo tema l'ex presidente del Garante privacy compie un'esegesi attenta e puntuale del nuovo regolamento, delle singole norme e delle sue implicazioni sull'Intelligenza Artificiale. Con una diligenza ineccepibile l'Autore ricostruisce la disciplina del GDPR dall'alto della sua esperienza e dalla vasta conoscenza acquisita in materia, che trasuda da queste pagine e dalle riflessioni sviluppate. Alle singole norme del GDPR sono poi affiancate interessanti e ricche considerazioni in relazione all'ap-

plicazione dello stesso in caso di trattamenti mediante AI e non solo. Alcuni esempi di questa disamina sono: le ricadute del principio di trasparenza sul trattamento di dati mediante AI (p. 22); il rapporto fra il diritto alla cancellazione e l'AI (p. 28); l'intersezione fra la valutazione di impatto, il ruolo dell'Autorità di controllo e l'AI (p. 70-71); il possibile problema dei robot come contitolari del trattamento (p. 76) o come titolari finali (p. 88); le modulazioni dei principi di privacy by default (p. 112) e – soprattutto – privacy by design (p. 121 e ss.) rispetto all'AI; etc.
Sarebbe comunque riduttivo ritenere che il contributo di Franco Pizzetti si limiti a uno studio della materia della privacy, allargandosi anche a considerazioni di più ampio respiro come la responsabilità dell'AI (p. 90), la soggettività dei robot (p. 174) e la regolamentazione. In relazione a quest'ultima l'Autore sottolinea come il GDPR possa essere considerato un importante tassello tramite il triangolo *tutela - responsabilità dei titolari - ruolo delle Autorità di controllo*: «si delinea un GDPR non solo flessibile ma in grado di costituire una base normativa adeguata a consentire che la tutela dei dati personali svolga un ruolo dinamico e importante nel sistema di Governance della società digitale» (p. 56). In questa prospettiva di regolazione o di governance, nel binomio fra etica e legge l'Autore sembra prediligere una terza via: quella di meccanismi misti o di soft law (p. 180-181). In questo senso i Codici di Condotta (p. 175 e ss.) previsti dal GDPR possono rappresentare un'ottima soluzione per contemperare vantaggi e svantaggi del binomio sopravvisto e per disciplinare settori specifici. Ancora una volta, dunque, il GDPR e la sua disamina si rilevano forieri di considerazioni non limitate alla privacy, ma estendibili molto al di là. La conclusione e l'auspicio finale è che «da uno sforzo coerente e coordinato di tutti gli attori in gioco possa emergere una vera e propria *Governance europea della tutela dei dati personali nel mondo della IA*» (p. 186).

La seconda parte del volume "*Intelligenza Artificiale e regolazione*" si compone, invece, di una serie di saggi che coprono le più disparate materie e i più diversi campi in cui l'AI può portare innovazioni, miglioramenti o problematiche.

Questa parte si apre con il saggio di Antonio Caselli "*Dagli artifici dell'intelligenza all'Intelligenza Artificiale*" (191-205) che è un interessante excursus sulla storia del rapporto uomo-creature fra mitologia, prime invenzioni e letteratura fantascientifica.
Lo spaccato culturale e sociologico – si potrebbe dire – che il saggio fornisce è un tassello della complessa tematica della AI, che serve a darne un inquadramento storico-letterario-filosofico. Dalle suggestioni dei Golem e del paradigma dell'apprendista stregone della tradizione ebraica fino al film Terminator, l'Autore, passando anche dall'anatra digeritrice di de Vaucanson, si cimenta con la complessa lettura mediale del fenomeno della creazione di "esseri artefatti", di cui l'intelligenza autonoma è spesso un tratto caratteristico. Dalle leggi di Asimov fino alle suggestioni letterarie di Lem circa le emozioni delle macchine, si arriva alla contemporanea problematica dell'AI, o meglio, delle Intelligenze Artificiali, al plurale (p. 202). Partendo dalle riflessioni di Etzioni e Bostrom, l'Autore conclude che vi è «la necessità di adottare un approccio proattivo e olistico nello sviluppare le mille forme di Intelligenza Artificiale verso cui si indirizzano gli studi attuali» (p. 204.)

Giuseppe Italiano, in maniera puntuale e in ideale prosecuzione con il contributo precedente, sviluppa un capitolo dedicato all'evoluzione dell'Intelligenza Artificiale, partendo dal *Darthmouth Summer Research* del 1956. "*Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*" (207-224) – il terzo saggio del volume – analizza in modo diacronico gli "inverni" e le "estati" della ricerca in campo di AI, in termini di risorse e sviluppi. Il capitolo è prodromico a comprendere in che cosa la fase attuale – la nuova estate, nella terminologia dell'Autore – si diversifica da quelle del ventennio 1956-1974 e del decennio degli anni '80. Quella attuale secondo l'Autore non è la solita bolla dell'AI, ma un fenomeno consolidato: «la più grande differenza tra l'Intelligenza Artificiale del presente e quella del passato, è che adesso abbiamo a disposizione la potenza di calcolo necessario, e che le grandissime quantità di dati disponibili e le tecniche per gestirli consentono all'Intelligenza Artificiale di ieri di esprimere appieno le sue potenzialità» (p. 218).
Tale connotazione permetterà all'AI di diventare protagonista indiscussa di quest'epoca, aprendo alla stagione – riprendendo le metafore di Italiano e una nota serie televisiva – della "Lunga Estate" dell'Intelligenza Artificiale. Le ripercussioni di questa innovazione dirompente sui vari ambiti della vita e gli interrogativi che l'Autore apre nelle conclusioni sono ripresi - in parte - dai contributi che seguono.

Il primo dei quali è il saggio di Maurizio Naldi "*Prospettive economiche dell'Intelligenza Artificiale*" (225-238) che parte proprio dalle considerazioni che portavano Italiano - nel saggio precedente - a parlare di un periodo d'oro per l'AI, evidenziandone i crescenti investimenti nel campo dell'Intelligenza artificiale.
Il saggio di Naldi è di taglio prettamente economico e analizza l'impatto dell'AI e le sue problematiche da vari punti di vista: dal *funding gap* negli investimenti, ai settori in cui l'AI ha trovato maggior applicazione, fino ai vantaggi attesi da un suo impiego massiccio. L'analisi è correlata da grafici e tabelle che forniscono precisamente i trend di evoluzione dell'impiego dell'AI. L'impatto macroeconomico che l'utilizzo sempre maggiore dell'AI potrà avere è analizzato dal punto di vista delle dinamiche della sostituzione della forza lavoro fisica con quella virtuale. L'Autore esprime una visione ottimistica del progresso tecnologico, che richiederà tuttavia «un netto aumento del tasso di alfabetizzazione digitale» (p. 238). «Il vero fattore divisivo per il mercato del lavoro sarà quindi probabilmente la capacità di impiegare (..) le nuove tecnologie digitali» (p. 238).

Il capitolo "*IA e (in)sicurezza informatica*" (239-264) di Danilo Benedetti è un saggio dall'indubbia utilità, in merito alla comprensibilità per i non tecnici dei sistemi di sicurezza informatica e per la chiarezza dei contenuti esposti. Partendo dalle nozioni più basilari della Sicurezza Informatica come la c.d. Terna AIC (*Availability, Integrity, Confidentiality*) vengono analizzate le implicazioni della sicurezza informatica in vari settori. Per fare questo l'Autore transita da un'analisi dell'*Internet of Things* (IoT) e dei suoi impieghi (Dispositivi indossabili; sistemi domotici; sistemi per Smart Cities; connected car) per approdare, infine, all'analisi della sicurezza nello IoT. Paragrafi ricchi di spunti di riflessione e considerazioni illuminanti sono poi dedicati a temi quali: l'intelligenza

artificiale nella sicurezza pubblica, l'intelligenza artificiale e gli scenari per la difesa, le vulnerabilità dell'intelligenza artificiale e le sue implicazioni (è una «minaccia esistenziale»?). L'Autore conclude che l'AI è «un progresso che non può essere arrestato, ma che può e deve essere governato. I temi della sicurezza e della privacy vanno affrontati a livello sistemico e non lasciati all'arbitrio dei soli produttori» (p. 264).

Il successivo saggio analizza uno degli aspetti fondamentali per lo sviluppo dell'Intelligenza Artificiale, ossia quello della qualità dei dati utilizzati dall'AI. Il saggio "*Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*" (265-292) di Giuseppe D'Acquisto svolge una completa e approfondita disamina del tema, soffermandosi sugli inconvenienti e gli errori derivanti dai bias e sulla necessità emersa negli ambienti informatici di controllare attentamente i codici e le loro variabili. D'altronde una volta approntato un *dataset* idoneo e di qualità sembrano porsi pochi limiti alle possibilità dell'AI: da questo punto di vista è - in particolare - sottolineata la necessità del ruolo neutrale del mediatore. Egli non deve trarre vantaggi da determinati output dell'AI che potrebbero portarlo a modulare il codice in maniera conforme ai suoi utili; questa dinamica si lega a doppio filo con una questione di fiducia nei dati (e nell'AI) del pubblico. Il saggio evidenzia come – soprattutto - i Bad Data siano in primo luogo un costo sociale sia in termini di risultati rischiosi rispetto all'output dell'AI sia in termini di distorsione dell'immagine della società: per evitare l'impiego di *bad data* «purtroppo non vi sono ricette salvifiche valide universalmente» (p. 288). L'unico strumento è quello di una responsabilizzazione degli operatori che permetta una comunicazione, trasmissione e trattamento dei dati efficiente e corretta. Rispetto a un processo di rischio di perdita di controllo sull'AI, secondo l'Autore permangono tre soluzioni percorribili, in sintesi: i) elevare il grado di trasparenza dell'AI; ii) limitarne l'uso; iii) intervenire sui dati e garantirne la qualità, anche per successive approssimazioni. Quest'ultima è la strada auspicata dall'Autore.

Roberta Angelini si concentra con il suo saggio "*Intelligenza Artificiale e Governance. Alcune riflessioni di sistema*" (293-317) sui macro problemi dell'AI in determinati settori come la privacy, il mercato, il lavoro, l'etica e l'amministrazione pubblica. «In una prospettiva di governance, l'IA è destinata a incrociare e "sfidare" le istituzioni nazionali e sovrannazionali sotto diversi profili» (p. 296).
Il paragrafo sulla privacy ricostruisce la necessità di "neutralità tecnologica" da intendersi come indifferenza del mezzo rispetto alla primazia della tutela dei dati personali; quello su mercato e concorrenza, invece, si concentra sulle problematiche di "innovazione distruttiva" dell'AI in cui «i *Big Data* sono quello che il petrolio fu nel secolo scorso» (p. 302). Il paragrafo su "uguaglianza e lavoro" si focalizza invece in maniera meno ottimista del saggio di Naldi sui pro e contro dell'impiego della AI nel mercato del lavoro, evidenziando le necessarie «strategie per l'integrazione e la riqualificazione» (p. 308) dei lavoratori umani a rischio; quello su "etica e fiducia" invece sottolinea l'utilizzo problematico dell'AI in settori specifici come la difesa e la necessità di costruire un circolo di fiducia nella società rispetto all'impiego dei robot. *Last but not least*, il paragrafo sull'amministrazione pubblica e l'AI, riprendendo sottotraccia il tema della

fiducia e unendolo a quello del sentimento di comunità dei cittadini, esemplifica alcuni possibili sbocchi dell'Intelligenza Artificiale in questo settore, sottolineando l'esigenza di garantire la «massima trasparenza sulle regole di ingaggio del *robot* a servizio del funzionario pubblico» (p. 314). L'impatto dell'AI in questi vari campi – in conclusione – dipenderà «dalle scelte di policy dei prossimi anni» (p. 317).

"*La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*" (319-331) è un breve saggio di Alessandro Spina su un tema di interesse e attualità: quello delle nuove frontiere della medicina. Dopo una ricognizione delle più recenti evoluzioni della medicina ai tempi dell'AI, l'Autore si concentra sui profili della datificazione in ambito medico e del complesso e complicato rapporto della *data protection* nel settore sanitario in relazione al GDPR, fra innovazioni e trasformazioni. Nella consapevolezza di dover affrontare le nuove sfide della medicina sotto il profilo regolatorio, scientifico e sociale «Non sembra essere del tutto fuorviante l'osservazione che la rivoluzione dei dati possa significare anche per la medicina come per altri campi del sapere umano, uno di quei momenti di trasformazione dell'idea stessa di conoscenza» (p. 330).

Tre Autori d'indubbio spessore, Marco Bassini, Laura Liguori e Oreste Pollicino, si impegnano, nel capitolo "*Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*" (333-371), ad affrontare il tema complesso e futuristico delle forme di responsabilità giuridica dell'AI. La domanda di ricerca del saggio - chiara ed esplicita - riguarda la possibilità per il Legislatore di creare norme ad hoc per l'AI o cercare di adattare quelle esistenti. Una approfondita introduzione delinea i termini della questione, le definizioni che vengono utilizzate e il diverso approccio dell'ordinamento statunitense e di quello europeo. Il capitolo svolge – a questo proposito - una attenta ricostruzione del paradigma dell'Unione Europea di cui si rilevano le normative applicabili ai robot e la risoluzione del PE su diritto civile e robotica. Segue la disamina del quadro giuridico degli Stati Uniti d'America, della dottrina e della giurisprudenza delle Corti.
La successiva ricognizione dei modelli di responsabilità e delle loro implicazioni di principio si sofferma sull'idoneità delle norme vigenti a disciplinare l'AI. Nell'ambito del diritto civile si analizzano le norme in materia di *strict liability* e di *culpa in eligendo,* così come le ricostruzioni volte a ricondurre la responsabilità dei robot a quella degli animali o dei minori; e infine si rileva come da alcuni sia stata anche proposta la possibilità di richiamarsi alla norma della responsabilità del datore di lavoro per fatto commesso dal dipendente al fine di inquadrare quella precipua dell'AI. Più complesse e intricate le ricostruzioni in ambito di responsabilità penale che, riprendendo l'opera di Hallevy, vanno ricomposte all'interno delle categorie del nostro diritto penale e che sono oggetto nel saggio di riflessioni critiche. La continua evoluzione della problematica e l'adesione a una visione ispirata dall'analisi economica, che contemperi tutela delle vittime e progresso economico-tecnologico, portano gli Autori a ritenere percorribile la via della predisposizione di strumenti assicurativi, che potrebbero garantire «un equilibrio che non potrà che essere provvisorio, se la scommessa sull'emergere di nuove personalità, diverse da quelle soggettive, dovesse trovare un futuro coronamento e aprire, davvero,

a scenari inediti con i quali le conclusioni giocoforza precarie e parziali di questo studio dovranno confrontarsi» (p. 371).

"*Responsabilità civile e IA*" (373-380) di Alessandro Massolo riprende il tema inaugurato dal capitolo precedente focalizzandosi sul regime di RC e svolgendo qualche breve e proficua riflessione sull'argomento. Il saggio si concentra in particolare sull'aspetto della responsabilità extracontrattuale analizzando le prospettive di riforma della Commissione UE.

Il saggio conclusivo e - in qualche modo - di sintesi di questa seconda parte del volume è quello di Raffaele Bifulco intitolato "*Intelligenza Artificiale, internet e ordine spontaneo*". L'analisi si dipana attraverso le problematiche dell'AI in determinati settori, segnatamente: AI e lavoro; AI e corpo umano, fra diritto alla salute e diritto di proprietà; AI e assistenza delle persone deboli; AI e copyright; AI e risarcimento del danno; AI e privacy. In tutti i settori si rilevano i rischi che l'Intelligenza artificiale può comportare o determinare. Come desumibile dal titolo, la chiave di lettura attraverso la quale l'Autore legge le nuove dinamiche di convergenza fra Internet e AI è quella del c.d. ordine spontaneo (*cosmos*) di Hayek. In questa prospettiva sembra doversi ravvisare una maggiore idoneità nella regolazione dell'AI del formante giurisprudenziale rispetto a quello legislativo. Proprio la giurisprudenza potrebbe essere l'attore più attento a percepire una realtà che per anni si è evoluta e formata libera dalle imposizioni della legge: riprendere l'idea hayekiana del diritto naturale potrebbe essere la scappatoia per districarsi in un «ordine giuridico [che] è il risultato intenzionale di un processo di sviluppo seriale» (p. 399).

La conclusione di un volume vasto, multidisciplinare e attento a varie sensibilità tecniche rispecchia l'indubbio valore di un libro che fornisce uno dei primi e più completi inquadramenti del tema dell'Intelligenza Artificiale in Italia. I singoli contributi denotano un livello di approfondimento molto ampio che ha il pregio di fornire scenari circoscritti e prospettici all'interno di un affresco più grande.
Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione è un tassello importante in quell'ampio panorama di studio e ricerca[1] che si sta sviluppando sul tema e che appare imprescindibile per affrontare la *Lunga Estate* dell'AI: riprendendo Luciano Floridi e Josh Cowls «It is therefore imperative to strike a balance between pursuing the ambitious opportunities offered by AI to improve human life and what we can achieve, on the one hand, and, on the other hand, ensuring that we remain in control of these major developments and their effects»[2]. In questa prospettiva dinamica il ruolo del formante dottrinale appare essenziale al fine di suggerire percorsi di regolazione e logiche di bilanciamento che contemperino le varie esigenze.
Per essere efficace la scienza giuridica necessita di confrontarsi con le altre discipline

[1] Su cui F. Rossi, *Intelligenza Artificiale benefica e sicura: iniziative accademiche, governative e industriali*, in *Sistemi intelligenti*, 2017.

[2] J. Cowls – L. Floridi, *Prolegomena to a White Paper on an Ethical Framework for a Good AI Society*, in www.ssrn.com, 19 giugno 2018, 4.

e assumere un approccio multidisciplinare che il volume in esame fa proprio e sponsorizza.

L'apporto multidisciplinare è sicuramente uno dei caratteri più apprezzabili e lo sforzo dei vari Autori nel rendere chiari anche ai non addetti ai lavori le loro considerazioni è carattere da apprezzare e lodare. Come da lodare è il filo conduttore dell'AI, che guida il lettore dalla prima alla seconda parte in un climax di contributi dotati di focus particolari, per poi approdare a conclusioni riepilogative esaustive – per quanto possano essere esaustive su una disciplina di frontiera – e prodighe di considerazioni di carattere generale.

Da questo punto di vista, le soluzioni proposte dagli Autori in termini di regolazione appaiano ottimi spunti di riflessione in ottica *de jure condendo* e *de lege ferenda*: è d'altronde oggi urgente pensare soluzioni giuridiche alle sfide lanciate dall'AI. Come si era affermato già nel 2014, infatti, «In order to have good robots we need to have good designers and good users first. However, even the best intentions, the correct use of machines, as well as a flawless design, are not enough. As a matter of fact, technology is not neutral»[3]. Gli effetti di una *disruptive innovation*[4] non devono essere sottovalutati: nessuna logica luddista, ma la consapevolezza della necessità, come rilevato dal Volume (la cui scelta di campo, comune a tutti gli Autori, ci sembra apprezzabile), di contemperare e garantire contestualmente diritti e progresso digitale, seguendo la via maestra tracciata dal GDPR.

La cornice del GDPR e i continui riferimenti al diritto comunitario (*rectius* dell'UE) permettono di comprendere l'enorme apporto che le normative di origine europea stanno giocando nel mondo della tecnologia, denotando anche quello che sembra il paradigma ottimale nel quale proseguire l'opera di regolazione dell'AI. Anche storicamente: «EU's dual aim of fostering an innovation-friendly internal market as well as an area of freedom, security, and justice makes the regulation of robotics particularly salient in this jurisdiction»[5]. Certo, come rilevato da Pagallo[6] e dagli Autori dei saggi in questo volume, mancano ancora quadri generali a livello europeo che possano fungere da guida rispetto agli Stati membri, ma proprio la materia tecnologica e in particolare la regolazione dell'AI potrebbero fungere da settore dal quale far progredire l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali[7] e, anche, determinare nuove spinte verso l'integrazione.

In conclusione, il volume curato da Franco Pizzetti fornisce senza dubbio un ottimo punto di partenza, ricco di spunti di riflessione, per affrontare - prendendo in prestito le parole di Terna - «Questa rivoluzione, perché è vera e proprio rivoluzione»[8] e che

---

[3] K. Warwick - H. Shah - A. Vedder - P. Salvini - E. Stradella, *How Good Robots Will Enhance Human Life*, in Krzysztof Tchon (a cura di), *Treatise on Good Robots*, Piscataway, 2014, 10.

[4] C.M. Christensen, *The Innovator's Dilemma*, Harvard, 1997.

[5] E.J. Koops – A. Di Carlo – L. Nocco, - V. Cassamassima – E. Stradella, *Robotic technologies and fundamental rights: Robotics challenging the European constitutional framework*, in *International Journal of Technoethics*, 2013, 19.

[6] U. Pagallo, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, 2017.

[7] Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 Febbraio 2017 "Norme di diritto civile sulla robotica", punto 4.

[8] P. Terna, *Una nuova epoca nelle nostre società: un mondo senza il lavoro come l'abbiamo sempre conosciuto*, in *Sistemi*

- secondo lo stesso Autore – ad oggi è evidente ci stia prendendo impreparati (perlomeno a livello normativo).

Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione
a cura di Franco Pizzetti

G. Giappichelli Editore
Anno di edizione: 2018
Pagine: XXVII-432
Codice prodotto: 9788892112575
ISBN: 9788892112575

intelligenti, 2017, 640.

Tra previsione e prescrizione: i *Big Data* e i diritti umani

Recensione a G. Della Morte, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018.

Michele M. Porcelluzzi

Nel celebre romanzo *1984* di George Orwell, il Partito controlla i suoi cittadini attraverso delle telecamere montate in ogni appartamento su un televisore sempre acceso, in modo persino da prevedere eventuali "psicoreati", cioè pensieri contrari all'"eterodossia".

Nel mondo contemporaneo non abbiamo tubi catodici che ci spiano, ma il nostro utilizzo continuo di strumenti elettronici sparge senza sosta dati che, se raccolti e aggregati, possono predire alcuni nostri comportamenti.

Il volume di Gabriele Della Morte si occupa di analizzare e descrivere i rapporti – chiamati "assi di tensione" – proprio tra la funzione predittiva dei *big data* e il carattere prescrittivo del diritto internazionale – e in particolar modo dei diritti umani.

L'Autore nell'Introduzione nota che l'attività di raccolta, conservazione e trasferimento di enormi quantitativi di dati è già da tempo sotto la lente di ingrandimento di numerosi specialisti di diritto pubblico, diritto privato e diritto penale. Non mancano nemmeno contributi di diritto internazionale privato o di diritto internazionale del commercio: scarsi sono invece gli studi di diritto internazionali pubblico.

Lo studio si articola in tre Parti ciascuna composta da due Capitoli. La Parte prima descrive il cyberspazio, «luogo del conflitto» tra «la logica predittiva del ricorso ai dati per fondare le decisioni» e «lo spirito prescrittivo del Diritto» (p. 9). Il primo capitolo si apre con la presentazione del volume *Terra e mare* di Carl Schmitt, in cui il filosofo e giurista tedesco elabora la categoria di "rivoluzione spaziale". Inizialmente era la terra a ospitare le battaglie e a delimitare l'orizzonte degli uomini. Con la scoperta delle Americhe nel 1492 e la sconfitta de l'*Armada Invencible* nel 1588 sarà il mare a dare nuove dimensioni all'attività storico-politica, a misurare le distanze, a permettere la scoperta di nuovi popoli e a rivitalizzare quelli vecchi. Un'altra "rivoluzione spaziale" ci sarà nella prima metà del XX secolo, con la prima e la seconda guerra mondiale, in cui l'aria sarà attraversata da aerei e onde radio, riducendo le distanze, cambiando ancora una volta gli orizzonti e introducendo novità tecnologiche che segneranno «la fine del *nomos* sulla terra assicurato dallo *jus publicum euopeum*» (p. 20). Il concetto di "rivoluzione spaziale" elaborato da Carl Schmitt affascina molto l'Autore, che lo ritiene adeguato a descrivere in modo sintetico le novità e i cambiamenti conseguenti al diffondersi e all'affermarsi della rete.

I paragrafi successivi appaiono molto interessanti per un giurista: essi spiegano in

modo semplice come è nato, come si è sviluppato e come è attualmente strutturato Internet. Viene illustrata anche l'evoluzione della sua *governance*, inizialmente appannaggio esclusivo di soggetti privati a cui solo successivamente si sono affiancate organizzazioni governative. Ciò permette la comprensione della struttura di Internet anche a chi, come il giurista medio, non ha competenze tecniche del settore.

Nel capitolo seguente, si analizzano alcuni problemi di qualificazione della Rete dal punto di vista del diritto internazionale. L'Autore colloca gli studiosi in materia in due grandi insiemi. Il primo raggruppa coloro che ritengono inadeguate le tradizionali categorie giuridiche dell'ordinamento internazionale, focalizzandosi sui fenomeni di carattere immateriale: «la rete come mera esperienza virtuale» che necessita di regole nuove. Il secondo include coloro che affermano che comunque dietro il cyberspazio ci sono delle infrastrutture con una loro materialità e, focalizzandosi su di esse, ritengono al contrario che ci si possa fondare innanzitutto sulle categorie già esistenti. L'Autore ritiene inadeguate queste posizioni, perché analizzano le singole funzioni anziché concentrarsi sulla natura della rete: è per questo che è necessaria un'indagine approfondita.

Dopo aver analizzato la Rete – il contenitore - sia dal punto di vista "fisico" che giuridico, nella Parte II l'Autore pone la sua attenzione sulla disciplina giuridica dei dati – il contenuto.

Il primo capitolo prende atto della limitata regolamentazione della Rete con strumenti di diritto internazionale: non esiste un trattato generale su Internet e scarsa è stata anche la produzione di norme di diritto internazionale particolare. L'unica eccezione si ravvisa in materia di diritto alla privacy e protezione dei dati personali, in cui abbonda la regolamentazione specie dell'Unione europea. Gli ultimi paragrafi del capitolo riguardano l'*Internet Governance Forum*, un'iniziativa finalizzata al confronto sui temi relativi alla *governance* della rete avente partecipanti di varia natura che l'Autore classifica in organismi governativi e inter-governativi; organismi afferenti al mondo delle società commerciali e alla società civile. Per la stessa struttura della rete, la produzione normativa avviene con la partecipazione di attori privati e pubblici: una vera peculiarità.

Il Secondo capitolo della Parte II è invece dedicato alla disciplina internazional-pubblicistica dei dati, da subito giudicata inadeguata. Nei primi paragrafi vengono presentati le diverse categorie di dati e il principale testo legislativo a livello UE in materia, il Regolamento 2016/679. L'Autore individua quindi la differenza tra i semplici dati e i *big data,* riprendendola da un volume di Mayer-Schonberger e Cukier (*Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, London, 2013). Vengono elencate tre circostanze: «l'esistenza di un dato aggregato che raccoglie i dati di tutti»; la registrazione di tutti i dati anche se non dettagliati; la «notevole estensione del nesso causale che intercorre tra il dato e le ragioni per le quali il dato medesimo è registrato». I *big data* si fondano su correlazioni e il valore economico è «prodotto proprio dalla raffinatezza delle tecniche estrattive, dal *data mining*, più che dall'ammontare dei dati in sé» (p. 161).

L'evoluzione della rete e degli strumenti elettronici, i social network e la domotica hanno permesso la rivelazione e l'aggregazione di dati sempre più diversi. Rodotà, usando una metafora, parla di un «corpo elettronico» che volontariamente o involontariamente lascia delle tracce sempre più numerose. L'Autore fa notare come anche la legislazione

si sia evoluta al fine di garantire il diritto alla riservatezza: «dall'originario diritto ad essere lasciato solo, si è passato a nozioni più complesse dove il problema dell'individuo non è solo quello di impedire la diffusione di determinate informazione ma pure quello di non perdere il controllo sulla massa di dati» (p. 168). È una sorta di "*habeas data*", un "*habeas corpus 2.0.*" Leggendo questi paragrafi si ha la sensazione che il legislatore sia costretto a "correre" dietro gli attori privati che cercano di rilevare nuovi dati e con nuovi modi da utilizzare per fini commerciali, una corsa finalizzata alla regolamentazione di un fenomeno in continuo movimento.

Dopo aver descritto struttura e relativa normativa sia della rete che dei dati, nell'ultima Parte del volume l'Autore intende mappare i «più significativi conflitti che emergono nella relazione che intercorre tra la disciplina giuridica dei dati e quella dei diritti umani» (p. 174). Vengono quindi analizzati sia il contrasto tra tutela dei dati e sicurezza sia quello tra tutela dei dati e diritto ad essere informati. Una particolare attenzione viene prestata alla *cyber war* per il primo asse e al diritto all'oblio per il secondo. La regolamentazione dei *big data* in generale e, nello specifico, nei due assi di tensione analizzati viene ritenuta dall'Autore insufficiente.

In definitiva lo studio di Della Morte appare più come un fondamento, una tappa da cui raggiungere nuove mete. Esso fornisce innanzitutto le basi, spiegando in modo semplice e dettagliato la storia e il funzionamento di Internet nonché la natura, le modalità di raccolta e la regolamentazione dei *big data*. Propone quindi due assi di tensione su questioni care agli internazionalisti: la protezione della sicurezza e la garanzia del diritto a essere informati.

Tuttavia, la sua idea portante, cioè il conflitto tra il carattere predittivo dei *big data* – ancora poco regolamentato secondo l'Autore – e quello prescrittivo del diritto e in specie dei diritti umani, può essere "esportata" sia in altre branche del diritto sia in altri campi del sapere – come la sociologia o la psicologia. Si pensi, ad esempio, al recente caso *Cambridge Analytica* e all'ipotizzato utilizzo dei dati per orientare il libero esercizio del voto dei cittadini. O al caso in cui una compagnia assicurativa rifiuti la stipula di una polizza sulla base dei dati ottenuti da vari database contenenti i valori della pressione sanguigna e della frequenza cardiaca misurati in modo continuo e automatico con uno *smartwatch* o le abitudini alimentari registrate con lo *smartphone*.

Spesso i romanzi di Orwell – specie 1984 e la Fattoria degli Animali – sono visti come descrizione di un futuro a cui ineluttabilmente la nostra società va incontro. A nostro modesto parere, invece, essi ben rappresentano i rischi da evitare: compito dei giuristi sarà quello di prevenirli prima che curarli.

Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti
di Gabriele Della Morte

Editoriale Scientifica
Anno di edizione: 2018
Pagine: 3 – 309
ISBN: 8893913313

A margine del volume *"Il giornalista e le sue quattro responsabilità"*

Giulio Enea Vigevani

Il mestiere del giornalista è tra i più rilevanti, affascinanti e al contempo pericolosi: con la penna o la tastiera, la parola o l'immagine, si diffondono idee, si raccontano le vicende di una società e si controllano i potenti. Al contempo, manifestando opinioni o narrando fatti si può offendere, ledere la riservatezza, rivelare segreti, vilipendere le istituzioni e le religioni, fomentare l'odio e molto altro.

Insomma, "fare giornalismo" è esercizio di una libertà, la più preziosa dell'uomo già secondo la dichiarazione dei diritti del 1789, ma di una libertà "pericolosa" con cui si può davvero fare male.

Per tale motivo, è davvero opportuno che un gruppo di studiosi, coordinati da Vito Tenore, abbia ricostruito con completezza e rigore il labirinto di leggi, codici deontologici e sentenze che connota il regime delle responsabilità del giornalista, in un volume che non si concentra solo sulla responsabilità civile o penale, ma analizza con pari rilievo quella disciplinare e quella amministrativo-contabile.

Nel libro vi è una scelta di fondo che potrebbe apparire "retrò": esso si concentra sugli illeciti del "vero giornalismo professionale", valorizzando la dignità del mestiere rispetto alla massa di esternatori occasionali che affollano i social network.

Ai giornalisti gli Autori non risparmiano parole severe, mettendo tra l'altro a nudo alcune tra le vicende meno decorose dell'informazione italiana. Vi è tuttavia, oltre alla consapevolezza del loro ruolo insostituibile negli ordinamenti democratici, una qualche fiducia nel recupero di una etica della professione, fatta di rigore nella ricerca della verità, sobrietà espressiva e attenzione ai diritti della persona.

Per chi occasionalmente diffonde le proprie idee o più spesso la propria rabbia in rete, il giudizio sembra senza appello: viene ripresa la forse ingenerosa invettiva di Umberto Eco, secondo cui i social media hanno dato a "legioni di imbecilli" lo stesso diritto di parola di un premio Nobel, forse sottovalutando le potenzialità del giornalismo "partecipativo", dal basso, specie quando l'informazione professionale non sempre offre garanzie di indipendenza dai poteri politici ed economici.

Tuttavia, nel testo non si rinviene alcuna indicazione a favore dell'introduzione di un regime giuridico "speciale" per i soli professionisti dell'informazione. E tale assunto mi pare condivisibile. Del resto, la Costituzione non conferisce rilevanza autonoma alla figura del giornalista professionista. Di regola, dunque, non accetta una distinzione nell'ambito dell'esercizio del diritto di informare tra il *quisque de populo* e chi sia stabilmente inserito in un'impresa editoriale.

In altre parole, la Carta non distingue tra due diritti, la libertà di espressione, garantita a tutti, e il diritto-dovere di cronaca, riconosciuto ai soli operatori dell'informazione e conferito loro in funzione dell'interesse della collettività a essere informata, né attribu-

isce ai giornalisti professionisti uno *status* privilegiato in ragione della funzione sociale esercitata. L'informazione, in altri termini, non è un dovere, un servizio che i giornalisti rendono alla collettività, ma l'esercizio di un diritto di libertà, che comprende la libertà di selezionare le notizie da pubblicare, di decidere quando diffonderle, di scegliere con quale evidenza esporle e, ovviamente, di commentarle.

Il testo, come si è già accennato, analizza partitamente le quattro responsabilità del giornalista.

Il primo capitolo, a firma di Vito Tenore, ragiona su quella disciplinare. Più che un capitolo, appare come un vero e proprio trattato, per la mole e l'analiticità.

Di particolare rilievo è l'analisi del recente testo unico sui doveri del giornalista del 27 gennaio 2016 - che recepisce e riassume la massa di carte deontologiche proliferate negli ultimi decenni -, del suo valore giuridico e del suo rapporto con le fonti normative, *in primis* la legge professionale del 1963.

Segue poi una puntuale analisi del procedimento disciplinare nelle sue plurime - e forse eccessive - fasi amministrative e giurisdizionali. Ed è facile prevedere che tale parte costituirà un vero e proprio *vademecum* per i collegi di disciplina chiamati a giudicare illeciti degli iscritti all'ordine.

I capitoli 2 e 3 - scritti a quattro mani da Francesco Centofanti e Laura Scalia - affrontano i più frequentati temi della responsabilità civile e penale del giornalista. L'impostazione, tuttavia, non è consueta, anche in ragione dell'esperienza professionale degli autori, entrambi consiglieri presso la Cassazione. Essi non si limitano, infatti, a tracciare il confine tra lecito e illecito, ricostruendo gli orientamenti giurisprudenziali in tema di bilanciamento tra diritto di informare e altri beni di rilievo costituzionale. Vi è anche una grande attenzione a chiarire le differenze e le relazioni tra azione penale e civile in materia di diffamazione, i criteri orientativi per la quantificazione equitativa del danno, le disposizioni sostanziali e processuali "speciali" che caratterizzano la materia.

In questa prospettiva, tale parte appare di grande utilità per gli avvocati e specie per quelli che solo saltuariamente si occupano di casi relativi al diritto dei media. Si tratta, infatti, di un settore - specie a seguito della rivoluzione della rete - ad alta specializzazione, ove l'esperienza nelle aule di giustizia è spesso decisiva per la prognosi sulla illiceità dell'articolo, per la scelta tra la via civile o penale, per l'esatta individuazione dei responsabili e la quantificazione della richiesta risarcitoria. In assenza di consuetudine con tali casi, è certo che l'attenta lettura di questi due capitoli aiuterà gli avvocati non solo a valutare il confine tra lecito e illecito, ma anche a percorrere le vie più opportune ed evitare le "trappole" di cui è disseminato l'ordinamento.

Un secondo dato di originalità, rispetto ad esempio a recenti trattati di grande valore scientifico e pratico, quali quelli di Maurizio Fumo sulla diffamazione mediatica o di Vincenzo Pezzella sulla diffamazione, risiede nella attenzione all'intero catalogo dei reati che chi informa può compiere: dal trattamento illecito dei dati alla rivelazione dei segreti, dalla pubblicazione di notizie "false, esagerate o tendenziose" ai vilipendi. E tale catalogo invero non pare tranquillizzante, non solo per il giornalista ma anche per chi crede che i limiti alla libertà di parola debbono essere rigorosamente circoscritti alle sole ipotesi di lesione di beni di rilievo costituzionale.

Vi è poi un capitolo assai originale, il quarto, che affronta un tema non indagato a li-

vello dottrinale, la responsabilità amministrativo contabile del giornalista. Vito Tenore, magistrato della Corte dei Conti, traccia alcune ipotesi nelle quali si potrebbe ritenere sussistente la giurisdizione contabile nei confronti di professionisti e in particolare di giornalisti che con il loro comportamento abbiano arrecato un danno alle casse pubbliche. Si tratta evidentemente di casi marginali - ad esempio, dipendenti dello Stato che svolgono attività pubblicistica, addetti stampa di ministeri ed enti locali, componenti degli organi degli ordini professionali o di commissioni di concorso - che comunque consentono di proiettare un fascio di luce su una tematica ignota ai più.

Se forse i rischi relativi alla responsabilità contabile sono remoti per la gran parte di giornalisti, le possibilità di trovarsi di fronte al Garante per la tutela dei dati personali sono ben più ampie. Per questo motivo, appare assai utile la ricostruzione casistica di Luigi Carbone, nel capitolo 5 del volume, delle pronunce del Garante circa il requisito della "essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico", sancito dall'art. 137 del Testo unico sulla tutela dei dati personali e specificato nel codice deontologico. Del resto, il buon giornalista deve sempre discernere tra i dati che possono essere diffusi senza consenso, perché essenziali a rendere comprensibile una notizia, e quelli che devono rimanere riservati, perché al massimo soddisfano una mera curiosità del pubblico.

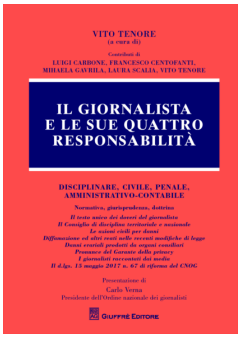
Infine, il testo si conclude con una opportuna analisi di una sociologa dei media, Mihaela Gavrila, ove si ripercorrono alcuni tra i più emblematici casi che hanno coinvolto note firme del giornalismo italiano, da Feltri a Travaglio, da Belpietro a Facci.

Sembra trovare conferma la tesi di un giornalismo non sempre autorevole e troppo spesso partigiano e di un'informazione considerata nel complesso meno indipendente rispetto a quella di altri stati democratici. E ciò non appare senza conseguenze anche rispetto alla disciplina delle responsabilità dei giornalisti.

Mi pare, infatti, che vi sia un rapporto tra la persistenza in Italia di regole nel complesso piuttosto severe nei confronti dei giornalisti, specie se comparate a quelle di altri ordinamenti europei, e lo stato complessivo dell'informazione. In altri termini, l'uso troppo frequente dei media come clava contro l'avversario politico o il concorrente economico non aiuta la causa di chi vorrebbe leggi più liberali e più amiche della libera stampa.

In questo senso, i richiami all'etica del ruolo e all'etica del dubbio presenti nella premessa di Vito Tenore non possono essere intesi solo come generici auspici, ma divengono imperativi per la sopravvivenza di una libera stampa in una società democratica e plurale.

Il giornalista e le sue quattro responsabilità
a cura di Vito Tenore



Giuffrè Editore
Anno di edizione: 2018
Pagine: XXXVII 732
Codice Prodotto: 024197143
ISBN: 9788814223488

Elenco autori

Antonelli Dudan, Jacopo
avvocato in Milano
Bassu, Carla
professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Sassari
Benetazzo, Cristiana
ricercatrice in diritto amministrativo, Università degli Studi di Padova
Bonfanti, Angelica
professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano
Cabazzi, Riccardo
dottorando in diritto dell'Unione europea e ordinamento nazionale, Università degli Studi di Ferrara
Calzolari, Luca
assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Torino
Caporale, Marina
ricercatrice in diritto amministrativo, Università telematica "Leonardo da Vinci"
Ceci, Federico
dottorando in diritto internazionale e dell'Unione europea, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
Costanzo, Costanzo
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Genova
Claussen, Victor
studente, Freie Universität Berlin
Cuniberti, Marco
professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano
De Gregorio, Giovanni
dottorando in diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano Bicocca
Fusco, Alessia
cultrice della materia di diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino; dottoressa di ricerca in Studi costituzionalistici italiani, europei e transnazionali, Università degli Studi di Genova
Gardini, Gianluca
professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara
Galli, Marco
avvocato in Milano; dottore di ricerca in Diritto della proprietà industriale e della concorrenza presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Gatti, Andrea
dottorando in diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Pisa
Giacomini, Luca
LL.M. in Data Protection Officer, Università degli Studi Roma Tre
Giostra, Glauco
professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Roma La Sapienza
Mazziotti di Celso, Andrea
avvocato in Roma

Monti, Matteo
dottorando di ricerca in Persona e tutele giuridiche, Scuola Superiore Sant'Anna
Morini, Claudia
dottoressa di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
Musselli, Lucia
professore associato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano
Palazzo, Francesco
già professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Firenze
Pallotta, Omar Makimov
dottorando di ricerca in Global Studies. Justice, Rights, Politics, Università degli Studi di Macerata
Pedilarco, Emanuele
avvocato in Milano
Pezza, Federica
IP Junior Associate
Piccione, Daniele
consigliere parlamentare del Senato della Repubblica
Pollicino, Oreste
professore ordinario di diritto costituzionale, Università Commerciale "L. Bocconi"
Porcelluzzi, Michele M.
cultore della materia in diritto internazionale, Facoltà di diritto canonico, San Pio X
Portonera, Giuseppe
dottorando in diritto civile, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano
Riccio, Giovanni Maria
professore associato di diritto privato comparato, Università degli Studi di Salerno
Riviezzo, Antonio
ricercatore in diritto costituzionale, Università degli Studi di Siena
Rossi Chauvenet, Carlo
avvocato in Milano
Ruotolo, Gianpaolo Maria
ricercatore in diritto internazionale, Università degli Studi di Foggia
Senor, Monica
avvocato in Torino
Somaini, Laura
LL.M. Candidate in European Legal Studies, College of Europe
Tresca, Michela
dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso Università Tor Vergata
Trimarchi, Alfea
dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina
Trovato, Carmine Andrea
LL.M. in Data Protection Officer, Università degli Studi "Roma Tre"

Trucco, Lara
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Genova
Vigentini, Annalisa
avvocato in Milano
Vigevani, Giulio Enea
professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano Bicocca

CODICE ETICO

La **Rivista di diritto dei media** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, il Comitato degli esperti per la valutazione e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submission, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Comitato degli esperti della valutazione: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.

media LAWS

ANNO 2018 - CODICE ISSN 2532-9146