

DIRITTO PUBBLICO DI INTERNET

A cura di

M.E. Bucalo, M. Caporale e A. Sterpa

Editoriale Scientifica
Napoli

Tutti i diritti sono riservati

© 2024 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli
www.editorialescientifica.com
info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-931-2

INDICE

<i>Premessa</i>	11
-----------------	----

CAPITOLO I LA LIBERTÀ DI COMUNICAZIONE DIGITALE, IL POTERE E IL COSTITUZIONALISMO

Alessandro Sterpa

1.1	La comunicazione come elemento umano e politico	15
1.2	La rivoluzione digitale e la nuova comunicazione	19
1.3	Il “comunicare” e i diritti costituzionali (premesse e rinvio)	23
1.3.1	La “comunicazione-corrispondenza”	24
1.3.2	La “comunicazione-manifestazione del pensiero”	29
1.4	Il costituzionalismo europeo insegue l’ordine giuridico dell’algoritmo: una conclusione per iniziare	34

CAPITOLO II IL CONTESTO TECNOLOGICO E SOCIALE DELLA COMUNICAZIONE

Isabella de Vivo

2.1	Algoritmi, piattaforme e libertà	41
2.2	Dall’“ <i>open internet</i> ” al “ <i>platformized internet</i> ”	45
2.2.1	Genealogia della piattaforma: una metafora e i suoi “rimossi”	47
2.2.2	La “piattaformizzazione” del <i>web</i>	49
2.3	Analisi dinamica: le articolazioni del “potere informativo” delle piattaforme	52
2.3.1	Potere economico	55
2.3.2	Potere infrastrutturale	56
2.3.3	Potere politico e potere informativo	57
2.3.3.1	L’ <i>hard-moderation</i> secondo il <i>Digital Services Act</i>	60
2.3.4	Potere biopolitico. “ <i>The raw data</i> : oltre il capitale economico”	63
2.4	Dentro la scatola nera: <i>big data</i> e potere d’opinione nella neo-interme- diazione algoritmica	64
2.5	Personalizzazione e sfera pubblica	70

CAPITOLO III
LA RICERCA DI UN MODELLO
PER REGOLARE LE NUOVE TECNOLOGIE

Isabella de Vivo

3.1	L'algoritmo: definizione dell'oggetto	79
3.2	L'algoritmo nell'ecosistema informativo	81
3.3	Il sistema sociale algoritmico (SSA) e il modello tripartito	83
3.4	Oltre la <i>black box</i> : il principio di non discriminazione algoritmica	97
3.5	Quale trasparenza algoritmica senza l'individuo critico?	102

CAPITOLO IV
DIGITAL DIVIDE E DIRITTO DI ACCESSO ALLA RETE

Maria Esmeralda Bucalo

4.1	<i>Digital divide</i> e diritto di accesso a <i>internet</i>	113
4.2	Il diritto di accesso a <i>internet</i> nella prospettiva della normativa internazionale e dell'Unione europea	116
4.3	Il diritto di accesso a <i>internet</i> nella prospettiva della giurisprudenza	119
4.4	Alla ricerca del fondamento costituzionale del diritto di accesso a <i>internet</i> : una nuova lettura degli art. 2 e 3 della Costituzione	123
4.4.1	(<i>segue</i>) e degli art. 15 e 21 della Costituzione. Tentativi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a <i>internet</i>	125

CAPITOLO V
LA STAMPA ONLINE E L'INFORMAZIONE ATTRAVERSO I SOCIAL MEDIA

Marina Caporale

5.1	Premessa	133
5.2	Disciplina essenziale della stampa. Definizioni, ambiti e stratificazione normativa	135
5.2.1	Gli obblighi di registrazione tra stampa cartacea e stampa <i>online</i>	139
5.3	Il sequestro degli stampati e la stampa <i>online</i>	142
5.4	Il direttore responsabile	148
5.5	I "nuovi mezzi informatici e telematici". I <i>social media</i>	150
5.6	Il Regolamento europeo sulla libertà dei media (<i>European Media Freedom Act</i>)	154

CAPITOLO VI
LA GARANZIA DEI DIRITTI: L'AGCOM E IL GARANTE PER LA
PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Marina Caporale

6.1	Premessa	163
6.2	Natura e principali caratteristiche e funzioni delle Autorità indipendenti	164
6.3	L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e la digitalizzazione	166
6.4	Il Garante per la Protezione dei Dati Personali	174

CAPITOLO VII
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E COMUNICAZIONE ISTITUZIONALE:
I SITI WEB E L'USO DEI SOCIAL NETWORK

Marina Caporale

7.1	Pubblica Amministrazione digitale, cittadinanza digitale e accessibilità	181
7.2	La comunicazione pubblica e la digitalizzazione	185
7.3	I siti <i>web</i> della P.A.	186
7.4	L'uso dei <i>social network</i> da parte della P.A.	188

CAPITOLO VIII
LE FUNZIONI GIURISDIZIONALI

Michele Francaviglia e Alessia La Pegna

8.1	IA e funzione giurisdizionale: alcune questioni preliminari alla luce del quadro costituzionale Italiano	193
8.1.1	(<i>segue</i>) gli apporti teorici e giurisprudenziali provenienti dal diritto amministrativo: amministrazione algoritmica e principio antropomorfo	195
8.1.2	(<i>segue</i>) dall'automazione del provvedimento amministrativo alla giustizia robotica? Limiti e differenze derivanti dal quadro costituzionale	197
8.1.3	Le ragioni profonde di una declinazione esclusivamente antropomorfa delle funzioni giurisdizionali da parte della Costituzione.	201
8.2	L'ipotesi della sostituzione integrale del giudice-persona da parte dell'IA	202
8.2.1	(<i>segue</i>) i limiti di carattere tecnico	205
8.2.2	(<i>segue</i>) i limiti di carattere etico	207
8.2.3	(<i>segue</i>) i limiti di carattere giuridico	209
8.3	L'ipotesi dell'IA come strumento di ausilio del giudice: opportunità e possibili rischi	214
8.4	Osservazioni conclusive: la digitalizzazione della Giustizia nella prospettiva del P.N.R.R.	220

CAPITOLO IX LA TUTELA DELLA SALUTE

Nicola Viceconte e Candida Conti

9.1	La digitalizzazione della sanità: riflessioni generali	225
9.2	Gli strumenti della sanità digitale	231
9.3	Intelligenza artificiale e tutela della salute	237
9.4	Sanità digitale ed emergenza pandemica: due <i>case studies</i>	241
9.4.1	Premessa	241
9.4.2	Il <i>contact tracing</i> : l'app "Immunì"	242
9.4.3	Il <i>green pass</i>	246

CAPITOLO X INFORMAZIONE E FORMAZIONE DEL CONSENSO POLITICO

Maria Esmeralda Bucalo e Fabio Pacini

10.1	L'informazione nell'era digitale: piattaforme, <i>social media</i> e <i>bubble democracy</i> . La manipolazione del consenso su larga scala e la società della sorveglianza	253
10.2	La degenerazione della libertà di espressione nell'era digitale: <i>fake news</i> e <i>hate speech</i>	260
10.3	La moderazione dei contenuti come rimedio contro <i>fake news</i> e <i>hate speech</i>	265
10.4	Il caso Trump: la moderazione dei contenuti da parte dei <i>social media</i> fra libertà di espressione online e <i>munus publicum</i>	268
10.4.1	(<i>segue</i>) La decisione dell' <i>Oversight Board</i> di META: la creazione di nuove formule paragiurisdizionali di tutela dei diritti	270
10.5	La giurisprudenza italiana in tema di libertà di manifestazione del pensiero sui <i>social media</i> : i casi di Casa Pound e Forza Nuova	273
10.5.1	I diversi modelli di tutela giurisprudenziale della libertà di espressione fra le due sponde dell'Atlantico: l'approccio della Corte Suprema degli Stati Uniti e quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	276
10.6	La regolazione della libertà di manifestazione del pensiero <i>online</i> nell'Unione Europea: il <i>Digital Services Package</i>	282
10.7	Un'intersezione inevitabile	285
10.8	Chat GPT e gli altri <i>foundation models</i> , una sfida (anche) regolatoria	287
10.9	La con controversia fra il Garante per la protezione dei dati personali italiano e OpenAI	289
10.10	L'intelligenza artificiale all'interno della decisione politica	290
10.11	Il contesto (e i rischi) della "democrazia dissociativa"	293

CAPITOLO XI
LA CYBERSICUREZZA TRA LEGISLAZIONE NAZIONALE ED EUROPEA

Michele Empler, Claudio Lisi e Raffaele Madaio

11.1	La cybersicurezza tra legislazione nazionale ed europea	299
11.2	La definizione di “cybersicurezza”	302
11.3	Il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica	306
11.4	La normativa tecnica nel settore della cybersicurezza	307
11.5	L'architettura di cybersicurezza nel multilivello: l'Unione europea	309
11.6	Enisa, struttura e funzioni	310
11.7	La Protezione delle reti infrastrutturali critiche nel multilivello	312
11.8	La Direttiva NIS/NIS2	313
11.9	<i>Cybersecurity</i> ACT e AI ACT	318

CAPITOLO XII
IL TERRORISMO ONLINE

Claudia Capasso

12.1	Introduzione: il <i>cybercrime</i>	327
12.2	Una rete globale per un terrorismo globale	329
12.2.1	(segue) La <i>jihad</i> 3.0	335
12.2.2	Il “nuovo” terrorismo politico: da Christchurch all'assalto al Campidoglio degli Stati Uniti	340
12.3	La tecnologia e le piattaforme al servizio del contrasto al terrorismo	344

CAPITOLO XIII
LA TUTELA DEI DATI PERSONALI

Francesco Cirillo

13.1	Dalla <i>privacy</i> alla protezione dei dati: aspetti giuridici e di politica del diritto	357
13.2	Regolamento UE 679/2016: definizioni, principi, diritti dell'interessato e obblighi del titolare	365
13.3	La strategia europea in materia di dati	373

<i>Indice degli Autori</i>	383
----------------------------	-----

PREMESSA

Maria Esmeralda Bucalo, Marina Caporale e Alessandro Sterpa

In questi anni, soprattutto nelle aule universitarie, abbiamo avvertito l'esigenza di fornire agli studenti un nuovo strumento di approfondimento delle vicende giuridiche connesse allo sviluppo della rete *internet*, dei *big data* e dell'algoritmo. Nelle Università italiane, infatti, la regolazione delle comunicazioni nella nuova configurazione resa possibile dalla tecnologia digitale globale e dalla potenza di calcolo è divenuto ampiamente oggetto di specifici corsi oltre che di molte attività di formazione post-laurea. La dottrina, d'altronde, ha accresciuto in modo esponenziale la produzione dedicata a questi profili obbligandoci anche in questa sede a tentare di contribuire alla ampia riflessione già sviluppata dai colleghi.

Il volume prova ad affrontare il tema con un approccio svincolato da quello più tradizionale che, muovendo dai "media di vecchia generazione", ha esteso la trattazione alle nuove tecnologie. I contributi che qui abbiamo coordinato e raccolto, infatti, prendono atto del fatto che *internet*, la digitalizzazione, i *big data* e l'algoritmo costruiscono un contesto del tutto nuovo rispetto al passato; un ambiente che quindi come tale deve essere affrontato dal giurista muovendo proprio dalle specifiche caratteristiche tecniche e dalle modalità di funzionamento concreto; aspetti, quest'ultimi, ai quali abbiamo dedicato nel libro una riflessione che potesse essere funzionale alla trattazione scientifica. Dal punto di vista giuridico, il taglio della riflessione è incentrato sul diritto pubblico, inteso in particolare nelle componenti del diritto costituzionale e di quello amministrativo.

Gli articoli 15 e 21 della Costituzione nella loro perdurante attualità rappresentano il perno attorno a cui maturano queste riflessioni e dialogano ancora efficacemente, ma con una dialettica rilevante, con gli altri diritti che emergono nella "nuova" dimensione tecnologica, caratterizzata da aspetti sempre più sovranazionali.

L'Unione europea con i suoi atti normativi è il primo soggetto istituzionale dal quale partono e al quale necessariamente si agganciano tutte le riflessioni

presenti in questo volume, in quanto investita in prima battuta dalle trasformazioni digitali che hanno natura globale. È proprio qui, infatti, che si riscontra una tendenza generalizzata alla creazione di nuove forme di regolazione del mercato digitale e dei suoi servizi, finalizzata alla tutela dei diritti, per porre argini al monopolio di fatto di alcuni “soggetti di natura privata” (*in primis* le piattaforme digitali), che oggi assumono il ruolo di “attori globali”, capaci finanche di esercitare funzioni “para-normative” e (finanche) “para-giurisdizionali”.

La nuova normazione europea e il conseguente riaccentramento delle funzioni tipiche del diritto pubblico negli attori istituzionali, prima unionali e poi nazionali, deve essere considerata una vera e propria inversione a U rispetto all’ “abbandono del campo di gioco” da questi ultimi perpetrata negli anni dello sviluppo delle tecnologie digitali e che ne ha conseguentemente determinato il progressivo assottigliamento della sovranità in favore dei *Tech Giants*.

Il ruolo necessario della Unione europea è sottolineato anche in relazione alle nuove esigenze di sicurezza e di garanzia dei valori democratici, messi in discussione dai nuovi assetti geopolitici e dal ruolo giocato da alcuni Stati, volto a inserirsi e sovente ad alterare il dibattito pubblico nei paesi occidentali e in Europa, specie in occasione di scadenze elettorali, proprio utilizzando le nuove tecnologie dell’informazione e, come sembra, sistematiche campagne di disinformazione. Oltre agli atti normativi di natura vincolante, dei quali questo testo darà conto, l’Unione europea esprime la sua visione dei diritti nell’era digitale anche in quelli non vincolanti. Fra questi deve menzionarsi la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01) che è stata pensata come un viatico e un impegno condiviso volto a orientare le misure che l’UE e che gli Stati membri devono attuare ai fini della “trasformazione digitale” in un arco temporale breve, appunto il “decennio digitale”, ma estremamente significativo sotto vari profili nella prospettiva europea. L’obiettivo della Dichiarazione è porre l’Unione in una transizione digitale che rafforzi la dimensione umana, partendo dalla considerazione che questa non dovrebbe comportare la regressione dei diritti e che ciò che è illegale *offline* è illegale *online*” (Preambolo, Considerando 3 della Dichiarazione).

Trattandosi di una materia in costante cambiamento, abbiamo tentato di tenere insieme l’illustrazione di chiavi di lettura più generali, ossia che resistano alla contingenza dello sviluppo tecnologico, con analisi di istituti, organi e regole che riguardano aspetti più specifici, in modo da fornire una visione complessiva e il più possibile ampia della regolazione della rete, dei dati digitali e dell’algoritmo.

Il volume, infine, ha anche una ulteriore funzione attesa ossia quella di sostenere una adeguata letteratura settoriale nello studio del diritto pubblico, con un approccio per temi che recuperi la vastità e la differenziazione della materia nella comune matrice del costituzionalismo democratico e liberale. Negli ultimi anni si è affermato un ritorno a studi dedicati a settori specifici del diritto pubblico, come accaduto da tempo per il diritto dell'economia, per quello regionale e parlamentare, oltre che ovviamente per aree che da tempo hanno già assunto una dimensione del tutto autonoma, come il diritto penale, quello tributario e quello ambientale. In questo senso, il presente volume si lega a quello curato da Carla Bassu, Giovanna Pistorio e Alessandro Sterpa sul "Diritto pubblico della sicurezza" (per il medesimo editore) nel comune tentativo di trattare una materia nella sua intrinseca coerenza e sistematicità senza però declinazioni puramente dedicate alla mera applicazione del diritto.

Non può infine non ricordarsi come al volume abbiano contribuito studiosi di età molto diverse tra loro, da coloro i quali hanno scoperto i computer solamente all'Università fino ai nativi digitali. Si tratta di una simbolica forma di collaborazione intergenerazionale con riguardo ad una tecnologia che ha fatto entrare l'umanità in un'altra fase della propria evoluzione e che chiede al diritto pubblico, che è il diritto che limita ogni potere in funzione di garanzia della libertà individuale, di trovare nuove modalità per svolgere questa funzione identitaria anche oggi, nell'era dell'ordine giuridico dell'algoritmo.

Un particolare ringraziamento a Claudia Capasso per il coordinamento editoriale.

Roma, maggio 2024

CAPITOLO I

LA LIBERTÀ DI COMUNICAZIONE DIGITALE, IL POTERE E IL COSTITUZIONALISMO

Alessandro Sterpa

SOMMARIO: 1.1 La comunicazione come elemento umano e politico. – 1.2 La rivoluzione digitale e la nuova comunicazione. – 1.3 Il “comunicare” e i diritti costituzionali (premesse e rinvio). – 1.3.1 La “comunicazione-corrispondenza”. – 1.3.2 La “comunicazione-manifestazione del pensiero”. – 1.4 Il costituzionalismo europeo insegue l’ordine giuridico dell’algoritmo: una conclusione per iniziare.

1.1 *La comunicazione come elemento umano e politico*

L’essere umano apprende il linguaggio in un arco di tempo la cui durata è molto simile a prescindere dalla complessità della propria lingua madre ossia dalla porzione di globo che lo accoglie al momento della nascita. Si tratta di un dato che ha spinto gli studiosi [Chomsky, N. e Moro, A.] a sostenere che la propensione verso l’*altro* e il superamento dell’autosufficienza individuale abbiano un fondamento genetico oltre che una portata culturale nella storia dell’umanità. Così, nel corso dell’evoluzione, l’individuo ha definito gli strumenti di comunicazione con l’*altro*, dai più semplici gesti del corpo fino alla complessa costruzione dei linguaggi; espressi – questi ultimi – sia attraverso la parola orale e scritta, sia per mezzo di altri simboli di volta in volta impiegati inclusi gli oggetti e le immagini [Harari, Y. N.].

L’individuo si è sempre dotato di *strumenti significanti* e in quanto tali portatori di messaggi che riescono ad essere decodificati e assunti dagli altri individui attraverso la progressiva costruzione di un *codice comune*. Grazie ad un numero crescente di questi *codici* oggi gli esseri umani – comunicando – costruiscono una rete fittissima e ampia di interazioni gli uni con gli altri; e grazie alla tecnologia lo fanno anche quando i corpi sono a grande distanza tra loro e addirittura senza mai incontrarsi nella vita fisica.

La comunicazione intersoggettiva, dunque, rappresenta lo strumento di connessione costante tra gli individui e svolge due funzioni complementari e rilevanti per le scienze sociali: permette la costruzione della peculiare identità

personale di ciascuno di noi in un rapporto dialettico con l'altro (l'Io è per come si rapporta con tutto ciò che non è Io) e costruisce una comunità ponendo nelle condizioni gli esseri umani di definire ambienti comuni e strumenti di azione condivisa e congiunta; in realtà la comunicazione contribuisce a costruire non una sola ma più comunità ossia tanti piccoli o grandi ordinamenti giuridici – dall'Unione europea allo Stato, dal partito alla più piccola associazione culturale – dove la pluralità degli individui persegue di volta in volta specifici fini comuni e per farlo si dota di regole proprie. *La comunicazione, semplificando, fonda al tempo stesso l'Io dell'individuo e il Noi della comunità nell'esperienza umana.* Non a caso la parola comunicazione condivide la simile radice di termini, ad esempio, come comunità, comune piuttosto che compagnia e comunione.

Di fronte a questa *doppia funzione del comunicare*, il diritto si è da subito preoccupato di disciplinare le forme di comunicazione costruendo un sistema di regole affinché esse possano avvenire liberamente e, così facendo, contribuire allo sviluppo dell'umanità. Il ruolo regolatorio del diritto si è dovuto confrontare via via con l'accrescimento della complessità delle forme di comunicazione, aggiornando l'apparato di regole, decidendo ad esempio se vietare specifiche attività o piuttosto porre nuove garanzie a tutela della libertà di comunicare.

In questo volume analizzeremo le forme contemporanee della comunicazione per come oggi concretamente operanti, ma prima occorre – pur sommariamente – soffermarci su alcuni degli aspetti principali che hanno giustificato l'interesse da parte del diritto (e in particolare del diritto costituzionale) della regolazione delle forme di comunicazione tra le persone, visto che *le forme attuali delle comunicazioni* – termine che usiamo appositamente al plurale – altro non sono che l'ultimo stadio evolutivo della lunga storia delle interazioni umane e quindi di un lungo cammino delle regole che le hanno interessate.

Abbiamo detto che la comunicazione interpersonale costituisce prima di tutto uno strumento di definizione della propria identità personale e l'ordinamento giuridico e politico, come sappiamo, tutela il diritto alla formazione della personalità sulla base delle libertà costituzionali e della dignità umana: ogni essere umano ha diritto di diventare ciò che sente di dover essere. Ma non solo. Alla costruzione della nostra identità concorre anche quanto facciamo per gli altri come singoli e per la comunità di cui facciamo parte (politica), nonché quanto facciamo da soli o con altri in termini valoriali (etica) anche al di fuori da quanto già formalizzato nelle regole giuridiche (istituzioni).

Vi è un primo aspetto della nostra riflessione che riguarda alcuni cambiamenti rilevanti occorsi negli ultimi anni rispetto all'ambiente in cui formiamo

la nostra identità individuale. Oggi i tradizionali contesti formativi (istruzione, famiglia e comunità di persone con le quali condividiamo una prossimità fisica) assolvono una parte minore rispetto al passato nella definizione dell'individuo e del proprio bagaglio di strumenti di decodifica della realtà, siano essi esperienziali o culturali, razionali piuttosto che emotivi. Ciò sta avvenendo nel momento in cui le occasioni comunicative aumentano in modo rilevante consegnandoci un individuo perennemente iper-connesso con gli altri.

L'idea, se si leggono i migliori testi che raccontano la vita di Steve Jobs e l'esperienza di Apple, come il libro di Jay Elliot e di William L. Simon, è di "progettare il *device* in modo che si adatti naturalmente allo stile di vita" e da "dare all'utente la piacevole sensazione di un prodotto semplice e innovativo da usare". E, quindi, aggiungiamo noi, progettare uno strumento che non esca più dalla sua vita riuscendo a farne parte costantemente.

Ecco dunque che assistiamo a forme di comunicazione auto-legittimante che incidono sui processi di costruzione della singola personalità in modo nuovo. Nel passato, infatti, con un ridotto numero di interazioni comunicative (si cresceva a contatto – fisico – con poche persone e si comunicava – a distanza – con molte meno visti i mezzi allora a disposizione) e un pervasivo percorso di istruzione e formazione, l'occasione comunicativa era gestita da ognuno con strumenti preordinati ossia patrimonio dell'individuo prima che iniziasse a comunicare. L'individuo valutava ciò che accadeva nella comunicazione alla luce di un bagaglio di parametri di cui era già in parte dotato prima di affacciarsi all'interazione generalizzata; in questo modo, ad esempio, era in grado di riconoscersi e di distinguersi dagli altri proprio portando nel rapporto comunicativo la propria identità in qualche altrove fisico modo abbozzata – se non già definita – ossia nella scuola, nella famiglia e nella comunità di appartenenza. Si trattava di uno schema di sviluppo delle relazioni umane certamente caratterizzato da elementi di rigidità, ma al tempo stesso in grado di gestire il confronto con esiti che ovviamente potevano portare all'accettazione del pluralismo piuttosto che alla sua negazione.

Oggi, avendo a disposizione molte più occasioni relazionali, tendiamo a costruirle senza subire i vincoli tradizionali dello spazio e del tempo ossia uscendo dalle comunità tradizionali più piccole e durature come quella familiare e del luogo di nascita per partecipare – anche per poco tempo – a comunità diversificate. Ciò comporta in teoria maggiore propensione a confrontarsi con l'altro, ma anche rischi di radicalizzazione delle differenze dal momento in cui possiamo facilmente svolgere una più ampia ricerca delle persone che sono simili a noi per fuggire le dinamiche della tensione identitaria, come vedremo più

avanti parlando dei *social media* e delle cosiddette “bolle cognitive” o “*echo* (o *ego*) *chamber*”. Soprattutto oggi apprendiamo chi siamo proprio comunicando e interagendo con gli altri, con molti altri, più di quanto accadesse nel passato. L'uomo contemporaneo è prima di tutto “uomo comunicante” prima ancora che *homo oeconomicus* o *homo politicus*.

Le nuove forme di comunicazione hanno cambiato anche la dinamica del “noi” ossia della comunità politica. Prima dell'avvento del digitale e della rete *internet* che ha avviato l'esperienza dei nuovi media e fondato l'inter-medialità tra mezzi tradizionali e nuovi strumenti comunicativi, anche in ragione delle ridotte relazioni sociali e comunicative degli individui, l'identità personale si rapportava in senso bilaterale con la comunità (civile e politica) di appartenenza nella misura in cui da un lato l'essere umano conferiva il proprio bagaglio culturale e umano nella comune esperienza con gli altri, dall'altro la stessa comunità gli trasmetteva una componente della propria identità proprio in ragione dell'appartenenza allo stesso ordinamento giuridico, fosse il comune o lo Stato. Gli individui erano tenuti insieme prima di tutto dalla lingua, dalla cultura, dal passato e dal senso del futuro (la nazione) nell'ambito principalmente della istituzione Stato moderno che dalla pace di Westfalia (1648) ha tentato di monopolizzare le forme del politico. Per esprimere le proprie scelte politiche, gli individui si organizzano (anche se sempre meno) prettamente in partiti e associazioni che funzionano come grandi contenitori sociali che riducono la complessità delle diverse visioni del mondo, delle opinioni e delle opzioni di scelta garantendo il governo della cosa pubblica e l'azione del pubblico potere; al tempo stesso forniscono categorie di codifica della realtà. In un mondo diviso in Stati-nazione, titolari sovrani dell'esercizio del potere pubblico, si è formato il concetto di “opinione pubblica” intendendo con esso la costruzione di un sentire comune, non necessariamente omogeneo, su questioni e temi di interesse dello specifico Paese; una opinione che tende ad esprimersi nelle forme della cultura e con il voto libero nelle istituzioni democratiche. Come i partiti razionalizzavano l'opinione politica in sede istituzionale, governando il momento elettorale e quello successivo del governo e della adozione delle norme, così i media tradizionali – come stampa, radiotelevisione, teatro, cinema... – svolgevano la stessa funzione nella formazione delle opinioni e nella loro circolazione, al netto della persistenza di circuiti autonomi ma in parte condizionati come quelli accademici e culturali. Era come se l'effervescenza comunicativa di oggi, con tutti i suoi eccessi inclusi *influencers* e *fake news*, fosse in qualche modo contenuta e governata dal diritto grazie ad alcune caratteristiche di fondo del contesto di allora: lo Stato riusciva

a porre regole sulle forme di comunicazione in un mondo più semplice visto che si comunicava con strumenti tecnicamente limitati. Ciò accadeva perché non si era ancora passati dal mondo analogico al mondo digitale. Aspetto, questo, sul quale occorre soffermarsi.

1.2 *La rivoluzione digitale e la nuova comunicazione*

Anche se nessuna data riesce a identificare con puntualità come uno spartiacque un momento di cambiamento, possiamo ben dire che nel passaggio tra il Novecento e il nuovo millennio si è concretizzata una novità senza precedenti nel panorama delle forme di comunicazione umana, ben oltre quanto non fosse già accaduto con l'invenzione della stampa, del telefono piuttosto che delle comunicazioni attraverso onde radio (radiotelevisione).

Gli strumenti utilizzati per comunicare, fino a quel momento, erano di tipo analogico ossia erano fondati su materia ingombrante che era percettivamente spostata per portare un messaggio da un mittente ad uno o più soggetti destinatari. Si pensi alla forma più semplice ossia alla lettera scritta e chiusa in busta, piuttosto che al quotidiano, al libro o ancora alla radio e alla televisione che operano attraverso le onde analogiche di diffusione del messaggio; o anche al telefono che era saldamente ancorato al filo dentro il quale, attraverso materiale che fungeva da conduttore, il contenuto vocale correva da un capo all'altro.

Questa condizione in cui avvenivano le comunicazioni produceva due conseguenze rilevanti per i nostri studi: prima di tutto le attività comunicative avvenivano con *risorse limitate se non scarse* e in secondo luogo *ad ogni mezzo utilizzato corrispondeva una e una sola tipologia di attività di comunicazione* certamente controllabile e quindi regolabile quando a contenuti, creatori e destinatari. Il mondo della comunicazione, semplificando, era facilmente regolabile da parte del diritto perché erano semplici le forme in cui si concretizzava.

Con la limitatezza delle risorse si intende porre l'accento sul fatto che non tutti i soggetti interessati potevano accedere ai mezzi di comunicazione in ragione del loro costo piuttosto che della loro limitatezza materiale. Vi era infatti un diritto a comunicare ma non anche un diritto ad utilizzare uno specifico mezzo. Si pensi alla stampa: non tutti potevano scrivere sulle pagine di un giornale e la stessa circolazione del quotidiano era limitata alle copie stampate che occorreva comprare in luoghi dedicati; o anche alla radiotelevisione: non tutti potevano essere ospitati per comunicare nelle poche ore di palinsesto e non tutti potevano

ricevere il segnale in ogni luogo. Certo, lo Stato adottava misure per ampliare le possibilità di impiegare questi mezzi, ma erano poca cosa rispetto all'utopico obiettivo di garantire a tutti concretamente un accesso generalizzato ai mezzi di comunicazione. Così, ad esempio, il servizio di poste e telegrafi era esercitato da un ente pubblico in regime di monopolio (oggi divenuto Poste italiane a seguito di privatizzazione e sottoposto ad un regime di concorrenza con altri operatori) per garantire costi ridotti per gli individui visto che lo Stato investiva risorse pubbliche; ancora si pensi ai contributi finanziari pubblici per i quotidiani e la stampa, al fine di coprire costi che spesso non erano sostenibili con il basso prezzo di vendita dei numerosi quotidiani presenti in edicola; infine si pensi al servizio pubblico radio-televisivo (oggi la Rai) che fino agli anni '80 del Novecento agiva in regime di monopolio statale a livello nazionale. Così come in regime di monopolio statale era il settore delle telecomunicazioni fino alla trasformazione della SIP in Telecom Italia e la successiva apertura del mercato alla concorrenza tra decine di operatori in tutta l'Unione europea.

Per quanto lo Stato investisse molte risorse per incentivare l'accessibilità ai mezzi di comunicazione, la limitatezza restava tale rispetto a milioni di cittadini e comportava la necessità di *una attività selettiva*: qualcuno doveva decidere chi/cosa potesse accedere ai mezzi di comunicazione escludendo il resto. Un tratto, questo, davvero caratterizzante delle forme di comunicazione del Novecento perché peraltro specializzava l'attività della comunicazione (si pensi, ad esempio, alla nascita di un profilo professionale come quello del giornalista che oggi in Italia è una professione con un proprio albo). Chi svolgeva l'attività di selezione? Il diritto si è occupato proprio di questo aspetto sia per permettere al più ampio numero possibile di soggetti di poter effettivamente accedere ai mezzi necessari, sia per rintracciare le responsabilità nei casi in cui l'attività di comunicazione portasse pregiudizio ai singoli o all'intera collettività. Così, sulla base delle norme che regolano la stampa e la radiotelevisione, solo per fare alcuni esempi, sono state definite le figure che svolgono un ruolo di responsabilità nella direzione delle attività (il direttore di un quotidiano ad esempio): dove occorre selezionare le attività di comunicazione ovviamente si possono identificare forme di responsabilità in modo che, ad esempio, ne risponda il direttore del mezzo piuttosto che il proprietario. La presenza stessa della attività selettiva (cosa comunicare e come, ma anche cosa pubblicizzare e come) costituiva un rischio per il pluralismo delle idee: se un qualche pensiero non avesse potuto accedere ai canali comunicativi sarebbe certamente risultato discriminato.

La limitatezza, dunque, produceva un effetto di controllo concreto nel doppio senso del termine: controllo degli individui che comunicavano da parte di chi gestiva i mezzi e controllo di chi li gestiva da parte del diritto e in particolare da parte dello Stato. Se dovessimo semplificare questa situazione potremmo dire che vi era certamente minore accesso alla comunicazione rispetto a oggi (meno individui potevano liberamente comunicare) ed era un accesso molto più controllabile di quanto accada nell'era digitale (il diritto sapeva a chi imputare la responsabilità per i comportamenti).

Pluralismo esterno e interno e RAI

Nel 1960 con Tribuna parlamentare e poi dal 1961 con Tribuna politica la RAI, unica emittente nazionale di radiotelevisione e controllata dallo Stato, iniziò delle trasmissioni per permettere a tutti i partiti presenti in Parlamento di parlare con uno strumento di comunicazione di massa ai cittadini.

Più avanti la Corte costituzionale evidenziò il concetto di “pluralismo interno” ossia – viste le difficoltà di avere allora molte reti televisive e di garantire così il “pluralismo esterno” – di accessibilità per il maggior numero possibili di soggetti al canale comunicativo pubblico, anche in presenza di altri soggetti privati nel settore.

Nella sentenza n. 826 del 1988, la Corte costituzionale precisò che “pur nell’ambito di un sistema misto” non ci deve essere “una confusione dei rispettivi ruoli dell’emittenza radiotelevisiva pubblica e di quella privata”: “compito specifico del servizio pubblico radiotelevisivo è di dar voce - attraverso un’informazione completa, obiettiva, imparziale ed equilibrata nelle sue diverse forme di espressione - a tutte, o al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società, onde agevolare la partecipazione dei cittadini allo sviluppo sociale e culturale del Paese, secondo i canoni di pluralismo interno. Ed ovviamente spetta al legislatore di provvedere a che il servizio pubblico disponga delle frequenze e delle fonti di finanziamento atte a consentirgli di assolvere i propri compiti. Per quanto riguarda l’emittenza radiotelevisiva privata si tratta di comporre il diritto all’informazione dei cittadini e le altre esigenze di rilievo costituzionale in materia con le libertà assicurate alle imprese principalmente dall’art. 21, oltre che dall’art. 41 Cost., in ragione delle quali il pluralismo interno e l’apertura alle varie voci presenti nella società incontra sicuramente dei limiti. Di qui la necessità di garantire, per l’emittenza privata, il massimo di pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all’informazione. Ma a parte la diversità dei ruoli del servizio pubblico radiotelevisivo e dell’emittenza privata, il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico e un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato”.

Nel tempo il tema giuridico si è progressivamente spostato sul duopolio Rai-Mediaset (Fininvest) anche attraverso interventi dell’Autorità indipendenti, sia del settore comunicazione (AGCOM) che di quello della concorrenza (AGCM).

Oltre la limitatezza, il mondo comunicativo analogico era caratterizzato da un altro elemento come abbiamo accennato: *la corrispondenza necessaria tra un certo mezzo utilizzato e una specifica attività di comunicare*. Se impiegavi la televisione sapevi bene che stavi comunicando a tutti e, dunque, esercitavi una libertà che era prima di tutto una espressione del proprio pensiero; diversamente, se scrivevi un biglietto in busta chiusa o telefonavi eri certamente interessato ad una attività comunicativa interpersonale ossia con un destinatario preciso che ben si poteva pretendere fosse un soggetto non fungibile destinatario quindi di una comunicazione che doveva rimanere segreta.

Ben diverso quello che accade oggi: nella rete grazie al segnale digitale è di fatto presente *una disponibilità infinita di mezzi per comunicare* ed è anche ampiamente accessibile da quasi chiunque e quasi ovunque. Le comunicazioni avvengono trasformando tutto ciò che è comunicato (voce, immagini, suoni, etc...) in pacchetti di codici binari ossia una serie lunghissima di zero e uno (0, 1) che muove dal *device* di partenza e si ricompone in quello di destinazione viaggiando lungo cavi e onde in tutto il mondo: spetta ai dispositivi di partenza e a quelli di arrivo trasformare le sequenze di zero e uno in ciò che viene comunicato e renderlo fruibile. Il segnale digitale è quasi immateriale e quindi può contare una capacità di circolazione elevatissima su infrastrutture innovative (si pensi alla fibra ottica). Ciò comporta in teoria risorse quasi infinite: pensate alla radiotelevisione, fino a quando il segnale era analogico vi erano solamente tra nove e undici frequenze televisive nazionali (in un regime di oligopolio, peraltro, se si pensa che la Rai ne ha tre e Mediaset altre tre) e un numero ridotto di frequenze locali. Ora sulla televisione compaiono centinaia di canali grazie al digitale terrestre o alla parabola che sfruttano la tecnologia digitale. Stessa cosa per i giornali, oggi tutti in gran parte distribuiti o sui canali *web* o in pdf che veicolano il contenuto ridotto a poche migliaia di copie a stampa nelle poche edicole rimaste. Grazie al digitale l'accesso alla comunicazione è molto più ampio che nel passato e le opportunità di comunicare sono immensamente aumentate. Ciò vale anche per i singoli individui e non solo per i soggetti che organizzano attività di impresa. Ciascun individuo può preparare la propria pagina *web*, un blog, una pagina social e comunicare, senza costi o quasi, al mondo intero.

Quella attuale, si noti bene, è però una situazione ben diversa da quella di inizio millennio nella quale la rete era salutata semplicisticamente come una grande opportunità di libertà, una distesa sconfinata a disposizione dell'individuo che poteva approfittarne per esercitare le proprie attività comunicative. Con l'incremento della rete e dei dati digitali e lo sviluppo di algoritmi sempre più sofisticati (come vedremo

infra nei Capp. II e III), l'individuo dipende, nella propria attività comunicativa, da molti soggetti che gli forniscono la tecnologia per comunicare (*provider*, società di tlc, operatori della comunicazione, etc...), dalle piattaforme social e *web*, dai motori di ricerca, *social network*, etc... che manipolano e gestiscono dati e informazioni. *Siamo immersi nella rete e al tempo stesso sottoposti ad una ampia e diffusa attività di intermediazione*. Siamo sottoposti a molteplici condizionamenti, come vedremo, che non ci permettono di descrivere la rete come un semplice mare a disposizione della nostra voglia di navigare; quel mare ha scogli, maree, correnti, tormento, mareggiate, tempeste, burrasche, porti, altre navi, fari, etc... è diventato un vero e proprio ordinamento giuridico nel quale milioni di persone interagiscono sulla base di posizioni diverse e regole molte delle quali sono autoprodotte dalla rete (si pensi al contratto che sottoscriviamo per adesione, senza poterlo cambiare, per accedere ad un *social network*) e poche da istituzioni pubbliche che hanno il compito di garantire i diritti (poche statali e molte europee o globali).

Un'altra novità, frutto dell'innovazione digitale e della ricerca di impresa avviata, come la rete *internet*, negli USA, è costituita dal fatto che tutte le comunicazioni possono avvenire con un unico dispositivo ossia lo *smartphone* nel quale svolgiamo attività comunicative di ogni tipo, dirette a tutti o ad alcuni destinatari specifici.

Anche la Corte costituzionale ha preso atto di questo cambiamento epocale sottolineando la centralità dello *smartphone*: “è difficile pensare che il divieto di possesso e uso di un telefono mobile – considerata l'universale diffusione attuale di questo strumento, in ogni ambito della vita lavorativa, familiare e personale – non si traduca in un limite alla libertà di comunicare, «spazio vitale che circonda la persona» (sentenze n. 81 del 1993 e n. 366 del 1991), in quanto attinente alla sua dimensione sociale e relazionale. Da questo punto di vista, il telefono cellulare ha assunto un ruolo non paragonabile a quello degli altri strumenti [...]. Rivelerebbe, inoltre, un senso d'irrealità l'obiezione per cui la libertà di comunicare, privata del telefono mobile, ben potrebbe ancora oggi essere soddisfatta attraverso mezzi diversi, come gli apparati di telefonia fissa” (sent. n. 2 del 2023).

1.3 Il “comunicare” e i diritti costituzionali (premesse e rinvio)

Le comunicazioni, dunque, quale elemento che fonda e sostanzia le relazioni umane, non possono non costituire uno dei settori di maggiore interesse per il costituzionalismo e per la rivoluzione liberale che a partire dal XVII secolo ha posto

dei limiti al potere per difendere le libertà individuali, sia da intromissioni da parte di altri privati, sia da quelle del potere pubblico. Il costituzionalismo, infatti, nasce proprio per dividere il potere e garantire i diritti degli individui: una vera e propria tecnica di gestione della convivenza umana che evita l'accentramento del potere (pubblico ma anche privato) e la soppressione del pluralismo e delle differenze in un quadro che sostiene la legittimazione democratica dei governanti pur con limiti e forme adatte ad evitare che finanche il potere del popolo ("democrazia" o democrazia illiberale) si faccia assoluto e totalitario come nel passato è accaduto per quello del Re o di un "capo" (Monarchia assoluta piuttosto che dittatura).

Il potere pubblico, infatti, ha sempre manifestato la tendenza a limitare gli spazi di libertà degli individui, sia quando vi erano le monarchie assolute che durante il Novecento; ma ciò accade anche ora nelle parti del globo in cui non si sono affermate le democrazie liberali. Il Re, che non intendeva limitare il proprio potere davanti alle pretese dei cittadini e in particolare della borghesia, tendeva a controllarne le espressioni politiche e culturali. Nello stesso modo i regimi totalitari del Novecento, dal fascismo al nazismo fino al socialismo reale sovietico, tendevano a vietare comunicazioni libere che permettessero di costruire una critica alla classe dirigente che deteneva il potere nella convinzione, propria di ogni regime, di possedere la "verità" su come governare la propria comunità. Tutt'ora regimi definiti vere e proprie "finte democrazie" come la Russia e la Turchia o regimi apertamente non democratici come ad esempio la Cina, la Corea del Nord e l'Iran sono impegnate in estenuanti attività tradizionali e tecnologiche tese a controllare i cittadini limitandone la libertà di comunicazione.

La nostra Costituzione, adottata dopo la drammatica esperienza del regime totalitario fascista, fornisce *ampia garanzia alle attività di comunicazione degli individui*. Ce ne occuperemo molto in questo volume, ma prima è utile precisare che per il diritto, almeno per come il diritto costituzionale ha fino ad oggi affrontato le comunicazioni tra le persone, vi è una decisiva distinzione tra due modalità diverse del rapportarsi con l'altro ossia esistono due modi di comunicare giuridicamente rilevanti e qualunque attività comunicativa ricade o in uno o nell'altro dei due schemi: *la libertà di comunicazione intesa come corrispondenza* e *la libertà di comunicazione intesa come libera manifestazione del pensiero*. Vediamo di cosa si tratta.

1.3.1 La "comunicazione-corrispondenza"

La prima tipologia di comunicazione è di tipo interpersonale e attiene ai casi in cui un individuo intende comunicare con uno o più individui determinati

nell'idea che intenda farlo con loro solamente ossia senza coinvolgere altri. Per facilitare le nostre riflessioni la chiameremo “comunicazione-corrispondenza”. Gli esempi sono molteplici ed attengono ad ogni qualvolta si instaura volontariamente un flusso comunicativo da un soggetto all'altro come nel caso di una lettera, un messaggio attraverso il cellulare o un biglietto, piuttosto che con i programmi di messaggistica degli *smartphone* o dei *social*. In questi casi il diritto – e in particolare il diritto costituzionale – ha posto in evidenza l'esigenza di garantire l'individuo in questa sua libertà di comunicazione tutelando non solo la possibilità di comunicare con chiunque ma anche che ciò avvenga in modo riservato (“riservatezza della comunicazione”) e con il soggetto specifico destinatario (“infungibilità”) che si trova così assorbito nella tutela prevista per chi avvia la comunicazione.

La libertà di corrispondenza è stata uno dei primi diritti di libertà inseriti nelle carte costituzionali (accanto alla libertà personale e alla libertà di domicilio) a riprova della sua centralità nella definizione della identità sia dell'individuo che della collettività. Vera e propria libertà borghese, veniva opposta al Re - monarca assoluto che si riteneva legittimato da Dio e non dal popolo - affinché non utilizzasse il proprio potere per controllare e compromettere le attività dei sudditi ai quali, in questo modo, veniva garantita la possibilità di comunicare liberamente tra loro e quindi, questo è il punto, anche di rappresentare interessi sociali nuovi se non addirittura di costruire una forma di organizzazione politica diversa da quella della monarchia assoluta.

Nella nostra Costituzione, come vedremo infra nel Cap. IV in modo più dettagliato, la comunicazione-corrispondenza è garantita dall'art. 15 secondo il quale “*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge*”.

Va subito notato che le previsioni costituzionali tutelano il diritto a comunicare con altri soggetti in modo segreto (ad esempio senza poter essere intercettati durante la comunicazione ma anche senza che sia sottratta la corrispondenza), tant'è che la corrispondenza non è solamente ritenuta segreta nel corso della comunicazione ma anche successivamente. Detto vincolo grava infatti anche sulla documentazione che successivamente conserva traccia della comunicazione: vale per lettere e messaggi, email, chat *whatsapp* e finanche per i tabulati telefonici dai quali si evince l'identità dei soggetti con cui si è tenuta la comunicazione. Come ha precisato la Corte costituzionale di recente nella sent. n. 170 del 2023, “la garanzia apprestata dall'art. 15 Cost. si estende anche ai dati esteriori delle

comunicazioni (quelli, cioè, che consentono di accertare il fatto storico che una comunicazione vi è stata e di identificarne autore, tempo e luogo): problema postosi particolarmente in rapporto ai tabulati telefonici, contenenti l'elenco delle chiamate in partenza o in arrivo da una determinata utenza (sentenza n. 81 del 1993; in senso conforme, sentenze n. 372 del 2006 e n. 281 del 1998)".

Vale la pena ricordare un passaggio di questa decisione della Corte costituzionale, dal quale si evince l'ampia portata delle garanzie costituzionali e il concetto di comunicazione che costituisce un *genus* di cui quello di corrispondenza è una *species*. Dice il Giudice delle leggi: "in linea generale, che lo scambio di messaggi elettronici – *e-mail*, SMS, *WhatsApp* e simili – rappresenti, di per sé, una forma di corrispondenza agli effetti degli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost. non può essere revocato in dubbio. Posto che quello di «corrispondenza» è concetto ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza, questa Corte ha ripetutamente affermato che la tutela accordata dall'art. 15 Cost. – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» – prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero, «aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata» (sentenza n. 2 del 2023). La garanzia si estende, quindi, ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale (sentenza n. 20 del 2017; già in precedenza, con riguardo agli apparecchi ricetrasmittenti di debole potenza, sentenza n. 1030 del 1988; sulla libertà del titolare del diritto di scegliere liberamente il mezzo con cui corrispondere, sentenza n. 81 del 1993)".

Continua la Corte costituzionale: "Posta elettronica e messaggi inviati tramite l'applicazione *WhatsApp* (appartenente ai sistemi di cosiddetta messaggistica istantanea) rientrano, dunque, a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi. La riservatezza della comunicazione, che nella tradizionale corrispondenza epistolare è garantita dall'inserimento del plico cartaceo o del biglietto in una busta chiusa, è qui assicurata dal fatto che la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l'utilizzo di codici personali; mentre il messaggio *WhatsApp*, spedito tramite tecniche che

assicurano la riservatezza, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch'esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione" (Corte cost., sent. n. 170 del 2023).

Ovviamente le esigenze di sicurezza e di legalità possono costituire un legittimo presupposto per violare le comunicazioni interpersonali quando però ciò sia previsto dalla legge (riserva di legge) e sia disposto dal giudice (riserva di giurisdizione). Si tratta, si noti bene, di eccezioni rispetto all'inviolabilità della segretezza della corrispondenza, anche se nel corso degli ultimi anni è talmente accresciuto l'impiego dello strumento - nel diritto penale - delle intercettazioni e si è assistito alla indebita pubblicazione di atti di indagine sui media che il legislatore statale è più volte intervenuto sia disponendo la distruzione delle intercettazioni non utili ai fini penali, sia confermando – spesso purtroppo senza conseguenze adeguate – il divieto di pubblicazione delle stesse.

Come ha ricordato la Corte costituzionale, "il contenuto essenziale della libertà [di comunicazione] non può subire restrizioni, se non in ragione della necessità di soddisfare un interesse pubblico costituzionalmente rilevante, «sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria» (ancora sentenza n. 366 del 1991; nello stesso senso, sentenza n. 81 del 1993). Le esigenze di prevenzione e difesa sociale ben possono giustificare, si è detto, misure restrittive, e queste possono incidere anche su diritti fondamentali. Ma, proprio ove ciò accada, le garanzie costituzionali reclamano osservanza" (sent. n. 2 del 2023).

Le intercettazioni

"Le sezioni unite penali della Corte di cassazione hanno chiarito che per «intercettazione» – fattispecie che il codice di procedura penale non definisce – deve intendersi (in conformità, peraltro, alla comune accezione del vocabolo) l'«apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 28 maggio-24 settembre 2003, n. 36747).

Affinché si abbia intercettazione debbono quindi ricorrere, per quanto qui più interessa, due condizioni. La prima è di ordine temporale: la comunicazione deve essere in corso nel momento della sua captazione da parte dell'*extraneus*; questa deve cogliere, cioè, la comunicazione nel suo momento "dinamico", con conseguente estraneità al concetto dell'acquisizione del supporto fisico che reca memoria di una comunicazione

già avvenuta (dunque, nel suo momento “statico”). La seconda condizione attiene alle modalità di esecuzione: l'apprensione del messaggio comunicativo da parte del terzo deve avvenire in modo occulto, ossia all'insaputa dei soggetti tra i quali la comunicazione intercorre” (Corte cost. sent. n. 170 del 2023).

Se non ricorrono gli elementi appena citati, siamo allora in presenza di un sequestro di corrispondenza o documentazione che costituiscono altre forme di acquisizione di elementi ai fini delle indagini nonché rappresentano altri limiti alla libertà di comunicazione.

Conferma della estrema rilevanza della “comunicazione-corrispondenza” per la società democratica e liberale è la presenza in Costituzione di una garanzia ancora più significativa per i componenti del Parlamento (ma anche, in parte, per i consiglieri regionali *ex art. 122, comma 4, Cost.*) rispetto agli altri cittadini. Come prevede l'art. 68 della Costituzione da un lato “*i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni*”, dall'altro è necessaria l'autorizzazione da parte della Camera alla quale appartiene il Parlamento “*per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza*”. Il rafforzamento della tutela della libertà di comunicazione per i Parlamentari si giustifica con l'esigenza di metterli nelle condizioni di svolgere al meglio e liberamente il proprio mandato di rappresentanti della Nazione, senza che subiscano alcuna interferenza nello svolgimento del libero mandato da privati o di altri poteri dello Stato.

Negli ultimi anni la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulle nuove forme di comunicazione digitale ed ha espressamente evocato il carattere del tutto innovativo del digitale, sottolineando la connessione tra libertà di comunicazione e interazioni sociali e politiche. Ciò è successo in particolare con riguardo ad alcuni casi di conflitti di attribuzione tra il Parlamento e il potere giudiziario, allorché le “intercettazioni” e i sequestri di documentazione hanno interessato gli eletti dal popolo.

La Corte costituzionale ha precisato che “l'art. 68, terzo comma, Cost. tutel[a] la corrispondenza dei membri del Parlamento – ivi compresa quella elettronica – anche dopo la ricezione da parte del destinatario” e che “la necessità della previa richiesta di autorizzazione alla acquisizione del materiale investigativo opera in termini oggettivi, vale a dire «a prescindere da ogni valutazione circa la natura “mirata” o “occasionale” dell'acquisizione dei messaggi del parlamento»” (sent. n. 170 e n. 277 del 2023).

1.3.2 La “comunicazione-manifestazione del pensiero”

Il costituzionalismo individua una seconda forma di comunicazione che è tesa a instaurare un rapporto comunicativo con una pluralità indistinta di individui: si tratta della “*comunicazione come libera manifestazione del pensiero di ciascun essere umano*”, dei suoi convincimenti, delle sue idee, delle sue proposte.

Si tratta, ovviamente, di una libertà che costituisce il presupposto della forma di stato democratica liberale: nella misura in cui le nostre democrazie rifiutano l’idea dell’esistenza di una verità (tipica invece dei regimi dittatoriali), esse fondano le proprie decisioni istituzionali sulla base del concorso delle idee di tutti, ritenendo tutti gli esseri umani in grado di contribuire alla definizione della scelta migliore rispetto ai fini dell’evoluzione degli individui e della comunità.

Così tanto quanto la libertà di “*comunicazione-corrispondenza*”, anche la libertà di manifestare liberamente il proprio consenso costituisce un diritto tra i primi delle costituzioni del XVII e XVIII secolo e tutt’oggi uno dei diritti più sotto attacco nei sistemi autoritari e non democratici.

La nostra Costituzione disciplina questa libertà nell’art. 21 che, non a caso, è molto ricco di previsioni; dopo l’esperienza della dittatura fascista, infatti, l’Assemblea costituente dedicò molte previsioni alla garanzia della libertà di manifestazione del pensiero. Il dettato costituzionale prevede prima di tutto che “*tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*”.

Come già abbiamo notato con riguardo all’art. 15 Cost., anche in questo caso la nostra Carta fondamentale impiega un’espressione che lascia aperte le tutele alle forme concrete che nel tempo – grazie allo sviluppo tecnologico – può assumere la libera manifestazione del pensiero grazie all’inciso “*ogni altro mezzo di diffusione*”. Al tempo della scrittura della Costituzione vi era ovviamente un ruolo centrale della stampa come mezzo per diffondere il pensiero, mentre la radiotelevisione era agli inizi e non accessibile a tutti.

Non a caso gran parte dell’art. 21 Cost. è dedicata proprio alla stampa che, ricordiamolo, nella costruzione della dittatura fascista fu oggetto di interventi del regime tesi a impedire le pubblicazioni critiche che attaccavano il governo e il Duce. Il regime aveva provato a costruire un consenso nel Paese proprio attraverso la propaganda, le adunate di masse, i cinegiornali e la stampa e non era consentito criticare visto che operava un attento sistema di censure ossia di controllo che impediva di diffondere idee o posizioni culturali e politiche ritenute non in linea con il fascismo. Tant’è che tutti gli strumenti tipici del pluralismo delle idee furono cancellati: chiu-

si i partiti diversi da quello fascista e le associazioni che erano considerare troppo libere e critiche verso il potere (come la massoneria o alcune associazioni religiose), chiusi i sindacati e controllate le attività culturali, espulsi dalle Università i professori che non avessero prestato giuramento di fedeltà al fascismo.

In questo senso va letto l'ampio riferimento alla stampa contenuto nell'art. 21 della Costituzione (su cui v. anche Cap. V): *“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 denuncia 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”*.

Infine, vi è un limite a questa forma di comunicazione che è espresso in Costituzione: *“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”*. Come è facile immaginare il limite del “buon costume” risente della fase storica; basta pensare alle pubblicità o ai film che contengono immagini a sfondo sessuale che certamente erano considerate violazioni del limite del buon costume negli anni '50 ma non lo sono oggi. Nella sent. n. 293 del 2000 si trova una utile descrizione del limite del buon costume. Dice la Corte costituzionale: “l'art. 15 della legge sulla stampa del 1948, esteso anche al sistema radiotelevisivo pubblico e privato dall'art. 30, comma 2, della legge 6 agosto 1990, n. 223, non intende andare al di là del tenore letterale della formula quando vieta gli stampati idonei a “turbare il comune sentimento della morale”. Vale a dire, non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata. Solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento. E a spiegare e a dar ragione dell'uso prudente dello

strumento punitivo è proprio la necessità di un'attenta valutazione dei fatti da parte dei differenti organi giudiziari, che non possono ignorare il valore cardine della libertà di manifestazione del pensiero. Non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana”.

Buon costume

Nel 1972 il Tribunale di Benevento ha assolto Pier Paolo Pasolini per il reato di “spettacolo osceno” dopo la denuncia seguita dalla prima in anteprima nazionale, nel Cinema Comunale di Benevento, del film “I racconti di Canterbury”. Negli anni la vicenda del buon costume ha interessato molti cantautori italiani che sono stati costretti a cambiare versi delle canzoni; tocca anche a Paolo Villaggio che con Fabrizio De André ha scritto *Carlo Martello ritorna dalla battaglia di Poitiers* la cui oscenità li porta innanzi al Pretore di Potenza, ma anche a Claudio Baglioni e Riccardo Cocciante, salvo il fatto che anni dopo alcune di queste canzoni saranno cantate con i testi ritenuti in passato non adeguati, confermando la dinamicità territoriale e temporale del concetto di buon costume.

La regola, dunque, è la libertà di manifestazione del pensiero; l'eccezione è la sua limitazione, tanto che la Corte costituzionale ha spesso collegato il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero con la forma di stato democratica definendo detta libertà come la «pietra angolare dell'ordine democratico» (sent. n. 84 del 1969), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» (sent. n. 126 del 1985), «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (sent. n. 11 del 1968).

Non a caso, appena iniziato l'impiego di *internet* per manifestare il pensiero, in Italia si è assistito alla estensione delle regole per la stampa cartacea a quella on-line e via via si è provveduto a disciplinare anche i soggetti che immettevano contenuti simili a quelli televisivi.

Uno dei temi più rilevanti della manifestazione del pensiero, infatti, è che essa ha un doppio profilo di analisi: *il diritto a comunicare e ad informare gli altri, ma anche il diritto ad essere informati*.

Come ha chiarito la Corte costituzionale, “l'informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi (libertà di informare e diritto ad essere informati) esprime, infatti, [...] una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico. Nell'ambito di tale forma, qualsivoglia soggetto od organo rappresentativo investito di competenze di natura politica non può, di conseguenza, pur nel rispetto dei limiti connessi alle proprie attribuzioni, risultare estraneo all'impiego dei mezzi di comunicazione di massa” (sent. n. 348 del 1990).

Infine va ricordato che la manifestazione del pensiero si deve bilanciare con il diritto alla riservatezza dell'individuo (cfr. Cap. XIII) e al tempo stesso con il diritto all'identità personale inteso come *“diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo”* (sent. n. 13 del 1994); diritto questo che oggi, con le tecnologie digitali, come vedremo, è difficile da tutelare e ha assunto forme nuove di tutela come il diritto all'oblio.

La diffamazione aggravata a mezzo stampa e le nuove tecnologie

La Corte costituzionale ha chiarito la portata dell'art. 595, comma terzo, del codice penale che disciplina l'aggravante, a mezzo stampa, della diffamazione (su cui v. anche Cap. 5).

Si legge nella sentenza del Giudice costituzionale “come rammentato nell'ordinanza n. 132 del 2020, se è vero che la libertà di espressione – in particolare *sub specie* di diritto di cronaca e di critica esercitato dai giornalisti – costituisce pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona. Aggressioni illegittime a tale diritto compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, cod. pen. – la radio, la televisione, le testate giornalistiche *online* e gli altri siti *internet*, i *social media*, e così via –, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare. Tra questi strumenti non può in assoluto escludersi la sanzione detentiva, sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolga la professione giornalistica”.

Sono ancora parole della Corte costituzionale: “si deve infatti ritenere che l'infrazione di una pena detentiva in caso di diffamazione compiuta a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità non sia di per sé incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità (così la stessa Corte EDU, grande camera, sentenza 17 dicembre 2004, Cumpănă e Mazăre contro Romania, paragrafo 115; nonché sentenze 5 novembre 2020, Balaskas contro Grecia, paragrafo 61; 11 febbraio 2020, Ataman-chuk contro Russia, paragrafo 67; 7 marzo 2019, Sallusti contro Italia, paragrafo 59; 24 settembre 2013, Belpietro contro Italia, paragrafo 53; 6 dicembre 2007, Katrami contro Grecia, paragrafo 39). La Corte di Strasburgo ritiene integrate simili ipotesi

eccezionali in particolare con riferimento ai discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza, che possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio; ma casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'infrazione di sanzioni detentive, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, *internet* o i *social media*, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi. Chi ponga in essere simili condotte – eserciti o meno la professione giornalistica – certo non svolge la funzione di “cane da guardia” della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità “scomode”; ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali. Se circoscritta a casi come quelli appena ipotizzati, la previsione astratta e la concreta applicazione di sanzioni detentive non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della professione giornalistica, e della sua essenziale funzione per la società democratica. Al di fuori di quei casi eccezionali, del resto assai lontani dall'*ethos* della professione giornalistica, la prospettiva del carcere resterà esclusa per il giornalista, così come per chiunque altro che abbia manifestato attraverso la stampa o altri mezzi di pubblicità la propria opinione; restando aperta soltanto la possibilità che siano applicate pene diverse dalla reclusione, nonché rimedi e sanzioni civili o disciplinari, in tutte le ordinarie ipotesi in cui la condotta lesiva della reputazione altrui abbia ecceduto dai limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica”.

Resta infine da sottolineare come sia fondamentale per chi ha interesse a comunicare agli altri individui la propria visione culturale e politica (si pensi ad artisti, studiosi o politici) l'accessibilità ai media necessari per farlo.

Prima dell'avvento del digitale, la scarsità di risorse costringeva i media a garantire spazi adeguati al pluralismo (si pensi alla c.d. *par condicio* che disciplina la presenza dei politici in televisione in particolare durante le campagne elettorali); oggi, con la rete, si è ridotta l'importanza dei media tradizionali e sostanzialmente se una forza politica o un orientamento culturale non è in rete ciò equivale ad una sua sostanziale assenza nel dibattito. Emblematico quanto affermato in una delle plurime sentenze del Tribunale di Roma chiamato ad esprimersi sulla chiusura di una pagina *social* di una forza politica (sul caso torneremo); sono parole del giudice: “È infatti evidente il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri *social network* ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico

italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento”.

Il punto, come vedremo, è che l'accesso alle piattaforme social e a molti servizi della società della comunicazione avviene attraverso contratti di diritto privato con soggetti che perseguono scopi economici. Quando utilizziamo uno strumento di comunicazione sottoscriviamo un contratto che non possiamo modificare ma solamente accettare per come è e nel quale sono regolate le condizioni di utilizzo del mezzo; condizioni, queste, che solo davanti al giudice possono essere fatte valere se ritenute lesive della sfera soggettiva dell'individuo. A questo punto ci si chiede: riesce ancora lo Stato a dettare regole che i propri giudici possono applicare alle *big tech* o agli altri grandi soggetti globali privati che operano nella rete rendendo possibili le nostre comunicazioni sia di corrispondenza che di manifestazione del pensiero?

1.4. *Il costituzionalismo europeo insegue l'ordine giuridico dell'algoritmo: una conclusione per iniziare*

Concludiamo queste riflessioni di insieme che preparano ai temi trattati nel volume con una considerazione strutturale relativa al fatto che in ragione dell'applicazione degli algoritmi si è imposto nel mondo (e quindi al mondo del diritto) un nuovo ordinamento giuridico sovra-statale che ha creato un proprio ordine. Si tratta di un ordine frutto di un potere in grado di prescindere in molte occasioni dall'ordine giuridico costruito dal diritto statale con una serie di conseguenze note agli studiosi sia per l'individuo e per la comunità politica, sia – inevitabilmente – per il costituzionalismo: noi intendiamo puntualizzare la premessa strutturale di questa condizione di mutamento delle relazioni sociali e istituzionali che interroga la scienza giuridica ossia l'affermazione della *capacità ordinatrice dell'algoritmo* rispetto alle relazioni umane. Potremmo definire questo nuovo ordinamento giuridico come *l'ordine giuridico dell'algoritmo* sulla scia di quanto avvenuto in un'altra occasione allorché i giuristi hanno dovuto prendere atto della forza regolatrice del mercato ossia dell'altra grande forza ordinatrice che si è affermata negli ultimi decenni; in quell'occasione Natalino Irtù intuì e definì i caratteri propri dell'*ordine giuridico del mercato* capace, agendo sopra lo Stato e a prescindere da esso, di costruire un sistema di norme in grado di

permeare la vita degli esseri umani sottraendosi di fatto alle determinazioni umane formalizzate attraverso le istituzioni democratiche. Tommaso Edoardo Frosini, attento studioso dei fenomeni di trasformazione del diritto e della tecnologia, ha suggerito di impiegare l'espressione *ordine giuridico del digitale* per analizzare la novità in atto.

Nelle nostre riflessioni preferiamo impiegare l'espressione con riferimento al termine algoritmo nella misura in cui le principali novità alle quali assistiamo sono generate dalla accresciuta potenza di calcolo dell'algoritmo piuttosto che dal mero ambiente *internet* creato dal digitale; è stato l'algoritmo, infatti, ad aver accresciuto in modo rilevante la incidenza del digitale sull'individuo e sulla comunità proprio per aver reso possibile un impiego accresciuto e qualificato in termini di qualità e di quantità dei dati digitali.

Oggi al posto di una distesa di libertà senza intermediari a disposizione delle nostre capacità umane con cui è stata salutata la "prima" rete *internet* (un mare dove poter navigare), ci troviamo davanti (meglio diremmo ci troviamo dentro) ad un sistema diverso composto da un novero immenso di attori, materiali e regole nel quale l'individuo è sottoposto a innumerevoli relazioni e regolazioni che hanno da un lato reso consapevole l'uomo della propria limitatezza e dall'altro hanno messo all'angolo il sistema giuridico fondato sullo Stato sovrano, costituzionale e democratico; sempre meno, quest'ultimo, è in grado di catturare i fenomeni reali dei dati e dell'algoritmo e quindi di imporre un quadro regolatorio e valoriale definito dalla politica; anzi, sembra in certi casi addirittura subirlo.

Ciò è accaduto per il combinato disposto di almeno due ordini di ragioni principali: il bisogno primordiale dell'uomo di avere un ordine che lo conservi e lo protegga da un lato e la capacità di quell'ordine di prodursi e imporsi legittimandosi proprio assolvendo alle esigenze umane e aiutando l'individuo, limitato nelle proprie capacità fisiche e intellettive, a sopravvivere alla digitalizzazione dell'esistenza umana e ambientale.

Davanti all'infinito della rete e dei dati digitalizzati, infatti, l'essere umano è oggi caratterizzato da un accresciuto bisogno di mettere ordine in un mondo con molti meno limiti rispetto all'ambiente precedente; in passato, per quanto evolvesse la tecnologia non digitale, le capacità psicofisiche umane pur ampliate dalla tecnologia erano ancora gestibili dalla mente umana. Ora l'orizzonte appare sconfinato e l'essere umano ha bisogno di strumenti più potenti di quelli di cui è naturalmente dotato ossia mezzi in grado di gestire questi spazi infiniti che generano instabilità e insicurezza prima ancora che opportunità.

Superdati pretendono una *supermente*, potremmo dire semplificando. L'uomo è catapultato nell'infinito e cerca aiuto per stabilire un ordine che non appare realizzabile con gli strumenti già impiegati per gestire i precedenti processi di innovazione tecnica. Una domanda di aiuto che non può essere evasa dallo strumento tradizionalmente impiegato per dare, oltre la risposta, un senso assiologicamente orientato di ordine: lo Stato.

L'algoritmo si presta alla funzione ordinatrice nella misura in cui è in grado di elaborare un numero incredibile di operazioni logico-matematiche e fornire esiti (più che risposte) a comandi che presuppongono l'acquisizione di numeri impensabili di dati. *L'algoritmo assume complessità e produce semplicità e così facendo genera ordine.* Lo fa in un contesto nel quale per la mente umana sembra regnare il *caos* delle infinite possibilità. Se si pensa al diritto, l'algoritmo svolge la medesima funzione che ad esso è assegnata dalla mente umana, ma su scala ben più ampia ossia assumendo su di sé un numero incredibile di elementi. Agisce, ordinando, dove il diritto non riesce ad arrivare.

La norma giuridica e l'algoritmo producono infatti effetti affini: costruiscono regolarità ad uso della mente umana che in questo modo evita la follia dell'infinito e la paura; potremmo dire l'orrore del vuoto impiegando l'espressione latina, non a caso utilizzata anche nel mondo giuridico oltre che nella fisica, dell'*horror vacui*. Nell'ampio numero di fattispecie reali possibili, la norma giuridica crea i cassetti nei quali inserire i continui accadimenti reali; nell'infinito produrre di azioni umane grazie alla tecnica, l'algoritmo mette ordine e rende accessibili contenuti che la mente da sola non riuscirebbe a gestire.

C'è però un duplice passaggio che merita attenzione; prima di tutto gli operatori della rete (su diversi livelli, dal motore di ricerca al *social network*) selezionando i contenuti ai quali accediamo impattano sulla formazione della nostra identità soggettiva, come sostiene Simona Tiribelli, nell'era già di crisi dei meccanismi di formazione della identità ben descritta da Francis Fukuyama. In secondo luogo, mentre il diritto crea un ordinamento giuridico nel quale l'individuo è in grado, grazie al costituzionalismo democratico e liberale, di governare l'assetto regolatorio che impone a sé stesso e all'ambiente, così non accade nell'ordine posto dall'algoritmo. Quest'ultimo fonda un vero e proprio ordinamento giuridico fatto della pluralità di attori che ne fanno parte, dei fini comuni e dell'organizzazione che produce regole in maniera in parte autonoma dallo Stato democratico; quest'ultimo fatica a regolare un ambiente che supera i confini nazionali e che si mostra difficilmente riconducibile ad istituti e schemi giuridici tradizionali.

Ci sono due strade che lo Stato, troppo piccolo per imporre le proprie regole al nuovo mondo della comunicazione digitale globale, può percorrere: la prima, quella che si è dimostrata inizialmente ampia ma non sempre efficace, è costituita dai trattati internazionali che formalizzano il diritto alla comunicazione nelle forme citate. Così si passa dalle più ampie e generali previsioni della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (ONU, 1949) ai Patti. L'art. 19 della DUDU, ad esempio, prevede che *“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”*.

Più rilevante è la seconda strada ossia quanto accade su una scala regionale, quindi più piccola di quella mondiale e più ampia di quella statale, che si sta dimostrando quella più in grado di influenzare i processi comunicativi e sottoporli a regole: l'Unione europea. Nessuno Stato da solo è in grado di regolare le dinamiche della rete *internet* o meglio le grandi aziende di comunicazione che vi operano. Può farlo l'Unione europea, con i suoi quasi 450 milioni di abitanti e il 20% del PIL mondiale, nella misura in cui può imporre regole per operare su di una parte di popolazione ampia e ricca e quindi di interesse delle compagnie globali.

Può farlo inoltre muovendo da una tradizione costituzionale comune nella quale i valori della democrazia liberale tendono a difendere i diritti di libertà degli individui da ogni potere, quindi anche dal potere privato dei soggetti che gestiscono i servizi della società della comunicazione. In primo luogo sia la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (che è parte dei trattati europei) che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del Consiglio d'Europa tutelano le moderne forme di comunicazione.

Più di recente poi l'Unione europea ha adottato norme puntuali sulla rete e l'Intelligenza Artificiale. In particolare con il Regulation (EU) 2022/2065 *Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)* (nel volume d'ora in poi DSA) e con il Regulation (EU) 2022/1925 *Contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)* (nel volume d'ora in poi DMA) si è costruito un quadro regolatorio che impone specifiche misure a tutela dei cittadini europei. Analizzeremo le misure nei prossimi capitoli, quello che qui preme subito evidenziare è che si è in parte modificata l'impostazione che a partire dalla Direttiva n. 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali) aveva trattato le società della rete come “meri conduttori” di contenuti e quindi del tutto diversi da editori che possano essere tenuti a rispondere di cosa accadeva

in rete. Questo significa che gravano ora sulle piattaforme e su alcuni operatori di comunicazione dei vincoli nuovi che si candidano a condizionare l'intera esperienza del governo del digitale nel mondo: come è facile immaginare infatti le grandi società si adegueranno necessariamente ad esse non potendo escludere un mercato ampio e ricco come quello dell'Unione europea. L'intervento normativo europeo si sta ampliando tanto da giungere alla approvazione del regolamento sull'Intelligenza Artificiale (c.d. "legge sull'Intelligenza Artificiale" o "*AI Act*") che classifica, con l'approccio del rischio, gli algoritmi e del c.d. "*European Media Freedom Act*" del 2024 che pone regole a tutela del pluralismo e della qualità delle informazioni.

Ciò si giustifica con quanto accaduto nel corso degli anni, dallo scandalo dei dati *Cambridge Analytica* fino alla crescita delle *fake news* e al tentativo di governi stranieri ostili di influenzare le campagne elettorali delle democrazie europee ma anche degli Usa. Se nella condizione della comunicazione del Novecento infatti era possibile controllare e arginare i fenomeni di corruzione cognitiva dei cittadini elettori, adesso non è più così. Non solamente per le tecnologie capaci di diffondere in pochi minuti in rete contenuti senza possibilità di recupero e cancellazione che non sono sottoponibili alle tradizionali misure quali il sequestro della stampa e le rettifiche delle notizie errate nelle edizioni successive all'errore informativo; è così perché tutta nostra vita è "datizzata" ossia passa per la tecnologia digitale (*big data*) ed è comunicabile. Ma soprattutto è così perché l'individuo ha accelerato i processi cognitivi e li ha strutturati sempre più per avere sicurezza mentale nell'infinito dei dati che riceve: il tempo di attenzione per un video è di pochi secondi, di frazioni di secondo se si attende il caricamento senza successo e tendiamo ad avallare informazioni che ci tranquillizzano, fuggendo la conflittualità tipica delle democrazie pluralistiche. Inoltre i soggetti che "immettono informazioni" sono sempre più e sempre più lo fanno con vesti para-formali e para-istituzionali di cui in pochi sono in gradi di verificare l'autenticità. Comuniciamo di più, ma in modo più veloce e superficiale e, per usarla fortunata citazione di Umberto Eco, mentre prima l'ubriaco del Paese era al bar con il vino e nessuno gli dava ascolto, adesso dietro ad un profilo *social* o ad un sito semiserio accede alla platea del mondo che è talmente vasta da consentirgli di influenzare altri individui. Un soggetto che nel mondo reale dei corpi sarebbe facilmente individuabile e allontanabile da ciascuno di noi, nella rete si nasconde e, forte dell'assenza del contatto fisico, corrompe lo schema del mercato delle idee. Se "tutte le distanze che gli uomini creano intorno a sé sono dettate dal timore di essere toccati" [Canetti, E.], la rete *internet* mette in contatto senza essere toccati.

Al tempo stesso davanti al mare infinito di informazioni alcuni soggetti privati compiono di fatto una selezione che esclude l'accesso ad una gran parte di essi: e se domani fossimo in grado di sapere solamente ciò che i gestori di questi mezzi di comunicazione decidessero di farlo? Quanta capacità di influenza, quindi di potere, possono avere questi soggetti in una realtà nella quale il 57% degli individui si informa sui social?

Siamo in presenza di un potere nuovo, privato, ma che ha un effetto pubblico evidente e compito del diritto costituzionale sarà controllare e limitare anche questo potere ma su di una scala politica certamente più ampia di quella statale. Come è stato notato da Henry Kissinger, Daniel Huttenlocher ed Eric Schmidt, *“un’etica dell’Intelligenza Artificiale è doverosa. Ogni decisione individuale [di ciascun attore politico e di ciascun Stato] – di porre dei vincoli sull’IA, di collaborare con essa o di affidarsi ad essa – può avere o meno profonde conseguenze, ma il significato di tali decisioni, nel loro insieme, sarà molto più ampio. Non possono essere prese separatamente. Se l’umanità vuole plasmare il futuro, devo concordare in merito a comuni principi che guidino ciascuna scelta”*.

Questo volume ha come obiettivo di guidare ad una lettura costituzionale e di diritto pubblico delle diversificate forme in cui questo rapporto dialettico tra l’ordine giuridico dell’algoritmo e l’ordinamento giuridico politico si concretizza.

Bibliografia essenziale

- AA. VV. (1999), *Dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza
 BETZU, M. (2022), *I baroni del digitale*, Napoli, Editoriale scientifica
 BEZZI, E., LIBERATORE, P. (2023), *I confini del progresso*, Torino, Giappichelli
 BIONDI, P. (1965), *Studi sul potere* Soveria Mannelli, Rubbettino
 BUCALO, M.E. (2023), *I volti della libera manifestazione del pensiero nell’era digitale*, Torino, Giappichelli
 CARDONE, A. (2021), *Decisione algoritmica vs decisione politica? A.I., Legge, Democrazia*, Napoli, Editoriale scientifica
 CANETTI, E. (1960), *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 2020
 CASSESE, S. (2004), *Mercatizzazione dello Stato o arena pubblica* in A. Zoppini, a cura di, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari-Roma, Laterza
 CESARINI SFORZA, W. (1929), *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè
 CHOMSKY, N., MORO, A. (2022), *I segreti delle parole*, Milano, La nave di Teseo
 DE VIVO, I. (2024), *Il potere d’opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del “regulatory turn” europeo nell’oligopolio informativo digitale? in federalismi.it*, n. 2

- ELLIOT Jay, W. L. SIMON (2011), *Steve Jobs. L'uomo che ha inventato il futuro*, Milano, Hoepli
- FERRARESE, M. R. (2000), *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino
- FERRARESE, M. R. (2006), *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, Laterza
- FERRARESE, M. R. (2010), *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino
- FROSINI, T. E., (2023, III ed.), *Liberté, égalité, internet*, Napoli, Editoriale scientifica
- FROSINI, T. E. (2023), *L'ordine giuridico del digitale* in *Giurisprudenza costituzionale*
- GALGANO, F. (2001), *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino
- HARARI, Y.N. (2014), *Sapiens. Da Uomini a dei*, Milano, Bompiani
- FUKUYAMA, F.(2019), *Identità*, Torino, Utet
- KELSEN, H. (1952), *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità
- KISSINGER, H. A., SCHMIDT, E. e HUTTENLOCHER E. (2023), *L'era dell'Intelligenza Artificiale*, Milano, Mondadori
- IRTI, N. (1999), *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza
- LUHMAN, N. (1975), *Potere e complessità sociale*, il Saggiatore, Milano
- MARRAMAO, G. (2000), *Dopo il Leviatano*, Torino, Bollati Boringhieri
- MODUGNO F., (1980), *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè
- MORTATI, C. (1975), *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam
- POZZI P. (2021), *Piccolo dizionario della grande trasformazione*, Macerata, Aras
- SASSI S. (2021), *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, Editoriale scientifica
- STERPA, A., DE VIVO, I. e CAPASSO, C. (2023), *L'ordine giuridico dell'algoritmo: la funzione regolatrice del diritto e la funzione ordinatrice dell'algoritmo* in *Nuovi autoritarismi e democrazia*, n. 2
- STERPA, A. (a cura di) (2024), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, Editoriale Scientifica
- STOPPINO, M. (2004), *Potere*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Il dizionario di politica*, Torino, Utet
- TIRIBELLI, S. (2023), *Identità personale e algoritmi*, Roma, Carocci

