mediaLAWS

Rivista di diritto dei media
1/2019 gennaio

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*), Mirzia Bianca (*La Sapienza – Università di Roma*), 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*), Vittorio Manes (*Università di Bologna*), 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*), Pietro Sirena (*Università Bocconi*), 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 2019 – 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

Saggi

12 **Legge penale, fascismo, pensiero ostile**
Domenico Pulitanò

25 **Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia**
Giulio Enea Vigevani

42 ***Country of origin*** **e principio di territorialità**
Roberto Mastroianni

60 **La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808**
Filippo Donati

73 **La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione**
Elettra Stradella

93 ***Fake news*** **e democrazia**
Eva Lehner

123 **Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale**
Andrea Giulia Monteleone

136 **Destinazione *post mortem* dei diritti sui propri dati personali**
Stefania Stefanelli

148 **The Right to Privacy and New Technologies: Between Evolution and Decay**
Fabrizio Petrucco

183 **La legislazione antiterrorismo in Francia e in Russia. Un difficile equilibrio tra sicurezza dei cittadini e diritti**
Federico Delfino

206 **Trial in the Digital Era. English and Italian standpoint**
Marco Canepa - Douglas Mark Ponton

217 **Contenuti audiovisivi sportivi e accesso transfrontaliero**
Gianluca Campus - Alessandro Coni

Note a sentenza
Sezione Italia

235 **L'effetto affievolitivo del decorso del tempo rispetto ai fattori di cronaca**
Aurora Vesto

240 **I requisiti per la nomina del *Data Protection Officer* e la certificazione Lead Auditor ISO 27001**
Alida Cilona

Note a sentenza
Sezione Europa

Corte di giustizia dell'unione europea

249 **I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'*hosting* attivo**
Tommaso Scannicchio - Nicola Alessandro Vecchio

260 **Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato tra gli interessi in gioco**
Francesca Rotolo

268 **Caso *Land Nordrhein-Westfalen*: La vittoria del copyright sulla "sfrenata" condivisione dei contenuti in rete.**
Liliana Del Plato

282 **Nozioni di "professionista" e di "pratiche commerciali" nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea**
Alfredo Aiello

Corte europea dei diritti dell'uomo

288 Blasfemia e tutela della pace religiosa: i limiti alla libertá di espressione in un recente caso davanti alla corte europea dei diritti dell'uomo
Claudia Morini

299 *Bože, Zarja chrani!* Political Protest and Incitement to Religious Hatred in Russia in the Light of the "Pussy Riot" ECtHR Case
Andrea Gatti

Cronache e commenti

314 Libertà d'espressione e pluralismo 2.0: i nuovi dilemmi
Antonio Nicita

320 Il *Code of Practice on Disinformation* dell'UE: tentativi *in fieri* di contrasto alle fake news
Matteo Monti

325 Obsolescenza programmata. L'AGCM sanziona Apple e Samsung
Guido d'Ippolito - Alessandro Re

335 Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass-media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)
Sabrina Peron

Recensioni

348 Recensione a Gian Luca Conti-Marina Pietrangelo-Francesco Romano (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Edizioni scientifiche italiane, 2018
Paola Marsocci

352 Recensione a Maria Romana Allegri *Ubi social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider,* Franco Angeli, 2018
Marina Pietrangelo

Indice
Index

Articles

12 Criminal law, Fascism and hostile speech
Domenico Pulitanò

25 Why the XII transitional and final provision of the Italian Constitution matters? Protection of democracy and its limits
Giulio Enea Vigevani

42 Country of origin and territorial principle
Roberto Mastroianni

60 Minors protection in the REFIT of the AVMS Directive
Filippo Donati

73 The regulation of Robotics and AI: state of the art, proposals, perspectives. Some insights
Elettra Stradella

93 Fake news and democracy
Eva Lehner

123 Platforms as instrument for content creation. The uncertain regulation of user-adapted-content in the proposal for a directive on copyright in the digital single market
Andrea Giulia Monteleone

136 Post-mortem assignment of the rights related to the processing of personal data
Stefania Stefanelli

148 The Right to Privacy and New Technologies: Between Evolution and Decay
Fabrizio Petrucco

183 Anti-terrorism legislation in France and Russia. Reconciling public security and human rights
Federico Delfino

206 Fair Trial in the Digital Era. English and Italian standpoint
Marco Canepa - Douglas Mark Ponton

217 Cross-border access to audiovisual services for sport events
Gianluca Campus - Alessandro Coni

Notes and comments
Italy

235 The impact of the passing of time on freedom of press
Aurora Vesto

240 Data Protection Officer's Requirements and the Auditor/Lead Auditor ISO 270001 Certification
Alida Cilona

Notes and comments
Europe

EU Court of Justice

249 The limits of ISPs neutrality: the European Court of Justice and the eternal return of "active" hosting
Tommaso Scannicchio - Nicola Alessandro Vecchio

260 The right to respect for private life and the necessary balance with intellectual property rights
Francesca Rotolo

268 Case *Land Nordrhein-Westfalen*: The victory of copyright over the "unrestrained" content sharing on the Web.
Liliana Del Plato

282 The notions of "professional" and "commercial practice" in the case law of the Court of Justice of the European Union
Alfredo Aiello

European Court of Human Rights

288 Blasphemy and the Protection of Religious Peace: Restrictions to the Freedom of Expression in a Recent Case Before the European Court of Human Rights
Claudia Morini

299 *Bože, Zarja chrani*! Political Protest and Incitement to Religious Hatred in Russia in the Light of the "Pussy Riot" ECtHR Case
Andrea Gatti

Debates

314 Freedom of expression and pluralism 2.0: new conundrums
Antonio Nicita

320 The EU Code of Practice on Disinformation: a new attempt to fight fake news
Matteo Monti

325 Planned obsolescence: Italian Competition Authority fines Apple and Samsung
Guido d'Ippolito - Alessandro Re

335 Damages for defamation via media: observations on the criteria proposed by Milan Observatory on Civil **Justice (2018 edition)**
Sabrina Peron

Book reviews

348 Review to Gian Luca Conti-Marina Pietrangelo-Francesco Romano (eds.), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Edizioni scientifiche italiane, 2018
Paola Marsocci

352 Review to Maria Romana Allegri *Ubi social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, 2018
Marina Pietrangelo

Sono stati sottoposti a procedura di referaggio, in conformità al regolamento della Rivista, i saggi di: Domenico Pulitanò, Giulio Enea Vigevani, Roberto Mastroianni, Filippo Donati, Elettra Stradella, Eva Lehner, Andrea Giulia Monteleone, Stefania Stefanelli, Fabrizio Petrucco, Federico Delfino, Gianluca Campus-Alessandro Coni.

La direzione ha ritenuto di dispensare dalla procedura di referaggio, in conformità all'art. 15 del regolamento, il saggio di Marco Canepa-Douglas Mark Ponton.

Saggi

Legge penale, fascismo, pensiero ostile*

Domenico Pulitanò

Abstract

Le norme penali della legge Scelba sono state ritenute costituzionalmente legittime da sentenze interpretative che richiedono quale elemento di fattispecie il pericolo concreto. La scarsa casistica giurisprudenziale è ben poco significativa. Rispetto ai problemi del nostro tempo, la normativa pensata come difesa da un ipotetico pericolo fascista è storicamente inattuale. Ha senso una prospettiva diversa, quella delle norme antidiscriminazione, che pure pongono problemi di contemperamento con la libertà d'espressione.

In the criminal provisions against Fascism (contained in the 'Scelba Law') an actual danger is required as a constitutive element of the crime. The case law in this respect is not significant. However, Fascism is historically out of date. The article thus argues that a perspective based on anti-discrimination law would make more sense.

Sommario

1. La legge Scelba nella giurisprudenza costituzionale. – 2. La giurisprudenza ordinaria. – 3. Di fronte ai problemi del nostro tempo. – 4. La norma speciale sul negazionismo. – 5. Norme antidiscriminazione.

Keywords

Diritto penale, Legge Scelba, Fascismo, Libertà di manifestazione del pensiero, Propaganda

1. La legge Scelba nella giurisprudenza costituzionale

Preparare una relazione per la Scuola della magistratura, nell'ottobre 2018, sulla normativa penale relativa al fascismo e sulla giurisprudenza in materia, è stata un'occasione di riflessioni sul senso della disciplina vigente, alla luce dei problemi del nostro tempo.

La giurisprudenza sulla c.d. legge Scelba del 1952 si presenta come applicazione di indicazioni ermeneutiche date dalla Corte costituzionale nelle sentenze "interpretative

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

di rigetto" (n. 1/1957, n. 74/1958, n. 23/1973) che ne hanno affermato la legittimità, ritenuta fondata sulla XII delle disposizioni transitorie e finali della Costituzione (divieto di «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista»): «Riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale, ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi».

Da ciò la legittimità di una disciplina che, finalizzata a impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, «ha inteso vietare e punire non qualsiasi manifestazione di pensiero, tutelata dall'art. 21 Cost., bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista che possono determinare il pericolo che si è voluto evitare»; anche manifestazioni "minori" (C. Cost., 6 dicembre 1958, n. 74).

Sui limiti di legittimità di norme che toccano ambiti coperti dalle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, nella giurisprudenza costituzionale successiva è particolarmente significativa la sentenza n. 65/1970 - anch'essa "interpretativa di rigetto" - con la quale è stata salvata e ristretta l'incriminazione della apologia di reato (art. 414, c. 3). Disattendendo l'interpretazione rigorosissima della giurisprudenza ordinaria[1], la Corte costituzionale ha affermato che «non limita in alcun modo la critica della legislazione o della giurisprudenza, né l'attività propagandistica […] diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminatrice»; e nemmeno vieta l'attribuzione di un contenuto morale positivo a fatti costituenti reato. Oggetto del divieto è l'apologia in quanto istigazione indiretta: «Quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti.»[2]

Generalizzando: libertà fondamentali (libertà d'espressione) non possono venire compresse secondo schemi "presuntivi" (presunzioni di pericolosità) nemmeno in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale. Anche là dove siano in gioco beni che nel sistema costituzionale costituiscono limiti espliciti o impliciti alla libertà, la tutela non può comprimere l'esercizio delle libertà se non nei limiti della tutela da un pericolo (in qualche misura) "concreto".

Filtrate dalle sentenze interpretative del giudice delle leggi, le norme penali della legge Scelba appaiono difendibili sul piano della legittimità costituzionale, negli stessi limiti in cui sono difendibili altre fattispecie di reati d'espressione. La legge Scelba trae legittimità della scelta originaria di fondazione del nuovo ordinamento costituzionale sulla rottura storica rispetto al regime fascista: «Ancorché i padri fondatori, nel collocare il divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista nel quadro delle disposizioni

[1] Cass. pen., sez. un., 18 novembre 1958, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1960, 183 ss., aveva ritenuto incluso nel divieto l'espressione di qualsiasi «giudizio favorevole che implichi l'approvazione convinta dell'episodio e l'adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante», senza che sia necessaria alcuna attività diretta ad influenzare il pensiero altrui. Commenti di G. Bognetti, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1971, 18 ss.; A. Jemolo, in *Giur. Cost*., 1970, 957 ss.; C. Fiore, in *Arch. Pen*., II, 1971, 15 ss.

[2] Analoga impostazione in C. Cost., 23 aprile 1974, n. 108, sull'art. 415 c.p.

transitorie e finali, abbiano inteso enfatizzare il carattere storicamente determinato e politicamente esaurito di quella esperienza, ciò, tuttavia, non consente di metterne in discussione la costante forza giuridica e rilevanza assiologica.»[3]

2. La giurisprudenza ordinaria

2.1. La casistica giurisprudenziale sulla legge Scelba (quasi tutta in tema di manifestazioni fasciste, art. 5) è poco numerosa. Ci sono sia condanne sia assoluzioni.
Sentenze assolutorie (confermate da Cass. n. 8108/2018 e n. 11038/2017) hanno riguardato condotte tipicamente fasciste ("chiamata del presente"[4], saluto romano, esposizione di uno striscione inneggiante ai camerati caduti e di numerose bandiere con croci celtiche) tenute durante una pubblica manifestazione commemorativa svoltasi il 29 aprile 2014 in ricordo di Enrico Pedenovi, Sergio Ramelli e Carlo Borsani. Per motivare l'esclusione del pericolo concreto necessario a integrare il reato, i giudici di merito hanno ritenuto «dirimente la natura puramente commemorativa della manifestazione e del corteo, organizzati in onore di defunti vittime di una violenta lotta politica […] senza alcun intento restaurativo del regime fascista». La Corte di Cassazione ha ritenuto inammissibili i ricorsi della Procura, relativi alla motivazione sul pericolo[5].
Chiamata del presente e saluto romano sono anche oggetto di sentenze di condanna, confermate dalla Cassazione, in casi che i giudici di merito hanno ritenuto connotati da elementi fondanti un qualche pericolo, ancorché minimo. «Non è la manifestazione esteriore in quanto tale ad essere oggetto di incriminazione, bensì il suo venire in essere in condizioni di pubblicità tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione»; la concreta pericolosità della condotta non sarebbe elisa, anzi confermata, dal fatto che i partecipanti condividessero l'ideologia fascista, «trattandosi di comportamento idoneo a rafforzare una volontà di riorganizzazione tra più soggetti» (Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577, relativa a gesti e grida tenuti in una pubblica manifestazione in ricordo delle vittime delle foibe).
In epoca non recente si segnalano le condanne di chi ha fatto il saluto romano, armato di manganello in occasione di un comizio elettorale[6], e di imputati in un precedente processo che si erano alzati in piedi e gridato "*sieg heil*" alla lettura del dispositivo della sentenza[7].
Il provvedimento più significativo è lo scioglimento di Ordine Nuovo, disposto dal

[3] L. Diotallevi, *Sulla permanente attualità del reato di manifestazioni fasciste ex art. 5 legge Scelba*, in *Giur. Cost.*, 2014, 4801 ss., richiama (nota 20) il dibattito nell'assemblea costituente sulla formulazione della XII disposizione transitoria, nella quale venne inserito il testuale riferimento al disciolto partito fascista. Cfr. anche M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 1991, 183 ss.

[4] Il grido che chiama "camerata X!" e risponde "presente".

[5] Cfr. anche, nello stesso senso in un caso analogo, Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038, annotata da P. Caroli, *Commemorare i caduti della repubblica sociale italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 1585 ss.

[6] Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 1972, n. 3826.

[7] Cass. pen., sez. I, 4 ottobre 1982, n. 11943. La condanna è *ex* art. 11, l. 22 maggio 1975, n. 152.

Ministro dell'Interno on. Taviani nel 1973[8]. Era un periodo particolarmente critico sotto il profilo dei rischi di eversione, segnato dalle stragi del 12 dicembre 1969, del 1974 (Brescia, treno Italicus) e del 2 agosto 1980 (stazione di Bologna), oltre che da tanti fatti di terrorismo politicamente motivato, di destra e di sinistra. Il problema neofascismo appariva attuale; nel dicembre 1970 c'era stato il fallito golpe Borghese. Si parlava (si discuteva seriamente) di strategia della tensione.
In anni più recenti troviamo la già citate sentenze relative all'art. 5, e la condanna[9] *ex* art. 2, c. 1 per avere sventolato in una partita di calcio un tricolore con fascio littorio: «Attualmente tale simbolo è collegato da tutti i consociati al regime fascista».[10]

2.2. Nella giurisprudenza sulla legge Scelba interessano i "giudizi di fatto" nei quali si è concretizzata l'affermazione o negazione della responsabilità nei singoli casi, in applicazione del medesimo schema giuridico, quello che i giudici ordinari hanno recepito dalle indicazioni ermeneutiche della Corte costituzionale: il pericolo concreto quale elemento costitutivo delle fattispecie di reato.
Le dichiarazioni di inammissibilità dei ricorsi, sia contro condanne che contro assoluzioni, mostrano il *restraint* della Cassazione, il fermarsi alla motivazione senza entrare nel merito dei giudizi di fatto sulla sussistenza o insussistenza del pericolo. Lo studioso, al pari del giudice di merito, può e deve entrare nel merito, e dunque domandarsi se i giudizi fattuali sul pericolo, nella giurisprudenza sulla legge Scelba, siano coerenti e convincenti.
Problemi relativi al pericolo attraversano alla grande il diritto penale e le sue applicazioni. Innanzi tutto problemi giuridici, di determinazione ermeneutica del tipo e livello di pericolo necessario a integrare fattispecie legali d'incerti contorni. "Pericolo" significa, in prima approssimazione, "potenzialità di danno" (di un particolare tipo di danno). Una formula largamente utilizzata nel mondo della scienza definisce il pericolo come prodotto di due fattori: gravità del danno che potrebbe essere conseguenza del pericolo cagionato, e probabilità dell'evolversi del pericolo in danno effettivo. Secondo l'entità e la combinazione di questi due fattori, il pericolo che ne deriva si colloca a "livelli diversi di gravità", che la dottrina e la giurisprudenza schematizzano nelle due categorie etichettate "pericolo concreto" e "pericolo astratto". È un'impostazione concettuale non idonea (se non in prima battuta) a impostare i complessi problemi di ricostruzione ermeneutica del pericolo quale elemento di fattispecie.
I problemi di accertamento fattuale del pericolo richiedono giudizi prognostici sulla probabilità e sull'entità di sviluppi dannosi del fatto contestato come "pericoloso". Nelle sentenze relative al saluto romano e alla "chiamata del presente", per identici gesti ci sono state sia condanne sia assoluzioni. Su che cosa poggiano le differenze degli esiti?

---

[8] Cfr. G. Salvi, *Appunti per una relazione sul terrorismo di destra*, in *Questionegiustizia.it*, 27 aprile 2018, nota 3.

[9] Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2007, n. 37390.

[10] Per un recente quadro d'insieme cfr. A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia di fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 9 maggio 2018.

Cominciamo dall'assoluzione nel caso della manifestazione commemorativa di persone che hanno subito una morte violenta, vittime di aggressioni politicamente motivate. Borsani era un militante della RSI, Pedenovi era un consigliere comunale del MSI, a Milano negli anni '70. Sergio Ramelli era un ragazzino, militante della gioventù fascista, contro il quale venne programmata da militanti di un gruppo avverso (Avanguardia operaia) una violenza che avrebbe dovuto essere modica (qualche giorno di prognosi) ma per il modo in cui venne esercitata (colpi sulla testa, con chiavi inglesi) fu cagione di morte dopo una lunga sofferenza. Era l'aprile 1975. Gli autori vennero identificati e arrestati un decennio dopo; studenti di medicina all'epoca del fatto, erano ormai professionisti affermati; confessi e pentiti della militanza in un estremismo violento. Il processo Ramelli dinanzi alla Corte d'assise di Milano (che il sottoscritto ha vissuto da difensore di uno degli imputati) mise in scena la miseria morale e politica di ideologie estremiste e di pratiche squadriste che si autodefinivano antifascismo militante.
Tecnicamente motivate con un giudizio fattuale di non pericolosità, le sentenze assolutorie di gesti tipicamente fascisti, compiuti in una manifestazione commemorativa di vittime, lasciano trasparire uno sfondo morale: la valutazione d'insostenibilità morale del proibire ai sodali di vittime di violenza politica, sotto minaccia di pena, l'espressione di un sentire comune mediante gesti condivisi.
Nei casi in cui c'è stata condanna per manifestazioni fasciste (è questa la sostanza di tutte le condanne, quale che sia il titolo di reato) ai giudici è parso esserci quanto basta per valutare riprovevoli le manifestazioni incriminate. Riprovevoli in quanto riconoscibilmente fasciste. C'era una base sufficiente anche per giudizi di pericolo? "Pericolo concreto di proselitismo" è un'ipotesi debole; meno plausibile dell'ipotizzare reazioni avverse, ideologicamente antifasciste (come di fatto accade). Più plausibile ravvisare, nel comune compimento di certi gesti, una valenza di consolidamento del gruppo, ravvisabile peraltro anche nei casi in cui c'è stata assoluzione. Non è un dato di per sé rilevante per un giudizio di pericolo, a meno che il gruppo non sia già riorganizzazione del partito fascista.
Sufficiente a integrare la fattispecie sarebbe un pericolo "pur minimo", era stato scritto in una sentenza del 1982[11]. Nell'insieme, le condanne paiono fondate su un giudizio etico-politico di riprovevolezza del fatto, retoricamente tradotto in giudizio di pericolo: un pericolo sostanzialmente presunto.

2.3. Nelle condanne (poche) per reati previsti dalla legge Scelba, è leggibile un reale contributo alla difesa dell'ordinamento democratico di fronte al pericolo di riorganizzazione del partito fascista? Non vedo elementi a sostegno d'una risposta positiva.
Sul piano generalpreventivo (della pura intimidazione) qualsiasi ipotesi può essere azzardata, nessuna può ritenersi solida. Poco plausibile ipotizzare effetti di prevenzione speciale "rieducativa"; più probabili (forse) effetti di rafforzamento dell'adesione dei condannati all'ideologia messa sotto accusa.
Ovviamente, il giudizio sulle applicazioni d'una legge è, per definizione, opinabile e

[11] Cass. pen., sez. I, 4 ottobre 1982, n. 11943, già citata: non può disconoscersi un pur minimo pericolo per le istituzioni democratiche, i giudici di merito hanno sottolineato la volontà di suscitare consensi all'attività neofascista. La condanna è *ex* art. 11, l. 22 maggio 1975, n. 152.

sempre rivedibile, anche alla luce di eventuali fatti nuovi o di maggiori conoscenze. Con questo *caveat*, così riassumo la mia valutazione, allo stato, sulla scarsa casistica relativa alla legge Scelba: le assoluzioni sono accettabili, le condanne sono discutibili in fatto, e comunque insignificanti rispetto a problemi di difesa della società democratica da un ipotetico pericolo fascista.

Per il contrasto alla criminalità *hard* di matrice fascista (omicidi, altri delitti violenti) sono disponibili (e utilizzati) strumenti più solidi e meno discutibili, quelli del diritto penale comune.

Per una riflessione più di fondo, sul senso che la vigente disciplina ha o può avere rispetto a problemi attuali, la valutazione di contingenti applicazioni in passato è un aspetto importante, non l'unico. Anche leggi penali che non trovano applicazione, o hanno applicazioni insignificanti, comunicano messaggi, più o meno significativi. È opportuno mantenere la normativa penale sul fascismo così com'è, per il significato di principio dei precetti in essa contenuti? O è il caso di pensare a modifiche, vuoi in prospettiva di un rafforzamento dei divieti (vedi proposta Fiano[12]), vuoi nel senso di un formale superamento?

Fermo il limite dei principi costituzionali di libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, la pregiudiziale antifascista ha un significato assiologico che è stato fondante per l'Italia repubblicana. Coordinata con i principi di democrazia liberale sanciti dalla Costituzione, mantiene validità assiologica nella lunga durata. Su effetti di un'ipotetica abrogazione della legge Scelba, si possono azzardare congetture tendenzialmente negative: l'abrogazione potrebbe offrire pretesto per reinterpretazioni strumentali dei fondamenti della nostra democrazia[13].

3. Di fronte ai problemi del nostro tempo

3.1. L'insignificanza delle rare applicazioni della legge Scelba rispecchia un affievolimento o superamento dei problemi sottesi all'emanazione della legge, o debolezza di fronte a segnali di pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista?

Il "problema fascismo" è sempre stato presente nel confronto politico. Nel linguaggio dei decenni della Repubblica, il parlare di fascismo e di antifascismo si è legato a problemi di legittimazione politica e di polemica politica, e l'etichetta di fascismo è stata gravata da "sovraccarichi semantici"[14] a ciò funzionali. La riflessione teorica può anche proporsi di delineare una teoria generale di ciò che possa rientrare nell'idea di

[12] Proposta di legge n. 3343 presentata dai deputati Fiano e altri il 2 ottobre 2015, approvata dalla Camera in prima lettura, decaduta per fine legislatura. Prevedeva l'introduzione nel codice penale di un nuovo art. 293-*bis*, Propaganda del regime fascista e nazifascista, sanzionato con la reclusione da sei mesi a due anni.

[13] Potrebbe inoltre suscitare reazioni d'uno pseudo-antifascismo intollerante. La violenza volta a impedire manifestazioni o discorsi sgraditi è un problema aperto ancora oggi; l'antifascismo militante violento è forse stato (e potrebbe ancora essere) un fattore di rafforzamento di chi intende combattere.

[14] Traggo questa espressione da un'analisi critica ripubblicata in E. Galli della Loggia, *Speranze d'Italia. Illusioni e realtà nella storia dell'Italia unita*, Bologna, 2018, in un capitolo intitolato "Patologie italiane: il fascismo sempre in agguato e l'antifascismo perenne", 129 ss.

fascismo[15]. La polemica politica può legittimamente proporre accostamenti fra ideologie, movimenti, vicende di tempi diversi. L'analisi dei linguaggi usati nell'arena politica è compito dello storico.

E il giurista? Interrogare la storia è per tutti un punto di partenza razionale: guardare ai fatti così come sono, cercando di ridurre al minimo i filtri ideologici di proprie concezioni politiche.

Ha senso parlare di fascismo, e porre il problema di un nuovo fascismo, di fronte a movimenti che si suole definire di destra, oggi in crescita in tanti paesi d'Europa in forme anche molto spinte? Nei linguaggi della politica le etichette hanno risonanze forti, e l'etichetta di fascismo si presta ad usi di forte polemica. Lo sguardo storico cerca di distinguere, anche tra fenomeni con elementi comuni. Nel secolo iniziato l'11 settembre 2001, vediamo scenari e problemi nuovi e diversi rispetto al secolo passato. Movimenti di destra significativi si sono rinnovati e sono cresciuti sulla dichiarata rottura con radici di vecchio fascismo[16]. Di fronte a problemi nuovi e drammatici, come il fondamentalismo islamico e le migrazioni di massa, hanno preso corpo "rivendicazioni d'integrità identitaria", che colgono, esasperandolo, un "bisogno reale"[17]. Per la tenuta della democrazia liberale si profilano pericoli nuovi, non quelli di un ritorno al fascismo novecentesco fra le due guerre mondiali.

In una lettura storica dell'oggi, i fascismi novecenteschi appaiono un antefatto, una radice (accanto ad altre) di nuove forme o tendenze di democrazia illiberale. Non sono i fascismi storici una fotografia di ciò che oggi sta avvenendo e ci inquieta: arroganza identitaria, chiusura verso l'immigrazione, arroccamento dentro stretti confini. Continuare a usare l'etichetta di fascismo in un senso allargato, come strumento di battaglia politica, sul piano dell'analisi politica viene segnalato come errore storico-interpretativo: definizione non di un ben preciso fenomeno storico ma categoria astratta, incarnazione generica del male[18].

Questo tipo di riflessioni (storiche e politologiche) non concernono l'interpretazione di leggi, non il controllo di legittimità. Riflessioni e ricognizioni sul mondo dei fatti sono oggetto di discussione nella sfera pubblica, esercizio della libertà politica e della libertà della scienza (anche della scienza storica). In sede giudiziaria possono entrare come quadro di conoscenze rilevanti per il giudizio di fatto, per esempio per i giudizi fattuali sul pericolo.

Per formulare e controllare i giudizi di pericolo richiesti per l'applicazione della legge Scelba, può (e deve) entrare nel processo il problema della attualità o inattualità storica di un pericolo fascista - cioè rispecchiante le caratteristiche del fascismo novecentesco - nel XXI secolo in Italia? Non può e non deve entrare come problema politico, aperto a valutazioni legittimamente diverse e all'uso di linguaggi diversi. Può e deve entrare nell'orizzonte del diritto come problema fattuale, nei termini in cui il contesto fattuale abbia rilievo rispetto all'ipotesi d'accusa. È l'accusa che ha l'onere di provare

---

15 G. Mosse, *Il fascismo. Verso una teoria generale*, Bari, 1996.

16 In Italia, la svolta di Fini negli anni '90; in Francia la svolta di Marine Le Pen rispetto a suo padre.

17 Uso parole di G. Salvi, *op. cit.*, 7.

18 Cfr. per es. A. Campi, *La scorciatoia del Novecento per non misurarsi con la realtà*, in *Il Messaggero*, 17 settembre 2018; U. Gentiloni, *Il fascismo*, in *L'Espresso*, 18 novembre 2018, n. 47.

il pericolo costituente elemento di fattispecie, ricostruendo il fatto oggetto d'accusa e (in quanto siano rilevanti) gli elementi del contesto in cui si inserisce.
Nella giurisprudenza e nella dottrina in materia di reati d'espressione, con specifico riguardo al problema del pericolo la rilevanza del contesto è ben riconosciuta[19].
Nell'ottica del giudizio penale, l'inattualità di un pericolo specificamente fascista oggi in Italia è una ragionevole ipotesi di partenza, fino a prova contraria. Non è un abbassare la guardia, serve a impostare i problemi di ciò che al diritto si può o non si può chiedere.

3.2. In astratto diritto - sul piano dell'interpretazione o di un'ipotetica rimodulazione del diritto vigente - ci si può chiedere se siano possibili e plausibili operazioni ermeneutiche o legislative volte a portare entro l'orizzonte penalistico il contrasto alle (ad alcune) nuove destre di oggi.
Sul piano ermeneutico, il principio di legalità (art. 25 Cost.) dovrebbe fare ovvia resistenza contro eventuali tentazioni di applicare la legge Scelba a fenomeni nuovi: sarebbe analogia *in malam partem*, o forzatura ancor più spinta, in assenza di reali analogie.
Non solo la collocazione, ma soprattutto la funzione della disposizione relativa al "disciolto partito fascista", la connotano come "pensata per una transizione di regime".
La legittimazione della legge Scelba è una legittimazione in deroga, rispetto all'uguale libertà e dignità dei partecipanti alla dialettica politica. La pregiudiziale antifascista ha un fondamento storico di reazione a una ben determinata esperienza storica. Distinguere anche nel linguaggio le nuove destre di oggi dal fascismo novecentesco – quello del disciolto partito fascista – è un'esigenza razionale, comune alla ricerca storica, al confronto politico e al mondo del diritto. Dobbiamo fare i conti con contiguità e diversità di idee, ideologie, movimenti.
Sui problemi di oggi, propongo come spunto di riflessione le vicende seguite al rinvenimento del corpo fatto a pezzi di una ragazza stuprata, a Macerata nell'estate 2018. La sparatoria contro giovani neri è stata la reazione di un estremista di destra. Tra le prime reazioni ho sentito un esponente di un gruppo di destra (fascista?) esprimere in TV (grosso modo) questo concetto: non giustifico quella reazione, ma se pensiamo alla povera ragazza uccisa…
È razzismo, fascismo, o altra è la chiave di lettura? Ciò che più ha colpito la mia sensibilità di giurista è la vendetta contro terzi innocenti, ma visti come affini al colpevole (e perciò sospetti colpevoli). È stato azzerato il principio di personalità della responsabilità, che appare estraneo alla coscienza o comprensione dell'agente. Un atteggiamento coerente con l'ideologia fascista, non un contrassegno specifico di questa[20].
Aggressioni contro neri, contro diversi, si sono ripetute in quest'anno 2018. Sono materia del diritto penale comune. Hanno una matrice che ben si lega con ideologie di destra estrema, ma non è specificamente fascista. Le aggressioni che definiamo razziste

[19] Basti qui richiamare un recente caso assai discusso, il processo contro lo scrittore Erri De Luca per istigazione a delinquere, definito con sentenza assolutoria da Trib. Torino 19 ottobre 2015. Volendo cfr. D. Pulitanò, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss.

[20] Un'analisi della vicenda in E. Mauro, *L'uomo bianco*, Milano, 2018

non esprimono pretese ideologiche di superiorità razziale. Esprimono rivendicazioni identitarie, e la paura del diverso (xenofobia).
Anche nella prospettiva di eventuali risposte penali, è bene guardare ai problemi specifici di tutela, posti da fatti di questo tipo, o comunque da fatti e da movimenti del nostro mondo. La dicotomia fascismo/antifascismo non è una chiave interpretativa adeguata per i conflitti di oggi[21]. La legge Scelba può essere archiviata, senza essere abrogata. Archiviazione non giuridica, ma storica: archiviata dalla lontananza storica del fascismo novecentesco e del contesto in cui si è dipanato.
Questa formulazione, che può suonare paradossale, non la ho usata parlando a Scandicci ai magistrati. Compito della magistratura - anche di quella requirente - è verificare e valutare secondo diritto notizie di fatti specifici che le siano trasmesse. Penso a un'archiviazione "culturale" - nella sfera pubblica - dell'idea che i valori della Costituzione liberaldemocratica abbiano bisogno di una repressione penale di manifestazioni fasciste (saluto romano *et similia*). Mi preoccupa di più lo pseudo antifascismo intollerante, speculare al fascismo, che va a impedire attività di altri, o che chiede divieti i quali finiscono per dare importanza a manifestazioni marginali, offrendo alimento a ciò che si vorrebbe combattere. Caso mai sarebbe utile cercar di capire che cosa pensa, dice e fa il fronte avverso. Democrazia liberale significa questo.

3.3. Nell'ottica di un diritto penale liberale, interessa la sostanza che sta dietro le etichette politiche, quali ch'esse siano, là dove sia in gioco la tutela di interessi importanti. Non l'etichetta di fascismo o di neofascismo, ma eventuali fatti offensivi o pericolosi per interessi ritenuti meritevoli e bisognosi di specifica tutela. Ciò vale ovviamente per fatti di violenza, delittuosi secondo il diritto penale comune, e per delitti di associazione a delinquere. A un livello diverso, guarda a problemi ancora attuali la disciplina antidiscriminazione, attuativa della convenzione ONU sulla "eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale", aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.
Quella disciplina, nata con la legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni (c.d. legge Mancino), è ora inserita nel codice penale, in attuazione del "principio della riserva di codice". Inserita nel capo dei delitti contro la libertà individuale, in una nuova sezione 3-*bis*, "Dei delitti contro l'eguaglianza": artt. 604-*bis* e 604-*ter*. Nessuna novità nei contenuti, nuova la collocazione, e significativa l'etichetta. Una disciplina "moderna"[22] in rapporto ai delitti d'espressione propri del tradizionale diritto penale autoritario (vilipendio), pensati come difesa del prestigio dell'Autorità, sempre avversati dal pensiero penale liberale, oggi del tutto marginali.
La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto il carattere sussidiario della legge Mancino rispetto alla legge Scelba[23]: è la sussidiarietà di una legge "di principio", che prescinde da profili specifici storicamente contingenti (l'eventuale matrice fascista), e appresta una tutela più generale contro manifestazioni espressive discriminatorie, o istigatrici di

[21] Dopo avere completato questo scritto, ho tratto conforto per le mie riflessioni dal recentissimo riesame storico di A. De Bernardi, *Fascismo e antifascismo*, Roma, 2018.

[22] Così la ho definita (a rischio d'essere frainteso) in D. Pulitanò, *Laicità e stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 84.

[23] Cass. pen., sez. I, 7 maggio 1999, n. 1475, *Freda e altri*, e n. 7812, *Crasti e altri.*

condotte discriminatorie[24].

4. La norma speciale sul negazionismo

In questa normativa è stata incastonata, in data recentissima, la previsione del negazionismo quale ragione di maggior pena. Ecco un esempio di qualcosa che ha rapporto con il nazifascismo, e una sua tragica specificità. Si può discutere se si tratti di circostanza aggravante o di figura speciale di reato. Quel che è certo, è che non è stata apportata alcuna variazione nella fattispecie di base, cioè nei confini (e nei potenziali conflitti) fra norma penale e libertà d'espressione. Con esibito ossequio alla decisione quadro della U.E., la nuova norma chiude in modo *politically correct* un problema aperto nell'orizzonte europeo. Il significato simbolico (a differenza della reale portata normativa) è molto forte, e ben si presta a rappresentare (a mettere in scena) una presa in carico di problemi di tutela drammaticamente seri, in tempi segnati a sangue da un fondamentalismo violento che colpisce gli ebrei in quanto tali.

"Opporsi al negazionismo"[25] è esigenza condivisa da tutti coloro che discutono del problema, fautori o critici d'una soluzione penalistica. La discussione è sui mezzi[26]. Non si tratta di tutelare una generica "memoria storica": sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico che il negazionismo colpisce, e con la dignità di popoli che sono stati vittime di genocidio. La vitale importanza di tutto questo può essere misurata, domandandoci che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, ove mai i negazionisti della Shoah riuscissero a far breccia.

Non entro nel merito dei problemi di ricostruzione ermeneutica della nuova fattispecie; problemi seri, posto che hanno a che fare con manifestazioni espressive.

Manifestazioni negazioniste rientrano nella nuova fattispecie solo qualora su di esse si fondino in tutto o in parte manifestazioni di istigazione o apologia o propaganda od offesa vietate dall'art. 604-*bis*. In astratto questo problema avrebbe potuto porsi già prima dell'entrata in vigore della nuova norma. Azzardo (e confido risulti fondata) la previsione che questa resterà estranea all'arena giudiziaria, assieme ai problemi legati all'incidenza sulla libertà d'espressione.

---

[24] S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia e odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013; F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018; G. Pavich–A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 13 ottobre 2014.

[25] È il titolo di una interessante raccolta di scritti favorevoli alla soluzione penalistica: F.R. Recchia Luciani-L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013.

[26] Nella dottrina penalistica italiana, E. Fronza, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 1, 2008, 27 ss.; Id., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008; M. Caputo, *Le verità del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in Aa.Vv., *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 263 ss. Riferimenti al problema del negazionismo in articoli pubblicati in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, di C. Caruso, F. Bacco, F. Guella-C. Piciocchi, S. Parisi.

La lettura di testi sulla storiografia negazionista[27] illustra un universo variegato, insidioso anche nelle forme meno *hard*, ma (per quanto mi è parso di capire) nell'insieme non così *hard* da potere essere fatto oggetto di una repressione penale non problematica. Richiama l'attenzione su questo aspetto, in un contributo agli atti del Senato, un serio storico ebreo, Carlo Ginzburg: «C'è un punto che sfugge alla pubblica opinione, perché legato in maniera specifica al mestiere dello storico. La ricerca storica non si muove necessariamente in una prospettiva di bianco/nero. Mi sono trovato, in un contesto accademico non italiano, a dover valutare una tesi che nel mio giudizio ho definito un esempio di negazionismo soft, morbido, implicito. Portare un caso del genere in Tribunale mi sembrerebbe una follia».

La verità storica, in quanto tale, dovrebbe potersi affermare (*als solche sich behaupten konnen*) senza il diritto penale. Sono parole di un Maestro del diritto penale[28] che suggellano una posizione critica sulla fattispecie della c.d. *Auschwitz-Luge* (la menzogna su Auschwitz), ritenuta un esempio di legislazione "prevalentemente simbolica". Simbolica nel senso ambiguo del termine: un diritto penale ineffettivo rispetto agli scopi dichiarati, ma tale da mettere in scena una effettiva presa in carico di problemi di tutela, in modo politicamente appagante (servente all'autorappresentazione politica del legislatore). Idonea e sufficiente sarebbe la classica fattispecie di *Volksverhetzung* (istigazione all'odio o manifestazione di disprezzo contro una popolazione: c. 1 del §. 130 StGB).

La norma speciale sul negazionismo, se correttamente interpretata, non apre la strada a una penalizzazione debordante, intrusiva nella libertà di ricerca storica. Pensata come alternativa alla costruzione di una nuova fattispecie autonoma, non può essere travisata e slabbrata come se fosse una incriminazione a tutto campo di qualsiasi manifestazione di tipo negazionista. Manifestazioni di negazionismo *soft*, morbido, implicito, o comunque non caricate di significati di propaganda o istigazione illecita, restano fuori dell'area del penalmente vietato, che resta invariata. Il disvalore del fatto sta nell'offesa agli interessi offesi dalla condotta di propaganda o istigazione vietata, il profilo negazionista viene in rilievo se e in quanto ne sia una modalità di realizzazione. Dipende dalle peculiarità dei casi concreti e del contesto se e quando «negare lo sterminio vuol dire assumerne la necessità nel domani»[29], o esprima significati di disprezzo o di propaganda d'odio o di istigazione alla violenza.

5. Norme antidiscriminazione

Come espressione di valori fondamentali, la normativa antidiscriminazione è una risposta simbolicamente forte a problemi reali del nostro tempo. Si lega a impegni inter-

[27] C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013. Un utile riassunto di tesi negazioniste in M. Caputo, *op. cit.*, 268 ss.

[28] C. Roxin, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, 731.

[29] D. Di Cesare, *Negare la Shoah, Questioni filosofico-politiche, in* F.R. Recchia Luciani-L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo*, cit., 71.

nazionali, in via di principio può essere difesa e merita difesa, con la consapevolezza che pone problemi di contemperamento con la libertà di manifestazione del pensiero[30]. Ragioni serie possono essere addotte a favore o contro.

In società pluraliste, «lo spazio pubblico è pieno di gente che urla, si insulta, scodella imposture, offende, si offende, si difende, fa perfino qualche ragionamento e svela qualche impostura; non è posto da educande (come si diceva una volta)»: così ha scritto il filosofo Carlo Augusto Viano nella risposta a un questionario di *Micromega* dopo l'aggressione alla redazione di Charlie Hebdo e la reazione sotto il segno "*Je suis Charlie*". In società liberali la libertà di parola non può essere limitata alle sole voci politicamente corrette, fermo restando che «nelle società liberali non si tirano fuori i pugni»[31]. La difesa delle libertà *non* presuppone l'identificazione con l'uso che ne sia fatto da altri. Difendere la libertà di *Charlie* – o di estremisti di vario colore - non presuppone il sentirsi consenzienti con le manifestazioni espressive in discussione. I principi di un ordinamento laico e liberale ci dicono che la libertà di manifestazione del pensiero richiede tutela «anche se (o meglio proprio quando) possa provocare reazioni nella società»[32]. È, nel suo nucleo essenziale, garanzia del pensiero critico, eterodosso, collidente con pensieri e sentimenti dominanti, e proprio perciò bisognoso di protezione. Scenari di reazioni violente li avevamo già visti in passato, nel 2005 di fronte alle vignette danesi, persino di fronte al professorale discorso di Papa Ratzinger all'Università di Ratisbona nel settembre 2006. Il massacro di *Charlie Hebdo* ha drammatizzato fino all'estremo problemi legati all'esistenza di fondamentalismi ostili all'*ethos* e al sentire delle società liberali: una situazione critica che «erode e mina le opportunità di un consenso per intersezione fra persone divise da distinte e inconciliabili devozioni e lealtà ultime»[33].

Le divisioni di fronte a manifestazioni espressive molto spinte - tipo *Charlie Hebdo,* o quelle che sono state oggetto della giurisprudenza sulla legge Mancino - evidenziano problemi quanto mai delicati[34]. Vengono in primo piano problemi che definirei di ermeneutica del fatto: come leggere manifestazioni espressive suscettibili di letture diverse. Sono problemi non adeguatamente tematizzati nelle riflessioni dei giuristi. Questione spinosa, per l'ermeneutica del diritto, è come valutare manifestazioni espressive ragionevolmente leggibili in modi diversi, sul sottile e incerto crinale fra libertà d'espressione e offesa illecita.

Di fronte a comportamenti violenti, vanno adoperati gli strumenti tradizionali del penale. Di fronte a manifestazioni espressive, anche violente e offensive, i problemi sono assai più complessi. È ben comprensibile che il giurista confessi di avere «un io diviso, in senso psicanalitico, tra impegno antirazzista e passione liberal per la libertà

[30] A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013; F. Bacco, *Tra sentimenti e uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018; G. Pavich-A. Bonomi, *op. cit.*

[31] Il questionario e le risposte sono pubblicati in *Micromega*, 2015, n. 1.

[32] C. Esposito, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, 990 ss.

[33] S. Veca, *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013, 61.

[34] Per un'analisi di questi problemi segnalo E. Bencivenga, *Prendiamola con filosofia. Nel tempo del terrore: un'indagine su quanto le parole mettono in gioco*, Firenze, 2017.

d'espressione»[35].

A chiusura di riflessioni su ciò che il diritto penale può o non può dare, ho spesso richiamato il c.d. teorema di Böckenförde: lo stato liberale "vive di presupposti che non può garantire", sono necessarie di forze di coesione (*Antrieben* e *Bildungskraften*) indipendenti dal diritto[36]. Norme penali antidiscriminazione presidiano un confine importante, reso incerto da atteggiamenti che incidono sulla coesione sociale. Sono importanti come messaggio, sarebbe illusorio pensarle come strumento operativo su scala non ridotta; se non maneggiate con saggezza rischiano di risultare disfunzionali. In situazioni di crisi, di indebolimento delle forze di coesione morale, assai più che il diritto penale servono risorse di civiltà e capacità del confronto pubblico. Capacità di confrontarsi razionalmente anche con discorsi inaccettabili; anche con quelli per i quali il problema di valutazione penalistica si ponga seriamente. Non è dal diritto penale in azione che possiamo attenderci la risposta a punti di crisi dell'*ethos* liberale e del discorso pubblico.

[35] A. Tesauro, *op. cit.*, 184.

[36] E.W. Böckenförde, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Saekularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1976, 60 ss.

Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*

Giulio Enea Vigevani

Abstract

L'articolo si propone di ragionare sulla "riscoperta", nel dibattito pubblico e nella giurisprudenza, della XII disposizione finale della Costituzione, che vieta la riorganizzazione in qualsiasi forma del disciolto partito fascista e di indagare sulla portata giuridica di tale norma quale limite a diritti fondamentali quali la manifestazione del pensiero, l'associazionismo politico o la partecipazione alle competizioni elettorali.
Il percorso di ricerca parte dalle radici della Costituzione, ovvero dall'analisi delle concezioni che emersero in Assemblea costituente sul diritto dei "nemici della democrazia" di partecipare al dibattito pubblico e alla vita politica e istituzionale, per poi discutere la giurisprudenza costituzionale e le letture che negli anni sono state avanzate sul significato e sugli effetti della norma costituzionale.
Proprio alla luce dei lavori della Costituente e della giurisprudenza costituzionale, si ritiene che la XII disposizione non possa costituire una base sufficiente a giustificare l'introduzione di una norma che incida esclusivamente sulla libertà di espressione. Più aderente al testo e alla logica costituzionale appare invece l'interpretazione della XII disposizione quale norma che prevede un requisito originario per la partecipazione alla vita politica.
In conclusione, si prospetta che la riscoperta della XII disposizione discenda principalmente dalla attuale fragilità delle democrazie contemporanee e dunque dall'esigenza di protezione contro i nemici antichi e nuovi. Di qui l'interrogativo sulla opportunità di valorizzare la XII disposizione per rendere meno disarmata la democrazia italiana, interrogativo al quale l'autore risponde ritenendo ancora preferibile l'opzione del Costituente a favore di una democrazia aperta.

The article aims at discussing the "rediscovery" in the case law and public debate of the XII transitional and final provision of the Italian Constitution, which prohibits the reorganization of the dissolved fascist party. Furthermore, the contribution seeks to examine the legal scope of the mentioned rule as a limit to fundamental rights, such as freedom of speech, political association and participation.
The first part of the research focuses on the roots of the Italian Constitution, exploring the views expressed in the Constituent Assembly on the right of "democracy's enemies" to participate in the public debate. Moreover, the essay provides an overview of the case law of the Constitutional Court along with the different opinions concerning the meaning and the effects of said provision.

In the light of both the Constituent Assembly's work and the case law of the Constitutional Court, the XII provision cannot constitute a sufficient legal basis to justify the introduction of statutory limits to freedom of expression only. Therefore, it seems more appropriate to interpret the XII provision as a rule providing for an "original requirement" governing participation in political life.
In conclusion, the author claims that the rediscovery of the XII provision stems from the fragility of contemporary democracies and, thus, from the need to seek protection against old and new enemies. Hence, the key question is whether further value should be given to the XII provision in order to "weaponize" Italian democracy. According to the author, however, it is still preferable to stick to the founding fathers' idea of an open democracy.

Keywords
Libertà di espressione; Libertà di associazione politica; Democrazia; XII disposizione finale e transitoria; Fascismo

1. Crisi delle democrazie e vecchi fantasmi

La XII disposizione transitoria e finale della Costituzione evoca un passato tragico ma sempre più lontano nel tempo. Potrebbe, quindi, stupire il rinnovato interesse della dottrina italiana per il divieto di «*riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista*»[1], così come l'applicazione più frequente da parte dei giudici di tale norma co-

[*] Questo scritto riprende e approfondisce il contenuto di una relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso "Le disposizioni penali in materia di neofascismo, negazionismo e crimini d'odio" svoltosi a Scandicci dal 15 al 17 ottobre 2018. Su determinazione della direzione, l'articolo è stato pertanto sottoposto a referaggio anonimo.

[1] Tra gli scritti che negli ultimissimi anni si sono occupati del tema, B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1379 ss.; A. Longo, *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Osservatorio Costituzionale*, 10, 2014, 1 ss.; F. Blando, *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 1, 1 ss.; L. Diotallevi, *Sulla permanente attualità del reato di manifestazioni fasciste ex art. 5 legge Scelba*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4801 ss.; F. Lisena, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano*, in *Osservatorio Costituzionale*, dicembre 2014, 1 ss.; B. Pezzini, *Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione Repubblicana*, in B. Pezzini-S. Rossi (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016, 219 ss.; D. Piccione, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 1941 ss.; M. Bonini, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2017, 471 ss.; P. Caroli, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2017, 1587 ss.; F. Paruzzo, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2018, 475 ss.; M.G. Nacci, *Contrassegni politico-elettorali, simboli fascisti e XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Note a margine di un recente caso di esclusione ex post dalle elezioni della lista «Fasci Italiani del Lavoro*, in *Federalismi.it*, 19, 2018, 1 ss.; A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 1 ss.; D. Piccione, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 77 ss.

stituzionale[2] e della legge 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. "Legge Scelba") che ne ha dato attuazione[3]. Né pare sufficiente a spiegare tali tendenze la massa di "parole fasciste" che circola nei media e forse nemmeno la presenza sulla scena pubblica di soggetti che si richiamano, talvolta in modo esplicito, all'ideologia e ai miti del fascismo, ne ripetono gli slogan e le parole d'ordine o comunque solleticano sentimenti di ostilità verso il diverso o esaltano un nazionalismo "muscolare" contro immaginari complotti esterni, che evocano quello "demo-pluto-giudaico-massonico" di mussoliniana memoria.

A mio avviso, le ragioni profonde della "riscoperta" della XII disposizione sono da ricercarsi principalmente in un contesto più ampio e forse ancor più preoccupante: un sentimento diffuso - basato su fondamenta tutt'altro che fragili - di un progressivo declino dei sistemi liberal-democratici.

Nei tempi, piuttosto bui, in cui ci troviamo a vivere, la percezione è che sia finita l'illusione delle magnifiche sorti e progressive della democrazia: la storia evidentemente non è finita con la vittoria dei principi del costituzionalismo e vi sono molti esempi che mostrano come la scelta liberal-democratica non sia irreversibile e che proprio attraverso il metodo della democrazia possano andare al potere soggetti che ne rifiutano i valori, le forme e i limiti.

Inoltre, sembra in crisi una radice ideale dei sistemi democratici, ovvero la fiducia liberale, di derivazione kantiana e constantiana, nella razionalità dell'essere umano e nell'inevitabile emergere della ragione dal libero confronto di tutte le opinioni. Le dinamiche della comunicazione, specie attraverso i *social networks*, sembrano favorire il discorso emotivo rispetto a quello razionale e dunque potrebbero far venir meno gli effetti benefici dell'espansione del "*free market of ideas*" che si è avuta grazie allo sviluppo della rete.

Di qui, la tentazione di un recupero di forme di democrazia protetta e, per quanto

---

[2] Numerose sono state le decisioni dei giudici amministrativi in merito a casi relativi all'ammissibilità nelle competizioni elettorali locali di liste che si richiamavano esplicitamente, sin dal nome o dal contrassegno, al fascismo. In assenza di un espresso divieto legislativo in tal senso, tali liste sono state escluse sulla base dell'applicazione diretta della XII disposizione, che costituirebbe, secondo il giudice amministrativo, «un requisito originario per la partecipazione alla vita politica»; così Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1355. Nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2013 n. 2573 e n. 2575, sez. III, 17 maggio 2018, n. 3208; Tar Piemonte, sez. II, 7 maggio 2013, n. 558; nonché 22 maggio 2018, nn. 632 e 633; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 22 maggio 2017 n. 1366; Tar Lombardia, Brescia, 24 gennaio 2018, n.105.

Parzialmente diverso il caso deciso dal Tar Lombardia (Brescia), con l'ordinanza 8 febbraio 2018, che ha rigettato un ricorso in via d'urgenza di Casa Pound contro una delibera della Giunta comunale di Brescia che imponeva per la concessione di uno spazio pubblico che i richiedenti dichiarassero di «riconoscersi nei principi e nelle norme della Costituzione italiana e di ripudiare il fascismo e il nazismo». Il giudice amministrativo bresciano richiama la XII disposizione e la relativa legislazione attuativa e sottolinea che «l'insieme dei principi fondamentali, delle libertà costituzionali e, più in generale dei diritti e doveri del cittadino di cui alla Parte I della Costituzione esclude totalmente la tollerabilità, da parte dell'ordinamento italiano, di comportamenti riconducibili all'ideologia fascista»; su tale pronuncia, che presenta più di un aspetto discutibile per l'evidente compressione della libertà di manifestazione del pensiero, oltre che del diritto di riunione, si veda il commento di F. Paruzzo, *op. cit.*, 475 ss.

[3] Limitandoci al solo giudizio di legittimità, nell'ultimo quinquennio la legge Scelba ha trovato applicazione in Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577; Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038; Cass. pen., sez. I, 14 dicembre 2017, n. 8108. Per l'analisi di questa giurisprudenza, si rinvia al saggio di Domenico Pulitanò pubblicato in questo numero della *Rivista*.

attiene all'argomento di questo scritto, di una valorizzazione della XII disposizione come norma che consenta di combattere i nuovi nemici che si richiamano, direttamente o indirettamente, al passato più nefasto della storia italiana[4].

Tale opzione ha un evidente costo, ben sottolineato da Andrea Longo in un recente scritto: «Nell'erigere difese contro gli intolleranti, contaminiamo il nostro sistema (liberale, democratico, pluralista) con porzioni di intolleranza; contaminiamo noi stessi con l'essenza di ciò che aborriamo. L'evidenza di questo limite è naturalmente coessenziale alla stessa idea di tolleranza pura (che deve cedere di fronte agli intolleranti); tuttavia, l'esecrabilità di questo peccato contro gli stessi ideali che la Costituzione difende va tenuta presente e sottoposta a continuo vaglio, a continua discussione politica, se vogliamo evitare di trasformarci nei mostri che combattiamo»[5].

Siamo, dunque, di fronte a declinazioni nuove di interrogativi classici relativi alla difesa della democrazia, alla tolleranza contro gli intolleranti, allo spazio nell'arena pubblica di chi tale arena mira a sopprimere o comunque a comprimere. E si tratta di interrogativi su cui il Costituente italiano si era ampiamente confrontato, offrendo risposte che ancora oggi sembrano rappresentare l'indispensabile punto di partenza di ogni riflessione su questi grandi temi della democrazia contemporanea.

In tale prospettiva, mi pare opportuno offrire un breve contributo al dibattito, che parta proprio dalle radici della Costituzione, ovvero dalle concezioni che emersero in Assemblea costituente sul diritto dei "nemici della democrazia" di partecipare al dibattito pubblico e alla vita politica e istituzionale.

Di qui, una riflessione sull'attualità della XII disposizione, per comprendere se tale norma abbia un valore prevalentemente di testimonianza o sia in grado di produrre qualche rilevante effetto giuridico quale limite alla manifestazione del pensiero o all'associazionismo politico o infine alla partecipazione alle competizioni elettorali.

2. La norma: la XII disposizione finale della Costituzione

Come insegnano i Maestri, appare opportuno premettere qualche breve considerazione sull'interpretazione della norma costituzionale.

Il primo comma della XII disposizione vieta «*la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista*». Il II comma prevede limitazioni temporanee all'elettorato attivo e passivo dei capi responsabili del regime fascista e ha evidentemente esaurito i propri effetti.

La prima notazione è piuttosto scontata e indiscussa in dottrina: il primo comma non è una disposizione transitoria, è una norma "finale", permanente, che produce i suoi

[4] Tentazione indubbiamente suggestiva, anche se occorre sempre tenere presente il *caveat* di Paolo Barile: «In verità, la democrazia non si protegge dalle forze nemiche a mezzo di norme giuridiche: se la democrazia muore nel cuore del popolo, nessuna forza "giuridica" potrà farla resuscitare. ... Se per disgrazia le forze antidemocratiche vincono la battaglia, nessuna barriera giuridica potrà proteggere la democrazia, morta negli animi di chi avrebbe dovuto difenderla: non con le leggi ma con la vita»; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 413.

[5] A. Longo, *op. cit.*, 15.

effetti giuridici senza limiti temporali[6]. Il dato testuale è evidente in tal senso e, del resto, la norma sul partito fascista fu discussa in prima sottocommissione insieme all'attuale art. 49 Cost. sulla libera associazione politica e fu approvata all'unanimità come secondo comma di detto articolo. Solo nel testo definitivo del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei Settantacinque, prima del passaggio in assemblea, scivolò per mera opportunità redazionale tra le disposizioni transitorie e finali[7].

Inoltre, la XII disposizione è, con le parole della Corte, una «norma costituzionale che enuncia un principio o indirizzo generale, la cui portata non può stabilirsi se non nel quadro integrale delle esigenze politiche e sociali da cui fu ispirata», non è un «divieto penale costretto, nella interpretazione, entro i limiti della sua formulazione espressa»[8]. In altri termini, non è la prima parte di una norma penale a cui il legislatore deve quasi solo aggiungere una sanzione. Costituisce semmai, come il divieto di associazioni segrete e di quelle paramilitari previste dall'art. 18, c. 2, Cost., un limite espresso alla libertà associativa sancita nel primo comma.

Come si proverà ad argomentare nel prosieguo di questo scritto, non è una norma volta a definire chi abbia o non abbia il diritto di parola nel nostro ordinamento[9], ma chi abbia il diritto di partecipare alla vita politica, *in primis* attraverso la formazione di soggetti politici e la partecipazione alle competizioni elettorali. In altri termini, la XII disposizione costituisce un limite agli artt. 18 e 49 Cost., ma non può essere ritenuta in sé un limite alla libertà di manifestazione del pensiero[10].

Infine, appare evidente come la XII disposizione sia una disposizione "anomala" e, prendendo di nuovo a prestito le parole di Andrea Longo, «cristallizzi una evidente asimmetria nel nostro ordinamento»[11]: è l'unico limite di natura ideologica per quanto

[6] In dottrina, per tutti, U. De Siervo, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 3269 e A. Pizzorusso, *Disp. XII*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1995, 198. La Corte costituzionale stessa, in una pronuncia relativa al reato di oltraggio a pubblico ufficiale (C. Cost., ord. 17 marzo 1988, n. 323), ha rilevato come la XII disposizione abbia natura di norma finale e non transitoria.

[7] Piero Calamandrei, durante la discussione in Assemblea del 4 marzo 1947 sull'attribuzione alla Corte costituzionale del giudizio sulla democraticità dei partiti, criticò tale opzione - e più in generale il limitarsi a proibire un nome, senza definire «che cosa c'è sotto quel nome, quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica». Egli, favorevole all'istituzione di una sezione della Corte costituzionale «per verificare quali sono i partiti che corrispondono, per la loro organizzazione e per i loro metodi, alla definizione data dalla Costituzione», osservava: «Non so perché questa disposizione sia stata messa fra le transitorie: evidentemente può essere transitorio il nome "fascismo", ma voi capite che non si troveranno certamente partiti che siano così ingenui da adottare di nuovo pubblicamente il nome fascista per farsi sciogliere dalla polizia».

[8] Così C. Cost., 6 dicembre 1958, n. 74.

[9] La tesi è invero antica; già nel 1958, Carlo Esposito si era espresso criticamente sull'estensione della portata della XII disposizione transitoria e finale alla libertà di manifestazione del pensiero in una brevissima osservazione senza titolo pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 958-959 a commento della sentenza n. 74 del 1958 relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 5 della "legge Scelba".

[10] In questo senso, eventuali restrizioni alla libertà di espressione di chi fa apostolato del fascismo e delle sue politiche discriminatorie e razziste andranno ricercate nell'art. 604-*bis* del codice penale, che *inter alia* punisce chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico.

[11] Così A. Longo, *op. cit.*, 11-12. Longo riconosce che tale asimmetria «ridondi rispetto al trattamento di diverse manifestazioni simboliche sostanzialmente assimilabili (in quanto inerenti a regimi egualmente

concerne la costituzione di un movimento politico, dentro un progetto di democrazia "aperta", che non richiede adesione ai valori democratici, ma "lealtà di comportamento" nella vita pubblica, in una prospettiva di progressivo inserimento nel gioco democratico delle associazioni antisistema[12] e costituisce una eccezione al principio pluralista, che postula la completa rappresentazione politica della società[13]; al contempo, la XII disposizione è, «ascrivibile al concetto stesso di costituzione *materiale*» ed esalta l'antitesi tra ordine democratico e regime fascista che connota il testo costituzionale[14].

3. Le origini: la genesi in Costituente del divieto di riorganizzazione del partito fascista

Proprio questa ultima constatazione impone di studiare la genesi della XII disposizione[15] partendo dalla analisi del più ampio dibattito in Costituente sull'associazionismo politico, che ha condotto alla redazione degli artt. 18 e 49 Cost. (oltre che ovviamente della medesima XII disposizione, che come accennato in origine costituiva un comma

illiberali)» ma comunque sottolinea che «tale asimmetria fu addirittura *voluta* dai costituenti» e che essa «è positivamente cristallizzata in Costituzione e pertanto inassoggettabile alle logiche dell'anacronismo».

[12] Cfr., se si vuole, G.E. Vigevani, "*Associazione (libertà di)*", in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 481, ove sottolineavo come fosse emblematica di visione aperta della Costituzione la presenza in Parlamento nei primi decenni della Repubblica di gruppi che già nella denominazione (Partito nazionale monarchico, Partito monarchico popolare) esplicitavano il loro fine di restaurazione della forma monarchica, pur in presenza del divieto sancito dall'art. 139 Cost. L'ammissibilità nel nostro ordinamento di associazioni finalizzate al mutamento radicale dell'ordine costituzionale, purché non ricorrano alla violenza o alla clandestinità, è sancita in C. Cost., sent. 114/1967, che afferma che in uno Stato di libertà, è consentita «l'attività di associazioni che si propongano anche il mutamento degli ordinamenti politici esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza». Del resto, l'assenza di limiti ideologici caratterizza le disposizioni sui diritti che più coinvolgono il libero gioco democratico e costituiscono le precondizioni indispensabili per l'esercizio concreto dei diritti politici: le libertà di espressione, di riunione, di associazione, di associazione sindacale e politica, il diritto di elettorato passivo.

[13] Sul carattere eccezionale della XII disp., cfr. A. Pizzorusso, *op. cit.*, 198 e P. Barile-U. De Siervo, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Novissimo Digesto*, 561 ss.

[14] Così G. Brunelli, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, 1991, 215; secondo l'Autrice tale divieto «si porrebbe come una deroga soltanto apparente ai principi costituzionali, rappresentandone piuttosto una sostanziale e significativa *conferma*». Analogamente P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, 113, sottolinea come l'articolo 49 Cost. sia la regola, la XII disposizione l'eccezione, entrambe aventi origine «nelle caratteristiche dell'accordo politico sul quale è nata la Costituzione del 1947, nell'esigenza di arretrare i limiti generali alla libertà dei partiti al di qua del limite ideologico, e ad un tempo di recuperare quest'ultimo nei confronti di un'esperienza storica verso la quale si intendeva precludere al nuovo ordinamento costituzionale una posizione di neutralità (C. Mortati, *Costituzionalità del disegno di legge per la repressione dell'attività fascista* (1950), *in Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 67): ché anzi - si è aggiunto - con la discriminazione nei confronti dei movimenti neofascisti, i Costituenti vollero introdurre un elemento di rottura in una società che aveva mantenuto una continuità nell'assetto dell'ordinamento statale e nella struttura economica pur nel mutamento del regime politico (U. De Siervo, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 3277)».

[15] Una recente, accurata descrizione delle tappe che hanno condotto all'elaborazione della XII disposizione, con ampi richiami bibliografici, è in B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale*, cit., 1381-1384.

aggiuntivo della disposizione sui partiti)[16]. Più in generale, occorre considerare le concezioni ideali prevalenti nel momento della scrittura della Costituzione, in relazione al rapporto tra teoria della democrazia, pluralismo politico, libertà di opinione e diritto dei "nemici della libertà" a partecipare alla vita politica[17].

Il primo dato che si coglie è quello di una generale fede dei Costituenti nel metodo della democrazia quale strumento del confronto politico, che tende a includere nel libero confronto dialettico anche chi non si riconosce pienamente nei principi liberal-democratici della Costituzione. In questo senso, è nota la differenza radicale con la democrazia "protetta e armata" della coeva Legge fondamentale tedesca, che all'art. 21 prevede che siano incostituzionali i partiti che si prefiggono di attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale.

Ciò emerge in particolare dalla lettura dei lavori dell'Assemblea Costituente che hanno condotto alla formulazione dell'art. 18 Cost. In essi si manifesta, infatti, un diffuso rifiuto nei confronti di una concezione di "democrazia protetta", che ponga alle associazioni politiche ulteriori divieti rispetto alla regola generale del primo comma in ragione dei fini perseguiti[18].

Pur riconoscendo la presenza nel dibattito in Costituente «della preoccupazione di tutelare, attraverso limiti e divieti incentrati sulla politicità dei fini, il mantenimento della democrazia contro rischi di degenerazione del pluralismo in direzione antidemo-

[16] Del resto, la discussione circa l'opportunità di vietare attività politiche che tendano a costituire associazioni di tipo fascista attraversa i dibattiti relativi alle disposizioni relative alle libertà associative. Una prima proposta in tal senso fu formulata dal deputato socialista Pietro Mancini nella seduta della prima sottocommissione del 25 settembre 1946, che chiedeva di vietare oltre alle associazioni a carattere militare anche quelle a carattere fascista. Mancini motivava la propria proposta con la necessità che «una buona volta si precisi nella nostra Costituzione una parola di schietto significato anti-fascista. Che ciò sia necessario se ne è avuta anche una prova in alcune obiezioni sorprese sulle labbra di qualche Rappresentante estero a Parigi. Tutte le osservazioni e le critiche rivolte in quella sede ai nostri rappresentanti sono sintetizzate in una: che cioè in tutte le loro dichiarazioni essi non hanno fatto alcuna affermazione di schietto carattere antifascista e di condanna dell'ideologia fascista. In una Costituzione che sarà letta da tutto il mondo, non si vorrà dire dunque che si vietano le associazioni fasciste, mentre sul momento tutti si preoccupano di un risorgente neo-fascismo?». L'emendamento Mancini non raccolse invero un vasto consenso - per le difficoltà interpretative che avrebbe comportato, per l'obiezione di Corsanego che «non si deve fare al fascismo l'onore di essere citato nella futura Costituzione» ma anche per una qualche difficoltà a confrontarsi con il passato recente - e il presentatore stesso decise di ritirarlo. Dalla vicenda della mancata approvazione dell'emendamento Mancini, secondo Massimo Luciani emerge con chiarezza «il rifiuto da parte degli italiani della colpa storica di aver consentito la nascita e il rifiuto del fascismo»: M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1991, 189.

[17] Per un approfondimento, si rinvia a G.E. Vigevani, *Diritto, verità e storia: la criminalizzazione della negazione della Shoah*, in G. Ferri (a cura di), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale,* Napoli, 2016, 315 ss.

[18] In generale, sul rapporto tra libertà di associazione e forma di stato democratico-pluralista, si rinvia alla acuta monografia di F. Clementi, *La libertà di associazione in prospettiva comparata*, Milano, 2018, 29 ss. In particolare, l'Autore osserva come: «nel caso italiano, a tal punto si è voluto perseguire l'obiettivo di una dilatazione della disponibilità ordinamentale al libero associarsi che, come noto, lo stesso associazionismo politico e sindacale, è pressoché libero da quell'insieme di stringenti vincoli che, invece, tengono ben strutturati, organizzati e controllati, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo, queste forme dell'associarsi in molti ordinamenti europei, a partire innanzitutto da quello tedesco, e più recentemente, da quello spagnolo» (p. 32).

cratica»[19], il fine della disposizione costituzionale può essere individuato soprattutto nella tutela, nel quadro di una società pluralista, del più ampio e libero confronto delle idee e, al contempo, nella reciproca legittimazione tra i padri fondatori nel quadro di una società politica non omogenea[20]. Non è un caso che già durante l'esame in prima sottocommissione, l'Assemblea costituente non accolse - con 8 voti contrari e 6 favorevoli - la proposta di Giorgio La Pira di introdurre quale ulteriore limite alla libertà associativa il rispetto delle altre libertà garantite dalla Costituzione, anche per il timore, manifestato da socialisti e comunisti, di un suo possibile uso contro le future minoranze[21].

Discorso analogo vale per la discussione che condusse alla formulazione dell'attuale articolo 49 Cost. Tale disposizione è l'esito di una profonda riflessione in Assemblea costituente, nella quale le proposte che prevedevano una regolamentazione del partito furono progressivamente abbandonate, principalmente per il timore di interferenze sull'organizzazione interna dei partiti di minoranza. Furono rigettate ipotesi che prevedevano un controllo sui partiti e sulla loro ideologia (Merlin-Mancini), sul rispetto delle libertà fondamentali (Mastino), sulla democraticità dell'organizzazione interna (Mortati-Ruggiero) o sul programma (Bellavista) oppure che sancivano forme di riconoscimento giuridico dei partiti (Dossetti)[22]; nemmeno è un caso che l'art. 49 Cost. non contenga alcun esplicito rinvio a leggi di attuazione e complemento[23].

Del resto, l'assenza di limiti ideologici caratterizza le disposizioni sui diritti che più coinvolgono il libero gioco democratico e costituiscono le precondizioni indispensabili per l'esercizio concreto dei diritti politici: le libertà di espressione, di riunione, di associazione, di associazione sindacale e politica, il diritto di elettorato passivo.

A tale fede nelle virtù di una democrazia aperta si accompagnava, tuttavia, una preoccupazione quando si considerava che la proclamazione delle libertà civili e politiche potesse condurre alla riammissione nella vita pubblica dei fascisti.

I dibattiti in Costituente risultano pertanto dominati dal tentativo di perseguire al contempo due obbiettivi tra loro difficilmente conciliabili. Il primo, di più breve periodo, era quello di escludere i fascisti dalla vita pubblica e di condannare, anche simbolica-

---

[19] F. Rigano, *Art. 18 Cost.*, in A. Celotto-R. Bifulco-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

[20] G. Brunelli, *op. cit.*, 180.

[21] Durante la discussione nella seduta della prima Sottocommissione del 25 settembre 1946, i sostenitori dell'emendamento La Pira richiamarono proprio il pericolo di un ritorno di organizzazioni fasciste. Così, ad esempio, Aldo Moro sostenne che fosse «bene porre la necessaria base costituzionale per il divieto di attività di carattere fascista». Prevalsero, tuttavia, le preoccupazioni, espresse tra gli altri da Marchesi e Basso, che tale formulazione potesse aprire la via ad abusi.

[22] Il legame con l'art. 18 Cost. coinvolge sia l'affermazione di una libertà associativa svincolata da limiti di natura ideologica propria del primo comma dell'art. 18 Cost., sia i precetti della trasparenza e del libero dibattito politico accolti nel secondo comma; cfr. P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 252.

[23] Cfr. V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, *Vol. II: Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, 112. Per la ricostruzione dei lavori preparatori, si v. L. Basso, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in Aa. Vv., *Indagine sul partito politico. La regolazione legislativa*, I, Milano 1966, 141 ss. e C.E. Traverso, *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Il politico*, 2, 1968, 281-300 e, se si vuole, G.E. Vigevani, *Art. 49*, in S. Bartole-R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 497 ss.

mente, il regime. A fianco di tale preoccupazione emerge, tuttavia, un disegno complessivo di lungo periodo, che mirava appunto a realizzare un sistema politico aperto e tollerante, all'interno del quale potessero competere tutti coloro che accettano il metodo della democrazia, ma non necessariamente i contenuti e i valori.
Questa tensione affiora proprio nella discussione sull'inserimento del divieto di ricostruzione del partito fascista nella norma sui partiti che si svolse nella prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione il 19 novembre 1946 e, in particolare, nel confronto che coinvolse personalità quali Palmiro Togliatti, Lelio Basso e Giuseppe Dossetti. Ed è una tensione che, almeno a prima lettura, disvela un qualche elemento di contraddizione anche tra i Costituenti più raffinati.
La proposta di introdurre il divieto di riorganizzazione di un partito fascista nasce sulla scia della proposta di Basso di prevedere un generale requisito di democraticità dei partiti e della reazione di Togliatti, evidentemente preoccupato di una possibile esclusione *ex lege* dalla vita politica dei comunisti, che sostenne che un partito antidemocratico, quale ad esempio un partito anarchico, «dovrebbe essere combattuto sul terreno della competizione politica democratica, convincendo gli aderenti al movimento della falsità delle loro idee, ma non si potrà negargli il diritto di esistere e di svilupparsi». Nel medesimo intervento, tuttavia, l'allora segretario del P.C.I. propose «che si dica che è proibita, in qualsiasi forma, la riorganizzazione di un partito fascista, perché si deve escludere dalla democrazia chi ha manifestato di essere il suo nemico» e tale formula, con piccole varianti, fu approvata all'unanimità al termine della seduta.
Nel corso della discussione emersero alcuni nodi sulla portata e sul significato di questa norma «sorretta da una *ratio* del tutto speciale»[24], che ancora oggi non sembrano completamente sciolti.
La definizione di "partito fascista" fu sicuramente al centro della discussione in sottocommissione. Nel complesso, sembra prevalere l'interpretazione di Togliatti stesso - in replica ai dubbi espressi da La Pira sulla difficoltà di «definire quale sia un partito fascista» - fortemente legata all'esperienza concreta, al "fatto" del fascismo e non al "concetto" di fascismo. Per il segretario comunista, «il movimento e il partito fascista sono determinati storicamente, se ne conoscono il programma, l'attività, l'azione, i quadri; se un partito sorgesse con simili manifestazioni, sarebbe facile riconoscere in esso il partito fascista». Una visione storicizzata di fascismo come fenomeno politico-culturale ben riconoscibile, dunque, che trova conferma nella successiva inserzione in sede di coordinamento del testo del Progetto di Costituzione dell'aggettivo "disciolto", ma che almeno in parte compensata dall'inciso "sotto qualsiasi forma", che mostra l'intenzione del Costituente di vietare la ricostituzione di partiti o movimenti che, sotto altro nome, professavano l'ideologia e utilizzavano i metodi del fascismo[25].
È dunque difficile comprendere se la XII disposizione finale della Carta assuma nel pensiero dei Costituenti principalmente un significato storico, un valore di testimonianza del ripudio del passato o sia prevalente la funzione di argine al ripetersi di una evoluzione autoritaria. Le stesse affermazioni con cui Basso e Dossetti dichiaravano di aderire alla proposta di Togliatti non aiutano a risolvere tale dubbio. Basso sottolineava

[24] V. Crisafulli, *op. cit.*, 131.

[25] F. Blando, *op. cit.*, 14.

come fosse «necessario quindi che nella Costituzione ci sia finalmente un'affermazione concreta e precisa per cui si sappia che tutto ciò che è stato fascista è condannato. Bisogna fare in modo che il popolo abbia la sensazione precisa che la Repubblica segna una data nuova nella storia d'Italia» e Dossetti condivideva tali affermazioni: «Per quanto riguarda la cesura che si vuol porre tra il passato e il presente, anche motivata dal giusto rilievo che sino ad oggi, nello sviluppo della nostra situazione costituzionale e politica, ci si è troppo preoccupati di voler assicurare una continuità legale dello Stato».

Vi sono comunque posizioni sulle quali vi è una condivisione generale dei Costituenti. É comune la volontà di circoscrivere la portata del divieto al solo partito fascista e non ad altre formazioni politiche[26]. Ciò emerge dalla preoccupazione manifestata da Dossetti che «l'esclusione proposta dall'onorevole Togliatti, con la sua aggiunta, possa un giorno essere causa di altre esclusioni in senso opposto a quello che oggi si vuole intendere, e con fini che non hanno niente a che vedere con quella cesura e con quella totale condanna del fascismo che tutti i Commissari sono d'accordo nel voler accettare» e dalla replica dello stesso Togliatti il quale faceva presente che nella sua proposta egli si limitava «al richiamo storico del partito fascista quale si è manifestato nella realtà politica del Paese dal 1919 al 1943 e non è quindi possibile alcuna interpretazione equivoca» e soprattutto, si dichiarava disposto, «allo scopo di rassicurare l'onorevole Dossetti, a modificare la sua formula nel senso che si parli "del" partito fascista, anziché di "un" partito fascista», come nei fatti avvenne.

Nel complesso, emerge la volontà dei padri fondatori di rigettare - coraggiosamente data la temperie storica - il modello di "democrazia protetta" (imposta ad esempio dai vincitori ai tedeschi e che si realizza nella Legge fondamentale del 1949) e di dare vita non certo a una democrazia "neutra", "a-fascista", ma a un ordinamento capace di affermare i suoi valori antifascisti attraverso la dialettica politica e garantendo il dissenso anche più estremo.

4. Le possibili letture della norma costituzionale

Molteplici sono state le letture avanzate nel tempo circa la *ratio* e il significato della norma costituzionale[27].

Una prima interpretazione, riduttiva e rivolta al passato, coglie nella XII disposizione la volontà del Costituente di chiudere i conti con il fascismo e di dare attuazione in termini solenni a una condizione presente nel Trattato di Pace di Parigi del 10 febbraio 1947, nel quale l'Italia si impegnava a «non permettere, in territorio italiano, la rinascita di organizzazioni (fasciste), siano esse politiche, militari o militarizzate, che abbiano per oggetto di privare il popolo dei suoi diritti democratici» (art. 17)[28].

[26] Cfr. U. De Siervo, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 3270-71.

[27] Un'analisi delle molte e divergenti interpretazioni della XII disposizione è in B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale,* cit., 1384 ss.

[28] In questa direzione S. Bellomia, *Manifestazioni fasciste e XII disp. transitoria della Cost.*, in *Giurisprudenza*

Secondo una diversa lettura, la disposizione mostra la volontà del Costituente di esplicitare l'«elementare substrato ideologico»[29] delle forze politiche risorte durante il secondo conflitto mondiale, ovvero l'antifascismo, di introdurre un elemento simbolico di unità rappresentato appunto dal ripudio del ventennio e di inscrivere in Costituzione quella che Massimo Luciani definisce la "legittimazione sostanziale" dei padri fondatori, i nuovi partiti, nel quadro di una società politica non omogenea, ovvero il loro legame con la resistenza al nazi-fascismo[30]. In questa prospettiva, la norma non è timida e incerta nel vietare la ricostituzione del partito fascista ma ha comunque uno sguardo rivolto essenzialmente al passato: con le parole di Luciani, «la XII disposizione sta dove sta perché si è voluto con la sua collocazione implicitamente sottolineare che il fascismo è il passato e il passato non ritorna»[31].

Infine, la XII disposizione è stata letta principalmente quale fondamento di una disciplina stabile rivolta al futuro[32], quale norma "per le future generazioni", che ben possono dimenticare il passato, contro il rischio permanente di involuzione autoritaria del sistema democratico[33] . In questa prospettiva, costituirebbe una sorta di *Grundnorm* che esplicita il "paradigma antifascista" della Costituzione repubblicana, paradigma che informa ogni parte del testo costituzionale e in particolare principi quali quello democratico, l'eguaglianza, la dignità della persona, l'apertura internazionale. L'antifascismo sarebbe carattere così essenziale della "forma repubblicana" di cui all'art. 139 Cost., che anche la XII disposizione potrebbe ritenersi sottratta, almeno nel suo nucleo di valore, alla revisione costituzionale[34].

La prima lettura mi pare eccessivamente liquidatoria e finisce con il giustificare una sostanziale desuetudine della disposizione se non addirittura una sua "transitorietà".

Le altre due letture, quella "simbolica" e quella proiettata nel futuro, mi pare invece colgano, da prospettive diverse, il significato profondo della norma, volta a affermare il ripudio del passato ma con una portata normativa che può esercitarsi anche per il futuro, per l'eventualità che - come sosteneva Alessandro Pizzorusso più di vent'anni fa e come pare ancor vero oggi - «movimenti di questo tipo possano ripresentarsi, in forme più o meno simili o più o meno diverse rispetto al passato»[35].

Soprattutto, mi pare che, insieme, tali letture aiutino a individuare un punto di equili-

costituzionale, 1973, 1672. Per una articolata critica a tale lettura, B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale,* cit., 1385-1386.

[29] Così Aldo Moro nella seduta del 13 marzo 1947.

[30] M. Luciani, *op. cit.*, 183. Il valore storico e simbolico della XII disposizione è sottolineato anche in N. Bobbio-M. Viroli, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, 2001, 34 e, da ultimo da F. Clementi, *Art. 18*, in F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevani, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, Vol. I, 133.

[31] M. Luciani, *op. cit.*, 190-191.

[32] P.G. Grasso, *Contributo allo studio sulla prevenzione dello stato di emergenza. Sul divieto costituzionale di riorganizzazione del disciolto partito fascista*, in *Diritto e società*, 2002, 520.

[33] B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale*, cit., 1384-1385, che si collega a un passaggio di U. De Siervo, *op. cit.*, 3276, secondo cui la disposizione «individua un reale e costante pericolo involutivo nella presenza e nell'azione di forme associative neo-fasciste».

[34] Un cenno, sia pure problematico, in questa direzione, è in P.G. Grasso, *op. cit.*, 520.

[35] A. Pizzorusso, *op. cit.*, 198.

brio tra una interpretazione della XII disposizione attenta al solo criterio sistematico, secondo cui essa è una deroga all'esercizio dei diritti di associazione politica e dunque è norma eccezionale, da interpretare restrittivamente[36] e una tutta orientata al profilo finalistico che, sulla base della coerenza ideale della norma con i valori costituzionali, ne offra una lettura eccessivamente espansiva, ritenendo che possa costituire la base giuridica di restrizioni a diritti fondamentali diversi dalla libertà di associazione (*in primis* la libertà di manifestazione del pensiero), senza che sia dimostrato alcun collegamento con il tentativo di riorganizzare il partito fascista.

5. La giurisprudenza costituzionale

Questa caratteristica "bifronte" della XII disposizione - deroga all'art. 49 Cost. e insieme espressione di un valore fondante della Repubblica - emerge anche nella giurisprudenza costituzionale che, dal 1957 al 1974, ha fornito una interpretazione costituzionalmente orientata di tale articolo, sempre rigettando i dubbi di legittimità costituzionale della legge Scelba del 1952[37].
Da un lato la Corte valorizza la XII disposizione oltre il dato meramente testuale, collegandola all'ispirazione antifascista della nostra Costituzione:
a) Essa può costituire il fondamento per limitazioni a libertà fondamentali anche in assenza di una esplicita ricostituzione del partito fascista (è il caso dei reati di apologia di fascismo e di manifestazioni fasciste previsti dalla legge Scelba), purché le manifestazioni siano idonee a far sorgere una situazione di apprezzabile pericolo di riorganizzazione del partito fascista[38]. In tale interpretazione, la Corte valorizza l'inciso "in qualsiasi forma" che esprime «la preoccupazione del Costituente di non irrigidire il precetto entro limiti formali e di mirare al di là degli atti di riorganizzazione strettamente intesi», posto che «riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi

[36] Così da ultimo, M.G. Nacci, *op. cit.,* 7: «L'opzione per interpretazioni di tipo restrittivo appare, d'altro canto, preferibile anche in considerazione del fatto che, come su ricordato, il primo comma della XII disposizione finale rappresenta un'eccezione alla regola della libera associazione dei cittadini in partiti e, pertanto, come ogni norma eccezionale, non può mai essere oggetto di interpretazioni estensive, soprattutto se come in questo caso, si traduce in una limitazione della libertà degli individui».

[37] C. Cost. 26 gennaio 1957, n. 1; C. Cost., 6 dicembre 1958, n. 74; C. Cost., 27 febbraio 1973, n. 15 e C. Cost., 12 novembre 1974, n. 254.

[38] Si vedano in particolare C. Cost. n. 1 del 1957, ove si ritiene che l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una semplice difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista, cioè in una istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente e C. Cost. n. 74 del 1958, ove si legge che «il legislatore ordinario, nel dare con le sue norme concreta attuazione ai criteri espressi dalla norma costituzionale, era autorizzato a spingere i suoi divieti al di là degli atti veri e propri di riorganizzazione strettamente intesi, comprendendovi anche quelli idonei a creare un effettivo pericolo» (nel caso specifico, il processo *a quo* aveva oggetto il reato di manifestazioni fasciste perché l'imputato «aveva salutato romanamente una comitiva di persone che su un'autocorriera si stava recando a Predappio»).

della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale, ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi»[39].

b) Secondo la Corte, sussiste addirittura un obbligo per il legislatore di prevedere una sanzione penale per la riorganizzazione del partito fascista. Infatti, tale disposizione «ha conferito in modo tassativo al legislatore non solo la potestà-dovere di fissare sanzioni penali in casi di violazione del divieto costituzionale di ricostituzione del disciolto partito fascista, ma anche di ricercare il modo e le forme più idonei e più incisivi per la realizzazione della pretesa punitiva, pur nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini, al fine di combattere il più efficacemente e sollecitamente possibile quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione, ha inteso direttamente e imperativamente prevenire»[40].

c) Infine, la Corte conferma l'unidirezionalità della clausola e, almeno implicitamente, l'incostituzionalità di un eventuale divieto di costituire partiti che si ispirino ad altre ideologie antidemocratiche. La giurisprudenza costituzionale ha seguito l'indirizzo dottrinale prevalente, secondo cui la norma vieta solo le forze neofasciste, che contemplino tra i loro obiettivi quelle specifiche finalità antidemocratiche proprie di quella determinata esperienza storica, che si avvalgano del metodo della violenza del movimento fascista e che propugnino i principi di quel partito. Le discriminazioni tra partiti introdotte dal legislatore hanno quindi fondamento e giustificazione nella norma costituzionale, che ha operato un bilanciamento a priori con le libertà fondamentali, e possono essere sindacate solamente sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca della norma, in particolare dell'adeguata verifica della proporzionalità del mezzo (sanzione penale di un determinato comportamento) allo scopo (divieto di riorganizzazione del partito fascista).

Dall'altro lato la Corte è stata sinora salda a circoscrivere la portata della norma costituzionale, riconducendo, come accennato, i reati individuali di apologia di fascismo e di manifestazioni fasciste previsti dagli artt. 4 e 5 della "legge Scelba", sia pure indirettamente, al divieto di ricostituzione partito fascista. In altri termini, tali prescrizioni legislative «potrebbero sollevare seri dubbi di incostituzionalità ove si pretendesse di applicare le sanzioni ivi previste anche in danno di manifestazioni che non siano obiettivamente riconducibili alle finalità antidemocratiche del partito fascista, che non si risolvano quanto meno, in "istigazione indiretta" e che non determinino il "pericolo" della ricostituzione del partito fascista»[41].

[39] C. Cost., 6 dicembre 1958, n. 74.

[40] C. Cost., 12 novembre 1974, n. 254.

[41] Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 372.

6. La XII disposizione: limite alla manifestazione del pensiero o alla partecipazione politica?

Alla luce dei lavori preparatori e della giurisprudenza costituzionale citata, mi pare di poter giungere a una prima conclusione: la XII disposizione non può costituire una base costituzionale sufficiente a giustificare l'introduzione di una norma che incida esclusivamente sulla libertà di espressione, ad esempio vietando *tout court* la propaganda delle idee del fascismo, senza che la condotta espressiva possa seriamente definirsi prodromica alla riorganizzazione di un partito fascista[42].

Ad esempio, venendo a proposte avanzate di recente, nella XVII legislatura, la Camera il 12 settembre 2017 aveva approvato in prima lettura il disegno di legge "Fiano"[43], che mirava a introdurre nel codice penale il reato di "Propaganda del regime fascista e nazifascista". Tale disegno di legge non fu discusso poi al Senato e la materia non pare più all'ordine del giorno.

In sintesi, il testo proposto puniva la propaganda dei contenuti e dei metodi sovversivi del regime, anche attraverso la produzione o diffusione di oggetti quali busti del Duce, fasci littori, etc. o attraverso gesti simbolici, senza che vi fosse alcun richiamo, sia pure mediato, alla ricostituzione del partito fascista.

Usando la ragione e non i sentimenti, mi pare proprio che la XII disposizione non offra alcuna giustificazione costituzionale alla lesione della libertà di manifestazione del pensiero ad opera di una norma che arretra la soglia della punibilità al momento della mera propaganda. Tale giustificazione potrebbe semmai (con molta fatica) essere rinvenuta nel principio antidiscriminatorio alla base della normativa in tema di discorso d'odio.

Diverso è il ragionamento quando il richiamo esplicito al fascismo concerne una formazione politica, specie se intende concorrere a una competizione elettorale[44].

---

[42] Così da ultimo, D. Piccione, *op. cit.,* 87, secondo cui «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».

[43] D.D.L. A.C. 3343 (Introduzione dell'art. 293-*bis* del codice penale, concernente il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista); il disegno di legge mirava a introdurre nel capo II del titolo I del libro secondo del codice penale, un nuovo art. 293-*bis*, rubricato "Propaganda del regime fascista e nazifascista", il cui testo era il seguente: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaganda i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista 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».

2. All'articolo 5, primo comma, della legge 20 giugno 1952, n. 645, le parole: "sino a" sono sostituite dalle seguenti: "da sei mesi a"».

[44] Sulla opportunità di non limitare l'attuazione della norma nella sola sede penale e di porre, almeno *de jure condendo*, l'attenzione alla disciplina dei dispositivi di scioglimento, in sede amministrativa e/o giurisdizionale, cfr. B. Pezzini, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale,* cit., 1388-1389. Ella osserva che: «Questa diversa prospettiva potrebbe offrire un'attuazione più coerente con la funzione garantistica

Anche in questa ipotesi lo spazio di intervento è limitato: la giurisprudenza, anche costituzionale, non fa discendere dalla XII disp. un divieto di formare partiti che si richiamino genericamente alle idee del fascismo. Tuttavia, un qualche spazio si apre soprattutto in ambito elettorale.

Come si è già accennato[45], ha trovato numerose conferme un indirizzo giurisprudenziale recente, che ha escluso dalle competizioni elettorali locali liste che riportavano nel nome o nel contrassegno termini e simboli evocativi del partito fascista[46].

Invero, la legislazione italiana non contiene un esplicito divieto dell'uso di simboli fascisti nei contrassegni elettorali, tale divieto è previsto solo nelle Istruzioni del Ministero dell'Interno per la presentazione e l'ammissione delle candidature. Tuttavia, i giudici amministrativi hanno ritenuto che il richiamo esplicito, nel nome, nel simbolo e nel programma o nello statuto, all'ideologia fascista imponga, come consequenziale, l'inammissibilità della sua partecipazione ad una competizione elettorale. E hanno giustificato l'esclusione sulla base dell'applicazione diretta della XII disposizione, intesa quale norma che prevede un requisito originario per la partecipazione alla vita politica, escludendo il partito fascista "sotto qualsiasi forma", e fonda il potere implicito della Commissione elettorale di ricusare le liste che si pongano in contrasto con detto precetto.

In questa lettura, il divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista, imposto dalla XII disposizione, costituisce un limite, in via preliminare e preventiva, al diritto di associarsi in un partito politico, sancito dall'art. 49 Cost., e a quello di accesso alle cariche elettive, *ex* art. 51 Cost., fissando un'impossibilità giuridica assoluta e incondizionata, che impedisce che un movimento politico formatosi e operante in violazione di tale divieto possa in qualsiasi forma partecipare alla vita politica e condizionarne le libere e democratiche dinamiche. Infatti, secondo tale giurisprudenza, l'attuazione del precetto sancito dalla XII disposizione, sul piano letterale come sul versante teleologico, non può essere limitata alla repressione penale delle condotte finalizzate alla ricostituzione di un'associazione vietata ma deve essere estesa a ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista[47] e dunque anche ai casi nei quali un partito esplicitamente fascista voglia concorrere alla determinazione dell'indirizzo politico o amministrativo.

Si tratta di una interpretazione per alcuni aspetti audace ma che ha il merito di sottoli-

della XII disp.: se la permanenza (sopravvivenza o rifondazione) di una pratica e di un'organizzazione politica di tipo fascista costituisce un pericolo per l'ordinamento costituzionale, con il quale si pone in condizione di assoluta incompatibilità, la garanzia costituzionale consiste nella disponibilità di procedure adeguate ad impedire e/o rimuovere tale pratica politica, nelle sue diverse forme».

[45] Si veda la nota 2 di questo scritto e la giurisprudenza ivi citata.

[46] A titolo di esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1355 ha confermato la legittimità della ricusazione del contrassegno (il fascio littorio) e l'esclusione della lista "Movimento fascismo e libertà" che si era presentata a una elezione amministrativa in un paese dell'Abruzzo; Ancor più recente il caso della lista «Fasci Italiani del Lavoro», che aveva l'immagine del fascio nel simbolo e nel programma si riallacciava a tale ideologia, esclusa *ex post* dalle elezioni comunali di un paese del mantovano, a seguito di una decisione del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, (Tar Lombardia, Brescia, 24 gennaio 2018, n. 105), confermata dal Consiglio di Stato nel maggio 2018 (Consiglio di Stato, sez. III, 17 maggio 2018 – 29 maggio 2018, n. 3208, criticamente commentata da M.G. Nacci, *op. cit.*).

[47] Così, *inter alia*, Tar Lombardia, Brescia, 24 gennaio 2018, n. 105.

neare il valore normativo della XII disp. «nel preciso senso di norma che opera nell'indirizzare l'interpretazione di ogni altra norma»[48]. Soprattutto, ha il merito di ricondurre la disposizione alla sua natura di norma costituzionale (non penale) che regola il fenomeno dell'associazionismo politico, sganciando il divieto di presentazione di un simbolo elettorale dal giudizio in sede penale se quel raggruppamento politico integri o meno gli estremi della ricostituzione del partito fascista[49].
Mi pare, dunque, che debba essere rimarcato che tale interpretazione si colleghi alla logica del Costituente, che con la XII disposizione mirava appunto a escludere i partiti fascisti dalla vita politica piuttosto che a limitare a singoli o piccoli gruppi la diffusione di idee fasciste.

7. Attualità della XII disposizione (*rectius*: attualità della scommessa del Costituente a favore di una democrazia aperta)

In sintesi, mi pare che una lettura equilibrata della XII disposizione conduca ad attribuire a tale norma costituzionale non solo una funzione simbolica, ma anche qualche significativo effetto giuridico, specie quale limite alla partecipazione alla vita pubblica di partiti dichiaratamente fascisti.
Tuttavia, come ho provato ad accennare, dietro il tema della interpretazione della XII disposizione vi sono una quantità di interrogativi che vanno oltre l'esegesi della disposizione e investono questioni centrali nella teoria e nella storia del costituzionalismo, quali quelle relative alla forza o alla fragilità dei sistemi democratici, al 'paradosso' della tolleranza verso gli intolleranti e alla necessità di proteggere la democrazia contro i suoi nemici antichi e nuovi.
La scommessa di fondo del Costituente è stata a favore di una democrazia aperta, che includesse progressivamente le culture e le forze politiche in origine ostili a essa. Tale scommessa sembrava vinta, anche per quanto riguarda il partito più legato al fascismo, il M.S.I.
La fine dell'illusione che la democrazia possa prosperare in qualunque circostanza, di cui ha recentemente accennato Giuliano Amato[50], e la scoperta della fragilità dei nostri sistemi costituzionali dovrebbero, dunque, indurre a intraprendere strade sinora non percorse, valorizzando al massimo i pochi elementi di protezione della democrazia previsti nella carta repubblicana[51]?

[48] Così F. Blando, *op. cit.*, 18.

[49] In questo senso già il parere del Consiglio di Stato n.173 del 23 febbraio 1994.

[50] G. Amato, *Una fragile democrazia*, in *Corriere della Sera*, 8 novembre 2018, 32.

[51] Invero, il concetto stesso di *wehrhafte Demokratie* sembra in declino anche negli ordinamenti che hanno adottato nel testo costituzionale un modello di democrazia che si protegge. Emblematica in questo senso la recente pronuncia del 17 gennaio 2017 del Tribunale costituzionale federale tedesco, che ha negato lo scioglimento di un partito che pure a detta dello stesso giudice costituzionale perseguiva un disegno di matrice neonazista e disconosceva i principi della democrazia costituzionale. Ciò in quanto il Tribunale costituzionale non ha ritenuto vi fosse un concreto e imminente pericolo che questi nemici della democrazia possano divenire parte delle assemblee parlamentari. Su tale decisione, si rinvia alle

Se si ritiene che la risposta debba essere positiva, è evidente che la XII disposizione potrebbe costituire uno degli strumenti attraverso i quali ricavare dal testo costituzionale una concezione della democrazia meno disarmata.
In altri termini, con una interpretazione della XII disposizione che vada oltre i ristretti limiti della giurisprudenza costituzionale, si potrebbe efficacemente contrastare, ad esempio, la diffusissima propaganda in rete neo fascista e quei gruppi chiusi che si sviluppano nei *social network* e che non hanno remore a esaltare i "valori" del nazifascismo.
Di più, si potrebbe essere tentati di recuperare quella impostazione risalente a Carlo Esposito[52], secondo cui dalla XII disposizione sarebbe desumibile un generale divieto di ogni partito che, come quello fascista, «persegua l'instaurazione di dittature o l'abbandono degli oggi vigenti principi democratici», interpretazione che renderebbe ammissibile una legislazione che consenta il controllo sull'ideologia dei partiti e l'esclusione dalla competizione elettorale delle formazioni con finalità anticostituzionali.
Resta che tale scelta implicherebbe l'abiura di quell'atto di fede del Costituente nelle virtù della democrazia aperta, che accetta il rischio della libertà, e che ha trovato espressione, in particolare, nelle disposizioni relative all'associazionismo politico, a cui appartiene anche la XII disposizione. E, ritengo, il prezzo di tale abiura sarebbe ancora molto, troppo alto.

approfondite analisi di M. Bonini, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2017, 471 ss. e di F. Clementi, *La libertà di associazione in prospettiva comparata*, cit., 101 ss. Tale giurisprudenza ha invero precedenti significativi: come ha ricordato Michela Manetti (M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Rivista AIC*, 2004, 19), già in una pronuncia del 5 maggio 2001 «il Tribunale costituzionale tedesco aveva consentito al Partito Nazionaldemocratico di manifestare, pur riconoscendo che i contenuti tipici della sua propaganda (di stampo nazista) contraddicono evidentemente "i principi dell'ordinamento liberale democratico". Qui si afferma che "un'importante garanzia contro la rinascita del nazionalsocialismo è rappresentata dal rispetto dei principi dello Stato di diritto, che mostra la sua forza proprio quando tratta i suoi nemici secondo le regole generali valide per tutti"».

[52] C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova, 1954, 238.

Country of origin e principio di territorialità*

Roberto Mastroianni

Abstract

Il mercato unico dei servizi audiovisivi poggia sul pilastro della libera circolazione delle trasmissioni televisive insieme alla possibilità per gli Stati membri di adottare misure restrittive per tutelare esigenze imperative legate all'interesse generale, in un delicato equilibrio tra libertà economiche, libertà di informazione, tutela del pluralismo, tutela dei minori. L'articolo esamina i punti salienti della riforma della Direttiva SMAV, in particolare alla luce del principio dell'*home country control* e con riferimento al campo di applicazione territoriale.

The single market for audiovisual services is founded on the free circulation of television services together with the possibility for Member States to adopt restrictive measures to satisfy mandatory requirements linked to the general interest, based on a subtle balance between economic freedoms, freedom of information, media pluralism and minors protection. The article analyses the key points of the AVMS Directive's reform, specifically in the light of the *home country control* principle and with regard to the scope of application of the Directive itself.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La Direttiva SMAV ed i suoi pilastri fondamentali. – 3. Il principio dell'*home country control* nel nuovo testo della direttiva. – 4. La giurisdizione esclusiva del Paese di origine del servizio di media audiovisivo. – 5. Mutuo riconoscimento e poteri residui dello Stato di ricezione: il doppio controllo in caso di violazione di alcune regole oggetto di armonizzazione. – 5.1 *Segue*: l'adozione di regole più severe o dettagliate e la loro applicazione a fornitori stabiliti in altri Paesi membri

Keywords

Servizi di media audiovisivi, Direttiva SMAV, Audiovisivo, Country of origin, Paese d'origine

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo, in quanto riproduce la relazione presentata dall'A. al convegno "Il nuovo quadro regolamentare europeo dell'audiovisivo" (Milano, Università Bocconi, 21 settembre 2018).

1. Introduzione

La direttiva "televisioni senza frontiere" (oggi direttiva sui servizi di media audiovisivi, nel prosieguo "SMAV"), sin dal suo testo originario del 1989[1], ha inteso facilitare la creazione di un mercato unico dei servizi audiovisivi e quindi la loro diffusione transfrontaliera, non pienamente garantita dalle regole del diritto primario dell'Unione europea in presenza di differenze significative tra le legislazioni degli Stati membri.
È noto infatti che, interpretando gli artt. 49 ss. del TFUE, la Corte di giustizia, pur qualificando le trasmissioni televisive come "servizi"[2] e quindi confermando come regola generale la loro libera circolazione nel mercato unico, ha riconosciuto agli Stati membri la facoltà di adottare misure restrittive, se non discriminatorie tra servizi interni e transfrontalieri e finalizzate alla tutela di esigenze imperative legate all'interesse generale. Tra dette esigenze imperative ha incluso, tra l'altro, la tutela di obiettivi culturali quali la diversità linguistica, il pluralismo dei media e l'equa ripartizione delle risorse, la tutela dei minori e dei consumatori, con il *caveat* tuttavia che le misure in questione siano idonee e proporzionate allo scopo[3].
La direttiva provvede quindi ad eliminare o ridurre le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di disciplina delle attività televisive; ha individuato un *level playing field* comune per gli operatori europei in alcuni settori di particolare rilevanza e sensibilità quali la protezione dei minori, la pubblicità commerciale, la tutela delle produzioni audiovisive europee, il diritto di rettifica, nonché, nelle successive revisioni, la lotta contro l'incitamento all'odio e la garanzia di accesso degli utenti alla trasmissione di eventi di particolare rilevanza per la società. Trattandosi di direttiva di armonizzazione minima, è fatta salva, in ogni caso, l'adozione da parte degli Stati membri di regole più severe o più dettagliate nei settori oggetto di disciplina.
Le esigenze proprie delle libertà economiche qui si incontrano ed interagiscono con principi e valori che nell'ordinamento dell'Unione assurgono al rango di diritti fondamentali, *in primis* la libertà di informazione e quindi la libera circolazione delle comunicazioni (*free flow of information*) senza considerazioni di frontiere, come garantita dalle

[1] Direttiva 89/552/CEE, da ultimo rifusa nella direttiva 2010/13/UE. Per la genesi della direttiva e le successive revisioni cfr. R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2011. V. anche I. Katsirea, *The Television Without Frontiers Directive* in K. Donders – C. Pauwels – J. Loisen (eds.), *The Palgrave Handbook of European Media Law*, Basingstoke, 2014, 197 ss. Sulla precedente revisione del 2007 cfr. M. Burri-Nenova, *The new Audiovisual Media Services Directive: Television Without Frontiers, Television Without Cultural Diversity*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1689 ss.

[2] CGCE, C-155/73, *Sacchi* (1974), in cui la Corte ha affermato per la prima volta che «la trasmissione di messaggi televisivi, compresi quelli aventi carattere pubblicitario, è sottoposta, come tale, alle norme del trattato che riguardano la prestazione di servizi. Ricadono invece sotto le norme relative alla libera circolazione delle merci gli scambi aventi ad oggetto materiali di ogni genere, riproduzioni sonore, films ed altri prodotti usati per la diffusione dei messaggi televisivi».

[3] Cfr. per tutte CGCE, C-52/79, *Procureur du Roi contro Marc J.V.C. Debauve ed altri* (1979), in cui la Corte ha chiarito che «mancando un'armonizzazione delle norme applicabili, un divieto del genere (la diffusione di messaggi pubblicitari via cavo, *ndr*) rientra nell'ambito della competenza lasciata ad ogni stato membro per disciplinare, restringere o anche vietare del tutto la pubblicità televisiva sul proprio territorio per ragioni di interesse pubblico. Lo stesso vale se restrizioni o divieti del genere si estendono alla pubblicità televisiva originaria di altri stati membri, purché essi siano effettivamente applicati, alle stesse condizioni, agli organismi televisivi nazionali».

convenzioni internazionali che vincolano gli Stati membri (*in primis* la CEDU) e oggi riconosciuta nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali[4]. Diverse possono essere le modalità di interazione: dal punto di vista dell'integrazione positiva, la direttiva nel suo complesso, ed alcune sue disposizioni in particolare, promuovono la libertà di espressione attraverso le frontiere, facilitando al contempo l'accesso del pubblico ad una più ampia serie di informazioni[5]. Dal punto di vista dell'applicazione delle regole comuni, rileva poi il vincolo, che il diritto dell'Unione impone al giudice europeo come ai giudici nazionali – di interpretare le regole della direttiva e delle norme interne che provvedono al suo recepimento in maniera da garantirne la compatibilità con il diritto a diffondere informazioni, proprio degli operatori del settore, ed a riceverle, proprio della collettività; ciò anche all'esito di un'operazione di bilanciamento con altri diritti ugualmente qualificati dalla Carta come fondamentali. In aggiunta, la natura di fonte primaria della Carta, confermata dall'art. 6, c. 1, TUE, comporta che le stesse disposizioni della direttiva possano essere sottoposte ad uno scrutinio di legittimità con riferimento all'art. 11, affidato in maniera esclusiva alla Corte di giustizia dell'Unione europea attraverso l'impugnazione diretta *ex* art. 263 TFUE ovvero il controllo indiretto tramite il rinvio pregiudiziale di validità *ex* art. 267 TFUE[6].

[4] Direttiva 2010/13/UE, considerando 16: «La presente direttiva rafforza il rispetto dei diritti fondamentali ed è pienamente conforme ai principi riconosciuti dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare l'articolo 11. A questo riguardo, la presente direttiva non dovrebbe impedire in alcun modo agli Stati membri di applicare le rispettive norme costituzionali in materia di libertà di stampa e di libertà di espressione nei mezzi di comunicazione». In merito alla portata dell'art. 11 della Carta cfr. R. Mastroianni – G. Strozzi, *Art. 11*, in R. Mastroianni – O. Pollicino – S. Allegrezza, F. Pappalardo – O. Razzolini (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali*, Milano, 2017, 217 ss.

[5] Per un'analisi articolata sul punto cfr. V. Kosta, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Oxford, 2015, 156 ss.

[6] Nella causa CGUE, C-283/11, *Sky Österreich GmbH* (2013), la Corte di giustizia è stata chiamata ad occuparsi della validità dell'art. 15, par. 6, della Direttiva SMAV, nella parte in cui richiede alle emittenti che detengono diritti esclusivi su eventi di grande rilevanza di concedere, con solo rimborso delle spese vive, "estratti" dell'evento ad altre emittenti interessate a trasmetterlo. L'emittente austrica invocava il contrasto tra detti obblighi ed i diritti di proprietà e di iniziativa economica privata, codificati rispettivamente agli artt. 15 e 16 della Carta. Nell'escludere tale contrasto, con la sentenza pronunciata il 22 gennaio 2013 la Grande Sezione della Corte ha precisato che l'ingerenza sulla libertà di impresa che si realizza con l'obbligo imposto ai titolari di diritti esclusivi è consentita dal diritto dell'Unione, in quanto non ne mette in discussione il suo nucleo essenziale. In merito alla proporzionalità della misura, ha precisato che «la commercializzazione in via esclusiva di eventi di grande interesse pubblico è attualmente crescente e tale da poter considerevolmente restringere l'accesso del pubblico all'informazione relativa a tali eventi. Sotto tale profilo, l'articolo 15 della direttiva 2010/13 mira, come emerge dai considerando 48 e 55 della medesima, a salvaguardare la libertà fondamentale di ricevere informazioni, garantita dall'articolo 11, paragrafo 1, della Carta, e a promuovere il pluralismo nella produzione e nella programmazione delle informazioni nell'Unione, tutelato dal paragrafo 2 del medesimo articolo 11». La Corte ha poi confermato l'idoneità della misura al raggiungimento dell'obiettivo di tutela della libertà di informazione, precisando che l'art. 15, par. 6, della direttiva 2010/13 «pone qualsiasi emittente televisiva in grado di realizzare effettivamente brevi estratti di cronaca e di informare, quindi, il pubblico in ordine ad eventi di grande interesse per il medesimo che siano oggetto di commercializzazione in via esclusiva, garantendo a tali emittenti un accesso a detti eventi. Tale accesso è loro garantito indipendentemente, da un lato, dal loro potere commerciale e dalla loro capacità economica, nonché, dall'altro, dal prezzo versato per l'acquisizione dei diritti esclusivi di trasmissione televisiva, dalle pattuizioni contrattuali con i titolari di tali diritti e dall'ampiezza degli eventi di cui trattasi». Per un commento alla decisione v. W. Hins, *The freedom to conduct a business and the right to receive information for free: Sky Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2014, 665 ss.

2. La Direttiva SMAV ed i suoi pilastri fondamentali

La Direttiva SMAV (2010/13) si fonda sul principio, cardine del funzionamento del mercato interno, dell'applicazione ai servizi transfrontalieri della sola disciplina del loro "Paese di origine", come modificata al momento del recepimento della direttiva stessa. Nello schema proposto dalla direttiva, detto principio a sua volta si scompone in due corollari fondamentali: in primo luogo, l'attribuzione della giurisdizione "esclusiva" sui fornitori di servizi operanti nel territorio dell'UE ad un unico Stato membro, quello dello stabilimento del fornitore, così come successivamente qualificato da regole *ad hoc* e "a cascata" codificate nella direttiva (art. 2)[7]: lo scopo è di evitare che un medesimo servizio possa essere soggetto a più regole e più controlli in ragione del numero di Paesi membri coinvolti[8]. In secondo luogo, viene in considerazione l'impegno dello Stato che ha giurisdizione sul fornitore di SMAV di vigilare sul rispetto delle regole nazionali come modificate dalla direttiva (*home country control*), a cui consegue l'obbligo per gli altri Stati membri di astenersi ad esercitare un secondo controllo e quindi di non ostacolare la diffusione sul proprio territorio per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla direttiva (art. 3)[9]. Trova quindi applicazione il vincolo di "mutuo riconoscimento" proprio delle regole di diritto primario sul mercato interno[10]. Come detto, trattandosi di un intervento di armonizzazione parziale, questo vincolo è limitato ai "settori coordinati dalla presente direttiva", nozione tuttavia non facilmente qualificabile, tanto da aver richiesto più volte nella prassi di essere correttamente precisata[11].

È quindi in linea di principio la condivisione di regole comuni, frutto del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, ad impedire che gli Stati membri possano invocare le deroghe alla libera prestazione dei servizi che il diritto primario dell'Unione consente. Fatte salve le eccezioni su cui torneremo più avanti e i ricorsi giurisdizionali proposti dai soggetti titolari di diritti, come unica reazione alla pretesa violazione dell'obbligo di controllo da parte dello Stato di origine rimane la procedura di infrazione (artt. 258 ss. TFUE). Per i settori non coordinati, rimane invece salva la disciplina del diritto primario, che comporta in linea di principio la libertà di circolazione dei servizi televisivi, ma attribuisce agli Stati membri di ricezione dei servizi il potere di intervenire a tutela di esigenze imperative legate all'interesse generale. Vedremo tuttavia come questo legame tra oggetto dell'armonizzazione e divieto di doppio controllo si sia progressivamente allentato nelle recenti revisioni della direttiva.

---

[7] Per un'analisi più dettagliata v. R. Craufurd Smith, *Determining Regulatory Competence for Audiovisual Media Services in the European Union*, in *Journal of Media Law*, 2011, 263 ss.

[8] CGCE, C-11/95, *Commissione/Belgio* (1996), §§ 34 e 86.

[9] CGCE, C-14/96, *Paul Denuit* (1997).

[10] Per una analisi di carattere generale del principio in questione cfr. C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013.

[11] CGCE, nei procedimenti riuniti C-34/95, *Konsumentombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB* (1997) e C-35/95, C-36/95 *Konsumentombudsmannen/Tv-Shop i Sverige AB* (1997), in tema di pubblicità ingannevole; CGUE, nei procedimenti riuniti C-244/10, *Mesopotamia Broadcast A/S METV* (2011) e C-245/10, *Roj TV A/S* (2011), in tema di tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

3. Il principio dell'*home country control* nel nuovo testo della direttiva

Premesse le precedenti considerazioni di carattere generale, oggetto di questo breve approfondimento sarà l'incidenza sul principio dell'*home country control* della recentissima direttiva 2018/1808, con la quale si è provveduto ad una nuova revisione della Direttiva SMAV[12]. Va subito rimarcato che la nuova direttiva mantiene il ruolo di fondo del principio dell'*home state control*. Ciò nonostante non siano mancati diversi tentativi di rimetterlo in discussione, in ragione della sua pretesa inidoneità, in un contesto caratterizzato dalla sempre maggiore rilevanza dei moderni servizi veicolati tramite le reti di comunicazione elettronica, di tutelare in maniera efficace le esigenze rappresentate dagli Stati membri che hanno all'interno una forte politica culturale. Più in dettaglio, viene contestata la facilità per i prestatori di servizi audiovisivi di scegliere lo Stato che "offre" una legislazione più conveniente, per poi indirizzare le proprie attività (anche o esclusivamente) al pubblico di un altro Stato. Queste critiche – e le proposte che ne sono derivate[13] – non tengono tuttavia in debita considerazione che il principio dello Stato di origine è la regola generale che il Trattato codifica per le attività qualificabili come servizi. In aggiunta, di certo detto principio ha il merito di garantire maggiore certezza giuridica[14].

Da questo punto di vista, la nuova direttiva mantiene l'impianto del testo precedente, limitandosi in definitiva a modificare la direttiva 2010/13 in maniera da aumentare i poteri di reazione degli Stati membri nei confronti di fenomeni di "aggiramento" delle regole nazionali più severe rispetto a quelle armonizzate (art. 4, par. 2, ed art. 13, su cui torneremo *infra*). Peraltro, essa interviene in maniera non molto incisiva sui contenuti sostanziali dell'armonizzazione, limitandosi ad aggiungere pochissimi nuovi campi di intervento: da segnalare la nuova disciplina del contrasto ai messaggi che contengono "provocazione a commettere atti di terrorismo", di cui all'art. 6; la nuova disciplina in tema di accesso ai programmi da parte dei soggetti con disabilità (art. 7), nonché un intervento molto più articolato e dettagliato in tema di indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione (art. 30)[15]. Si incide poi sulla disciplina di alcuni settori già

[12] La direttiva 2018/1808 è stata approvata definitivamente dal Consiglio il 6 novembre 2018 e pubblicata sulla GUUE del 28 successivo: direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato. Gli Stati membri sono tenuti a provvedere al suo recepimento nell'ordinamento interno entro il 19 settembre 2020.

[13] Si veda sul punto M. Wagner, *Revisiting the Country-of-Origin Principle in the AVMS Directive*, in *Journal of Media Law*, 2014, 286 ss.

[14] Direttiva 2010/13/UE, considerando n. 13: «Il principio del paese di origine dovrebbe essere considerato come base della presente direttiva, in quanto è fondamentale per la creazione di un mercato interno. Tale principio dovrebbe essere applicato a tutti i servizi di media audiovisivi al fine di garantire ai fornitori di servizi di media la certezza giuridica necessaria all'attuazione di nuovi modelli commerciali e alla diffusione di tali servizi. Esso è altresì fondamentale per assicurare la libera circolazione dell'informazione e dei programmi audiovisivi nel mercato interno».

[15] Ai sensi della lett. *a*-bis) dell'art. 1 della Direttiva SMAV, introdotto dalla direttiva 2018/1808, per "servizio di piattaforma per la condivisione di video", si intende «un servizio quale definito agli articoli

oggetto di armonizzazione: si assiste una volta di più alla revisione al ribasso delle regole sulle comunicazioni commerciali e questa volta anche sulla tutela dei minori nelle trasmissioni lineari, con soluzioni che saranno analizzate in altri contributi inseriti in questo volume. La revisione non si occupa invece, per fare due soli esempi, dell'attualissima questione della "disinformazione" (*fake news*) e lo stesso vale per il problema – tutt'altro che risolto – della tutela del pluralismo dell'informazione, nonostante la stessa Commissione abbia ricevuto varie sollecitazioni sia dal Parlamento europeo[16], sia da Gruppi di lavoro da essa stessa creati[17].

Molto più rilevante, anche perché interviene in un generale contesto di revisione e limitazione dell'*hands off approach* che caratterizza il rapporto tra regole europee e nazionali ed internet[18], è l'intervento che la nuova direttiva effettua in tema di piattaforme di condivisione di video. Esse per la prima volta, pur non essendo tecnicamente "servizi di media audiovisivi", entrano nel campo di applicazione della direttiva[19], con la conseguenza di imporre loro alcuni obblighi di comportamento finalizzati sia a rendere maggiormente equilibrato il rapporto con i mezzi di diffusione tradizionali di SMAV, sia a proteggere gli utenti, in particolare quelli di minore età, da contenuti illegali e comunque pregiudizievoli[20]. Allo scopo di contribuire al raggiungimento degli obiettivi ora citati, la portata ampia della nozione di giurisdizione quale risulta dal nuovo art. 28-*bis* della Direttiva SMAV opera nella direzione di "estendere" il rispetto delle nuove regole ad operatori "globali" non formalmente stabiliti nel territorio di alcuno Stato membro.

4. La giurisdizione esclusiva del Paese di origine del servizio di media audiovisivo

Occupiamoci ora più in dettaglio dei due principi di base della direttiva, valutando

56 e 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ove l'obiettivo principale del servizio stesso, di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi per il grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere o istruire attraverso reti di comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della direttiva 2002/21/CE e la cui organizzazione è determinata dal fornitore della piattaforma per la condivisione di video, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di tag e sequenziamento».

[16] V. da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2018 2018 sul pluralismo e la libertà dei media nell'Unione europea (2017/2209(INI), ove anche richiami alle precedenti Risoluzioni.

[17] Il riferimento va all'*High-Level Group on Media Freedom and Pluralism*, creato dalla Commissione nel 2011, autore di un report, pubblicato nel 2013, dal titolo *A free and pluralistic media to sustain European democracy*, nel quale si suggerisce un intervento di armonizzazione delle regole nazionali in questo settore.

[18] Cfr. sul punto il contributo di G.B. Abbamonte, *Le nuove norme sulle piattaforme Internet*, in G. Abbamonte-O. Pollicino-E. Apa (a cura di), *The New EU Regulatory Framework for Audiovisual Media*, Torino, 2019, in corso di pubblicazione.

[19] Cfr. il nuovo Capo IX *bis* della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 1 della direttiva 2018/08 rubricato "Disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video". Per approfondimenti sui motivi di questa estensione ed al contenuto delle nuove norme v. G.B. Abbamonte, *op. cit.*

[20] Art. 28-*bis* della Direttiva SMAV, come modificata.

brevemente le novità che la nuova direttiva di revisione comporta.
Come già rilevato, la scelta di attribuire ad un unico Stato membro la giurisdizione – e quindi la responsabilità di vigilare sul fornitore di servizi di media audiovisivi – non sorprende in quanto realizza uno dei principali obiettivi del mercato interno, vale a dire il divieto del doppio controllo su una merce o un servizio legalmente diffuso a partire da uno Stato membro. È necessario tuttavia chiarire quale sia lo Stato dotato di giurisdizione e quindi responsabile del controllo. Le peculiarità del mercato televisivo hanno suggerito, sin dalla prima revisione del 1997, di non accontentarsi della nozione generale di stabilimento elaborata dalla Corte di giustizia, ma di contemplare, a monte di questa, dei "criteri specifici". Essi fanno riferimento alla sede principale dell'impresa che fornisce servizi di media audiovisivi ed al luogo in cui vengono assunte le decisioni editoriali, con una serie di criteri "a cascata" che tendono ad evitare vuoti di giurisdizione per i servizi fruibili nel territorio europeo, coinvolgendo in casi residuali anche fornitori di servizi che hanno con il territorio di uno Stato membro esclusivamente un contatto labile quale la sede dell'*up-link* del satellite.
Nella versione della Direttiva SMAV precedente a quella di recente approvata, la regola dell'HSC trovava applicazione sia per i servizi lineari che per quelli non lineari. La stessa soluzione viene in linea di principio confermata dal nuovo testo, con alcuni accorgimenti proposti dalla Commissione e riformulati dal testo condiviso dal Parlamento europeo e dal Consiglio. In primo luogo, non ha avuto esito il tentativo della Commissione di semplificare il criterio di cui alla lett. *b)* del par. 3 dell'art. 2, relativo alla individuazione dello Stato di giurisdizione qualora la sede principale del fornitore ed il luogo in cui sono prese le decisioni editoriali non coincidano[21]. Nuovi sono invece i parr. 5-*bis* e 5-*ter* del medesimo articolo, entrambi intesi ad aumentare il livello di trasparenza e conoscibilità dei dati relativi allo stabilimento delle emittenti. Il primo richiede agli Stati membri di assicurare che i fornitori di servizi di media informino le autorità o gli organismi nazionali di regolamentazione competenti di qualsiasi modifica che possa influire sulla determinazione della giurisdizione in conformità ai precedenti paragrafi; il secondo richiede agli Stati membri di creare (e di comunicare alla Commissione) un elenco dei fornitori di servizi di media audiovisivi sottoposti alla loro giurisdizione, aggiungendo i criteri sui quali si fonda, per detti fornitori, la loro giurisdizione.
In caso di diversità di opinioni in merito all'attribuzione della giurisdizione (e quindi della responsabilità di controllo) su un fornitore di SMAV, nel contesto delle procedure codificate all'art. 3, parr. 2 e 3 (giudizio sul "doppio controllo" esercitato dallo Stato di ricezione) o dall'art. 4, par. 5 (giudizio in merito all'accusa di "aggiramento" delle regole più severe adottate da uno Stato membro), ai sensi del nuovo par. 5-*quater* dell'art. 2 gli Stati membri sono tenuti a sottoporre «senza indugio» la questione alla Commissione, che adotterà le sue decisioni sentito l'*European Regulators Group for Audiovisual Media Services* (ERGA).
Rimane il problema di inquadrare nel campo di applicazione della direttiva gli opera-

[21] L'unica novità rinvenibile nel testo della lettera citata nel testo è la precisazione per cui l'attività di servizio di media audiovisivo a cui è preposta la «parte significativa degli addetti» al fine della scelta del luogo di stabilimento deve essere «collegata ai programmi».

tori che pur non stabiliti in EU in base a tutti i criteri a cascata dell'art. 2, pur tuttavia indirizzano i loro servizi (a richiesta via internet) a fruitori o consumatori all'interno dell'UE[22].

Per quanto riguarda le piattaforme di condivisione di video, le quali, lo ribadiamo, alla luce dell'art. 1 non rientrano nella definizione di "servizi di media audiovisivi", le regole in tema di giurisdizione di cui ai primi articoli della direttiva non si applicano. Come anticipato, l'art. 28-*ter* del nuovo testo della direttiva richiede agli Stati membri di assicurare determinati comportamenti da parte delle piattaforme sottoposte alla loro giurisdizione, senza tuttavia dare di quest'ultima una definizione *ad hoc*. Ritengo quindi debbano trovare applicazione le regole nazionali, in conformità con la nozione di stabilimento fornita dal diritto primario dell'Unione. Un nuovo par. 1 dell'art. 28-*bis*, inserito nel testo del trilogo, cerca di superare questo problema utilizzando tuttavia un meccanismo di rinvio che non brilla per chiarezza: il concetto di "stabilimento" di una *video sharing platform* in uno Stato membro viene riferito al significato che questa nozione ha nell'art. 3, par. 1, della Direttiva E-Commerce (2000/31). Quest'ultima disposizione tuttavia non contiene alcuna particolare definizione, limitandosi a ribadire la tradizionale clausola di HSC riferita ai prestatori di servizi della società dell'informazione stabiliti nel territorio di uno Stato membro.

La direttiva si occupa invece di fornire chiarimenti in merito all'attrazione delle piattaforme non stabilite nel territorio di uno Stato membro nel campo di applicazione della direttiva, utilizzando nuovamente un sistema a cascata che tende ad estendere il campo di applicazione delle nuove regole e coinvolge le società madri, quelle controllate e quelle comunque facenti parte di un gruppo, se stabilite nel territorio di uno Stato membro[23]. Se più società controllate sono stabilite in diversi Stati membri, la piattaforma si considererà stabilita nello Stato in cui l'attività è iniziata. Infine, anche in questo caso agli Stati membri viene richiesto di creare una lista di piattaforme che ritengono stabilite nel loro territorio in base ai criteri su citati[24], ed è nuovamente attribuito alla Commissione il compito di dirimere eventuali conflitti di giurisdizione tra Stati membri[25]. Tuttavia, in questo caso il parere dell'ERGA appare solo facoltativo e, soprattutto, non si qualifica l'intervento della Commissione come "decisione" in merito alla giurisdizione, lasciando aperta la questione degli effetti giuridici della sua presa di posizione.

---

[22] Cfr. sul punto, anche con riferimento a ciò che potrebbe avvenire "post-Brexit", L. Volman, *Is the cornerstone loose? Critical analysis of the functioning of the 'country of origin' principle in the Audiovisual Media Services Directive, taking into account the rapid changes in the audiovisual industry and the recent challenges brought by Brexit*.

[23] Art. 28-*bis*, parr. 2-4.

[24] Art. 28-*bis*, par. 6.

[25] Art. 28-*bis*, par. 7: «Qualora, nell'applicazione del presente articolo, gli Stati membri interessati non concordino in merito a quale Stato membro abbia la giurisdizione, essi sottopongono senza indugio la questione alla valutazione della Commissione. La Commissione può chiedere all'ERGA di formulare un parere in merito conformemente all'articolo 30 ter, paragrafo 3, lettera d). L'ERGA formula tale parere entro 15 giorni lavorativi dalla presentazione della richiesta da parte della Commissione. La Commissione tiene debitamente informato il comitato di contatto».

5. Mutuo riconoscimento e poteri residui dello Stato di ricezione. Il doppio controllo in caso di violazione di alcune regole oggetto di armonizzazione

Come si diceva, la direttiva mira ad eliminare il doppio controllo sulla medesima attività, evitando che, avvenuta l'armonizzazione delle regole nazionali in alcuni settori, uno Stato membro possa invocare "esigenze imperative" per bloccare o limitare la ricezione o ritrasmissione di SMAV provenienti da altri Stati membri per ragioni legate ai medesimi settori. La clausola "mercato interno" è codificata all'art. 3, par. 1, della Direttiva. Come vedremo meglio più avanti, i paragrafi successivi dimostrano tuttavia che la mutua fiducia riposta sul controllo nel Paese di stabilimento non è illimitata, in quanto consentono il ricorso al doppio controllo in casi specifici e nel rispetto di complessi oneri procedurali.

Inoltre, come chiarito all'art. 4, la Direttiva SMAV – proponendo un'armonizzazione minima delle regole nazionali – consente agli Stati membri l'adozione di norme più severe o dettagliate rispetto a quelle previste a regime, purché queste siano compatibili con il diritto dell'Unione[26]. È noto che molti Stati membri hanno fatto uso di questa facoltà, come nel caso delle regole francesi e italiane in tema di tutela delle produzioni europee e nazionali, più severe per le emittenti (e protettive per i produttori nazionali) di quanto richiesto a regime dalla direttiva. In molti Paesi membri si è scelto inoltre di rendere più stringenti le regole sulle comunicazioni commerciali, a tutela degli utenti-consumatori, o quelle sulla protezione dei minori.

Considerato che queste regole derogatorie possono essere applicate solo ai fornitori di servizi sottoposti alla giurisdizione dello Stato che le adotta, nel dibattito interno agli Stati più "protettivi" è emerso il timore che l'applicazione del principio dello Stato di origine, se non accompagnato da correttivi, potesse causare una corsa al ribasso, inducendo i fornitori di servizi a stabilirsi nello Stato che, nel rispetto delle regole minime armonizzate, "offre" la legislazione più vantaggiosa, aggirando così le regole interne. Il timore è amplificato dalla circostanza che, secondo la Corte di giustizia, il pubblico target del fornitore di servizi non è tra i criteri da prendere in considerazione per individuare lo Stato di stabilimento ai fini della direttiva, potendo un'emittente essere considerata stabilita in uno Stato membro in base alla sede del suo centro di attività anche se quest'ultime sono in concreto dirette soltanto al pubblico e agli inserzionisti pubblicitari localizzati in altri Paesi membri[27].

Sin dalla prima versione del 1989 la direttiva contempla quindi dei meccanismi "correttivi" che qualificano e limitano – più che in altri settori di intervento normativo

[26] Art. 4, par. 1: «Gli Stati membri conservano la facoltà di richiedere ai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione di rispettare norme più particolareggiate o più rigorose nei settori coordinati dalla presente direttiva, purché tali norme siano conformi al diritto dell'Unione». Per un'interpretazione di quest'ultima locuzione in un contenzioso tutto italiano relativo alle diverse discipline degli affollamenti pubblicitari per le emittenti *free* o *pay*, v. CGUE, C-234/12, *Sky Italia* (2013).

[27] CGCE, C-56/96, *VT4* (1997), § 22: «si deve altresì rilevare che il solo fatto che tutte le trasmissioni e tutti i messaggi pubblicitari siano destinati esclusivamente al pubblico fiammingo non consente, diversamente da quanto asserito dalla VTM, di dimostrare che la VT4 non può essere considerata stabilita nel Regno Unito. Infatti, il Trattato non vieta ad un'impresa di esercitare la libera prestazione di servizi qualora non offra servizi nello Stato membro nel quale è stabilita».

europeo – l'operatività del principio del controllo esclusivo dello Stato di origine, portando in molti casi all'applicazione della normativa nazionale anche nei confronti di fornitori di servizi audiovisivi stabiliti altrove qualora non rispettivo o in alcuni casi nonostante il rispetto delle regole comuni. Nelle successive revisioni che la direttiva ha conosciuto questi meccanismi sono stati affinati, cercando di coprire situazioni differenti. In ogni caso, la direttiva cerca di evitare reazioni unilaterali non accompagnate da una valutazione obiettiva, affidata alla Commissione europea. Valutiamoli brevemente, indicando anche quali novità comporta il nuovo testo di revisione, distinguendo due diverse situazioni:

a) Il primo caso è quello del riconoscimento allo Stato di ricezione del potere di intervenire con un ulteriore ("doppio") controllo nei confronti di servizi provenienti da altri Paesi membri, se ritenuti non conformi alle regole previste a regime dalla direttiva: è la situazione contemplata dall'art. 3, che dapprima, riferendosi ai settori disciplinati dalla direttiva, codifica come regola generale l'obbligo in capo agli Stati membri di assicurare la libertà di ricezione vietando interventi restrittivi rispetto a servizi provenienti da altri Paesi membri «per motivi attinenti ai settori coordinati dalla direttiva» (par. 1). Successivamente, consente allo Stato di ricezione, a titolo di eccezione, la facoltà di derogare temporaneamente a questo obbligo, nel rispetto tuttavia di condizioni sostanziali e procedurali molto stringenti (par. 2 e ss.).

Qui si rinviene una novità di non poco conto nel testo di revisione, di cui riteniamo utile dare conto in maniera più dettagliata. La versione del 2010 della Direttiva SMAV distingueva due ipotesi, a seconda che i servizi di media audiovisivi fossero diffusi con modalità lineari (trasmissioni televisive)[28] o non lineari (trasmissioni a richiesta)[29], prevedendo una disciplina differente riguardo ai motivi invocabili a giustificazione dell'intervento dello Stato di ricezione: nel primo caso, in base al secondo paragrafo dell'art. 3, le misure restrittive erano consentite soltanto in caso di violazione seria, manifesta e grave delle regole della direttiva in tema di tutela dei minori (art. 27) e di divieto di incitamento all'odio (art. 6); nel secondo caso, contemplato al quarto paragrafo dell'art. 3, l'elenco, ripreso dalla direttiva 2000/31, era molto più ampio, includendo motivi di ordine pubblico, sanità pubblica, pubblica sicurezza e tutela dei consumatori. Diversa era anche la procedura, più complessa e articolata nel primo caso, più snella nel secondo[30].

La direttiva 2018/1808 interviene modificando il quadro precedente, semplificando da un lato ma inserendo ulteriori distinzioni dall'altro: dal primo punto di vista, sin dalla proposta della Commissione del 2016 veniva chiarito, nel Preambolo, che le procedure e le condizioni per limitare la libertà di fornire e ricevere servizi avrebbero

[28] Ricordiamo che ai sensi dell'art. 1, lett. *e)* della Direttiva SMAV, non modificata dalla direttiva 2018/1808, si intende per «radiodiffusione televisiva» o «trasmissione televisiva» (vale a dire un servizio di media audiovisivo lineare), un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi.

[29] Ai sensi della lett. *g)* dello stesso articolo, anch'essa non modificata dalla direttiva di revisione, si intende per «servizio di media audiovisivo a richiesta» (vale a dire un servizio di media audiovisivo non lineare), un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media.

[30] Per maggiori dettagli rinvio a R. Mastroianni, *La direttiva*, cit., 90 ss.

dovuto essere equivalenti per i servizi lineari e non lineari. Di conseguenza, viene ora eliminata la distinzione basata sul tipo di servizio (lineare o non lineare). Se ne introduce tuttavia una nuova, basata sull'interesse che lo Stato intende preservare e quindi sulla gravità della violazione contestata al servizio transfrontaliero. Ciò porta comunque a contemplare due diverse procedure di "doppio" controllo. La prima, più complessa ed articolata salvo casi di urgenza, riguarda il caso in cui il servizio di media audiovisivo venga accusato, nello Stato di ricezione, di violare in maniera manifesta, seria e grave le regole della direttiva in tema di tutela dei minori e di divieto di incitamento all'odio, oppure di pregiudicare o rischiare di pregiudicare la salute pubblica. Ai sensi del nuovo art. 3, par. 2: «Uno Stato membro può derogare in via provvisoria al paragrafo 1 del presente articolo se un servizio di media audiovisivo erogato da un fornitore di servizi di media sotto la giurisdizione di un altro Stato membro viola in maniera evidente, grave e seria l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o l'articolo 6 bis, paragrafo 1, ovvero pregiudica o presenta un rischio serio e grave di pregiudizio per la salute pubblica».
La seconda procedura, più spedita in conseguenza della maggiore gravità del comportamento, riguarda il caso di servizi di media audiovisivi che violano le regole della direttiva in tema di incitamento al terrorismo o pregiudicano la pubblica sicurezza. Ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 3: «Uno Stato membro può derogare in via provvisoria al paragrafo 1 del presente articolo se un servizio di media audiovisivo erogato da un fornitore di servizi di media sotto la giurisdizione di un altro Stato membro viola in maniera evidente, grave e seria l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), ovvero pregiudica o presenta un rischio grave e serio di pregiudizio per la pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale».
In entrambi i casi, l'ultima parola è lasciata alla Commissione, che opera una valutazione *ex post* delle misure adottate rispetto alla loro compatibilità con il diritto dell'Unione. Ovviamente, la posizione assunta dalla Commissione può essere sottoposta allo scrutinio della Corte di giustizia secondo i meccanismi di ricorso previsti dalle regole dei Trattati.
Quanto appena esposto suggerisce alcune valutazioni critiche di carattere generale. In primo luogo, va segnalato che con la nuova disciplina viene oramai superato anche per i servizi lineari il collegamento tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3, quindi tra la portata del principio di mutuo riconoscimento, per definizione limitata ai settori oggetto di armonizzazione, ed il riconoscimento dei poteri residuali di intervento in capo allo Stato di ricezione. Nella prima versione della direttiva, i due elementi erano strettamente collegati: premesso che solo l'avvenuta armonizzazione crea quella mutua fiducia che giustifica la piena applicazione del principio del mutuo riconoscimento, si consentiva allo Stato membro di reagire al mancato rispetto delle regole comuni soltanto in ipotesi molto limitate, coinvolgenti interessi e valori meritevoli di maggiore tutela (la protezione dei minori, ad esempio), e comunque solo in presenza di violazioni gravi e reiterate seguendo una procedura codificata che affidava alla Commissione un compito di tipo sostanzialmente arbitrale. Per il resto (sempre all'interno dei settori oggetto di armonizzazione), il doppio controllo era del tutto da escludersi, potendo lo Stato membro di ricezione di programmi ritenuti non conformi alle regole della direttiva avvalersi esclusivamente del rimedio generale della procedura di infrazione *ex* art.

259 TFUE. Infine, per i settori non coordinati trovava applicazione la regola generale che contempla la possibilità di intervento dello Stato di destinazione di un servizio (nel nostro caso, dello Stato di ricezione), qualora le misure adottate fossero giustificate da esigenze imperative legate ad interessi generali e fossero idonee e proporzionate a tal fine, ma senza l'obbligo di rispettare determinate regole procedurali e senza l'intervento decisivo della Commissione.

Già con la revisione del 1997 e poi con quella del 2007 si è preferito andare in direzione diversa, nel senso che la procedura codificata di verifica della correttezza delle misure derogatorie alla libera circolazione dei servizi veniva estesa, nel caso dei servizi a richiesta, anche ai casi in cui lo Stato di destinazione intendeva invocare la violazione di regole e principi che non sono oggetto di armonizzazione. È il caso delle disposizioni di cui all'art. 3, c. 4, della direttiva 2010/13, nel testo precedente alla recente modifica, ai sensi del quale gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga alla libera circolazione dei servizi non lineari se detti provvedimenti sono necessari per la tutela dell'ordine pubblico, della sanità pubblica, della pubblica sicurezza e della tutela dei consumatori. L'obiettivo era quello di uniformare la disciplina della circolazione dei servizi non lineari alle regole codificate nella Direttiva E-Commerce.

In definitiva, considerato che il potere di reazione in casi del genere è già riconosciuto agli Stati membri, sia pure con le cautele prima ricordate, dal diritto primario, di fatto ciò che cambiava con questa modifica della direttiva era l'introduzione di un obbligo, evidentemente accettato dagli Stati membri o almeno da una maggioranza degli stessi, di canalizzare le loro reazioni in una procedura codificata, che riduce le possibilità di reazione immediata e attribuisce formalmente alla Commissione il potere di decidere, con misure vincolanti, sul rispetto del diritto dell'Unione.

In concreto, ciò comporta tra l'altro che alla Commissione viene attribuito il compito – tutt'altro che agevole e comunque da esercitare in anticipo rispetto ad una eventuale procedura di infrazione – di decidere se un determinato servizio sia rispettoso di valori ed esigenze primarie nazionali come la tutela della salute, della pubblica sicurezza, dell'ordine pubblico. Va da sé che non è detto che – in assenza appunto di armonizzazione – il contenuto di questi valori sia necessariamente condiviso tra gli Stati membri, il che rende il ruolo della Commissione da un lato più complesso, dall'altro potenzialmente più utile per comporre diversità di vedute, salvo il potenziale, successivo vaglio della CGUE. È il caso di ricordare che in altri contesti (in quello della libera circolazione delle persone, ad esempio) la Corte di giustizia ha già avuto modo di precisare che la definizione di nozioni come pubblica sicurezza e ordine pubblico, presenti nel Trattato come deroghe alla libertà in questione, non possono essere lasciate alle (diverse) scelte operate dagli Stati membri, ritenendo necessario fornire definizioni comuni di diritto dell'Unione. Anche nel nostro caso, che – è bene ricordalo – può coinvolgere una delicata opera di bilanciamento tra esigenze di tutela di interessi statali e libera manifestazione del pensiero, è plausibile che si arrivi alla medesima conclusione.

La nuova versione della Direttiva SMAV, frutto della modifica apportata dalla direttiva 2018/1808, completa questo percorso e, come conseguenza dell'equiparazione realizzata con il nuovo testo dell'art. 3 nel trattamento dei servizi lineari e non lineari, estende anche ai primi lo "scollamento" prima evidenziato. Anche in questo contesto, infatti,

gli Stati membri hanno accettato che vengano "canalizzate" in una speciale procedura le reazioni nei confronti della diffusione sul loro territorio di servizi di media audiovisivi ritenuti pregiudizievoli non solo per interessi e valori oggetto di armonizzazione[31] , ma anche per interessi e valori che la direttiva non disciplina o qualifica nella sua parte sostanziale, cioè la salute pubblica (par. 2) o la sicurezza pubblica, «compressa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale» (par. 3). Nel primo caso, le condizioni per l'esercizio della facoltà di deroga, oltre alla gravità e serietà del pregiudizio, sono: la recidiva reiterata e specifica del comportamento in questione (almeno due violazioni nei 12 mesi precedenti); la previa notifica al fornitore di servizi accusato, allo Stato membro che detiene la giurisdizione ed alla Commissione delle presunte violazioni e delle misure che si intendono adottare; il rispetto del diritto di difesa del fornitore di servizi di media accusato di violazione; l'esito negativo delle consultazioni con lo Stato membro avente giurisdizione e con la Commissione, trascorso un mese dalla notifica.
Parzialmente meno articolata è la procedura che il par. 3 dell'art. 3 codifica in presenza di comportamenti da parte di un fornitore di servizi (lineari e non lineari) in caso di violazioni ritenute dalla direttiva più gravi, vale a dire quelle concernenti le «provocazioni a commettere atti di terrorismo» ovvero un rischio grave e serio di pregiudizio per la pubblica sicurezza. In questo caso è infatti sufficiente che il fornitore di SMAV sia incorso in un'altra sola violazione nei dodici mesi precedenti, mentre rimangono ferme le esigenze di notifica e contraddittorio. Scompare inoltre la necessità di attendere un mese per facilitare eventuali soluzioni amichevoli. In entrambi i casi la Commissione è tenuta a prendere posizione entro tre mesi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione delle misure adottate, con la conferma che una posizione negativa impone il ritiro immediato delle medesime. Infine, ai sensi del par. 5 dell'art. 3 situazioni di urgenza possono giustificare un intervento immediato (entro un mese) dello Stato membro "target" nei confronti di servizi di media audiovisivi diffusi in asserita violazione delle regole indicate al par. 3 (e quindi non di quelle indicate al par. 2), ma anche in questo caso le misure devono essere immediatamente notificate alla Commissione che, nel termine di un mese, è tenuta a valutarle, potendo anche in questo caso imporre allo Stato membro che le ha adottate di porvi fine con urgenza.
Alcune osservazioni critiche. Se è vero che tutte le decisioni assunte in questa procedura possono essere sottoposte ad un vaglio giurisdizionale, non è scontato che sia esente da critiche la scelta di affidare ad un organo amministrativo (la Commissione) piuttosto che ad un giudice valutazioni e decisioni che coinvolgono in maniera diretta diritti e libertà costituzionali. Di certo, la volontà degli Stati membri con la direttiva di revisione del 2018 è stata quella di accettare una forte centralizzazione del livello decisionale in mano alla Commissione, nonché il rispetto dei tempi imposti dalla procedura codificata. Riteniamo tuttavia che il ruolo dell'esecutivo comunitario non possa non limitarsi ad un vaglio di conformità di tipo "soft", il quale, salvo casi di evidente abuso delle facoltà riconosciute agli Stati membri, difficilmente porterà la Commissione a contestare le valutazioni di uno Stato membro in merito ai rischi che uno SMAV

[31] Si tratta della tutela dei minori, di cui all'art. 6-*bis*, par. 1, e dell'*hate speech*, di cui all'art. 6 par. 1, lett. *a)*, per la procedura di cui al secondo paragrafo dell'art. 3; della pubblica provocazione a commettere atti di terrorismo, di cui all'art. 6, par. 1, lett. *b)* per la procedura di cui al terzo paragrafo dell'art. 3.

sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato membro pone alla sicurezza pubblica o alla difesa nazionale.

Più in generale, la codificazione in termini così dettagliati delle condizioni formali e sostanziali richieste per dare il via libera a misure nazionali che colpiscono servizi originari da altri Paesi membri, se di certo appare a prima vista coerente con la natura di libertà fondamentale propria della libera circolazione dei servizi, soprattutto nei casi che non trovano diretto collegamento con l'avvenuta armonizzazione sostanziale pone alcuni problemi applicativi non secondari. In primo luogo, non è facile capire quali siano i poteri residui dello Stato membro "target" in caso di violazioni delle regole interne che, pur mettendo a repentaglio la pubblica sicurezza o la sanità pubblica, non sono così gravi o reiterate da rientrare nel ristretto perimetro tracciato dalla direttiva. A rigore, queste misure di reazione non dovrebbero essere consentite, a pena di privare di significato, da questo punto di vista, l'intero intervento realizzato con la direttiva. Ma allora, risulterebbe quanto meno incoerente che per altre violazioni delle regole interne non contemplate dalla direttiva ed obiettivamente meno gravi lo Stato target possa assumere provvedimenti in deroga alla libera circolazione senza doverle giustificare né in base alla gravità, né in base alla reiterazione della violazione, e senza doverle sottoporre al vaglio successivo della Commissione.

Rimangono quindi fuori dal nuovo testo altre possibili reazioni da parte degli Stati destinatari del servizio, per le quali la procedura di controllo non si applica. È il caso, per esempio, delle regole nazionali in tema di pluralismo dell'informazione ovvero della tutela della diversità culturale e linguistica. Per queste ipotesi trovano tuttora applicazione le regole generali del diritto primario, che contemplano la possibilità di apporre ostacoli alla libera prestazione dei servizi se lo Stato membro invoca proprie "esigenze imperative" giustificate dall'interesse pubblico e adotta misure necessarie e proporzionate per la loro salvaguardia (si vedano in questo senso le sentenze della Corte di giustizia in tema di c.d. *must-carry*)[32]. Paradossalmente, in un caso del genere la tutela dei valori invocati potrà essere maggiormente spedita e semplificata, non avendo lo Stato membro l'obbligo di seguire i passi procedurali e di rispettare le condizioni sostanziali (ad es. violazione reiterata) che la direttiva codifica. Una traccia di questa preoccupazione emerge nel Preambolo dalla nuova direttiva, precisamente al considerando 10 (non presente nella proposta della Commissione e aggiunto nella fase del trilogo), dove si riconosce che gli Stati membri possono adottare misure intese ad assicurare il rispetto delle regole nazionali in tema di tutela dei consumatori che non rientrano nelle aree armonizzate dalla direttiva. Tuttavia, queste misure, tra le quali viene espressamente citato il caso – più volte oggetto di intervento della CGUE – della disciplina delle scommesse, secondo i dettami del diritto primario e della giurisprudenza della Corte, devono essere giustificate da un «motivo imperativo di interesse pubblico generale», come la tutela dei consumatori, e devono essere proporzionate e necessarie per il conseguimento del risultato.

In definitiva, le scelte effettuate con la Direttiva SMAV, in particolare con la revisione effettuata con la direttiva 2018/1808, pur presentandosi come utile intervento nella direzione di rafforzare la tutela di valori ed interessi comunemente condivisi tra gli

[32] CGCE, C- 250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA* (2007).

Stati membri, sembrano non tenere in debito contro che le reazioni nei confronti di violazioni gravi delle regole nazionali in tema, ad esempio, di pubblica sicurezza, sono già ora consentite agli Stati dal diritto dell'Unione, senza dover essere sottoposte al rispetto delle regole procedurali che la direttiva impone. D'altro canto, la procedimentalizzazione delle reazioni statali ed il ruolo determinante affidato alla Commissione europea può certamente contribuire ad evitare l'adozione di misure eccessive o non proporzionate.

Un'ulteriore questione che in questa sede può essere solo accennata riguarda il rapporto tra le procedure prima ricordate e le regole nazionali in tema di accesso alla giustizia da parte dei soggetti che si ritengono lesi nei loro diritti dalla diffusione di SMAV provengono da altri Paesi membri. L'esempio può essere il caso di una piattaforma di servizi lineari che diffonde (anche) programmi diffusi da un'emittente stabilita in un altro Paese membro. Può un soggetto (ad es., una associazione di consumatori, a ciò legittimata dalle regole nazionali adottate in conformità a quelle europee[33]) dar corso ad un'azione inibitoria nello Stato di destinazione del servizio in cui è stabilita, o questa possibilità è preclusa dalla codificazione di un procedimento "*public enforcement*" che, nel caso italiano, è affidato alle cure dell'AGCOM? Nonostante il testo dell'art. 3, par. 4, della Direttiva SMAV come modificata, ove il ricorso alla tutela giurisdizionale viene fatto salvo ma soltanto «nello Stato membro che esercita la propria giurisdizione sul fornitore di servizi id media audiovisivi», riteniamo non sia possibile, a pena di conculcare diritti costituzionalmente garantiti, escludere la tutela diretta dei privati anche negli altri Stati membri in cui il servizio viene diffuso, potendo quindi anche in questo caso il "*private*" ed il "*public enforcement*" convivere in base alle regole generali.

Sempre in tema di deroghe al principio del mutuo riconoscimento, una rilevante novità riguarda la disciplina della tutela delle produzioni nazionali in caso di servizi di media audiovisivi a richiesta. Il nuovo art. 13, dopo aver richiesto ai fornitori di SMAV non lineari di assicurare nei loro cataloghi una percentuale di almeno il 30% di opere europee, consente agli Stati membri che richiedono ai fornitori di SMAV soggetti alla loro giurisdizione di contribuire finanziariamente alla produzione di opere europee, anche attraverso investimenti diretti dei contenuti e contributi ai fondi nazionali, di estendere tale regime anche a soggetti che sono sottoposti alla giurisdizione di altri Paesi membri, se la loro attività è rivolta al pubblico del primo Stato (emblematica è la polemica recente relativa al trattamento di Netflix in Francia). Il contributo sarà determinato con riferimento agli introiti ottenuti nello Stato membro target[34]; qualora un simile contributo sia richiesto anche nello Stato in cui il fornitore è stabilito, detto Stato deve tener contro degli eventuali ulteriori contributi già imposti nello Stato target.

Varie osservazioni potrebbero essere svolte in merito a questa scelta, giustificata dalla direttiva in ragione del legame diretto tra gli obblighi finanziari e le diverse politiche culturali degli Stati membri. In breve, il legislatore europeo non ha richiesto agli Stati membri di provvedere ad imporre questi contributi, ma ha ritenuto equo che, qualora uno Stato si determini in questo senso, la misura adottata possa essere estesa anche a

[33] Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

[34] Cfr. M. Wagner, *op. cit.*

soggetti che, pur non stabiliti nel suo territorio, in qualche modo partecipano al mercato dei servizi non lineari nel suo territorio ma risultano favoriti dal non dover esser sottoposti ad obblighi di finanziamento. Tuttavia, emergono alcune difficoltà interpretative: ad esempio, non è chiaro se ai fini dell'estensione soggettiva del contributo è sufficiente che il pubblico dello Stato che lo impone sia soltanto potenzialmente in grado di ricevere i programmi in questione, oppure sia necessario che ne sia il target principale.

Anche in questo caso si rinviene una deviazione *ad hoc* al principio del Paese di origine, in quanto viene consentito agli Stati membri che non detengono la giurisdizione su un fornitore di servizi a richiesta di imporre le proprie regole in tema di aiuti alla produzione nazionale, in termini di obblighi di investimento. Questa soluzione ha trovato un'anticipata applicazione in Italia con le modifiche apportate al Testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici (TUSMAR) dall'art. 2 del d.lgs. 204/2017, recante riforma delle disposizioni legislative in materia di promozione delle opere europee e italiane da parte di fornitori di servizi di media audiovisivi, a norma dell'art. 34 della l. 220/2016. Il nuovo art. 44-*quater* del TUSMAR, al par. 2, estende infatti a soggetti, stabiliti in un altro Stato membro, che hanno la responsabilità editoriale di offerte rivolte ai consumatori in Italia gli obblighi di programmazione e finanziamento che il par. precedente impone ai fornitori di media audiovisivi a richiesta. L'estensione sarà tuttavia operativa soltanto a partire dal 1° gennaio 2019, in maniera quindi da intervenire nella finestra temporale che la direttiva 2018/1808 prevede per il suo recepimento, e richiederà una modifica del relativo Regolamento AGCOM, con il quale credo si dovrà tenere conto anche delle distinzioni e precisazioni che l'art. 13, cc. 3 e 5, della direttiva contempla e che non vengono riprese nel testo legislativo italiano.

Infine, non ci sembra di rinvenire nella direttiva 2018/1808 misure specifiche in tema di libera circolazione dei servizi diffusi attraverso piattaforme di condivisione di video (le quali, lo ricordiamo, non rientrano nella definizione di servizio di media audiovisivo), per cui le regole generali del mercato interno, come codificate dal Trattato ed interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, troveranno in questo caso piena applicazione.

5.1 *Segue*: l'adozione di regole più severe o dettagliate e la loro applicazione a fornitori stabiliti in altri Paesi membri

Ulteriore deviazione dal principio dell'HCC è codificata nell'art. 4 della direttiva 2010/13, concernente il principio dell'armonizzazione minima. Detta disposizione riflette il compromesso per cui alcuni Stati membri, pur accettando l'armonizzazione sostanziale prevista dalla direttiva, si vedono autorizzati a richiedere ai fornitori di SMAV stabiliti nel loro territorio il rispetto di alcune regole specifiche, riflesso della peculiare sensibilità o delle scelte culturali nazionali: è il caso ad esempio della tutela delle produzioni nazionali oltre le richieste della direttiva, oppure dell'adozione di regole più stringenti in tema di protezione di minori o di comunicazioni commerciali. Le regole

comuni possono quindi essere derogate dagli Stati membri con altre più restrittive, applicabili tuttavia soltanto alle emittenti soggette alla giurisdizione dello Stato membro in questione e con il *caveat* che le stesse non siano incompatibili con altri principi del diritto dell'Unione[35].

In casi eccezionali, l'art. 4, par. 2 ss. della direttiva consente agli Stati membri di estendere queste regole più severe anche a fornitori di servizi SMAV stabiliti in altri Paesi membri, se detti fornitori indirizzano le trasmissioni in maniera totale o parziale al pubblico del primo Stato e qualora lo stabilimento sia dovuto ad un conclamato tentativo di "aggirare" le regole del primo Stato). In questo caso la procedura codificata dalla direttiva per reagire ad un c.d. "uso distorto" della prestazione dei servizi è particolarmente complessa e il controllo della Commissione più severo (l'autorizzazione è *ex ante*), trattandosi di consentire una evidente deviazione dalle regole del mercato interno: in definitiva, si richiede al fornitore di servizi che rispetta la legislazione dello Stato in cui è stabilito di cambiare il contenuto della propria attività per adeguarsi alle regole applicabili anche in solo uno degli Stati di ricezione.

Nella direttiva del 2010 la procedura di reazione poteva aver luogo soltanto per le trasmissioni lineari. Per quelle a richiesta, la mancata estensione della procedura di reazione era in qualche modo compensata dalla citata maggiore possibilità di invocare interessi generali per bloccare o limitare la loro diffusione nel territorio dello Stato.

La direttiva 2018/1808 interviene equiparando anche in questo caso i servizi lineari a quelli non lineari. Quanto alla procedura, essa non conosce particolari modifiche, salva una non chiarissima precisazione sulla natura "obiettiva" dell'aggiramento delle regole (art. 4, par. 3 (b)) nonché una accentuazione della necessità di rispettare i diritti di difesa dell'emittente coinvolta (art. 4, par. 4 *(b)*).

Infine, con riferimento alle piattaforme di condivisione di video, come già evidenziato la nuova direttiva estende la propria attenzione ai servizi diffusi da dette piattaforme che non hanno la responsabilità editoriale dei contenuti, ma che li organizzano in vari modi. Si tratta di regole di comportamento, elencate al par. 3 dell'art. 28-*ter*, finalizzate a tutelare i minori da contenuti nocivi al loro sviluppo nonché gli utenti in generale da contenuti che istighino alla violenza o all'odio. Nella proposta della Commissione, al fine di garantire un approccio comune negli ordinamenti nazionali, era esclusa la possibilità per gli Stati membri di adottare regole più severe rispetto a quelle armonizzate (armonizzazione totale), salvo il caso di contenuti illeciti. Diversa è la soluzione adottata nell'ultimo testo (nuovo art. 28-*ter*, par. 6), con il quale si sposa la soluzione opposta: è possibile per gli Stati membri adottare misure più restrittive o dettagliate, a condizione di rispettare il diritto dell'Unione ed in particolare le regole sulla limitazione di responsabilità codificate nella Direttiva E-Commerce (2000/31), artt. 12-15, e nell'art. 25 della direttiva 2011/93, riguardante le misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico.

Una valutazione conclusiva, riferita questa volta all'ordinamento italiano, nella prospettiva del recepimento della direttiva 2018/1808 attraverso il meccanismo consolidato del conferimento della delega al governo tramite la legge di delegazione europea annuale. A fronte di varie possibilità offerte dalla Direttiva SMAV di derogare – in senso

[35] CGUE, C-234/12, *Sky Italia* (2013), cit.

più restrittivo e particolareggiato – alla disciplina imposta a regime dal testo europeo, va ricordato che la nostra l. 234/2012, all'art. 32 c. 1 lett. *c)*, indica tra i principi generali in materia di delega legislativa il c.d. divieto di *gold plating:* «gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'articolo 14, commi 24-*bis*, 24-*ter* e 24-*quater*, della legge 28 novembre 2005, n. 246». Sarà quindi interessante valutare come il legislatore delegante (con l'indicazione di principi e criteri direttivi specifici nella legge annuale) e quello delegato, in sede di esercizio della delega, intenderanno dar corso a questa precisa quanto impegnativa indicazione risultante dal testo legislativo.

La tutela dei minori nella direttiva 2018/1808*

Filippo Donati

Abstract

La tutela dei minori rispetto alla diffusione dei contenuti sui media è al centro del dibattito da anni. Lo sviluppo e il cambiamento delle modalità di offerta di prodotti comunicativi derivanti dai nuovi media ha accelerato la riflessione sul punto e il tentativo di individuare soluzioni capaci di bilanciare i diversi interessi e diritti coinvolti nel binomio minori/comunicazione.
La normativa europea fornisce un quadro di riferimento complesso rispetto al quale il legislatore italiano ha da tempo realizzato una disciplina specifica. L'articolo analizza i punti di forza e di debolezza della direttiva 2018/1808, l'ultima importante riforma della disciplina europea sui servizi media audiovisivi, in particolare laddove introduce il divieto di sponsorizzazione di prodotti dannosi per la salute, l'estensione del divieto del *teleshopping* alle piattaforme online e quello della diffusione di contenuti pedopornografici, violenti, di incitamento all'odio e terroristici anche nelle piattaforme di *videosharing*.

The protection of minors from media content distribution has been at the heart of the debate in the last years. Developments and changes in the commercial communications resulting from new media have certainly speeded up reflections on the topic. This also had an impact on the attempts to find solutions aimed at balancing interests and rights involved in the combination minors/communication. In this respect, EU law provides for a complex framework, which constitutes the foundation of the Italian specific regulation on the issue. This essay focuses on the strengths and weaknesses of Directive 2018/1808, which is the last important reform of the EU legal framework on audiovisual media services. Thus, it analyzes, among other things, the prohibition of unhealthy products' sponsorship, the extension of the *teleshopping* ban to online platforms and, finally, how and why the ban concerning child pornography, harmful content, hate speech and terrorism has been extended to *videosharing* platforms.

Sommario

1. Premessa. – 2. Tutela dei minori e servizi audiovisivi nella normativa italiana. – 3. Tutela dei minori e servizi audiovisivi nella normativa europea. – 4. La direttiva 2018/1808 sui sistemi di media audiovisivi: considerazioni in materia di protezione dei minori.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo, in quanto riproduce la relazione presentata dall'A. al convegno "Il nuovo quadro regolamentare europeo dell'audiovisivo" (Milano, Università Bocconi, 21 settembre 2018).

Filippo Donati

Keywords

Servizi di media audiovisivi, Direttiva SMAV, Tutela dei minori, Audiovisivo, Media

1. Premessa

L'utilizzo di massa della rete Internet e l'influenza della televisione sui comportamenti dei giovani impongono una riflessione mirata sul rapporto tra media e minori. Rapporto, questo, tanto serio e complesso da giustificare la ricerca di soluzioni improntate a un utilizzo corretto di questi strumenti e a un costante aggiornamento del quadro normativo delle tutele giuridiche verso bambini e adolescenti.

Il binomio media e minori è al centro dei dibattiti da diversi anni, sostanziando un ambito di riflessione che si articola in una pluralità di oggetti di studio e di questioni problematiche messe a fuoco da prospettive disciplinari e metodologiche molto diverse. La relazione tra i due termini può infatti generare un ventaglio di percorsi di ricerca che si intrecciano sul medesimo territorio di confine tra l'offerta, storicamente differenziata, di prodotti comunicativi rivolti ai minori, e il loro consumo, che si articola in una fruizione mediale altrettanto ampia e diversificata e che vede come protagonista un soggetto *in fieri*, sia sul piano individuale che su quello sociale.

Si deve certamente convenire sulla natura positiva, di risorsa, offerta dai *new media* al gruppo familiare: una risorsa che può essere utilizzata per avviare nuovi terreni di socializzazione, nuovi ambiti di incontro intergenerazionale, nuovi percorsi di reciproca valorizzazione. Una risorsa per l'educazione quindi, uno spazio sociale, anche se virtuale, una porzione simbolica del nostro mondo in cui si compiono esperienze che coinvolgono l'identità personale e di gruppo, i valori e le regole della convivenza.

Eppure, tutelare oggi i minori significa (anche) dotarli di strumenti legislativi efficaci che garantiscano loro un utilizzo corretto e il più possibile immune dai plurimi e complessi pericoli a cui sono esposti nella fruizione dei media e dell'ambiente digitale in generale.

Dunque, oltre un'azione "positiva" volta a far sì che il sistema dell'informazione concorra alla continua formazione del fanciullo, le Istituzioni sono oggi chiamate a svolgere anche una funzione "negativa" indirizzata al controllo e alla prevenzione dei rischi a cui, attraverso la rete e i media, il minore è continuamente esposto mettendo in pericolo il suo sviluppo mentale e psichico, oltre che fisico[1]. I minori hanno difatti

[1] Peraltro, quello dell'informazione come strumento che concorre alla formazione del fanciullo è un profilo la cui definizione e applicazione la normativa europea rimette *in toto* al servizio pubblico nazionale di radio-televisione. Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri allegato al Trattato di Amsterdam (1997) chiarisce infatti che «Le disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione, nella misura in cui tale finanziamento sia accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico conferita, definita e organizzata da ciascuno Stato membro e nella misura in cui tale finanziamento non perturbi le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune, tenendo conto nel contempo dell'adempimento della missione di servizio pubblico.». Dunque sui media e sulle piattaforme di diffusione di contenuti *online* non grava un obbligo concreto di porre in

il pieno diritto di utilizzare le nuove tecnologie di comunicazione e gli strumenti offerti dal mezzo televisivo, ma non dispongono, ancora, degli strumenti per un'interpretazione critica del messaggio televisivo: da qui la necessità di un'adeguata politica legislativa rivolta a un uso consapevole della televisione e dei media. Insomma, le potenzialità e i rischi dei nuovi mezzi di comunicazione investono le nuove generazioni in modo molto più intenso rispetto a qualunque altra delle generazioni precedenti[2].

Il tema della tutela dei minori contro i contenuti lesivi che possono essere diffusi attraverso i media è sicuramente avvertito dal legislatore italiano, che, sensibile ai cambiamenti storici e culturali e alla vulnerabilità che caratterizza l'età evolutiva, ha da tempo realizzato una disciplina specifica e articolata in sua tutela[3].

Sull'argomento la normativa europea fornisce un quadro di riferimento altrettanto complesso intorno al quale i diversi Stati membri sviluppano una loro autonoma e differenziata normativa di settore[4]. Da qui l'opportunità di analizzare il *framework* vincolante delineato dalla direttiva 2018/1808, l'ultima importante riforma della disciplina europea sui servizi media audiovisivi[5]. In particolare, sul fronte della protezione dei minori, la direttiva estende il divieto di sponsorizzazione di prodotti dannosi per la salute e del *teleshopping* anche alle piattaforme *on line* (come già avviene per le tv) e proibisce la diffusione di contenuti pedopornografici, violenti, di incitamento all'odio e terroristici anche nelle piattaforme di *videosharing*. Tutti i servizi (lineari e non lineari) dovranno poi realizzare un sistema di segnalazione e rimozione dei contenuti pericolosi[6].

Consapevoli che il confronto continuo tra il livello nazionale e il livello europeo non può limitarsi all'elaborazione della norma ma deve attivarsi anche nella fase della sua

essere programmi di educazione, obbligo, quest'ultimo, che invece pesa sulla concessionaria pubblica a livello nazionale. In generale, sul ruolo tradizionalmente svolto dalle emittenti pubbliche in Italia, così come in numerosi altri paesi dell'Unione europea, cfr. R. Mastroianni, *Servizio pubblico radiotelevisivo tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Le istituzioni del Federalismo*, Suppl. 1, 2006, 109 ss.

[2] V., tra gli altri, M. Betzu, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012.

[3] Cfr. *infra* § 2. La normativa italiana distingue, ad esempio, i contenuti formativi della programmazione televisiva da quelli nocivi, che, se non risultano regolati, sono in grado di creare effetti negativi sullo sviluppo psico-fisico del bambino, sviluppo di cui sono responsabili non solo i genitori, ma anche gli istituti scolastici e gli organi giuridici. In particolare, l'art. 4, c. 1, lett. *b*), del d.lgs. 177/2005 (che riproduce l'art. 4, c. 1, lett. *b*), della l. 112/2004) distingue i programmi da considerare "potenzialmente nocivi" da quelli "gravemente nocivi" poiché contengono immagini di violenza gratuita, insistita o efferata ovvero pornografiche ovvero che, anche in relazione all'orario di trasmissione, possano nuocere allo sviluppo psicofisico o morale dei minori.

[4] Cfr. *infra* §. 3. Per una valutazione d'insieme dei principali profili della regolamentazione europea dei contenuti audiovisivi v. M. Holoubek – F. Damjanovic – M. Trainer, *Regulating Content – European Regulating Framework for the Media and Related Creative Sectors*, Alphen a/d Rjin, 2007 nonché M. Feintuck – M. Varney, *Regulating Media Markets: The Need for Subsidiarity and Clarity of Principle*, in P. Birkinshaw – M. Varney (eds), *The European Union Legal Order after Lisbon*, Alphen a/d Rjin, 2010, 155 ss.

[5] La direttiva 2018/1808 recante "Modifica della Direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizione legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiotelevisivi, in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato" è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28 novembre 2018 ed è entrata in vigore il 18 dicembre 2018. Gli Stati membri devono adottare le proprie disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per conformarsi alla nuova direttiva entro il 19 settembre 2020.

[6] Cfr. *infra* § 4.

concreta applicazione, è utile interrogarsi sull'effettiva capacità della normativa *de qua* di garantire un'adeguata e concreta tutela ai minori nell'accessibilità e nella fruizione dei media, individuando i punti di forza e i punti di debolezza del sistema di guarentigie ivi previste.

2. Tutela dei minori e servizi audiovisivi nella normativa italiana

Nel nostro Paese la tutela dei minori nel mondo dell'informazione è realizzata attraverso diversi livelli di protezione.

L'art. 31 Cost. stabilisce che la Repubblica italiana «protegge […] l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo»[7]. Tale disposto costituzionale – letto unitamente all'affermazione dell'inviolabilità dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. e dell'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della personalità *ex* art. 3, c. 2 Cost.[8] – impegna dunque il legislatore ad adottare una disciplina volta a garantire gli interessi dei minori anche nel settore dei media[9].

[7] Il secondo comma dell'art. 31 Cost. recita che la Repubblica «protegge […] la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Cfr. L. Cassetti, *Art. 31*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

[8] Su cui v. A. Giorgis, *Art. 3, 2° comma*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *op. cit.*

[9] La l. 176/1991 ha ratificato la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 il cui art. 3 sancisce che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Un assunto, questo, rafforzato dall'art. 16 della medesima Convenzione in cui viene stabilito che «Nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti». Per un commento sulla Convenzione v. M.C. Maffei, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani, Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 232 ss. Questa Convenzione è stata successivamente integrata con due Protocolli opzionali, entrambi del 6 settembre 2000, aventi anch'essi valore di accordo internazionale a seguito di ratifica, rispettivamente vertenti sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e sulla vendita dei bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile. In questo contesto si inserisce il d.lgs. 196/2003 (c.d. Codice della privacy) secondo il quale chiunque, e quindi anche il minorenne, ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano e il loro trattamento deve svolgersi nel rispetto dei diritti, delle libertà personali e della dignità, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale. Non solo: l'art 50 del medesimo d.lgs., richiamando il d.P.R. 448/88, sancisce espressamente «Il divieto […] di pubblicazione e divulgazione con qualsiasi mezzo di notizie e immagini idonee a consentire l'identificazione di un minore» che si osserva – anche in caso di coinvolgimento a qualunque titolo del minorenne – in procedimenti giudiziari in materie diverse da quella penale. Cfr. M. Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali,* in M. Orofino – F.G. Pizzetti (a cura di), *Privacy, minori e cyberbullismo*, Torino, 2018, 1 ss. La stessa legge istitutiva dell'Ordine dei giornalisti (l. 69/1963), all'art. 2, sancisce che «è diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà di informazione e di critica, limitata dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità altrui» estendendo, ovviamente e a maggior ragione, questo principio anche ai soggetti minorenni. V.A. Barbera, *Mezzi di comunicazione televisiva e tutela dei minori*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 dicembre 2009. A tutto ciò devono poi aggiungersi la tutela dell'immagine prevista dal diritto d'autore (l. 633/1941) e le disposizioni specifiche del codice di procedura penale sulla pubblicità dei procedimenti in cui sono coinvolti minorenni.

In questa prospettiva il legislatore italiano, sin dal 1990, ha imposto ai *broadcasters* regole di comportamento volte a tutelare lo sviluppo fisico, psichico e morale dei minorenni[10].

A livello nazionale, la disciplina a protezione dell'infanzia e dell'adolescenza è oggi contenuta nel Testo Unico sui servizi di media audiovisivi[11], che attua i principi stabiliti dal diritto dell'Unione europea.

In particolare, l'art. 34 del Testo Unico vieta le trasmissioni televisive che possono nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni, come ad esempio i programmi che contengano scene di violenza particolarmente brutale, le scene pornografiche e i film proibiti ai minori di diciotto anni[12]. Il divieto riguarda i c.d. servizi di media audiovisivi lineari, ovvero quei servizi che, gratuitamente o in abbonamento, trasmettono i programmi con una programmazione in sequenza dei vari contenuti che non può essere selezionata o modificata dallo spettatore. Non si applica, invece, ai servizi di media audiovisivi a richiesta (non lineari), ai quali l'utente può accedere selezionando i contenuti da un "catalogo" di audiovisivi. In tal caso, i contenuti per adulti possono essere trasmessi a condizione che siano protetti da un sistema di blocco attraverso un apparato di identificazione e di protezione che assicuri che l'utente è adulto[13].

I contenuti che possono arrecare pregiudizio (non grave) allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minorenni e i film vietati ai minori di anni 14 possono essere trasmessi solo in una fascia oraria o con accorgimenti volti ad evitare che i minori che si trovano nell'area di diffusione vedano o ascoltino normalmente tali programmi[14].

---

[10] Nella prima legge organica di sistema in materia radiotelevisiva – ossia la l. 223/1990 (c.d. "legge Mammì") – è stato normato il principio per cui «È vietata la trasmissione di programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori che contengono scene di violenza gratuita o pornografiche, che inducano ad atteggiamenti di intolleranza basati su differenze di razza, sesso, religione o nazionalità» (art. 15, c. 10). La l. 249/1997 ha successivamente istituito l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni cui compete, tra l'altro, la verifica del «rispetto dei codici di autoregolamentazione relativi al rapporto tra televisione e minori e degli indirizzi della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi» (art. 1, c. 6, lett. *b*), n. 6) e la comminazione delle relative sanzioni in caso di violazione (art. 1, c. 31 e 32). In materia è poi intervenuta la l. 112/2004, il cui art. 10, al c. 1, afferma espressamente che «le emittenti televisive devono osservare le disposizioni per la tutela dei minori previste dal Codice di autoregolamentazione Tv e minori approvato il 29 novembre 2002». Il c. 2 del medesimo articolo prescrive «specifiche misure a tutela dei minori» nella fascia protetta, con particolare cura per i messaggi pubblicitari richiamando l'attenzione sulle trasmissioni che commentano eventi sportivi, per comunicare ai giovani valori legati a una sana competizione che rifiuti la violenza. Per una ricostruzione generale v. L. Musselli, *Televisione e minori: tutela pubblicistica*, Milano, 2009.

[11] D.lgs. 177/2005 (su cui cfr. A. Frignani – E. Poddighe – V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.lgs. 177/05 T. U della radiotelevisione*, Milano, 2005), come modificato dal d. lgs. 44/2010 (che ha dato attuazione alla direttiva 2007/65/CE), dal d.lgs. 120/2012 e, da ultimo, dal d.lgs. 204/2017.

[12] Per individuare i contenuti destinati esclusivamente agli adulti, la legge prevede che sia adottato un sistema di classificazione. Il sistema, approvato con delibera n. 52/13/CSP dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nell'ambito dei programmi audiovisivi da vietare alla visione dei minorenni, individua tre aree tematiche sensibili: violenza; sesso; diritti fondamentali e incolumità della persona.

[13] Cfr. l'art. 34, c. 5 del Testo Unico. Tali accorgimenti tecnici devono consistere in sistemi di filtraggio dei contenuti, ossia di riconoscimento del programma come destinato ad un'utenza adulta e conseguente autenticazione del telespettatore attraverso codici di identificazione personale.

[14] In altri termini, i contenuti e i programmi di questa categoria possono essere trasmessi in orario

L'individuazione degli accorgimenti tecnici idonei ad escludere che i minori vedano o ascoltino normalmente tali programmi è stata affidata all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, chiamata ad adottare una apposita disciplina con procedure di co-regolamentazione[15]. All'Autorità è stato demandato anche il compito di stabilire il tempo minimo che le emittenti debbono riservare alle produzioni e ai programmi adatti ai minori ovvero idonei alla visione da parte dei minori e degli adulti.
Con tali previsioni il Testo Unico ha recepito il Codice di autoregolamentazione Tv e minori, approvato il 29 novembre 2002[16].
Il Testo Unico ha poi previsto ulteriori disposizioni a tutela dei minori con riferimento alle trasmissioni pubblicitarie[17].

3. Tutela dei minori e servizi audiovisivi nella normativa europea

La disciplina del Testo Unico sopra richiamata attua le disposizioni in materia di tutela dei minori contenute nella direttiva sui servizi di media audiovisivi 2010/13/UE ("Direttiva SMAV") [18], che ha codificato la disciplina risultante dalle varie modifiche apportate alla direttiva 89/552/CE (televisioni senza frontiere) per effetto delle direttive 97/36/CE e 2007/65/UE.
La direttiva ha infatti stabilito all'art. 27 il divieto di trasmissioni che possono nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale del minori, la possibilità di

diurno soltanto se protetti dal c.d. *parental control*, meccanismo tecnico che consente agli adulti di bloccare la visione e renderla possibile soltanto dopo avere inserito l'apposito codice di sblocco (art. 34, c. 2 d.lgs. 177/2005). Cfr. M.E. Price – S.G. Verhulst (eds), *Parental Control of Television Broadcasting*, London, 2002.

[15] Con la delibera n. 52/13/CSP l'Autorità ha individuato i criteri di classificazione delle trasmissioni televisive che possono nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori. I contenuti trasmessi sono qualificati sulla base di due parametri: l'area tematica e le principali modalità rappresentative.

[16] Art. 34, c. 6, del Testo Unico. Il "Codice di autoregolamentazione Tv e minori", sottoscritto nel 2002 come atto di natura privata, è stato recepito in via legislativa dalla l. 112/2004, poi trasfusa nel d.lgs. 177/2005 (modificato dal d.lgs. 44/2010). Con la legificazione operata, il Codice è divenuto vincolante per tutte le emittenti a prescindere dalla sottoscrizione dello stesso e dalla tipologia di piattaforma utilizzata (analogica, satellitare, digitale terrestre, Iptv). Tra le novità del Codice vi sono da un lato la pubblicità degli impegni cui sono tenute tutte le emittenti, dall'altro l'istituzione di un Comitato di controllo (oggi Comitato per l'applicazione del Codice di autoregolamentazione Tv e minori, a seguito dell'intervento del d.P.R. 72/2007) dotato di poteri di segnalazione e sanzionatori. Cfr. F. Bassan – E. Tosi (a cura di), *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012. In generale, per una riflessione sui fenomeni autodisciplinari nelle loro varie forme e sulla crisi che, sul finire del secolo scorso, ha investito i tradizionali modelli di produzione normativa v. H. Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

[17] Cfr. in particolare gli artt. 36-*bis* (Principi generali in materia di comunicazioni commerciali audiovisive e radiofoniche), 37 (Interruzioni pubblicitarie) e 40 (Televendite) del Testo Unico.

[18] Cfr. la 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 (Direttiva sui servizi di media audiovisivi - versione codificata). Sulla direttiva cfr. R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Torino, 2012.

trasmettere programmi potenzialmente nocivi soltanto sulla base di accorgimenti volti ad escludere che i minori possano vedere o ascoltare normalmente tali programmi in particolare, per i programmi trasmessi in chiaro, l'obbligo di identificazione con avvertenza acustica ovvero un simbolo visivo durante tutto il corso della trasmissione. La direttiva ha inoltre imposto agli Stati membri l'obbligo di adottare misure volte ad impedire la trasmissione di programmi nocivi per lo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori anche nei servizi a richiesta (art. 12), ed ha stabilito specifiche misure protettive con riguardo alle comunicazioni commerciali (art. 9) ed in particolare alla pubblicità di bevande alcoliche (art. 22).

La direttiva offriva quindi una protezione per i minori con riguardo al settore radiotelevisivo tradizionale. I minori rimanevano quindi scoperti con riguardo ai programmi trasmessi attraverso i nuovi canali messi a disposizione dallo sviluppo tecnologico, ed in particolare con riferimento ai servizi di video a richiesta e alle piattaforme per la condivisione di video e i contenuti audiovisivi dei social network. Eppure l'esigenza di prevedere forme di protezione dei minori con riguardo ai contenuti trasmessi attraverso Internet era sempre più avvertita[19].

Con riferimento a Internet e alla spiccata interattività che esso favorisce, si delineano oggi nuovi *adverse effects* derivanti dal suo utilizzo, che vanno ben oltre il semplice rischio di imbattersi in contenuti non appropriati. Attualmente – per riprendere la nota classificazione dei rischi enunciata da *EU Kids Online Network* nell'ambito del *Safer Internet Programme*[20] – è possibile distinguere tra: a) *content risk*, ove l'attenzione è posta sulla classica esposizione del minore a contenuti lesivi (violenza, contenuti sessuali, valori negativi, *marketing* insistente); b) *contact risk*, ove rileva il profilo della partecipazione del minore, non necessariamente volontaria, a seguito di un'iniziativa di un adulto (*stalking*, *grooming,* molestie, abuso dei dati personali); c) *conduct risk*, che vede il minore in un contesto relazionale tra pari, protagonista o vittima (*bullying*, *sexting*, violazione di norme sul *copyright*).

Con riferimento a Internet l'Unione europea è intervenuta, a partire dagli anni Novanta, fornendo alcuni importanti indicazioni, non applicabili peraltro soltanto alla tutela dei minori, ma anche, più in generale, alla tutela della dignità umana.

Nella comunicazione del 1996 relativa alle informazioni di contenuto illegale e nocivo[21], sono poste le premesse per porre una rilevante distinzione tra contenuti nocivi

---

[19] Così L. Musselli, *La tutela dei minori nei nuovi media*, in Aa.Vv., *Da internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, 2013, 60 ss. Per una ricostruzione dettagliata della normativa di riferimento v. anche A. Spangaro, *Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Assago, 2011.

[20] Il progetto di ricerca *EU Kids Online* finanziato dal *Safer Internet Programme* della Commissione europea ha analizzato le pratiche d'uso di Internet da parte dei minori e dei loro genitori e le relative esperienze sul piano delle opportunità e dei rischi *on line*. L'indagine è stata condotta in 25 Paesi europei, su un campione di 25.142 bambini e adolescenti di età compresa tra 9 e 16 anni, fruitori di Internet e altrettanti genitori. La ricerca ha indagato, in particolare, le modalità d'uso di Internet, quali sono le principali attività online, le opportunità e i rischi connessi all'esperienza online e gli eventuali benefici o danni che ne conseguono. Una prima versione di questo rapporto è stata presentata in occasione del *Safer Internet Forum* che si è tenuto il 21 ottobre 2010.

[21] Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet", Bruxelles, 16 ottobre 1996, COM(96) 487.

(*harmful content*) che, a certe condizioni, possono essere visti da un pubblico adulto (es. materiale pornografico) e contenuti illegali (*illegal content*), oggetto di previsioni legali di divieti nei Paesi membri (es. pornografia infantile)[22].

Se i contenuti illegali sono disciplinati da norme penali adottate in ogni Paese membro sulla base di opzioni di politica legislativa che appaiono sempre più frutto di scelte condivise a livello sovranazionale, la definizione dei contenuti nocivi risente invece dei valori morali che risultano caratterizzati da una certa soggettività di apprezzamento e che appaiono fortemente influenzati dalle diverse tradizioni etico-culturali[23]. Di tale aspetto al Commissione risulta pienamente consapevole tanto da adottare un'estrema cautela nel prevedere limitazioni alle libertà informative, suggerendo una risposta (non giuridica, ma) pragmatica al problema della presenza dei contenuti nocivi su Internet, attraverso il filtraggio dei contenuti effettuato a valle da parte dei genitori[24].

L'esigenza di una formazione a tutela dei minori è stata evidenziata, in termini più ampi, nel «Libro verde sulla tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e di informazione»[25].

Nel 1998, nella prima delle due raccomandazioni dedicate al tema, la tutela dei minori, accoppiata a quella della dignità umana, viene ancora inquadrata nell'ottica (economica) dello sviluppo della competitività dell'industria dei servizi audiovisivi e di informazione in linea[26]. Dal punto di vista della regolazione, «nel rispetto della diversità degli approcci e delle sensibilità dei diversi Stati membri della Comunità», viene individuato come strumento privilegiato di intervento, con riferimento ai servizi di tipo non televisivo («servizi forniti a distanza, con mezzi elettronici»), l'auto-regolamentazione degli operatori e per la definizione dei modelli auto-regolatori vengono fornite alcune

[22] Cfr. F. Casarosa, *Children Protection Online: Uneasy Steps towards a Balance between Risks and Freedoms*, in M. Fernandez-Barrera – N. Gomes de Andrade – P. De Filippi – M. Viola de Azevedo Cunha – G. Sartor – P. Casanovas (eds), *Law and technology looking into the future. Selected essays*, Florence, 2009, 106 ss. Sul punto la Commissione sottolinea come, con riferimento a questa seconda tipologia, non esiste un vuoto giuridico dato che tutte le persone che vi interagiscono (autori, fornitori di materiali, fornitori di servizi, esercenti di rete, fornitori di accesso e utenti) sono soggetti alle leggi vigenti nei rispettivi Stati membri.

[23] Così nella comunicazione COM(96) 487, punto 3, lett. *b*).

[24] Afferma così la Commissione nella comunicazione citata (comunicazione COM(96) 487, punto 5, lett. *c*): «Il sistema del filtro, che dà rilievo alla responsabilità dei genitori piuttosto che all'intervento pubblico, gode di un forte sostegno da parte degli operatori del settore e dei gruppi per le libertà civili, che lo giudicano il modo più efficace per risolvere i problemi specifici posti da Internet e tenere conto delle differenze nei canoni di gusto e decenza esistenti tra paesi, comunità e famiglie. Esso costituisce una risposta pragmatica, non giuridica, alla presenza d'informazioni di contenuto nocivo sull'Internet, sebbene l'offerta di tali dispositivi di filtraggio possa in alcuni casi avere ripercussioni giuridiche (ad esempio esonerando da ogni responsabilità i fornitori d'accesso che offrano tali dispositivi)».

[25] Bruxelles, 16 ottobre 1996, COM(96)483 def.

[26] Raccomandazione 98/560/CE del Consiglio del 24 settembre 1998 concernente lo sviluppo della competitività dell'industria dei servizi audiovisivi e di informazione europei attraverso la promozione di strutture nazionali volte a raggiungere un livello comparabile ed efficace di tutela dei minori e della dignità umana. In particolare, il raggiungimento di livelli comparabili di tutela dei minori e della dignità umana è visto come un fattore favorevole all'instaurazione di un clima di fiducia necessario alla realizzazione del potenziale dei servizi audiovisivi e di informazione, mediante l'eliminazione degli ostacoli dello sviluppo e la piena competitività della suddetta industria (considerando 10 e 11).

indicazioni concrete[27].

Con la successiva raccomandazione del 2006 si pongono le premesse per una rinnovata e più matura impostazione della problematica dei diritti della personalità. La tutela dei minori risulta adesso decisamente ancorata ad alcuni principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali (in particolare, agli artt. 1 e 24) e si sottolinea la necessità di operare un attento bilanciamento tra le esigenze di protezione dei minori e le libertà informative[28]. L'autoregolamentazione viene considerata un «mezzo supplementare efficace, ma non sufficiente per proteggere i minori dai messaggi a contenuto nocivo»[29] e tra le misure adottabili viene assegnato un ruolo particolare alla *media-education* (che deve essere rivolta in primo luogo ai genitori, agli insegnanti e a chi ha la funzione di cura del minore, ma deve trovare anche spazio direttamente nei programmi scolastici). Specificamente rivolto all'industria dei sistemi audiovisivi è l'invito a sviluppare misure positive a favore dei minori mediante appositi sistemi di filtraggio[30]; ugualmente, al fine di pervenire a soluzioni armonizzate tra i vari Paesi, si prevede un coordinamento di azione tra organismi di regolamentazione, auto-regolamentazione e co-regolamentazione degli Stati membri e lo scambio delle migliori pratiche relativamente a questioni quali la realizzazione di un sistema di simboli descrittivi comuni o messaggi di avvertimento, indicanti la fascia di età che aiuti gli utenti a valutare il contenuto dei servizi audiovisivi e di informazione in linea[31].

Sulla base delle linee tracciate da tali documenti europei, gli Stati membri hanno adottato soluzioni diversificate per tutelare i minori, quali sono i sistemi di *blacklisting*, *whitelisting*, *walled gardens*, *international content rating system*, filtri[32].

---

[27] V. Allegato "Orientamenti indicativi per la messa in opera, a livello nazionale, di un quadro di auto-regolamentazione per la tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi e di informazione in linea". Tali orientamenti si concentrano attorno a quattro punti: a) la consultazione e la rappresentatività delle parti interessate; b) i codici di comportamento; c) gli organismi nazionali che permettono la cooperazione a livello europeo; d) la valutazione nazionale dei quadri di auto-regolamentazione. Al riguardo, la Commissione ritaglia per sé un ruolo di supporto di carattere finanziario, ma anche di facilitatore dei processi auto-regolativi, incentivando la creazione di *network*. Cfr. P. Costanzo, *La regolazione della rete tra libertà di navigazione e uso sicuro delle tecnologie tele comunicative ("*Safer Internet*")*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Dei diritti e dell'eguaglianza. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 969 ss.

[28] Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativa alla tutela dei minori e della dignità umana e al diritto di rettifica relativamente alla competitività dell'industria europea dei servizi audiovisivi di informazione *on line*. V., in particolare, considerando 5.

[29] V. considerando 12.

[30] Nell'Allegato 2 si suggerisce, ad esempio alla lett. *a*), «la messa a disposizione sistematica degli utenti dei un sistema di filtraggio efficace, aggiornabile e di semplice utilizzo, all'atto di sottoscriver e un abbonamento presso un fornitore di accesso».

[31] Un accenno importante è poi rivolto al divieto di ogni forma di discriminazione basata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni, handicap, età o tendenze sessuali.

[32] Tali metodiche sono ben illustrate nella relazione della Commissione del settembre 2011 "Tutela dei minori nel mondo digitale", COM/2011/0556 def.

4. La direttiva 2018/1808 sui sistemi di media audiovisivi: considerazioni in materia di protezione dei minori

La direttiva 2018/1808 ha aggiornato la disciplina sui servizi di media audiovisivi alla luce dell'evoluzione tecnologica e di mercato, introducendo nuove norme a tutela dei minori[33].

La direttiva ha esteso le misure di protezione dei minori applicabili ai servizi di trasmissione televisiva anche ai servizi di media audiovisivi a richiesta, con un intervento di armonizzazione minima che rimette agli Stati membri adozione di misure volte a fornire un livello più elevato di protezione.

In questa prospettiva la direttiva rimette agli Stati membri il compito di adottare misure (quali la scelta dell'ora di trasmissione, gli strumenti per la verifica dell'età o altre misure tecniche) volte a garantire che i minori, di regola, non vedano o ascoltino servizi di media audiovisivi potenzialmente lesivi per il loro sviluppo fisico, mentale o morale. Tali misure «devono essere proporzionate alla potenziale nocività del programma». Per i contenuti più nocivi, come la violenza gratuita e la pornografia, sono richieste misure più rigorose. I fornitori di servizi di media dovranno fornire ai telespettatori informazioni sufficienti in merito a contenuti che possano nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori[34].

La previsione sopra richiamata lascia un ampio margine di scelta agli Stati membri. La direttiva in esame distingue, infatti, tra contenuti «che possono nuocere» e contenuti che possono essere «maggiormente nocivi» per lo sviluppo e la salute dei minori. In concreto, però, non sembra agevole distinguere le due fattispecie. Poche indicazioni vengono poi fornite in ordine alle misure da adottare per evitare il pregiudizio dei minori: è sì introdotto un principio di proporzionalità (tanto più il programma può nuocere alla salute, tanto più rigorosa deve essere la misura da adottare), ma il genere di misure da realizzare muta in relazione alle fasce orarie prese in considerazione, agli strumenti di verifica dell'età e ad altre misure tecniche la cui regolazione è rimessa dalla direttiva stessa alle emittenti attraverso strumenti di auto-regolazione.

La nuova direttiva estende ai servizi di media audiovisivi a richiesta le disposizioni in materia di pubblicità. Si tratta, in particolare, del divieto generale di comunicazioni commerciali suscettibili di comportare un pregiudizio fisico, mentale o morale ai minori, o che siano volte a sfruttare la loro inesperienza o credulità o la loro fiducia nei

[33] Con la direttiva 2018/1808 il legislatore europeo è intervenuto per far fronte all'innovazione tecnica e tecnologica dei dispositivi funzionali alla visione dei contenuti audiovisivi che ha consentito al consumatore l'accesso a un eterogeneo e multiforme patrimonio multimediale. Il progresso ha infatti comportato l'esigenza di aggiornare il quadro normativo applicabile in materia con l'obiettivo di rispondere alle nuove sfide conseguenti all'evoluzione del mercato, nonché di raggiungere un bilanciamento tra l'accesso ai servizi fruibili *on line*, la tutela dei consumatori e la competitività. In questo contesto, rivestono un ruolo essenziale i media audiovisivi, in particolare gli emittenti radio e TV, le piattaforme *on demand* (es. Netflix, iTunes e Amazon Video) e di condivisione video; i soggetti che operano attraverso tali strumenti saranno, innanzitutto, chiamati a implementare misure adeguate a contrastare i contenuti nocivi che incitano all'odio, alla violenza e al terrorismo, anche al fine di incrementare il livello di protezione e le garanzie a beneficio della platea minorenne.

[34] Cfr. il nuovo art. 6-*bis*, c. 1, della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 10 della direttiva 2018/1808.

genitori, negli insegnanti o in altre persone, o comunque che mostrino senza motivo minori che si trovano in situazioni pericolose. Analogamente è stato esteso l'ambito di applicazione del divieto delle pubblicità di alcolici dirette ai minori[35], nonché il divieto di *product placement* nei programmi televisivi per bambini[36].

Assai importante, soprattutto in relazione alla diffusione delle nuove piattaforme di diffusione dei contenuti audiovisivi, è il divieto di utilizzare per scopi commerciali i dati personali dei minori raccolti o altrimenti generati dai fornitori di servizi di nel contesto delle misure tecniche di protezione dei minori[37].

La novità più importante contenuta nella direttiva 2018/1808 riguarda tuttavia la tutela dei minori con riguardo ai contenuti trasmessi attraverso le nuove piattaforme per la condivisione di audio e video, anche quando si tratta di contenuti generati dagli utenti o in modo automatizzato o con algoritmi. La direttiva, infatti, impone ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video l'adozione di misure appropriate per tutelare i minori dai contenuti che possono nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale, ferma restando l'esenzione di responsabilità prevista per i fornitori di servizi della società dell'informazione dalla direttiva 2000/31/CE ("Direttiva E-Commerce"), che non sono tenuti a un obbligo generale di sorveglianza o di ricerca attiva di contenuti illeciti [38].

In questa prospettiva viene inserito all'interno della Direttiva SMAV un nuovo «Capo IX *bis*», contenente «disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video». La direttiva impone quindi agli Stati membri di introdurre misure volte ad assicurare che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla loro giurisdizione adottino misure adeguate per tutelare i minori «da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale»[39]. Dette misure – che possono consistere, ad esempio, nell'istituzione di meccanismi trasparenti e di facile uso, nell'applicazione di sistemi per verificare l'età degli utenti delle piattaforme o sistemi di controllo parentale – non devono comunque comportare l'introduzione di misure di controllo *ex ante* o al filtraggio dei contenuti nel momento in cui vengono caricati che non siano conformi all'art. 15 della direttiva 2000/31/CE, che limita la possibilità di introdurre sistemi di filtraggio ai casi in cui ciò sia necessario per la prevenzione o la repressione di attività illecite[40].

In questa prospettiva si rende dunque possibile l'introduzione di strumenti tecnologici di protezione basati sul *filtering* volti alla tutela dei minori, come del resto auspicato già nel «Libro Verde sulla Tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovisivi

[35] Cfr. il nuovo art. 9 della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 13 della direttiva 2018/1808.

[36] Cfr. il nuovo art. 22, c. 2, della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 11 della direttiva 2018/1808.

[37] Cfr. il nuovo art. 6-*bis*, c. 2, della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 10 della direttiva 2018/1808.

[38] Artt. da 12 a 14 della direttiva 2000/31/CE.

[39] Art. 28-*ter*, c. 1, della Direttiva SMAV, introdotto dall'art. 23 della direttiva 2018/1808.

[40] L'art. 15, c. 2, della Direttiva E-Commerce permette agli Stati membri di «stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

e di informazione» del 1996, nella raccomandazione del Consiglio del 24 settembre 1998[41], nella decisione del Parlamento e del Consiglio del 25 gennaio 1999, n. 276[42] e nella decisione del Consiglio del 29 maggio 2000, relativa alla lotta contro la pornografia infantile su Internet[43], nella decisione del Parlamento e del Consiglio dell'11 maggio 2005, n. 854[44].

Resta peraltro fermo il divieto di introdurre sistemi di filtraggio che permettano una sorveglianza generalizzata ed a tempo indeterminato sulle informazioni immesse in rete, come chiarito dalla Corte di giustizia nelle note decisioni *Scarlet v. Sabam*[45] e *Netlog v. Sabam*[46].

La direttiva prevede espressamente che gli Stati membri, al fine di adottare le misure volte a tutelare gli interessi dei minori, debbono incoraggiare il ricorso alla co-regolamentazione[47] mediante l'adozione di codici di condotta adottati a livello nazionale o a livello dell'Unione, concepiti in modo da essere ampiamente accettati dai principali soggetti interessati a livello nazionale ovvero a livello europeo[48]. La Commissione europea invita i fornitori di piattaforme per la condivisione di video a scambiare le migliori prassi relative ai suddetti codici di condotta di co-regolamentazione[49].

Un così ampio ricorso alla autoregolamentazione o co-regolamentazione può sollevare

---

41 Cfr. raccomandazione del Consiglio 98/560/CE concernente lo sviluppo della competitività dell'industria dei servizi audiovisivi e di informazione europei attraverso la promozione di strutture nazionali volte a raggiungere un livello comparabile ed efficace di tutela dei minori e della dignità umana.

42 La decisione ha approvato un piano pluriennale di azione comunitario per promuovere l'uso sicuro di Internet attraverso la lotta alle informazioni di contenuto illegale e nocivo diffuse attraverso le reti globali, inserendo tra i progetti l'implementazione di meccanismi di filtraggio e classificazione. Specificazioni e modifiche alla decisione 276/1999 sono state successivamente apportate dalla decisione del Parlamento e del Consiglio del 16 giugno 2003, n. 1151. Inoltre con la comunicazione del 15 dicembre 2003, n. 784 la Commissione ha riconosciuti come – proprio a seguito delle iniziative appena citate – fossero stati elaborati filtri Internet affidabili, sottolineando altresì l'impegno adottato per la cooperazione internazionale su tal fronte.

43 Decisione 2000/375/GAI, che invita gli Stati membri e le industrie a collaborare per la preparazione di filtri e di altri strumenti volti a impedire e individuare la diffusione di materiale di pornografia infantile.

44 La decisione ha istituito un nuovo programma comunitario pluriennale volto a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie *on line* (cfr., soprattutto, punto 3, n. 4). Un ulteriore riferimento al *filtering* si rinviene nella successiva decisione del Parlamento e del Consiglio del 16 dicembre 2008, n. 1351, che lo annovera tra gli strumenti tecnologici potenzialmente idonei a contrastare i contenuti illeciti e i comportamenti dannosi *on line*.

45 Cfr. sentenza della CGUE, C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Sociéte belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (Sabam)* (2011). Per un commento v., *ex multis*, V. Franceschelli, *Piattaforme digitali in un contesto di diritto della concorrenza. Una nuova funzione del diritto della concorrenza nell'era digitale*, in *Rivista di diritto industriale*, 61, 2012, 289 ss.; F. Melis, *La Corte di Giustizia UE pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete. Nota a a CGUE sez. III 24 novembre 2011 (causa C-70/10)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 632 ss. V. anche M. Siano, *La sentenza Scarlet della Corte di Giustizia: punti fermi e problemi aperti*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto d'autore*, Torino, 2013, 81 ss.

46 Cfr. sentenza della CGUE, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) c. Netlog NV* (2012). Al riguardo v., tra gli altri, A. Montanari, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli internet service provider e la tutela del diritto d'autore online*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 1082 ss.

47 Cfr. i nuovi artt. 9, cc. 3 e 4, e 28-*ter*, c. 2 e 4, della Direttiva SMAV.

48 Cfr. il nuovo art. 4-*bis* della Direttiva SMAV.

49 Art. 28-*ter*, c. 9, della Direttiva SMAV.

perplessità sotto due profili.

In primo luogo, il bilanciamento tra la libertà d'impresa e di informazione, da una parte, e gli interessi dei minori, dall'altra parte, dovrebbe essere affidato in linea di principio al legislatore rappresentativo. Si tratta infatti di un settore nel quale rilevano diritti fondamentali ed opera quindi la riserva di legge[50]. La riserva di legge, com'è noto, può essere soddisfatta anche attraverso l'adozione di atti aventi forza di legge (segnatamente, decreti-legge e decreti legislativi)[51] ovvero atti normativi dell'Unione europea[52], non invece mediante atti di normazione secondaria. In questa prospettiva l'autoregolamentazione e la co-regolamentazione, pur rappresentando strumento idonei a garantire la flessibilità indispensabile per il conseguimento degli obiettivi della direttiva 2010/13/UE, dovrà mantenersi nell'ambito dei principi che il legislatore nazionale è comunque chiamato a definire.

In secondo luogo, il ricorso a strumenti di autoregolamentazione e di co-regolamentazione, oltre a rendere possibile l'adozione di discipline differenziate negli Stati membri, può comportare problemi applicativi. I meccanismi di *soft law*, infatti, sono in linea di principio privi di effetti nei confronti dei soggetti comunque interessati ma formalmente non coinvolti nella redazione del codice di co-regolazione e di autoregolazione.

In ogni caso, una così ampia delega all'autoregolazione e alla co-regolazione rende la nuova disciplina in materia di tutela dei minori assai fluida. Occorrerà quindi aspettare qualche tempo prima di poter dare un giudizio sul funzionamento della direttiva in esame.

---

[50] Per la riserva di legge, come per i diritti di libertà ai quali esso di volta in volta accede, non può più ragionarsi in termini di unicità, dato che non esiste un'unica riserva di legge, né un criterio generale che disponga identica riserva per tutte le libertà. Così F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, 33, che esclude il carattere generale dell'istituto, il quale «si ricollega alle numerose disposizioni costituzionali che lo prevedono». In senso contrario v. G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 54 ss., che invece si riferisce al "principio" di riserva di legge. Occorre quindi differenziare le molteplici riserve di legge previste dalla Costituzione, distinguendole non solo per struttura, cioè in relazione al carattere assoluto (o totale) ovvero relativo (o parziale) di esse, ma anche in relazione alle specifiche finalità di tutela che di volta in volta ne giustificano la previsione. In ragione di tali finalità, la disciplina costituzionale prefigura parzialmente il contenuto della legge chiamata a soddisfare la riserva (che si dirà rinforzata, come nel caso, ad es., dell'art. 21, c. 3, Cost.); in altri casi è specificato il necessario carattere "generale" del disporre della legge rispetto ad altri e più specifici modi di intervento normativo (v., ad es., artt. 16, 21, c. 5, e 33, c. 2 Cost.). Si hanno poi ipotesi in cui la Costituzione impone che la limitazione possa essere introdotta soltanto da "leggi speciali" (v., ad es., art. 14, c. 3, Cost.) oppure da leggi che introducono prescrizioni appartenenti a un certo "tipo" normativo (v., ad es., art. 18, c. 1, Cost.). Peraltro, nel caso della disciplina costituzionale dei diritti di libertà, la riserva di legge non può compiutamente interpretarsi come istituto di garanzia se non facendo riferimento alla complessiva *ratio* che il riconoscimento costituzionale di essi sottintende. Cfr. D. Morana, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 23.

[51] La giurisprudenza costituzionale sulla riserva di legge è vastissima, data l'ampiezza delle materie nelle quali è disposta in Costituzione una riserva di legge. Pertanto, si richiamano qui soltanto alcune delle decisioni riguardanti l'istituto in generale, tralasciando una più completa documentazione in merito alle singole riserve di cui agli artt. 13, 23, 25, 41, 42, 44, 97, 108 e 119 Cost. In particolare, per l'affermazione generale che un diritto soggettivo può essere limitato solo per legge v. C. Cost., 14 febbraio 1962, n. 4. Per la distinzione tra riserva "assoluta" e "relativa" v. C. Cost., 27 maggio 1961, n. 26; C. Cost., 26 gennaio 1957, n. 4, nonché C. Cost., 26 gennaio 1957, n. 30. Sull'ammissibilità degli atti governativi con forza di legge in materia riservata v. C. Cost., 22 dicembre 1965, n. 86; C. Cost., 8 luglio 1969, n. 126; C. Cost., 4 marzo 1971, n. 39; C. Cost., 19 giugno 1974, n. 184; C. Cost., 23 luglio 1974, n. 243. Su leggi regionali in materie riservate v., tra le altre, C. Cost., 17 febbraio 1987, n. 45; C. Cost., 15 aprile 1987, n. 127; C. Cost., 15 aprile 1987, n. 130 e C. Cost., 28 maggio 1987, n. 204.

[52] Cfr. C. Cost., 14 dicembre 2017, n. 269, § 5.1 del considerato in diritto.

La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*

Elettra Stradella

Abstract

Il contributo mira a ripercorrere il dibattito giuridico sullo stato dell'arte e le prospettive di regolazione delle tecnologie robotiche e dell'Intelligenza Artificiale, cercando di porre l'accento in particolare sull'opportunità dell'istituzione di un organismo indipendente con funzioni di monitoraggio, valutazione delle regole esistenti, elaborazione di proposte regolative, nonché funzioni paragiurisdizionali e di *adjudication*. Si pone in conclusione il problema della difficile sperimentazione delle tecnologie robotiche in ambienti reali, ciò che rende evidentemente problematico il passaggio di determinate tecnologie dal laboratorio alla realtà, dalla progettazione e realizzazione prototipale al concreto utilizzo, con tutte le conseguenze in termini di accettazione delle tecnologie, nonché di sperimentazione delle regole, speciali e derogatorie rispetto a quelle ordinarie, nel loro effettivo funzionamento. I cenni all'esperienza giapponese consentono di ipotizzare, in conclusione, sperimentazioni normative sulla materia Robotica e IA in ambiente europeo, soprattutto in presenza di un'autorità che agisca a livello europeo elaborando linee guida regolative, monitorando gli esiti delle sperimentazioni, e individuando le *best practices*.

The paper aims at investigating the present debate on the state of the art and the regulatory perspectives for Robotics and Artificial Intelligence, with particular attention to the opportunity to establish an independent body with monitoring functions, evaluation of existing rules, elaboration of regulatory proposals, as well as quasi-jurisdictional and adjudication functions. The challenges faced in the experimentation of robotic systems in operational environments tackle the passage of certain technologies from laboratory to reality, from design and prototype development to its concrete deployment, with all the consequences in terms of acceptance of the technologies themselves. Another problem concerns the experimentation of special and derogatory pilot rules in their effective functioning. Some references to the Japanese experience are given in the present essay, to present a case that leads to hypothesize, in conclusion, normative experiments on Robotics and AI in the European environment, especially under the coordinating role of an authority acting at the European level, developing regulatory guidelines, monitoring the results of the experiments, and identifying the best practices.

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

Sommario

1. Introduzione. - 2. Una *road-map* per la regolazione della Robotica e dell'IA: alcuni punti di partenza. - 3. La regolazione in materia di Robotica e IA in Italia: prime strategie. - 4. Dal Giappone un'esperienza esportabile: le "*Tokku special zones*" come strumento di analisi di impatto della regolamentazione.

Keywords

Robotica, Intelligenza Artificiale, Regolazione, Agenzia, Diritti fondamentali

1. Introduzione

La Robotica e l'Intelligenza artificiale (IA) rappresentano forse una delle innovazioni più radicali del XXI secolo, in grado di alterare in due direzioni i sistemi e gli equilibri economici e le strutture sociali esistenti. Per un verso, i Paesi che riusciranno ad investire di più in applicazioni robotiche, sviluppando l'industria nel settore, tenderanno a distanziare, soprattutto sul medio e lungo periodo, quelli che si muoveranno più tardi e comunque tutti i soggetti, pubblici e privati, che non faranno uso di sistemi aventi queste caratteristiche. Dall'altro, la penetrazione sociale dell'IA modificherà profondamente gli assetti e le relazioni intersoggettive e intergenerazionali, incidendo, tra l'altro, sul mercato del lavoro e sulla distribuzione del reddito[1].

Il ruolo svolto dalle tecnologie innovative è cresciuto progressivamente negli ultimi decenni, fino a diventare parte integrante delle esistenze di tutti; si utilizza per ora l'espressione "tecnologie innovative" nella consapevolezza che un tentativo di fare ordine tra le formule variamente utilizzate da chi, dal campo delle scienze sociali, guarda allo sviluppo tecnologico, sarebbe arduo in quanto risulta pressoché impossibile una comprensione approfondita delle differenze che intercorrono tra dispositivi.

Così integrante da arrivare, in alcuni casi, ad essere parte degli stessi corpi, è il caso dei cyborg, i "robot umani", dove la commistione tra essere umano e dispositivo, già presente nella storia attraverso l'utilizzo di oggetti ormai considerati comuni quali gli occhiali o gli apparecchi odontoiatrici, diviene tale da produrre esseri umani caratterizzati da alcuni processi fisiologici che risultano almeno parzialmente controllati da dispositivi meccanici o elettronici collocati all'interno del loro corpo.

Soggetti dunque, indiscutibilmente soggetti anche dal punto di vista sociale, etico, e giuridico, che interrogano il diritto proprio a partire dal tema della soggettività, poiché a differenza dei robot, anche quando dotati di intelligenza artificiale, la cui soggettività giuridica resta ipotesi difficilmente considerabile, rappresentano un fenomeno reale e concreto nel quale sono presenti tutte le caratteristiche che il "diritto tradizionale" richiede per attribuire capacità, ed insieme processi di alterazione sensoriale, cognitiva, o puramente meccanica, e comunque di "artificializzazione", che rendono il risultato

[1] Si veda il Report di J. Manyka – M. Chui – J. Bughin – R. Dobbs – P. Bisson – A. Marrs, *Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy*, McKinsey Global Institute, maggio 2013, in www.mckinsey.com.

dell'agire di tali soggetti un ibrido[2].

Nell'ambito cyborg, ma più in generale delle tecnologie avanzate (o "di frontiera"[3]), non manca chi pone il quesito circa la bontà o meno della tecnologia. Ma se è vero che di tecnologia buona o cattiva non sembra corretto parlare, non è neppure corretto

[2] Per meglio contestualizzare ciò a cui ci si riferisce, si può pensare ad alcuni esempi che sembrano particolarmente significativi (sui quali si consenta di richiamare K. Warwick – H. Shah – A. Vedder – P. Salvini – E. Stradella, *How Good Robots will Enhance Human Life*, in *Treatise on Good Robots. Series in 'Praxiology: The International Annual of Practical Philosophy and Methodology*, vol. 21, 2013, London). Si pensi al caso delle neuro-protesi, e ai problemi che sollevano in termini di definizione delle responsabilità (per danni provocati ad altri e al proprio corpo, cfr. A. Santosuosso – C. Boscarato – F. Caroleo, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, vol. 7/8, II, 2012, 494). Si veda anche J. Clausen, *Moving Minds: Ethical Aspects of Neural Motor Prosthesis*, in *Biotechnology Journal,* 3, 2008, 1493 ss.

Non mancano, da anni, casi concreti, come quello di Christian Kandlbauer, l'austriaco che per primo in Europa ha indossato un innovativo braccio artificiale, frutto di tecnologie avanzate, e che è deceduto in un incidente automobilistico. Sebbene nell'incidente fosse impossibile comprendere se l'evento era stato causato da problemi connessi alle protesi (ed in particolare al braccio bionico), in ogni caso il nesso causale tra un cattivo funzionamento (non meramente meccanico) del braccio e il danno occorso richiedeva, a partire da quel momento, un ripensamento delle categorie tradizionali della responsabilità civile, messe alla prova dalla necessità di tenere conto del grado di autonomia nell'interazione tra tecnologia e comportamento umano. Un altro ambito in cui le peculiarità, anche in termini regolativi, dei *cyborg*, si manifesta, è quello degli innesti tecnologici all'interno del corpo umano realizzati per ragioni filosofiche o artistiche, al fine di dimostrare i limiti intrinsechi della corporeità e le potenzialità che solo la tecnologia possiede nel superarli e rimuoverli. In questo ambito l'eventuale regolazione, e i limiti alla stessa, attengono la capacità della tecnologia di diventare effettivamente strumento espressivo, all'interno dunque dei limiti che sono previsti dagli ordinamenti per la libertà di disporre del proprio corpo che d'altra parte si collegano al concetto, cruciale ed in continuo mutamento, di dignità umana.

Si pensi al caso di Stelarc, il noto performer che integrando al suo corpo componenti elettroniche o robotiche mira a dimostrare che la vera essenza della natura umana sta nella possibilità di essere sviluppata, potenziata, estesa proprio attraverso la tecnologia (cfr. J. Goodall, *The Will To Evolve" Stelarc*: *The Monograph*, Marquard Smith, Boston, 2005; Human Rights Watch, *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*. 2012, HRW & IHRC Report). Un approccio secondo il quale la tecnologia contribuirebbe a costruire la natura umana, e gli innesti tecnologici non sarebbero finalizzati a rendere visibile l'intrinseca natura "tecnica" dell'essere umano (ben sottolineata, in molti lavori, da J. M. Galvan, cfr. J. M. Galvan – R. Luppicini, *The Humanity of the Human Body: Is Homo Cybersapiens a New Species?* in *International Journal on Technoethics,* 3(2), 2012), ma a dimostrare quanto lo sviluppo tecnologico, o meglio, gli sviluppi delle tecnologie, modificano la nostra concezione di ciò che è umano e di che cosa sia il corpo umano (cfr. B. Massumi, *Parables for the Virtual: Movement, Affect, Sensation*, Durham, 2002). Un altro esempio è quello di Neil Harbisson. In questo caso tutti i profili individuati trovano una particolare concretizzazione e mostrano la criticità dell'integrazione persona-macchina; infatti Harbisson, nel 2004, a seguito di una richiesta di rinnovo del passaporto, vede il rifiuto da parte dell'amministrazione competente in quanto non sarebbe stato consentito apparire nel documento di identità con un dispositivo elettronico collocato sulla testa. Harbisson era nato con acromatopsia, una totale incapacità di percepire i colori, e soltanto un impianto integrato nel suo corpo gli permetteva di riconoscere i colori attraverso un meccanismo di memorizzazione delle frequenze collegate a ciascun colore. L'obiezione di Harbisson alla decisione amministrativa si è fondata sulla rivendicazione di una sua vera e propria trasformazione identitaria, da essere umano e cyborg, tale da rendere l'"*eyeborg*" parte integrante del suo corpo, e come tale è stata accettata dall'autorità amministrativa britannica (cfr. A. Miah - E. Rich, *The medicalization of cyberspace*, New York, 2008). Sullo *human enhancement* come prospettiva filosofica, ed insieme giuridica, ormai irrinunciabile, B. J. Koops, *Concerning 'Humans' and 'Human' Rights. Human Enhancement from the Perspective of Fundamental Rights*, in B. J. Koops – C.H. Lüthy – A. Nelis – C. Sieburgh – J.P.M. Jansen – M.S. Schmid (a cura di), *Engineering the Human. Human Enhancement between Fiction and Fascination*, 2013, Berlin, 165 ss.

[3] È l'espressione di *breackthrough technologies* utilizzata di recente, e per il vero poco utilizzata in generale, dal nuovo Centro Interdipartimentale dell'Università di Pisa in Diritto e tecnologie di frontiera, istituito nel 2018.

postulare la neutralità delle tecnologie[4], poiché è ormai evidente da tempo che il loro sviluppo e la loro estensione, per così dire, orizzontale e verticale (nei più disparati ambiti della società, dell'economia, del sapere, ma anche, verticalmente, nella profondità dell'essere umano in quanto tale, della sua natura e delle modalità con le quali si relaziona con ciò che è al di fuori di lui), rendono necessaria la previsione di regole, di natura sociale, morale, ma anche giuridica[5]. Già dagli anni Settanta vivace è il dibattito sulla c.d. tecnoetica, quale scienza che fonda in particolare il suo sviluppo sugli interrogativi sollevati dalle trasformazioni della nozione di capacità (normativa, in senso filosofico) derivanti dall'evoluzione tecnologica e soprattutto dall'avvento della robotica e dell'intelligenza artificiale quali sfide concrete alle tradizionali nozioni di autonomia, di capacità, di volontà, di libertà. Dal punto di vista della tecnoetica[6], la cui cifra distintiva sembra essere il problema/obiettivo dell'utilizzo responsabile della tecnologia, la robotica e l'IA sollevano questioni dirompenti, che attengono non soltanto il significato della tutela dei diritti fondamentali in contesti ordinamentali ormai pervasi dalla presenza delle tecnologie basate sull'IA, ma anche in che modo la robotica agisce sull'interpretazione stessa dei diritti fondamentali, sulla loro concettualizzazione.

D'altra parte la tecnoetica, che sembra talvolta porsi come disciplina autonoma e per questa ragione, probabilmente, intrinsecamente transdisciplinare e generale, rappresenta soprattutto una chiave di lettura della complessità che governa le relazioni tra evoluzione tecnologica nel senso dell'IA, dato sociale e paradigmi etici, piuttosto che uno strumento idoneo a fornire indicazioni sulle strategie per la regolazione, oggetto specifico di questa breve riflessione.

Gli strumenti dei quali si va alla ricerca sono quindi di "rango" diverso, e riguardano la scelta circa le forme, le modalità, gli orizzonti temporali della regolazione.

Da questo punto di vista, a differenza della prospettiva della tecnoetica che per sua natura si muove su un orizzonte transnazionale non aprioristicamente definito, quella del "diritto della robotica e dell'IA" sembra ancorarsi, sebbene non definitivamente ed esclusivamente, alla dimensione europea, basti pensare alla duplice finalità europea di rafforzare un mercato interno in grado di favorire l'innovazione e il trasferimento tecnologico, e di consolidare un'area europea improntata alla libertà, alla sicurezza, alla giustizia, attraverso il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali.

---

[4] Cfr. M. Kranzberg, *Technology and History: "Kranzberg's Laws"*, in *Technology and Culture,* 27(3), 1986, 544 ss.

[5] Sui controlli morali e sociali della tecnologica, cfr. M. Bunge, *Towards a technoethics*, in *Monist,* 60(1), 1977, 96 ss.

[6] Numerosi sono gli studi che si potrebbero qui richiamare, si basti segnalare Id., *The Five Buds of Technophilosophy*, in *Technology in Society,* 1, 1979, 67−74; B. J. Koops – M. Hildebrandt – D. O. Jaquet-Chiffelle, *Bridging the accountability gap: rights for new entities in the information society?*, in *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 11(2), 2010, 497 ss., R. Luppicini, *The emerging field of technoethics*, in R. Luppicini - R. Adell (a cura di), *Handbook of research on technoethics,* Hersey, 2009.

2. Una *road-map* per la regolazione della Robotica e dell'IA: alcuni punti di partenza

E' innegabile che una delle ragioni per le quali quando si ragiona di regolazione della Robotica e dell'IA ci si pone subito nella prospettiva di una regolazione *ad hoc*, e si tende (ormai) ad escludere le due possibili "opzioni zero", sia quella di assimilare questo ambito ad altri settori tecnologici già oggetto di disciplina, sia quella di applicare norme generali *ratione materiae* (ad esempio nel campo della responsabilità civile) allo specifico settore della Robotica[7], è la rapidità dell'innovazione che investe il settore.
Una rapidità che richiede la formulazione di soluzioni *ad hoc* progettate induttivamente a partire dalle caratteristiche delle specifiche applicazioni considerate e delle relative questioni che sollevano in termini giuridici, in grado di soddisfare al contempo l'imperativo dell'efficacia e di garantire elevati standard di sicurezza, qualità dei prodotti e armonia con i valori ed i diritti dei quali è intessuto il patrimonio costituzionale europeo[8].
Una rapidità che non soltanto rende le fonti esistenti incapaci di fornire risposte adeguate alle specificità di determinate tecnologie, considerato che nello stesso campo della Robotica e dell'IA un approccio omogeneo e unitario rischia di essere fallace, e preferibile invece una classificazione che individui esperienze e categorie di applicazione attraverso le quali discernere tassonomicamente tra tipi di tecnologie diversi tra loro[9], ma che mette in discussione le stesse procedure democratiche e le fonti del diritto tradizionali, per loro natura dotate di un certo grado di staticità e non abbastanza flessibili.
Stabilità e astrattezza sono elementi tipici dei metodi classici di regolazione, basti pensare alla struttura generale propria dei codici, che individuano soluzioni muovendo dai principi con approssimazioni progressive.
L'interrogativo pressante attiene oggi le possibili alternative.
Le nuove forme regolative, rappresentate da soggetti e organizzazioni di natura prevalentemente reticolare e spesso, ma non sempre, a basso livello di formalizzazione, sfidano le fondamenta stesse della regolazione gerarchica, piramidale, e stato-centrica che, nel tempo, ha funzionato anche come strumento di garanzia della certezza del diritto. Non a caso molti hanno utilizzato proprio le figure della piramide e della rete

[7] Ci si riferisce in particolare alla nota questione relativa all'applicazione della direttiva 85/374 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi ai "prodotti robotici", su cui fondamentali sono gli studi di A. Bertolini, *Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, in *Law Innovation and Technology*, 5(2), 2013, 214-24, e si veda anche Id., *Robots and Liability: Justifying a Change in Perspective*, *EUCog Conference, Workshop on Social and Ethical Aspects of Cognitive Systems*, 23rd-24th October 2013, Brighton (U.K.). Sul punto Bertolini indica la strada verso il superamento del diritto europeo vigente, inadeguato a rispondere alle peculiari esigenze di risoluzione delle controversie derivanti dall'utilizzo di dispositivi dotati di intelligenza artificiale, e traccia le linee del passaggio dal paradigma della responsabilità allo strumento *risk management* nella gestione dei danni causati dai robot.

[8] Cfr. E. Palmerini – A. Bertolini – F. Battaglia – B. J. Koops – A. Carnevale – P. Salvini, *Robolaw: Towards a European Framework for robotics regulation*, in *Robotics and Autonomous Systems*, 86, 2016, 78 ss.

[9] È la proposta che opportunamente emerge da *Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics, guidelines* sviluppate nell'ambito del Collaborative project (CP), FP7-SiS-Challenge 1-3: *Regulating emerging scientific and technological developments*, coordinato dalla Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa a partire dal 2012, www.robolaw.eu.

per descrivere la trasformazione che ha riguardato, insieme, il sistema delle fonti del diritto, l'organizzazione dei pubblici poteri e dei rapporti con la società nel senso di una tendenziale relazionalità comunicativa e finanche paritarietà, e, in fondo, la dimensione stessa della sovranità[10].

Questo passaggio è ben illustrato anche dalla relazione tra governo (*government*) e *governance*. Se è vero che nei sistemi di governo la legge è rigida mentre nei sistemi di *governance* la legge è *soft*[11], nel senso che nei contesti caratterizzati più da dinamiche relazionali orizzontali che da rapporti gerarchici, e dunque più da forme partecipative e di legittimazione procedurale e per *output*[12] che dalle regole della rappresentanza politica democratica, è altrettanto vero che nei campi in cui prevale la *governance* si realizzano modelli *soft* di regolazione.

Il campo della Robotica e dell'IA è evidentemente un ambito nel quale, per le ragioni che si accennavano, la flessibilità del *soft law* sembra adattarsi perfettamente alle esigenze derivanti dalla natura dinamica dei processi di avanzamento della frontiera tecnologica: in quanto modalità potenzialmente transitoria di creazione di regole, a metà strada tra la generica indicazione di linee politiche e la legislazione, può rappresentare l'approccio migliore per affrontare problemi complessi e diversi caratterizzati da incertezza[13].

Nella regolazione di Robotica e IA vengono peraltro in gioco tutte e tre le funzioni attribuibili al *soft law*[14]: quella "integrativa", svolta ad esempio dai codici di condotta o dai codici etici, ove le norme *soft* integrano un quadro regolativo già esistente orientando condotte umane specie in ambiti specifici di azione e comunità; quella "comparativa", ove regole emanate da attori privati con funzioni pubbliche hanno il duplice effetto giuridico di imporre obblighi ai diretti destinatari e ai terzi e di valutare come si orienta la condotta dei destinatari. È il caso della *corporate governance*, ove il *soft law* promuove la circolazione di regole e modelli, determinando una sorta di comparazione tra gli attori che seguono queste regole e quelli che non lo fanno: tale confronto favorisce

---

[10] Si veda ancora il bel libro di E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa, 2010.

[11] Cfr. U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, 2004.

[12] La questione della legittimazione derivante dai risultati piuttosto che dalla sua genesi sorge a livello europeo con riferimento alla legittimazione delle istituzioni dell'Unione europea, il cui c.d. deficit democratico, com'è noto, ha sempre rappresentato il principale elemento di debolezza e motivo di limitata accettazione, si veda su questo in particolare F. Scharpf, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford, 1999, che conia il termine di *output legitimacy*, e poi J.H.H. Weiler, *In the Face of the Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration*, in *Journal of European Integration,* 34(7), 2012, 825 ss. L'approccio peraltro è ormai fatto proprio dalla Corte di giustizia che, in alcuni casi importanti (C-270/12, *ESMA (European Securities and Markets Authority* (2014) e C-362/14, *Gauweiler (*o *OMT*) (2015)), ha superato la sua consolidata giurisprudenza (la c.d. dottrina Meroni) in base alla quale non era ritenuta compatibile con il diritto europeo una delega di poteri che consentisse un'azione fortemente discrezionale da parte del delegato, sottolineando il valore da attribuire alla natura tecnica, all'*expertise* degli organismi specializzati, e, conseguentemente, alle regole da essi prodotte in grado, per la loro stessa natura, di derogare alle regole ordinarie, cfr. M. P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell'Unione europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, 9 maggio 2017.

[13] Cfr. S. Grundmann – F. Möslein – K. Riesenhuber (a cura di), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015.

[14] Cfr. S. Rodotà, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*. In G. Comandé - G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 397 ss.

naturalmente chi opera secondo le regole, benché esse non siano *binding*. In altri casi il *soft law* svolge una "funzione alternativa", in quanto arriva a sostituire altri tipi di norme diventando la fonte esclusiva rispetto ad una determinata materia, o, meglio, ad un determinato profilo di regolazione.

La fusione tra le diverse funzioni del *soft law* sta determinando un graduale quanto progressivo passaggio del potere regolativo dal livello nazionale a quello transnazionale, e dal livello pubblico a quello privato[15]: tali tendenze riguardano settori numerosi e diversi, per lo più caratterizzati da una certa complessità tecnica e dall'incrocio che in essi si realizza tra mercato, economia, ed esercizio dei diritti fondamentali.

Proprio alla confluenza tra funzione comparativa e funzione alternativa si pone la *lex mercatoria*, composta da norme spontanee, talora specifiche (come i contratti internazionali standard o i modelli contrattuali delle società), talora nella forma dei principi (basti pensare al rimedio dell'equità, tanto risalente nel tempo quanto presente e diffuso nella regolazione dei rapporti intersoggettivi privati nella dimensione transnazionale)[16]. Si tratta di norme che per certi aspetti si pongono in collegamento con i sistemi giuridici statali (o sovranazionali), basti pensare al sistema di arbitrato per la risoluzione di controversie riconosciute dalla giurisprudenza statale; per altri aspetti si generano da regolamenti che sono il prodotto diretto delle società multinazionali, vale a dire di soggetti privati che hanno interessi direttamente incidenti sugli oggetti della regolazione.

In questo si rintraccia il collegamento tra *soft law* e *self regulation,* ma anche le differenze che intercorrono tra l'uno e l'altro strumento, distinguibili per la relazione che li lega alla legge "*hard*". Infatti, la *self regulation* è metodologicamente connotata, in quanto i processi partecipativi che la caratterizzano, e che rispondono, in termini di legittimazione e conseguente accettabilità, all'anomalia soggettiva dell'identità tra attori regolanti e attori regolati, conducono all'adozione di norme autoprodotte. Il *soft law* definisce invece le categorie di atti caratterizzati da un certo effetto giuridico: non hanno efficacia vincolante, non sono direttamente applicabili dalle corti, e possono realizzare solo alcuni tipi di effetti[17].

Ad oggi, gli intrecci tra fonti tradizionali strutturate secondo lo schema *command-and-control*, il *soft law* e l'autoregolazione sono segnati da processi di cooperazione che emergono soprattutto in alcuni settori sensibili, come la tutela dell'ambiente, la sicurezza, la disciplina della Rete, ma anche, in parte, le *public utilities*[18]. Dunque i problemi che si

---

[15] Cfr. F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in E. Palmerini - E. Stradella (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013. Sulle sempre maggiori commistioni tra regolazione pubblica e privata, soprattutto per quanto concerne le caratteristiche proprie delle regole prodotte, cfr. G. A. Benacchio – M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016.

[16] Cfr. E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

[17] Cfr. M.G. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e Spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, spec. 99.

[18] Cfr. F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, in E. Palmerini - E. Stradella (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, cit. Sul problema della regolazione della tecnologia attraverso l'autoregolazione che promana dalle caratteristiche della tecnologia stessa, con i conseguenti problemi di democraticità del sistema, cfr., tra gli altri, B. J. Koops, *Criteria for Normative Technology: The Acceptability of 'Code as law' in Light of Democratic and Constitutional*

presentano in questi ambiti non sono distanti dalle questioni cruciali che emergono per un settore a rilevanza pubblicistica e nel quale emerge con particolare intensità l'urgenza di protezione dei diritti fondamentali come quello della Robotica e dell'IA: problemi che richiedono l'individuazione di criteri che informino la dimensione pubblica del settore, tentando di inserirli all'interno del *soft law* e della *self-regulation*[19].

Per tali ragioni, come si dirà in seguito, si condivide la posizione di chi anche recentemente[20] ha sostenuto l'esigenza di una regolazione di Robotica e IA in cui la *self-regulation* svolga una funzione integrativa, o complementare, senza assorbire però completamente i contenuti regolativi, poiché diversamente s'incorrerebbe nel rischio che i pubblici poteri abdichino del tutto al compito essenziale di operare bilanciamenti tra valori, interessi, posizioni soggettive diverse, e, di conseguenza, si sottraggano decisioni di evidente rilevanza pubblicistica al circuito democratico e alla deliberazione politica.

Il rischio non è così remoto, peraltro. Com'è noto meccanismi come quelli della standardizzazione, che si pongono in stretto contatto con il fenomeno del *soft law* e con quello della *self-regulation*, stanno penetrando numerosi settori di rilievo pubblico e, a partire dallo stimolo proveniente dalle istituzioni europee, l'idea che sembra guidare il processo è che l'utilizzo di standard elaborati da soggetti privati, su base essenzialmente tecnocratica, favorisca l'innovazione tecnologica e scambi commerciali più liberi e proficui. La Commissione europea indica dunque la via, ma rimangono numerose questioni sulle quali il dibattito resta aperto, inerenti da un lato l'ampiezza dei poteri che agli enti privati che si occupano della standardizzazione possono essere attribuiti senza che questo contrasti con l'esigenza di porre limiti inevitabilmente connessa alla natura privata, volontaria, non immediatamente, o intrinsecamente vincolante di tali strumenti, dall'altro problemi, di tipo privatistico, connessi al rapporto tra standard e proprietà, poiché nel caso in cui diritti di proprietà intellettuale che dipendano da standard limitino in maniera illegittima l'accesso a regole di fonte politica che fanno riferimento a quegli stessi standard, non sembra essere chiarissimo chi possa essere considerato responsabile per i loro contenuti[21].

La via della standardizzazione, d'altra parte, non sembra indicata in modo esclusivo dalle istituzioni europee per quanto riguarda l'ambito della Robotica e dell'IA.

Proprio nel senso di un superamento delle tecniche di regolazione proprie dei sistemi tradizionali (di *civil law*) si è mossa l'Unione europea dal momento in cui, soprattutto a partire dall'emanazione delle linee guida emerse dagli studi condotti, in Italia in

Values, in R. Brownsword - K. Yeung (a cura di), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford, 2008.

[19] Sul punto, cfr. M. U. Scherer, *Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 29(2), 2016, 353 ss.

[20] Si fa riferimento alla relazione svolta da E. Palmerini in occasione del convegno *Europe Regulates Robotics*, svoltosi a Pisa nei giorni 27-28 settembre 2018, presso la Scuola Superiore Sant'Anna, organizzato dall'Istituto Dirpolis della Scuola insieme al Centro interdipartimentale "Diritto e tecnologie di frontiera" dell'Università di Pisa, sul tema "*EU approaches to the regulation of Robotics and AI*".

[21] Cfr. R. van Gestel - H.-W. Micklitz, *European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies*, *Common Market Law Review, 50(1)*, 1, 2013, 145 ss.

particolare, sul diritto della robotica[22], e presentate alla Commissione giuridica del Parlamento europeo, ha iniziato a esplorare alcune possibili strategie. Alcuni punti di partenza importanti sono rintracciabili nelle *Raccomandazioni concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (CLRR) da parte del Parlamento in seduta plenaria il 17 febbraio 2017, sulle quali si tornerà a breve[23].

I lavori del Parlamento europeo sul tema sono iniziati, attraverso l'istituzione di un gruppo di lavoro, già nel 2015, quando per la prima volta è stata proposta l'istituzione di un'agenzia europea per la robotica. Occorre inoltre ricordare che all'interno di Horizon2020 è stato a suo tempo avviato un programma di ricerca e sviluppo, SPARC, che si propone di attivare partenariati tra soggetti pubblici e soggetti privati per lo sviluppo di una comune strategia per la robotica in Europa.

Iniziative per così dire strategiche e iniziative regolative sembrano procedere di pari passo. Non ultimo, in ordine di importanza, l'intervento del GDPR che, com'è noto, è stato adottato nel 2016 al fine di omogeneizzare le legislazioni statali in materia di protezione dei dati personali, ed è entrato in vigore nello scorso mese di maggio[24].

Non è il caso di soffermarsi sull'impatto del regolamento sulla disciplina delle applicazioni della Robotica e dell'IA, basti ricordare che uno degli scopi precipui di tale intervento è rintracciabile proprio nella fissazione di limiti ai sistemi di IA che utilizzano dati privati e sulla base di tali dati assumono decisioni in grado di incidere in maniera significativa sulla persona, sulle sue relazioni sociali, politiche, economiche. L'elemento determinante sembra essere quello dell'*iter* che conduce all'adozione della decisione "digitale" o "automatizzata": la possibilità di riconoscere il percorso che ha condotto dalla raccolta dei dati alla decisione che attiene l'individuo, attraverso processi algoritmici che sono generalmente basati su enormi quantità di dati e su metodi di apprendimento automatico, è essenziale per verificare non soltanto che i dati siano adeguatamente *unbiased*, ma anche che le conclusioni raggiunte dal sistema derivino da quei dati in modo razionale e giustificabile[25].

Tornando alle Raccomandazioni di cui si diceva, esse si occupano specificamente dell'opportunità di creare un'agenzia o un organismo indipendente per regolare Robotica e IA, coinvolgendo esperti di diversi settori, incluso quello ingegneristico, della filosofia morale e varie branche del diritto. Un tale organismo dovrebbe poter (i) controllare l'avanzamento tecnologico, (ii) identificare tempestivamente i principali nodi etico-giuridici (c.d. questioni ELSE, *ethical, legal and social issues*) più importanti, (iii) valutare la capacità del sistema giuridico esistente di governare questi problemi e di assicurare incentivi, (iv) se necessario, elaborare e proporre riforme per adeguare il sistema, (v) dirimere le controversie, anche complesse, che coinvolgono gli strumenti di Robotica e IA, esercitando eventualmente anche funzioni paragiurisdizionali di

[22] *Ibidem*.

[23] Si veda su queste, e sul loro inserimento nell'attuale quadro giuridico M. Bassini – L. Liguori – O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e* accountability. *Verso nuovi paradigmi?*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, spec. 341 ss.

[24] Senza potersi qui far riferimento alla copiosa letteratura sul nuovo regolamento relativo alla protezione dei dati, è opportuno rinviare al recente volume a cura di F. Pizzetti, *ibidem.*

[25] Cfr. F. Rossi, *Intelligenza Artificiale benefica e sicura: iniziative accademiche, governative e industriali*, in *Sistemi intelligenti*, 3, 2017.

adjudication.

Il testo della risoluzione è rilevante sotto diversi profili: intanto perché, invitando la Commissione a proporre definizioni europee comuni, individua direttamente alcune caratteristiche che un sistema autonomo/robot intelligente possiede: da «l'ottenimento di autonomia grazie a sensori e/o mediante lo scambio di dati con il suo ambiente (interconnettività) e lo scambio e l'analisi di tali dati», al «l'autoapprendimento dall'esperienza e attraverso l'interazione», individuato però come criterio facoltativo, fino al «l'adattamento del proprio comportamento e delle proprie azioni all'ambiente»; inoltre perché prende le mosse dalla considerazione che «l'attuale quadro giuridico dell'Unione debba essere aggiornato e integrato, se del caso, da principi etici di orientamento che riflettano la complessità della robotica e delle sue numerose implicazioni sociali, mediche, bioetiche», e che «un quadro etico di orientamento chiaro, rigoroso ed efficiente per lo sviluppo, la progettazione, la produzione, l'uso e la modifica dei robot sia necessario per integrare le raccomandazioni legali della relazione e l'*acquis* nazionale e dell'Unione esistente».

A parte la frequente commistione, all'interno di questo documento come per la verità di molte altre fonti di *soft law*, tra considerazione delle questioni di natura giuridica concernenti Robotica e IA e questioni più propriamente etiche, o etico-sociali, commistione peraltro "dichiarata" nel concetto stesso di ELSE, sempre presente nell'approccio europeo alla regolazione delle tecnologie robotiche, l'elemento più significativo e innovativo sembra quello, sopra richiamato, relativo all'istituzione di un'agenzia europea in materia.

Dopo il punto 15 delle Raccomandazioni, infatti, il quale sottolinea la necessità di una cooperazione rafforzata «tra gli Stati membri e la Commissione per garantire nell'Unione norme transfrontaliere coerenti che promuovano la collaborazione tra le industrie europee e consentano la diffusione nell'intera Unione di robot che soddisfino i livelli richiesti di sicurezza nonché i principi etici sanciti dal diritto dell'Unione"[26], il punto n. 16 si sofferma sulla possibilità, che la Commissione è chiamata ad esaminare, di istituire «un'agenzia europea per la robotica e l'intelligenza artificiale incaricata di fornire le competenze tecniche, etiche e normative necessarie a sostenere l'impegno degli attori pubblici pertinenti, a livello sia di Unione che di Stati membri, per garantire una risposta tempestiva, etica e ben informata alle nuove opportunità e sfide, in particolare quelle di carattere transfrontaliero, derivanti dallo sviluppo tecnologico della robotica". L'idea è che tale agenzia possa affrontare con maggiore flessibilità e adeguatezza i continui sviluppi della robotica e l'impatto che essi sono in grado di produrre su molteplici aspetti, tutti particolarmente centrali rispetto al "*core*" europeo: dalla tutela dei consumatori, alle dinamiche degli investimenti economici.

Peraltro, tale proposta va compresa all'interno del contesto nel quale si colloca, sempre più orientato all'incremento del numero e del ruolo delle agenzie, vero e proprio *trend* dell'amministrazione europea, in gran parte derivante dall'evoluzione stessa del ruolo della Commissione. E' in tale contesto che le agenzie europee, soggetti almeno

[26] Si evidenzi il continuo richiamo alla combinazione tra profili etici ed obiettivo della sicurezza, su cui cfr. anche A. Bertolini – E. Palmerini, *Regulating Robotics: A Challenge for Europe*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2014, in https://web.jus.unipi.it.

in parte autonomi rispetto alla Commissione, si affermano come strumento amministrativo di collegamento, informazione reciproca, armonizzazione amministrativa, tra istituzioni europee e Stati membri, rappresentando un modello di *governance* che, attraverso strumenti non gerarchici e integrativi favorisce comunque la crescita dei poteri di regolazione della Commissione europea senza che a ciò corrisponda un depauperamento politico delle amministrazioni statali[27].

Occorre subito precisare che quando si parla di agenzie europee non si deve pensare al modello delle autorità amministrative indipendenti, o delle *authorities* e *commissions* di matrice nord-americana, a cui pure il termine agenzia potrebbe in qualche modo far pensare (sebbene proprio nel contesto statunitense sia ben chiara la distinzione tra gli *independent bodies* e *agencies* strettamente collegate al potere esecutivo). Infatti le agenzie europee si collocano in una posizione istituzionale che le costituisce come strumenti di supporto reticolare alla Commissione, la cui indipendenza, in effetti richiamata in alcuni dei regolamenti istitutivi che le disciplinano, è qualificabile più in termini di indipendenza "scientifica" che non di indipendenza politico-istituzionale[28]. Mentre le autorità indipendenti agiscono, all'interno dei settori di loro competenza, in una posizione di piena alterità ed incarnano, sempre che esista, quello che viene definito come potere neutro[29], ciò che si realizza anche nel contesto europeo con organismi come il Mediatore europeo, il Sistema europeo delle Banche centrali e il Garante europeo per la protezione dei dati, le agenzie europee operano per così dire "tecnicamente" accanto al potere politico-esecutivo, in attuazione dell'indirizzo politico che la Commissione esprime (o contribuisce ad esprimere) nell'ambito della forma di governo europea[30]. Peraltro, come in parte già accennato, le funzioni svolte dalle agenzie devono confrontarsi, nella loro estensione, con la questione dell'affidamento di poteri discrezionali e i suoi limiti, che tradizionalmente è stato circoscritto con particolare cautela dal giudice comunitario, attento a garantire l'equilibrio dei poteri tra le istituzioni come definito nei Trattati. Quest'idea (sintetizzata nella c.d. "dottrina Meroni"[31]) è stata peraltro richiamata nei regolamenti istitutivi di numerose agenzie, accanto alla specificazione della natura dei compiti tecnico-scientifici ad esse assegnati. Se è vero che «la tensione verso l'equilibrio istituzionale europeo consiste, dunque, nel conciliare la proliferazione delle agenzie con il divieto di delegare l'esercizio di poteri discrezionali eccessiva-

[27] Cfr. D. Barbieri, *Agenzie europee: un esempio di evoluzione (istituzionale) amministrativa?*, in *Rivista italiana di Politiche Pubbliche*, 3, 2007, 277 ss. Da ultimo cfr. J. Alberti, *Le Agenzie dell'Unione europea,* Milano, 2018.

[28] Cfr. E. Chiti, *tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo,* in L. De Lucia - B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione comunitaria, caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale,* Padova, 2009, spec. 22 ss.

[29] Sul tema della neutralità cfr. ancora M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, nonché S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996.

[30] Cfr. M. Savino, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in L. De Lucia - B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., spec. 56 ss.

[31] Cfr. nt. 12, si veda E. Castorina, *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, 2010, 374 ss.; tale dottrina si afferma a partire da due importanti sentenze degli anni Cinquanta della Corte di giustizia, C-9/56 e 10/56, *Meroni c. Alta Autorità* (1958), su origini ed evoluzione successiva cfr. M. Chamon, *The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, in *European Law Review*, 39, 2014.

mente ampi o indefiniti»[32], è anche vero che la relazione tra Commissione e agenzie è decisamente più simile a quella che conosciamo come relazione tra indirizzo politico e attività amministrativa che si realizza tra governo e apparati di governo, dove, pur essendo entrambi organi esecutivi, il primo si caratterizza per la dimensione politica dell'agire e i secondi per quella tecnica-competenziale.

In questo contesto va quindi inscritta la proposta dell'istituzione di un'agenzia europea per la Robotica e l'IA. Le ragioni che la rendono quanto mai opportuna stanno nel ruolo complementare e sussidiario che essa potrebbe svolgere rispetto alla costruzione di un sistema di *governance* nel quale si intersecano fonti di regolazione diverse e flessibili, la cui utilità (elemento comune a tutti gli strumenti di *soft law*) dipende in misura significativa dalla *compliance* degli *stakeholders*, per nulla scontata in ambiti nei quali si confrontano, e finanche si pongono tra loro in competizione, attori numerosi, diversi, e tra loro indipendenti. In questi casi il *soft law* non sembra sufficiente ad assicurare l'armonizzazione ed il conseguimento di beni ed obiettivi comuni, ed emerge quindi la necessità da un lato della produzione di una quota, seppure limitata, di *hard law*, la quale potrebbe comunque mantenere i tratti di un diritto "guida" sovranazionale, che mira all'armonizzazione, gestisce problemi transnazionali in una dimensione più ampia rispetto a quella nazionale, ma lascia un margine di apprezzamento agli Stati, ancora gestori di competenze rilevanti soprattutto quando Robotica e IA incidono sull'organizzazione e le condizioni di lavoro, sulla tutela di diritti costituzionalmente tutelati, si pensi al diritto alla salute, e, soprattutto, sull'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni. Dall'altro della creazione di un organismo *ad hoc* per così dire di chiusura del sistema: in grado cioè di pronunciare l'ultima parola quando si tratti dell'interpretazione delle regole esistenti e della standardizzazione delle condotte all'interno della comunità dei ricercatori, dei produttori e degli utilizzatori delle tecnologie in questione.

Un simile approccio risponderebbe bene all'esigenza di perseguire, nella regolazione delle tecnologie robotiche, due obiettivi principali: quello di assicurare il progresso della ricerca, e quello di favorire la migliore integrazione possibile della Robotica all'interno della società, attraverso la promozione di una reale accettazione dei robot e dell'IA nella vita quotidiana, non soltanto da parte di fruitori "qualificati", ma della collettività. Sembra allora che il perseguimento di tali obiettivi possa essere assicurato, se non favorito, attraverso l'identificazione di un ente preposto all'elaborazione di linee guida e alla definizione di un orizzonte regolativo nel quale possano collocarsi, in maniera spontanea e collaborativa, istanze e comportamenti di ricercatori ed *end-users*.

Un approccio composito è d'altra parte quello utilizzato dalle istituzioni europee, Parlamento e Commissione, che fanno riferimento a diversi strumenti, sia tradizionali sia innovativi, nella costruzione di una cornice regolativa per lo sviluppo della Robotica e dell'IA in grado di metterle al servizio dei cittadini europei e, insieme (forse soprattutto), di rafforzare gli investimenti impedendo che le incertezze sul piano etico e giuridico ne frenino l'espansione.

Da ultimo, la strategia presentata dalla Commissione lo scorso 25 aprile, mettendo

[32] Cfr. C. Nicolosi, Agencification *e equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul "meccanismo di risoluzione unico"*, in *Federalismi.it*, 3, 2017.

in evidenza come l'IA sollevi questioni immediatamente connesse con la disciplina della responsabilità e riguardanti, più in generale, le modalità di assumere le decisioni (pubbliche e private) e il loro potenziale condizionamento (automatico e discriminatorio) intrinseco alla tecnologia che ne governa il funzionamento. Proprio ad aprile la Commissione ha peraltro comunicato che entro la fine del 2018 avrebbe presentato delle "*ethical guidelines*" sullo sviluppo dell'IA, a partire dalla Carta europea dei diritti fondamentali, e dal riferimento ad alcuni principi fondamentali e comuni del sistema giuridico europeo quali protezione dei dati personali e trasparenza, oltre che ai lavori condotti dal Gruppo europeo sull'Etica nella Scienza e nelle Nuove Tecnologie[33]; inoltre, ha progettato, per l'attuazione delle sue linee guida, la costruzione di una "*European AI Alliance"*, finalizzata a tenere insieme tutti i principali attori coinvolti, nonché di emanare orientamenti, entro la metà del 2019, per la migliore interpretazione della già citata direttiva in materia di responsabilità da prodotto alla luce degli sviluppi tecnologici, e al fine di garantire certezza e conoscibilità delle conseguenze giuridiche e dei rimedi, sia per i consumatori sia per i produttori, nel caso di prodotti difettosi quando tali prodotti siano dotati di IA o dispositivi robotici. Il riferimento a tale direttiva, che resta in qualche modo ancora una costante dell'approccio europeo alla regolazione di Robotica e IA, potrebbe peraltro venire a sua volta superato e sembra in ogni caso già integrato, non solo in via interpretativa, dalla molteplicità di strumenti regolatori individuati.

Le stesse (citate) Raccomandazioni del febbraio 2017 ai punti 51, 52 e 53 sottolineano la necessità che la Commissione presenti una proposta di atto legislativo «sulle questioni giuridiche relative allo sviluppo e all'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale prevedibili nei prossimi 10-15 anni, in associazione a strumenti non legislativi quali linee guida e codici di condotta», rinviando alla Commissione, ferma restando l'indicazione per cui nessuna soluzione potrebbe comunque risultare limitativa o riduttiva della tutela apprestata alla parte lesa per danni causati dai robot in casi diversi da quelli di danni alle cose, le scelte circa l'approccio da adottare in materia di responsabilità civile.

Prima di passare agli approdi italiani alla regolazione di Robotica e IA, ancora con riferimento alle Raccomandazioni, occorre peraltro segnalare l'importanza da queste assegnata alla sperimentazione delle tecnologie robotiche in luoghi reali. Il punto 23 si sofferma infatti sulla necessità di sperimentare i robot in condizioni reali al fine di individuare e valutare i rischi e le applicazioni in un momento ed in un luogo successivo e diverso rispetto al laboratorio. La rilevanza del tema ai fini di queste riflessioni è data dal fatto che l'inserimento, e l'integrazione, dei robot nei contesti urbani comporta una serie di problemi anche regolativi, tanto che il Parlamento europeo invita la Commissione a «elaborare criteri uniformi in tutta l'Unione, che i singoli Stati membri dovrebbero utilizzare per identificare le aree in cui autorizzare gli esperimenti con robot, nel rispetto del principio di precauzione. Proprio su questo tema ci si soffermerà in seguito, poiché appare essere una delle prospettive cruciali che si pongono al dibattito, scientifico e politico, sulla regolazione, se si intende davvero consentire a Robotica e

[33] Cfr. *European Group on Ethics in Science and New Technologies*, *Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, European Commission Directorate-General for Research and Innovation Unit RTD.01 — Scientific Advice Mechanism, Printed by OP in Luxembourg (manuscript completed in March 2018).

IA di trasformare i nostri ambienti pubblici, oltre che quelli privati.

3. La regolazione in materia di Robotica e IA in Italia: prime strategie

A livello nazionale, nel febbraio 2018 l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID), ha avviato una consultazione pubblica sul suo Libro Bianco sull'AI al servizio del cittadino e ha presentato l'Osservatorio italiano sull'AI. Ma una riflessione sulla necessità di adeguare, o integrare, il panorama di regole esistenti nell'ambito della Robotica e dell'IA, inizia per vero già negli anni Ottanta, senza che questo comporti la produzione di regole nuove, o l'elaborazione di un diritto "speciale" per la robotica.

Oggi dunque qualsiasi riflessione in tema di regolazione non può che prendere le mosse dal *corpus* normativo esistente, per coglierne caratteri formali (in termini di tipologie di fonti) e limiti contenutistici (che richiedono superamento).

Lasciando da parte l'ambito penale, che pure chiaramente è oggetto di regolazione, ma che presenta caratteristiche peculiari ai nostri fini, in quanto materia ancora prevalentemente occupata dalla regolazione statale, numerose sono le disposizioni che in ambito civile disciplinano decisioni e azioni adottate da dispositivi caratterizzati da IA, sia con riferimento al diritto dei contratti sia alla responsabilità extacontrattuale, e non mancano norme che interessano gli aspetti di diritto amministrativo. A tutta una serie di disposizioni europee in materia di produzione e vendita di beni e servizi connotati da IA[34], si aggiungono naturalmente le disposizioni contenute nel GDPR che, com'è noto e già sottolineato, incidono notevolmente proprio sulla "giuridificazione" dell'IA. D'altra parte, com'è stato autorevolmente segnalato, ad un'ampia congerie di disposizioni di rango primario non corrisponde un quadro legislativo unitario all'interno del quale si inserisca la progettazione e l'utilizzo dei sistemi dotati di IA, manca, insomma, una standardizzazione coerente in grado di garantire la sicurezza dei sistemi informativi e, al loro, interno, degli strumenti di IA[35]. Inoltre, come già accennato con riferimento ad uno dei problemi principali, cioè quello della responsabilità derivante dai danni provocati dai difetti di un prodotto, la disciplina vigente sembra "arrancare" di fronte alle sfide poste dalla trasformazione dell'essenza stessa delle cose, nonché della natura delle situazioni giuridiche soggettive che richiedono tutela nell'utilizzo, per l'utilizzo, e dall'utilizzo di sistemi di IA. Che arranchi è probabilmente inevitabile, se si considera che proprio dei sistemi di IA è il «continuo aggiornamento, dovuto anche alla capacità d'imparare dalla propria esperienza tramite programmi di auto-apprendimento. Tale circostanza non soltanto non è stata fin qui presa in considerazione dal legislatore ma

[34] Sono state di recente "mappate" da U. Pagallo *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, 3, 2017.

[35] Cfr. U. Pagallo – M. Durante – S. Monteleone, *What Is New with the Internet of Things in Privacy and Data Protection? Four Legal Challenges on Sharing and Control in IoT*, in R. Leenes - R. van Brakel - S. Gutwirth - P. de Hert (a cura di), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*. Dordrecht, 2017, 59-78. Una particolare frammentarietà e inadeguatezza degli interventi (o dei mancati interventi) è riscontrabile nel campo dei veicoli autonomi, su cui cfr. U. Pagallo, *Three Lessons Learned for Intelligent Transport Systems that Abide by the Law*, *JusLetter IT*, 2016.

rende ancor più problematica la definizione di difettosità di un prodotto che evolve in un reticolo oltremodo complesso e forse inestricabile di nessi causali»[36].

Al di là del problema della responsabilità per danno da prodotto difettoso, che occupa invero buona parte delle discussioni e delle elaborazioni sul "diritto della Robotica", il nodo dell'apprendimento incide su molteplici aspetti, non ultimo quello relativo alla trasformazione delle pubbliche amministrazioni e degli strumenti che esse possono mettere in campo nella relazione con i cittadini, non soltanto in termini di scambio di informazioni e gestione di dati finalizzata alla fornitura di servizi (si pensi all'ambito sanitario), ma anche in funzione di ispezione, controllo, prevenzione degli illeciti (è il caso dell'amministrazione tributaria).

In questo contesto, l'AgID ha dato vita ad un gruppo di lavoro proprio per studiare come le tecniche di IA possano aiutare a sviluppare un migliore rapporto tra stato e cittadini, per esempio attraverso i *chatbot*, strumenti in grado di relazionarsi e aiutare a comprendere il funzionamento degli apparati statali fornendo informazioni aggiornate e rispondenti alle esigenze manifestate dai cittadini/utenti[37].

Lo stesso citato Libro Bianco mira a promuovere il ruolo dell'IA nel settore pubblico, e ad inserirla nel processo, più ampio, di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, facendo diventare, forse per la prima volta, l'IA un tema rilevante anche dal punto di vista pubblicistico. Infatti, sebbene le implicazioni costituzionalistiche del fenomeno siano evidenti[38], il richiamo alle esigenze di regolazione si è tradizionalmente fondato su questioni prevalentemente civilistiche, mentre minore attenzione è stata dedicata alle potenzialità degli strumenti in ambito pubblico.

Sebbene il ruolo svolto dall'Agenzia non sia di tipo regolativo, il Libro Bianco presenta elementi interessanti perché, in un campo diverso da quelli tradizionalmente associati all'affermarsi delle tecnologie robotiche e di IA e, conseguentemente, delle criticità regolative da esse sollevate, suggerisce una serie di riflessioni che dovranno essere tenute presenti negli interventi normativi o di regolazione che faranno seguito alle considerazioni che il Libro Bianco solleva. La loro attualità è data peraltro dal fatto che le amministrazioni iniziano ad impegnarsi nell'utilizzo di strumenti di IA[39].

A livello legislativo, invece, gli interventi sono pressoché inesistenti, ed anche la riflessione scientifica è abbastanza limitata[40]. A livello parlamentare, nella XVII legislatura è stata approvata una mozione[41] che impegnava il Governo nella definizione di una linea

---

[36] Cfr. U. Pagallo, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, cit.

[37] Cfr. F. Rossi, *Intelligenza Artificiale benefica e sicura: iniziative accademiche, governative e industriali*, in *Sistemi intelligenti*, 3, 2017.

[38] Ne sia ulteriore prova il recente svolgimento di un seminario sull'IA organizzato dall'Associazione Italiana del Costituzionalisti a Parma.

[39] Come dimostra la *task force* istituita presso l'AgID, il continuo monitoraggio sul tema svolto dall'Osservatorio italiano sull'Intelligenza Artificiale, promosso dalla *task force* in sinergia con l'Istituto di ricerca HER – *Human Ecosystem*, il quale verifica le conversazioni svolte nei principali *social network* in materia di IA, nonché dall'adozione stessa del Libro Bianco.

[40] Cfr. P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018, 5 ss., spec. 27.

[41] Si veda la mozione Rosato ed altri, AC 1-01508, del 9 maggio 2017, su cui P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a., ibidem*.

comune tra i Ministeri rispetto allo sviluppo sostenibile della robotica, dell'IA e della sicurezza informatica, e faceva riferimento soprattutto alla promozione di attività di formazione, ricerca e sviluppo, nonché all'impegno nella progettazione e valutazione di soluzioni alternative e innovative di welfare, in risposta agli effetti che le tecnologie robotiche sono in grado di determinare sul mercato del lavoro (è evidente l'influenza degli sviluppi di Industria 4.0 su questo tipo di attenzione, non necessariamente negativa, se si considera che la robotica contemporanea non è più segnata dalla rigida separazione tra persona e macchina, ma anzi da un funzionamento collaborativo con il lavoratore/la lavoratrice). Nessun intervento significativo ha però accompagnato o seguito l'adozione di questo atto.

Va comunque tenuto presente che Robotica e IA non richiedono, sempre e necessariamente, un surplus di intervento normativo (ciò che si è visto risultare opportuno rispetto ad alcune questioni, prevalentemente di natura civilistica), ma in alcuni casi l'opzione zero è quella più adeguata a rispondere alla duplice esigenza di favorire l'innovazione tecnologica senza sacrificare la tutela dei diritti fondamentali e, sul piano pubblicistico, il corretto funzionamento delle istituzioni e dei processi democratici, così come in altri, invece, essa costituirebbe un *vulnus* per la certezza del diritto, e conseguentemente per tutti gli elementi individuati; inoltre, un profilo rilevante in termini pubblicistici è dato proprio dall'ulteriore circostanza per cui l'IA, in alcuni settori, invece che chiedere regolamentazione fornirebbe strumenti utili a limitare un eccesso di regolamentazione[42].

Proprio questa complessità di valutazioni, e la variabilità delle soluzioni preferibili a seconda delle tecnologie e dei contesti nei quali trovano applicazione, continua a suggerire l'opportunità di qualcosa di simile ad una rete di centri di coordinamento della standardizzazione e del monitoraggio delle tecnologie robotiche e dell'IA: non è un caso che, sulla scia della proposta europea, su cui ci si è già soffermati, dell'istituzione di un'agenzia che provveda a redigere, conservare e aggiornare un registro delle tecnologie robotiche, nonché a garantire standard comuni indirizzando l'operato dei soggetti pubblici grazie alle proprie competenze tecnico-scientifiche, la stessa AgID abbia proposto la creazione di un Centro di competenza nazionale[43].

4. Dal Giappone un'esperienza esportabile: le "*Tokku special zones*" come strumento di analisi di impatto della regolamentazione

Per concludere queste brevi note, qualche considerazione merita uno degli aspetti che, seppur sotto forma di cenno, sono già emersi nel corso della trattazione, e forse meno affrontato quando si ragiona di problemi regolatori. Vale a dire quello della diffici-

[42] Cfr. R. Angelini, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid Rassegna*, 14, 2017, 28, anche in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e innovazione*, cit., spec. 293 ss.

[43] Cfr. M. Tresca, *I primi passi dell'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *questa Rivista*, 3, 2018, 240 ss.

le sperimentazione delle tecnologie robotiche in ambienti reali, ambienti ancora non "idonei" da un punto di vista regolatorio, per la mancanza di norme che consentano l'integrazione del robot nella realtà, o meglio la sua piena partecipazione alle azioni e ai contesti sociali reali; tale difficoltà rende evidentemente problematico il passaggio di determinate tecnologie dal laboratorio alla realtà, dalla progettazione e realizzazione prototipale al concreto utilizzo, con tutte le conseguenze in termini di accettazione delle tecnologie, e pure di sperimentazione non soltanto delle tecnologie stesse, ma anche delle regole, speciali e derogatorie rispetto a quelle ordinarie, nel loro effettivo funzionamento.

L'esperienza giapponese, delle c.d. "*Tokku special zones*", risulta particolarmente significativa da questo punto di vista, e associata alla dottrina nord-americana del federalismo sperimentale può aprire scenari interessanti anche nello spazio giuridico europeo.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, si ricordano le riflessioni del *justice* Brandeis, in particolare a partire da *New State Ice Co. v Leibmann*[44]: la competizione tra sistemi giuridici diversi che consente una verifica circa la migliore disciplina possibile per un determinato settore, che è poi ciò che, in alcuni ambiti, si verifica nel contesto nord-americano, consentirebbe, in un campo come quello della Robotica e dell'IA, con le caratteristiche di dinamicità e di tecnicità che si sono sottolineate, di realizzare vere e proprie "legislazioni sperimentali", in grado di mostrare quali possano essere le soluzioni migliori da adottare, eventualmente a livello generale. Il federalismo sperimentale non mira, in realtà, ad orientare il sistema verso una regolazione uniforme ed unitaria, basti pensare al caso statunitense della regolazione dell'utilizzo dei veicoli autonomi[45] che mostra un'ampia varietà statale negli approcci regolativi, e assomiglia piuttosto a quanto di fatto sta accadendo in Europa con la disciplina in materia di dati personali con il GDPR. Il regolamento europeo, infatti, fa proprio un meccanismo di delega di poteri agli Stati membri con riferimento alle esenzioni per il trattamento di dati personali ad uso scientifico, storico, statistico ecc., per la valutazione preventiva dell'impatto tecnologico e la legittimazione ad agire collettiva[46], aprendo la strada a possibili problemi di coordinamento tra sistemi differenti tra loro e differenti autorità di controllo operanti negli Stati[47]. Il fenomeno della sperimentazione locale rende però bene l'idea della necessità di spostare anche sul livello territoriale la ricerca di soluzioni volte a verificare l'impatto delle tecnologie robotiche e dell'IA sulle regole giuridiche esistenti nonché in termini di accettabilità delle conseguenze sociali dalle stesse prodotte, secondo un meccanismo conosciuto addirittura in contesti segnati da un forte accentramento politico, si pensi in particolare all'ordinamento francese[48].

---

[44] Cfr. *New State Ice Co. v. Leibmann* 285 US 262 (1932)).

[45] Su cui cfr. U. Pagallo *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, cit.

[46] Si vedano gli artt. 5(1)(b) ed (e), 14(5)(b), 17(3)(d), 21(6) e 89, per ciò che concerne e esenzioni, l'art. 35 in materia di valutazione preventiva dell'impatto tecnologico e l'art. 80 sulla legittimazione ad agire.

[47] Il sistema è oggetto di critica da parte di V. Mayer Schönberger – Y. Padova, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, 17, 2016, 315 ss.

[48] Si fa qui riferimento al sistema delle sperimentazioni regolamentari e legislative introdotte in Francia a partire dalla riforma costituzionale del 2003, artt. 37-1 e 72-4. Le leggi sperimentali sono per definizione temporanee, e intendono testare una nuova disciplina normativa per un determinato

Per questa ragione sembra di particolare interesse prendere in considerazione l'esperienza giapponese delle c.d. "*Tokku special zones*", un esperimento che fornisce spunti interessanti sulla coesistenza tra esseri umani e robot all'interno della società e mette in evidenza l'importanza di affrontare qualsiasi riflessione sulla regolazione di Robotica e IA tenendo presente la concretezza dei contesti[49].

La *"Tokku" Special Zone for Robotics Empirical Testing and Development* (*RT special zone*) è avviata in Giappone a partire dal 2003, quando viene istituita presso la Prefettura di Fukuoka. E' a partire da quell'anno che il Takanishi Laboratory e l'Humanoid Robotics Institute della Waseda University hanno condotto numerosi esperimenti all'interno di vari punti della "zona speciale" al fine di valutare l'effettiva e concreta possibilità che robot umanoidi bipedi, la tecnologica specificamente sperimentata in quel contesto) circolassero nello spazio pubblico relazionandosi con le persone presenti e interagendo con le altre tecnologie, non intelligenti, presenti, e soprattutto con utilizzatori umani reali. La valutazione, condotta dal 2004 al 2007, è stata la prima al mondo in ambiente reale. Ed è stata seguita da altre sperimentazioni in altri territori del Giappone. Allo sviluppo della Robotica e alla sua progressiva espansione all'interno della società corrisponde, evidentemente, la necessità di creare interfacce tra robot e persona, tra tecnologia e suoi utilizzatori, tra tecnologia e umanità, e, come si è già messo in rilievo, sono emersi ed emergono trasversalmente i conflitti tra gli approdi più avanzati della robotica e le regole giuridiche esistenti, dovuti tra l'altro alla perdurante incertezza sul livello di sicurezza delle tecnologie in questione e sui profili di responsabilità, particolarmente incidenti sulla legislazione in materia urbana e di traffico, del tutto inadeguata ad inquadrare l'implementazione e il concreto utilizzo dei robot di servizio e dei veicoli autonomi. Non è un caso che i *tokku* vengano utilizzati proprio per la sperimentazione di robot di servizio che si trovano ad interagire contemporaneamente con la persona assistita ed il contesto urbano nel quale la stessa si muove (aiutata dal robot), mostrando la criticità di un approccio alle tecnologie robotiche che si limiti a pensarle nello spazio del laboratorio, o della fabbrica, senza immediatamente collocarle negli ambienti liberi, aperti e multisfaccettati nei quali si realizza la coesistenza con i soggetti e gli

periodo di tempo, con lo scopo di analizzare in concreto i suoi effetti e condurre il legislatore alla decisione se, al termine del periodo sperimentale, rendere definitive le regole sperimentate, modificarle o integrarle, oppure metterle definitivamente da parte, cfr. F. Crouzatier-Durand, *Réflexion sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnel du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République)*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2003, 681; G. Marcou, *Expérimentation et collectivités locales: expériences européennes*, in *Les collectivités locales et l'expérimentation: perspectives nationales et européennes*, in *Travaux du centre d'études et de prospective*, *La documentation française*, 2004, 31; si tratta di atti peculiari dal punto di vista giuridico, per un verso normativi, capaci di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive interessate, per altro aventi caratteristiche di provvisorietà, e funzione conoscitiva e preparatoria rispetto a decisioni legislative per così dire ordinarie. Sulla diffusione delle legislazioni sperimentali, talvolta di dimensione generale ma più spesso parziali, cioè articolate sul livello territoriale, cfr. *ibidem*. La diffusione dello strumento ha interessato diverse esperienze, nello spazio giuridico europeo, dalla Germania e la Svizzera, ai Paesi scandinavi, tra cui in particolare la Svezia. Ma più significativo appare, tuttavia, quello degli Stati Uniti, dove nota è l'esperienza delle *sunset laws*, su cui tra gli altri cfr. B. Shimberg, *The sunset approach. The key to regulatory reform?,* in *State government*, 1976, spec. 140 ss., e B. Adams, *Sunset: a proposal for accountable government*, in *Administrative law review*, 1976, spec. 511 ss.

[49] Sul tema cfr. YH. Weng - Y. Sugahara - K. Hashimoto - A. Takanishi, *Intersection of "Tokku" Special Zone, Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots*, in *International Journal of Social Robotics*, 7, 2015, 841 ss.

oggetti già regolati dal diritto. Anche rispetto a chi le tecnologie progetta e produce, peraltro, sembra difficile, se non irragionevole, immaginare che all'ideazione di robot in grado di adattarsi ad ambienti esterni non corrisponda, in fase di sviluppo, una sperimentazione in aree pubbliche[50]: ciò che rifletterebbe una contraddizione tra artefatti tecnici (robot e altre tecnologie di frontiera) e artefatti sociali (il diritto).

Prima del 2003 il diritto giapponese già distingueva le "*Tokku Special Zone*" dagli ambienti aperti veri e propri: nel 2002 il governo approva la legge istitutiva delle *Special Zones for Structural Reform* con l'obiettivo di promuovere riforme strutturali di carattere socio-economico e, insieme, di favorire la rivitalizzazione di aree locali meno sviluppate dal punto di vista socio-economico. Anche quest'ultimo è un aspetto che va certamente tenuto in considerazione: le "*tokku zones*" servono, anche, per finalità di tipo economico e di sviluppo territoriale.

In ogni caso, ai nostri fini, l'aspetto più rilevante resta quello della funzione derogatoria di questi strumenti rispetto al diritto (generale) vigente: ad esempio, al fine di superare le limitazioni stringenti di forte impatto sulla ricerca e lo sviluppo robotico contenute nella legge in materia di traffico su strada, le zone speciali previste nel 2002 consentono misure regolatorie (e derogatorie) preferenziali rivolte a istituzioni accademiche e aziende private al fine di consentire loro di effettuare sperimentazioni sulle strade.

E' nel 2003, come ricordato, che viene approvato lo "*Special Zone for Robot Development and Practical Testing*". L'intervento normativo[51] opera su diversi settori, dall'educazione, all'agricoltura, al welfare, alla ricerca e sviluppo economico e tecnologico, e si caratterizza per il ruolo assegnato agli enti locali.

Ad essi infatti (vale a dire le municipalità, le prefetture – cioè gli enti intermedi – e altri enti eventualmente operanti a livello territoriale) è consentito, singolarmente o congiuntamente, di presentare un piano dal quale si evinca la specifica finalità delle zone speciali individuate, le misure regolatorie preferenziali ritenute necessarie e l'enunciazione dettagliata dei progetti ai quali le misure preferenziali dovrebbero essere applicate, e gli stessi enti locali sono chiamati a chiedere al Primo Ministro l'approvazione del progetto. Se il Primo Ministro decide che il piano è compatibile con gli standard stabiliti dalla legge generale e da eventuali altri criteri determinati, allora approva il piano. In questo caso, è necessario ottenere l'accordo dei capi delle agenzie governative competenti nei settori interessati dalla regolazione.

Questi, qualora le previsioni in materia di misure preferenziali siano conformi a quanto previsto nelle ordinanze governative o ministeriali che attuano la legge sulle zone speciali, devono trovare un accordo sull'applicazione delle misure regolatorie preferenziali. Una volta approvato il piano da parte del Primo ministro, le misure preferenziali (derogatorie) devono venire applicate a tutti i progetti inclusi nel piano, e variamente incidenti sugli ambiti sopra segnalati, tutti in grado di incidere sulla tutela dei diritti, oltre che sugli assetti economici e sociali territoriali; in ogni caso il Primo Ministro può ritirare la sua autorizzazione qualora il piano di sperimentazione smetta di conformarsi agli standard normativi definiti nel corso della sua realizzazione, e durante l'implementazione le agenzie governative svolgono periodicamente monitoraggi circa l'applicazio-

[50] *Ibidem*.

[51] Si veda in http://www.kantei.go.jp/foreign/policy.

ne delle misure e verificano il livello di accettazione e di *compliance* dei soggetti coinvolti all'interno degli enti locali e delle altre realtà operanti sui territori.
Quindi, il parametro utilizzato per la verifica della legittimità delle misure è rappresentato dalle ordinanze governative o ministeriali adottate in attuazione della legge che avvia la procedura sperimentale per le riforme strutturali: esse diventano una sorta di parametro interposto che garantisce il rispetto di requisiti essenziali per la preservazione del sistema nel suo complesso.
Per fare qualche esempio di queste misure, esse attengono: la legislazione lavoristica, la normativa in materia scolastica ed in particolare le regole sulla nomina degli insegnanti e del personale della scuola i cui stipendi sono pagati con fondi municipali, la disciplina dei porti (attraverso la quale viene reso possibile per le autorità portuali che hanno una struttura di tipo pubblicistico e sono parte degli apparati amministrativi una trasformazione nel senso di un assorbimento nel settore privato); la legge sul controllo dell'immigrazione e il riconoscimento dello *status* di rifugiati, la legge agricola (con la possibilità per le aziende diverse da quelle agricole di intraprendere attività nel settore agricolo), la legislazione assistenziale con particolare riguardo agli interventi per la popolazione anziana (consentendo alle aziende di istituire e gestire case di riposo speciali per anziani utilizzando un sistema attraverso il quale il settore pubblico mette a disposizione le strutture e quello privato le gestisce, o comunque un sistema di PFI (*Private Finance Initiative*); ma anche la legge sulle telecomunicazioni e la legge per la promozione della ricerca, con l'estensione dell'utilizzo a basso costo di strutture sperimentali e di ricerca e sedi di università nazionali, nonché sedi di società private commerciali.
Si tratta quindi, prevalentemente, di interventi funzionali a consentire l'esistenza di uno spazio in cui l'interazione persona-macchina possa realizzarsi in una cornice di regole che ne favoriscono il pieno svolgimento, e consentono di pronosticare la sostenibilità di un'introduzione generalizzata delle tecnologie robotiche all'interno dell'ordinamento.
Ai nostri fini, un certo interesse suscita l'aspetto relativo alla dimensione locale della sperimentazione, che potrebbe realizzarsi nello spazio giuridico europeo ipotizzando uno strumento simile alla cooperazione rafforzata attraverso il quale attivare, possibilmente sulla base delle disponibilità manifestate, alcuni Stati europei chiamandoli a introdurre delle sperimentazioni normative sulla materia Robotica e IA per poi verificarne gli effetti in termini di crescita tecnologica e sociale e di incidenza delle controversie eventualmente provocate dalle trasformazioni introdotte. Uno schema del genere potrebbe meglio applicarsi in presenza di un'autorità che agisca a livello europeo (eventualmente con diramazioni, per così dire snelle, all'interno degli Stati membri) elaborando linee guida regolative, monitorando gli esiti delle sperimentazioni, e individuando le *best practices*, sia di regolazione sia di *self-regulation*, che meritino di essere tradotte ed estese attraverso fonti di *soft-law*, o fonti dirette all'armonizzazione.

Fake news e democrazia*

Eva Lehner

Abstract

L'articolo propone una riflessione sulle *fake news* e, muovendo dal diritto positivo, affronta i nodi di teoria generale sottesi al tema e li correla al contesto storico e giuridico attuale. Il contributo descrive le legislazioni *anti-fake news* adottate in alcuni paesi dell'ex Europa occidentale e le linee dettate in materia dall'UE, al fine di confrontare il tenore di queste politiche con le norme costituzionali in materia di manifestazione del pensiero e con l'essenza della democrazia pluralista. Radicatosi sul piano della teoria generale, il dibattito vede contrastarsi coloro che sciolgono il paradosso platonico della libertà nella prospettiva dei limiti al potere e coloro che al contrario rivendicano la validità del paradosso specialmente tra le righe del teorema di Böckenförde. In presenza di quali condizioni è possibile sostenere che un assetto positivo ispirato al *free marketplace of ideas* di stampo statunitense e all'idea kelseniana di democrazia pluralistica possa essere salvaguardato solo rinunciando al rispetto delle sue forme essenziali? A quale idea di Stato e di società risponde la recente pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo? Tentando di rispondere a questi interrogativi, l'Autrice analizza le cause della polarizzazione del dibattito pubblico, della frammentazione della pubblica opinione e della gigantesca omissione informativa che caratterizza i processi comunicativi contemporanei.

The article tackles the recent debate on fake news and, while approaching the problem from a primarily positive law perspective, it also deals with general theory issues, linking them to the current legal and historical background. The contribution offers an overview of both *anti-fake news* measures adopted in some ex Western European countries and the guidelines provided for by the European Union. Such overview aims at highlighting the critical relationship between these policies and the constitutional standard of protection of freedom of speech and the essence of pluralist democracy. In terms of general theory, the debate involves, on the one hand, those who resolve Plato's paradox of freedom by referring to the limitations of power perspective and, on the other hand, those who claim the validity of the mentioned paradox, which can be clearly seen, among others, through the lines of Böckenförde's dilemma. Under which conditions can one say that a positive framework inspired by the free marketplace of ideas and by the Kelsenian idea of pluralist democracy can be safeguarded only by giving up the respect of its essential structure? To which idea of State and society does

* Il presente scritto costituisce l'ampliamento di una comunicazione dell'Autrice 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".

the recent public powers' claim to define false information respond? In the attempt to answer those questions, the Author analyzes the origins of public debate's polarization, of public opinion's fragmentation and, finally, of the impressive lack of information which characterizes the contemporary communication processes.

Sommario

1. Osservazioni preliminari: paradosso della tolleranza o etica della verità? – 2. Le politiche *anti-fake news* in Francia, Germania, Italia e UE. – 3. La policy *anti-fake news* della Commissione UE come manifestazione dell'indirizzo politico impresso al mercato unico digitale: cenni alla riforma della privacy e del diritto d'autore. – 4. Essenza della democrazia pluralista e paradigmi costituzionali in materia di informazione. – 5. L'insostenibile contraddizione tra la pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo e il contesto storico di riferimento: post-democrazia, mercato e società dell'informazione. – 6. *Segue*. Un paradosso solo apparente: il verso del rapporto tra le attuali tendenze normative in materia di *fake news* e la crisi dell'informazione. – 7. L'idea di Stato e di società presupposta al contrasto autoritativo della disinformazione: etica della verità, neoliberismo e "contenuti minimi" della democrazia.

Keywords

Fake news, Libertà di informazione, Democrazia, Pluralismo, Social network

1. Osservazioni preliminari: paradosso della tolleranza o etica della verità?

Per la prima volta nella storia delle democrazie contemporanee, gli attori politici propongono un intervento dei pubblici poteri per punire, sequestrare, censurare (direttamente o indirettamente) o, ancora, per certificare il falso informativo in quanto tale: non la diffamazione, la frode, il raggiro, l'aggiotaggio, la menzogna, la violazione della proprietà intellettuale o della fede pubblica, ma il falso in sé e per sé, riferito peraltro non al dato nudo e crudo, bensì addirittura alle notizie.

In via preliminare, rispetto alla successiva disamina dei singoli provvedimenti, possono notarsi almeno due tratti comuni alle discipline che l'UE e alcuni paesi dell'Europa occidentale hanno adottato (o progettato), traducendo in vari modi una tendenza attualmente prevalente nel Sud-est asiatico[1].

Sul piano del diritto sostanziale, si tratta di previsioni volte ad inibire la diffusione di contenuti informativi senza definire a monte né l'oggetto della falsità (i dati, gli eventi, la narrazione ragionata degli stessi?), né tantomeno il parametro per affermarla, sul

[1] Come si vede dal resoconto del *Poynter Institute* (D. Funke, *A guide to anti-misinformation actions around the world,* in www.poynter.org, 25 settembre 2018) accanto alle proposte di legge di Singapore e delle Filippine, nel sud-Est asiatico si registrano legislazioni *anti-fake news* già vigenti in Indonesia, Laos, Thailandia (mentre in Malaysia la legge adottata in materia nell'aprile 2018 è stata abrogata nell'agosto successivo).

presupposto che sia sempre possibile verificare la rispondenza al vero oggettivo di qualsivoglia dato o notizia.
Un risultato così abnorme è peraltro inevitabile una volta imboccata la strada del contrasto autoritativo ai falsi artatamente confezionati con le nuove tecniche digitali, come la clonazione di articoli di testate giornalistiche online, o come i software (ro)bot che sono in grado di agire sulla rete alla stregua di esseri umani, creando account falsi a fini di propaganda occulta[2].
É difficile comprendere le ragioni di questa scelta, soprattutto considerando che i falsi digitali hanno le gambe corte, poiché i professionisti dell'informazione sono in grado di smascherarli proprio grazie alle nuove tecnologie – come dimostra l'esistenza stessa del dibattito sulle nuove patacche informative – molto più velocemente di quanto non avvenisse in passato, senza alcun bisogno di interventi normativi: se il problema è la macchina, sarà la macchina stessa a fornire la soluzione[3].
Sul piano procedurale tali discipline – ad eccezione di quella progettata in Francia – attribuiscono a soggetti diversi dall'autorità giurisdizionale il potere di adottare misure restrittive della libertà di manifestazione del pensiero in rete. Anche da questo punto di vista, le discipline in questione attentano al carattere inviolabile della libertà di manifestazione del pensiero, di cui la riserva di giurisdizione è parte integrante[4].
Quanto agli effetti di questi interventi, nonostante essi siano espressamente riferiti alla diffusione di informazioni via Internet, la loro portata si pone ben al di là della rete. Si tratta di autorizzare misure destinate ad avere un impatto su tutta l'informazione: sia perché i dati, le testimonianze e le narrazioni di eventi tratti dal web, oltre ad essere spesso riprodotte dai media tradizionali, possono fungere da base per le inchieste o le notizie stampate o diffuse nella radiotelevisione; sia per la pericolosità insita nella affermazione di un principio – la restaurazione della potestà di imperio sulla verità – per sua natura idoneo ad investire la libertà di manifestazione del pensiero a prescindere dal mezzo di diffusione utilizzato. Timore puntualmente confermato, tanto per fare un esempio, dal tenore della proposta di legge francese sulle false informazioni che, accanto a misure riguardanti la rete, prevede una vera e propria censura amministrativa sulle notizie trasmesse in televisione durante il periodo elettorale.
É sulla base di considerazioni analoghe che l'Unesco ha incluso l'ascesa delle legislazioni *anti-fake news* tra le più preoccupanti minacce alla libertà di stampa registratesi nel panorama giuridico mondiale tra il 2012 e il 2017[5]. Nello stesso Report si nota l'aumento degli interventi statali mirati al blocco e al filtraggio dei contenuti online, all'oscuramento totale o parziale della connessione Internet e alla graduale istituzione di una responsabilità di carattere generale in capo agli IP per i contenuti visibili online[6].

[2] Su questi fenomeni v. F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 48 ss, 52.

[3] Secondo la nota massima di C. Clark, *The Answer to the Machine is in the Machine*, in P. Bernt Hugenholtz – E.J. Dommering (a cura di), *The Future of Copyright in the Digital Environment*, L'Aja, 1996, 139 ss.

[4] A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali,* Torino, 1997, 113.

[5] Unesco, *World Trends in Freedom of Expression and Media Development, Global Report 2017/2018*, 38-9 e 112.

[6] *Ibid.*, 40 ss.

Anche L'ONU, l'OSCE, l'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) e l'African Commission on Human and Peoples' Rights – in una dichiarazione congiunta adottata a Vienna il 3 marzo 2017 – hanno ritenuto che «divieti generici di diffusione delle informazioni basati su fattispecie vaghe e ambigue, incluse quelle relative alle "false notizie" o alle "informazioni non obiettive", sono incompatibili con gli *standard* internazionali sulle restrizioni della libertà di espressione […] e dovrebbero essere aboliti»[7].

Prima di procedere ad una breve descrizione delle suddette discipline è bene chiarire gli snodi del ragionamento che si intende proporre in questa sede.

Innanzitutto si darà uno stringato resoconto del rapporto tra verità oggettiva e libertà di manifestazione del pensiero nel nostro ordinamento, che è già stata fatta oggetto di esaustive ed autorevoli riflessioni. Del resto, il punto su cui concordano sia i sostenitori, sia gli avversari delle policy *anti-fake news* è che esse si pongono in frontale contrasto con i nostri paradigmi costituzionali in materia di libertà di manifestazione del pensiero[8].

Ma mentre i primi sostengono che questi paradigmi debbano essere superati per salvaguardare l'effettività della democrazia nelle società contemporanee, gli altri scorgono il paradosso di una operazione volta a rinnegare la matrice stessa della forma di Stato democratico pluralistica.

Una volta radicatosi direttamente sul piano della teoria generale, il dibattito riguarda il contrasto tra chi, sulla scia di Kant, scioglie il paradosso platonico della libertà grazie alla prospettiva dei limiti al potere, come fecero con accenti diversi Popper[9] e Rawls[10], e chi, invece, sulla falsariga di Hegel, rivendica la validità del paradosso, ben visibile – ad esempio – tra le righe del c.d. teorema di Böckenförde[11]. Ebbene, sembra che il focus del dibattito stia tutto in quel teorema, più che sul "paradosso della tolleranza".

In effetti, se è già piuttosto controversa la riconduzione della repressione del nega-

---

[7] Cfr. ONU, OSCE, OAS, ACHPR, *Joint Declaration on Freedom of Expression and "Fake News", Disinformation and Propaganda*, par. 2, lett. *a)*, 3 marzo 2017.

[8] L'idea che sia opportuno superare vecchie concezioni basate sulla nozione di libertà negativa è chiaramente formulata da G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 28. Più sfumata ma comunque favorevole al superamento della matrice statunitense dei suddetti paradigmi, è la posizione di O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 19 e di C. Pinelli, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 41 ss., 45-46.

[9] Secondo Popper, Kant risolse il paradosso platonico della libertà pretendendo che la libertà di ogni uomo dovesse essere limitata, ma non oltre ciò che è necessario per salvaguardare la libertà di tutti. Cfr. K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, vol. II, *The high tide of prophecy: Hegel, Marx, and the aftermath*, London, 1945, 42. Il riferimento è al volume precedente, tutto dedicato alla critica del filosofo greco, in cui Popper descrive e contesta i paradossi sostenuti da Platone: il paradosso della libertà (per cui il desiderio di libertà sfocia nell'insofferenza a qualsiasi regola, e dunque nell'origine di ogni forma di tirannia dei più forti sui più deboli) e della democrazia (quello in forza del quale dalla volontà popolare può derivare anche la scelta a favore della tirannia, paradosso che Popper considera immanente a tutte le forme platoniche di governo). Vedi K.R. Popper, *op. cit.*, vol. I, *The Spell of Plato,* 109-110 e 225-6 nota 4 al cap. 7.

[10] Cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (*revised ed.*), 1999, 313 (sulle condizioni presupposte all'applicazione del principio di maggioranza) e 417, 462-3 (sul radicamento della sua teoria di giustizia nel pensiero di Kant).

[11] In forza del quale, come è noto, «lo Stato liberale vive di presupposti che non può garantire», v. E.W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), trad. it. in M. Nicoletti (a cura di), Brescia, 2006, 68. Il teorema in questione è posto al principio delle riflessioni di O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, questa *Rivista*, 1, 2018, 1.

zionismo e dei discorsi di odio al paradosso popperiano[12], soprattutto nella versione fornitane da Rawls[13], l'accostamento del modello della democrazia protetta o militante alla pretesa di prescrivere la verità oggettiva delle notizie implicherebbe una ulteriore e gigantesca dilatazione della nozione di pericolo concreto, talmente arbitraria da risultare estranea a qualsiasi teorizzazione democratica.

Invece, è il teorema di Böckenförde (o meglio, una determinata lettura di quel teorema) che può condurre direttamente sul terreno dell'etica della verità[14], la quale è fiorita – sia pur seguendo percorsi diversi[15] – all'interno di teorie dello Stato costituzionale tributarie della dottrina dell'integrazione, come quelle proposte da Häberle[16] e Habermas[17].

Da questo punto di vista il tema delle *fake news* si ricollega all'incremento della tutela del sentimento religioso, ma anche alla repressione del negazionismo e dell'*hate speech*,

[12] Come è noto, Popper ritiene superabili entrambi i paradossi platonici grazie a un regime fondato sull'eguaglianza, sul controllo dei pubblici poteri, sulla protezione dei diritti dei cittadini e sulla «tolleranza nei confronti di chi è in grado di ricambiarla», poiché «*Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. If we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them…We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerant*». Cfr. K.R. Popper, *op. cit.*, vol. I, 226, nota 4 al cap. 7. Anche se in altre parti della sua opera Popper sembra a tratti condizionare l'intolleranza degli intolleranti all'uso della forza (K.R. Popper, *op. cit.*, vol. I, 97; vol. II, *op. cit.*, 116, 225), nella parte dedicata alla più organica spiegazione del suo "paradosso della tolleranza", l'Autore rivendica la necessità di qualificare come illeciti («*outside the law*») i movimenti che predicano l'intolleranza e di perseguire penalmente l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione, alla stessa stregua dell'incitamento all'omicidio e al rapimento o dell'incitamento alla restaurazione della tratta degli schiavi: cfr. K.R. Popper, *op. cit.*, vol. I, 226, nota 4 al cap.7. In questo senso, la condizione posta da Popper per reprimere giuridicamente gli intolleranti non è il mero abbandono del «piano argomentativo razionale» con la conseguente denuncia di ogni argomento e l'uso della forza da parte loro, poiché questa evenienza dovrebbe giustificare addirittura il «diritto di sopprimerli».

[13] J. Rawls, *op. cit.*, 191-193, che (oltre ad escludere «*the right to suppress them*») sembra condizionare la repressione giuridica degli intolleranti ad una clausola più vicina alla nozione di pericolo concreto, dove sostiene che la libertà di questi ultimi potrebbe essere ristretta solo quando i tolleranti ritengano «*sincerely and with reason* […] *that their own security and that of the institutions of liberty are in danger*» e che all'uopo «*a* […] *stringent condition is required: there must be some considerable risks to our own legitimate interests*».

[14] Cfr. G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, 23 e 36-7 in cui si nota come l'uso che si è fatto del noto teorema è andato ben al di là delle intenzioni di Böckenförde, il quale negli anni recenti «forse per evitare strumentalizzazioni clericali del suo pensiero» aveva insistito sulla insostenibilità giuridica di uno Stato liberale che rinunciasse alla libertà, alla laicità, alla tolleranza, all'eguaglianza e al pluralismo.

[15] Per quanto riguarda Habermas, è stato notato come l'Autore, pur partendo dal principio primo dello Stato costituzionale (ossia che «nessuno possiede a priori una verità unilaterale che possa diventare, di per sé, cioè fuori dal confronto nel dibattito pubblico, una verità per tutti»), finisca poi per indicare una prospettiva normativa per la convivenza tra fede e ragione fondata sull'assunzione di alcune verità basilari del pensiero religioso che si risolvono nella prevaricazione della libertà e nella rinuncia ai presupposti del pensiero razionale. In questo senso, G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 24-26 a proposito di J. Habermas – J. Ratzinger, *Etica, religione e Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, 232-60. Sul diverso percorso intrapreso da Häberle quanto «all'integrazione nello stato costituzionale dei problemi di verità», vedi *infra,* § 7.

[16] Per l'influsso esercitato dalla dottrina dell'integrazione sul pensiero di Häberle, v. P. Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, 143 ss., spec. 145-147 e lo stesso Peter Häberle, ricordando Konrad Hesse, suo maestro e maggiore allievo di Smend, in P. Häberle, *Dalla Staatsrechslehre alla società aperta del diritto costituzionale comparato ed europeo*, in *Nomos*, 2, 2016, 2.

[17] Sui legami tra il pensiero di Habermas e quello di Smend, posto all'origine delle riflessioni sulla sfera pubblica, vedi P. Ridola, *op. cit.*, 130 ss.

portando al centro dell'indagine l'interrogativo presupposto ad ogni occasione di attrito tra realismo e formalismo giuridico: quale è il terreno su cui si gioca la partita? Entro quale scenario socio-politico e giuridico dovremmo testare il teorema di Böckenförde? Sarà pertanto necessario analizzare il contesto storico generale che ha dato i natali alla policy *anti-fake news*, con particolare riferimento al mondo dell'informazione. Solo così potremmo tentare di capire a quale idea di Stato e di società corrispondano questi indirizzi politici.

2. Le politiche *anti-fake news* in Francia, Germania, Italia e UE

In questi giorni si discute nel Parlamento francese la proposta di legge sulla lotta alle false informazioni durante il periodo elettorale[18], che prevede sia l'introduzione di un potere di censura amministrativa sul mezzo televisivo nei confronti di contenuti riconducibili alla propaganda di Paesi stranieri[19], sia il sequestro giurisdizionale d'urgenza nei confronti di notizie online asseritamente false.

La proposta è stata aspramente criticata dalla principale organizzazione rappresentativa dei giornalisti d'oltralpe, anche per la parte relativa alla rimozione delle *fake news* sul web. Come si legge nel comunicato stampa diramato dal SNJ (Sindacato Nazionale dei Giornalisti) il 10 marzo 2018, attribuire ad un giudice il potere di rimuovere una notizia entro 48 ore dal ricorso significa conferirgli il potere di «decidere sulla veridicità di notizie la cui attendibilità richiede talvolta indagini di diversi mesi». Allo stesso tempo questo sistema oltre ad «indebolire la protezione delle fonti giornalistiche», metterebbe in pericolo «l'intera catena dell'informazione». In definitiva, «con il pretesto di combattere la diffusione di notizie false, questo testo minaccia la libertà di espressione e la libertà di informare»[20].

In effetti, l'introduzione di questo potere del giudice civile, pur tecnicamente riconducibile al sequestro – in quanto operante dopo la pubblicazione e la contemporanea diffusione in rete delle notizie – può rappresentare nella sostanza una forma di censura irreparabile: infatti il sequestro sarebbe destinato ad intervenire indipendentemente da

[18] Si tratta in realtà di due progetti di legge "gemelli" nel contenuto, ma non nella forma: uno è un progetto di legge ordinaria per le elezioni parlamentari ("Proposta di legge sulla lotta alle false informazioni", n. 799 del 21 marzo 2018); l'altro è un progetto di legge organica per le elezioni presidenziali ("Proposta di legge organica sulla lotta alle false informazioni", n. 772 presentata il 16 marzo 2018). Entrambe sono reperibili su http://www.assemblee-nationale.fr.

[19] L'art. 5 della proposta n. 799 del 21 marzo 2018 (che aggiungerebbe l'art 33-1-1 alla legge 30 settembre 1986 sulla libertà di comunicazione) prevede che durante il periodo elettorale il *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* potrà «impedire, prevenire, sospendere o porre fine alla diffusione di servizi televisivi controllati da uno Stato straniero o sotto l'influenza di questo Stato qualora essi ledano gli interessi fondamentali della Nazione o prendano parte ad attività destabilizzanti per le sue istituzioni, in particolare attraverso la diffusione di notizie false, volte ad alterare la sincerità del voto».

[20] Cfr. Comunicato stampa 10 marzo 2018 del Sindacato Nazionale dei Giornalisti francesi.
Dello stesso tenore le critiche rivolte ai due progetti di legge da J. Cagé, *«Loi de fiabilité et de confiance de l'information»: de la transparence, oui, mais à touslesniveaux*, in https://blogs.mediapart.fr, 19 febbraio 2018.

ogni dubbio relativo alla commissione di un illecito[21], per giunta sulla scorta di un parametro assolutamente indeterminato (perché il testo parla solo di «informazioni false in grado di influire sulla sincerità del voto»[22]).

Ad analoghi esiti, ma con l'aggravante dell'assenza di un giudice, conduce la legge tedesca del 30 giugno 2017, c.d. *NetzDG*. Qui la censura viene esercitata per interposta persona, imponendo ai *social network* di rimuovere (entro sette giorni) contenuti «non manifestamente illeciti» ma fatti oggetto da parte degli utenti di un certo numero di segnalazioni a causa della asserita «falsità del loro contenuto»[23]. In sostanza, le *fake news*, vere o presunte, vengono trattate alla stessa stregua della pedopornografia, della istigazione alla violenza o al terrorismo con una lieve differenza quantitativa circa i tempi di rimozione (da operarsi, per queste ultime fattispecie, entro 24 ore). Inoltre è prevista l'istituzione di una autorità di autoregolamentazione, riconosciuta da un organo del Ministro della Giustizia, il quale d'intesa con il Ministro dell'Interno e il Ministro dell'Economia adotta anche i principi amministrativi generali volti a regolare l'esercizio della discrezionalità da parte dell'autorità in questione[24].

A questo provvedimento si ispirava quasi pedissequamente il disegno di legge Zanda sulle *fake news* che era stato presentato al Senato il 14 dicembre 2017, durante la XVII Legislatura. In base al disegno di legge italiano – così come per la legge tedesca – il termine di sette giorni per la rimozione di contenuti non manifestamente illeciti era superabile solo in due diverse ipotesi: o nel caso in cui la decisione sull'illiceità del contenuto fosse dipesa da false affermazioni o dalla necessaria verifica di altre circostanze fattuali, perché allora si sarebbe dovuto consentire all'utente di rispondere al reclamo prima della pronuncia della decisione; oppure nel caso in cui, entro sette giorni dalla ricezione del reclamo, il *social network* avesse deciso di delegare la decisione in materia a un'istituzione di autoregolamentazione[25] riconosciuta con apposito decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della Giustizia, sentito il Garante per la protezione dei dati personali[26].

Sempre in Italia, mentre in questi primi mesi della XVIII Legislatura si è assistito ad una

---

[21] Per l'idea in forza della quale il sequestro giurisdizionale degli stampati, pur non impedendone la stampa e la pubblicazione (a differenza, rispettivamente, delle autorizzazioni e della censura) ne impedisce comunque la "diffusione" o "l'ulteriore diffusione" e dunque può rappresentare nella sostanza una forma irreparabile di censura, qualora venga disposto prima dell'accertamento dell'illecito da parte del giudice, v. C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, 1984, 67 e adesivamente M. Manetti, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 774.

[22] In base all'art. 1 c. 2 della Proposta di legge sulla lotta alle false informazioni, n. 799 del 21 marzo 2018 (che reca modifiche all'art. L-163-2 del *Code Electoral*), l'ordine di sequestro giurisdizionale scatta per i fatti consistenti in «informazioni false che possono influire sulla sincerità del voto» e che «vengono diffusi artificialmente e in modo massiccio attraverso un servizio di comunicazione pubblica online».

[23] Cfr. art. 1, sez. 3, par. 2, punto 3, lett. *a)* del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG* (titolo lungo: *Gesetzzur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*) ossia della legge 30 giugno 2017 "per migliorare l'applicazione del diritto sui social network", reperibile in lingua inglese online.

[24] Cfr. art. 1, sez. 4, par. 4 e sez. 3, par. 7 del *NetzDG,* cit.

[25] Cfr. art. 2, par. 2, lett *c)*, punti 1 e 2 del disegno di legge AS 3001, Zanda e Filippin, "Norme generali in materia di social network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle *fake news*".

[26] Cfr. art. 3, par. 3 del progetto di legge AS 3001, cit.

attenuazione dei toni e della pressione sul tema[27], per quanto riguarda la Legislatura terminata nel marzo 2018, oltre al disegno Zanda, occorre menzionare anche la proposta di legge volta a reprimere penalmente le *fake news*, sulla falsariga della legge approvata in Malaysia il 2 aprile 2018 (ma abrogata dopo appena sei mesi di vigenza), del disegno di legge presentato dal Governo filippino nel giugno 2017 e dell'analogo disegno di legge governativo che era stato presentato in India nell'aprile 2018, salvo poi essere ritirato in seguito alla mobilitazione di ampi settori dell'opinione pubblica[28].

Il riferimento è al disegno di legge Gambaro (presentato al Senato il 7 febbraio 2017) il quale intendeva rinverdire quelle fattispecie di reato che nel Codice Rocco rappresentano il legato più tipico del ventennio: con l'introduzione degli artt. 265-*bis* e 265-*ter*, il progetto si proponeva in sostanza di estendere al tempo di pace la punizione del «disfattismo politico» (reato attualmente previsto solo per il tempo di guerra dall'art. 265 c.p.); con l'art. 656-*bis* invece si sarebbe creato un altro reato di pubblicazione o diffusione di «notizie false, esagerate o tendenziose» (già previsto dall'art. 656 c.p.) per estenderlo al web – ad eccezione delle testate giornalistiche online – senza peraltro inserire nel testo del nuovo articolo la condizione di punibilità (la turbativa dell'ordine pubblico) che ha preservato l'art. 656 del c.p. da una dichiarazione di incostituzionalità[29]. Almeno fino all'ultima volta in cui il giudice delle leggi è stato interrogato sul punto (era il 1976).

Unanime il coro dei giuristi sul citato disegno di legge: violazione dei principi di determinatezza, tassatività e offensività delle fattispecie di reato, connessa alla patente violazione della libertà di manifestazione del pensiero in nome di un sinistro richiamo allo Stato Etico di matrice totalitaria, se non al suo antesignano medievale fondato sulla

[27] Almeno da quel che si può dedurre dal tenore della proposta di legge, AC 1056, Fiano e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 3 agosto 2018, la quale tenendo conto dei rilievi avanzati dalla dottrina a proposito dei progetti presentati nella scorsa Legislatura (in particolare di quelli formulati da G.E. Vigevani e da C. Melzi d'Eril, come si legge nella relazione introduttiva), ha optato per un approccio meno invasivo dei pubblici poteri, puntando sulla «istituzione di una Commissione di inchiesta sulla diffusione intenzionale e massiva di informazioni false attraverso la rete internet e sul diritto all'informazione e alla libera formazione dell'opinione pubblica». Attualmente però non sono ancora stati pubblicati i testi delle altre due proposte di legge presentate il 31 ottobre 2018 alla Camera dei Deputati: AC 1325, Minardo, "Norme per regolamentare il funzionamento delle piattaforme di comunicazione e delle comunità virtuali nella rete internet"; AC 1328, Pastorino, "Istituzione dell'Osservatorio nazionale per il monitoraggio della rete internet".

[28] Sulle alterne vicende della legislazione *anti-fake news* nel sud-Est asiatico, oltre a D. Funke, *A guide to anti-misinformation*, *op. cit.*, si vedano anche i due articoli apparsi su https://www.theguardian.com/world/, rispettivamente il 17 agosto e il 3 aprile 2018 (*Malaysiascraps 'fake news' law used to stifle free speech*; *India backs down over plan to banjournalists for 'fake news'*) e quello apparso su https://theaseanpost.com/article/combating-fake-news-balancing-act il 21 agosto 2018 (*Combatingfake news: A balancingact*) che dà conto dello stato delle normative proposte o già vigenti negli altri paesi dell'area.

[29] Si veda C. Cost., 16 marzo 1962, n. 19, §. 4, in cui la Corte dichiara non fondata la q.l.c. sollevata in relazione all'art. 656 c.p. ritenendo che esso punisca le notizie esagerate, false o tendenziose «solo in quanto idonee a turbare l'ordine pubblico». Qui si accoglie una nozione di ordine pubblico inteso come «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», salvo poi dilatare la nozione di pericolo concreto ed effettivo includendo l'art. 656 c.p. tra le disposizioni legislative che «in modo proporzionato» sono «volte a prevenire e reprimere siffatti turbamenti». Questa posizione fu ribadita durante gli anni di piombo (C. Cost., 29 dicembre 1972, n. 199 e C. Cost., 3 agosto 1976, n. 210) e il referendum relativo all'abrogazione dell'art. 656 c.p. fu dichiarato inammissibile a causa della eterogeneità del quesito (C. Cost., 7 febbraio 1978, n. 16). Da allora l'art. 656 c.p. non è più giunto all'attenzione della Corte.

negazione del diritto di eresia[30].

Non meno inquietudine destano gli interventi pubblici apparentemente più morbidi ma tesi comunque a delegittimare e a privare delle necessarie risorse finanziarie l'espressione di opinioni sgradite, sempre facendo leva sul carattere inevitabilmente indeterminato della nozione di falso informativo.

Ciò è reso palese dal recente scandalo suscitato dall'operato della piattaforma online europea EUvsDisinfo, creata dall'UE per difendersi dalle campagne di propaganda attribuite al Cremlino[31].

Nel gennaio 2018 la piattaforma ha etichettato come falsi informativi tre contenuti relativi all'Ucraina apparsi tra il 2015 e il 2016 su un blog e su due testate olandesi online[32]. In particolare, l'articolo pubblicato dal giornale *The Post Online* il 19 novembre 2015 riportava le opinioni di Stefan Huijboomun, giornalista olandese che vive in Ucraina e che descrive il Paese come uno Stato oligarchico e senza media indipendenti, onde poi segnalare la crescita dei movimenti fascisti e l'alta considerazione di cui gode l'esercito di resistenza, accusato di aver ucciso migliaia di ebrei durante la II Guerra mondiale[33]. I responsabili della piattaforma – che avevano agito su istanza di un'associazione denominata "*Promote Ukraine*" – si sono trincerati dietro un «errore di traduzione»[34], come se delegittimare apoditticamente una opinione (ossia la frase frutto dell'errore: «L'Ucraina è uno Stato fascista»[35]) etichettandola istituzionalmente come "notizia falsa", possa rappresentare un fatto meno grave.

La questione ha scandalizzato la stampa d'oltreoceano. Emblematico l'articolo a firma di Michael Birnbaum, apparso sul *Washington Post* del 25 aprile 2018, dal titolo: «L'Eu-

---

[30] Vedi, tra gli altri, M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 3, 6-7 e C. Melzi d'Eril, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 60 ss, 62-64, 67; M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 26 ss, 31. Da una diversa angolazione, il disegno di legge Gambaro AS 2688 è stato criticato anche da chi ritiene che la scelta imboccata dal legislatore tedesco, pur esponendosi al rischio di censure, sia più in linea con le tendenze in atto poste in essere per affrontare il problema della disinformazione on-line, v. F. Pizzetti, *op. cit.*, 48 ss. e 56.

[31] L'iniziativa fa parte della *East Strategic Communication Task Force*, varata nell'ambito della PESC (artt. 23 ss. TUE) dando seguito alle Conclusioni del Consiglio Europeo del 19-20 marzo 2015.

[32] Uno era apparso sul blog di estrema destra *Geen Stijl* con il titolo "*Live! Geen Peillecture by Poroshenko to Uni Leiden*" in data 27 novembre 2015, a proposito della conferenza del Presidente Ucraino Poroschenko nell'Università di Leiden. Il secondo, dal titolo "*Buk manufacturer rejects conclusions MH17*" era stato pubblicato sul giornale on-line regionale *De Gelderlander* il 28 settembre 2016, e riproduceva parte del comunicato stampa di Almaz-Antey – un trafficante di armi russo – sul tema dell'abbattimento dell'aereo della Malaysia Airlines. Il terzo era stato pubblicato sul quotidiano *The Post Online* il 19 novembre 2015, su cui v. *infra*, nt. 31. Si veda il ricorso giurisdizionale presentato dai tre siti contro la piattaforma EUvDisinfo innanzi al Tribunale di prima istanza di Amsterdam.

[33] Si tratta dell'articolo di Chris Aalberts, *#Bruslog: ThierryBaudetis the Netherlands' foremostexpert on Ukraine*, 19 novembre 2015, che trattava della relazione tenuta da Stefan Huijboom al congresso del partito conservatore *Forum voor Democratie* (FvD) ironizzando sull'atteggiamento ostruzionistico posto in essere dal presidente del FvD, Thierry Baudet, nei confronti del relatore.

[34] Come si legge nel comunicato della task force EUvsDisinfo dell'8 marzo 2018, relativo alla rimozione dei tre articoli olandesi.

[35] Frase peraltro attribuita all'articolo del blog *Geen Stijl* dal titolo "*Live! Geen Peillecture by Poroshenko to Uni Leiden*", cit. In realtà nell'articolo si suggeriva di chiedere numi al Presidente Poroshenko riguardo alla «politica fascista latente sottotraccia nel suo paese»: la locuzione conteneva un link ad un articolo apparso sul *Guardian* in cui il sociologo ucraino Volodymyr Ischenko parlava di questo fenomeno.

ropa vuole reprimere le notizie false. Ma ciò che per qualcuno è una notizia falsa, per qualcun'altro è dissenso democratico»[36].

Ciò nonostante, il 26 aprile 2018 la Commissione Europea ha annunciato di voler esportare il modello di EUvsDisinfo alla sua politica di contrasto della disinformazione online.

Innanzitutto le piattaforme saranno tenute ad adottare un codice comune di buone pratiche teso, tra le altre cose, «a restringere il numero di possibili bersagli di propaganda politica e ridurre il profitto dei vettori di disinformazione». Inoltre, un gruppo di "esperti" reclutati da un centro di ricerca privato (l'*International Fact Cheking Network* - IFCN, ramo del *Poynter Institute*), qualificati alla stregua di «verificatori di fatti» agiranno su una apposita piattaforma online gestita dall'UE, con la pretesa di insegnare il mestiere ai giornalisti, etichettando come vere o false le informazioni circolanti online[37].

Per avere un'ulteriore riprova di come tali sistemi finiscano in realtà per colpire le opinioni più che i falsi digitali, è sufficiente controllare i due siti italiani di "verificatori di fatti" già accreditati presso l'IFCN (Pagella Politica e Lavoce.info) all'interno dei quali attori certamente non estranei al dibattito politico etichettano non solo dichiarazioni relative a dati verificabili, ma anche analisi di carattere generale aventi ad oggetto lo stato della società e dell'economia italiana. Esempio tipico: l'Italia si sta impoverendo negli ultimi anni? Bufala! Perché esiste una statistica sulla "povertà assoluta" nel biennio tal dei tali che la considera stabile.

Come dice Margaret Sullivan sul *Washington Post* (8 gennaio 2017) è l'espressione "*fake news*" ad essere fuorviante e pericolosa, e sarebbe ora di metterla in soffitta[38].

Così mentre la stampa statunitense fa retro marcia, sia pur tardivamente (cioè, da quando il Presidente Trump ha utilizzato l'ideologia delle *fake news* a suo uso e consumo), da quest'altra parte dell'Atlantico l'UE pensa di imporre a tutte le piattaforme un procedimento direttamente ispirato ai costosi "sistemi di assicurazione della qualità delle notizie" che Google e Facebook[39] hanno già spontaneamente adottato nel 2017 per consolidare, assieme al loro «capitale reputazionale»[40], il sostanziale duopolio nel mercato dei servizi online, e quindi il dominio nella selezione delle notizie accessibili e "sponsorizzabili" sul (clear) web.

Il sistema è basato sui reclami del consumatore-utente (ossia del soggetto paternalisticamente indicato come vittima predestinata delle *fake news*) e soprattutto sul referaggio di "esperti" (Facebook si è affidato proprio alla rete di verificatori che fa capo all'IFCN) che per ora sfocia nella qualificazione di una notizia come "contestata". La conseguenza di norma non è la rimozione, anche se il 18 aprile 2018 Facebook ha bloccato alcuni

---

[36] Così M. Birnbaum, *Europe wants to crack down on fake news. But one person's fake news is another's democratic dissent,* in *hiips://www.washingtonpost.com,* 25 aprile 2018, parafrasando chiaramente la famosa frase del giudice Harlan nel caso *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), su cui v. *infra* §. 7.

[37] Commissione europea - Comunicato stampa del 26 aprile 2018, "Lotta alla disinformazione online: proposta della Commissione di un codice di buone pratiche dell'UE".

[38] M. Sullivan, *It's time to retire the tainted term 'fake news'*, in *Whasington Post*, 8 gennaio 2017.

[39] Su questo sistema, v. le considerazioni critiche di M. Monti, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 79 ss., 88 che condivide le preoccupazioni del mondo giornalistico circa la possibilità di scelte politicamente orientate dei *fact-checkers* da parte di Facebook.

[40] M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete,* cit., 26 ss., 34.

siti filippini ritenendoli latori di *fake news*. Tuttavia, per la notizia contestata scatta il divieto di sponsorizzazione.

Ed è questa, ancor più dei sequestri, delle censure e delle repressioni penali, l'arma in assoluto più potente per far sparire le notizie urticanti o sgradite che, per definizione, sono narrazioni "contestate".

3. La policy *anti-fake news* della Commissione UE come manifestazione dell'indirizzo politico impresso al mercato unico digitale: cenni alla riforma della privacy e del diritto d'autore

Da tale angolo visuale, la campagna euro-unitaria contro le *fake news* sembra accordarsi perfettamente con le linee espresse in altri settori della policy del mercato unico digitale, con particolare riferimento alla nuova disciplina sui dati personali e alla proposta di direttiva per la riforma del diritto di autore.

Le critiche mosse dalla dottrina alla sentenza CGUE *Google Spain*[41] in materia di diritto all'oblio, che affida alle piattaforme online il delicato bilanciamento tra quest'ultimo e la libertà di espressione e di informazione[42], possono agevolmente trasporsi all'art. 17 del GDPR[43] che ha incorporato i dettami di quella decisione[44].

Così come, guardando al complesso della nuova disciplina sulla tutela dei dati personali, il timore che tali previsioni finiscano per rafforzare il duopolio di Google e Facebook in

[41] Vedi in particolare O. Pollicino, *Google rischia di rivestire un ruolo paracostituzionale,* in *Il Sole 24 Ore*, 24 maggio 2014, e G.E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 11 ss., 20 che a proposito di CGUE, C-131/12, *Google Spain* v. *Agenzia Spagnola dei Protezione dei Dati* (2014), sul diritto di deindicizzazione dei dati personali dai motori di ricerca, osservano come l'attuazione di questa decisione avrebbe trasformato gli operatori di Internet in attori para-costituzionali, affidando loro un «tendenziale arbitrio nella definizione dei criteri per la selezione delle notizie».

[42] Si veda il §. 4 della cit. sentenza CGUE *Google Spain*: «l'obbligo di cancellazione dei link dall'elenco dei risultati di ricerca ricade su quelle pagine web che contengano dati che pur essendo esatti siano inadeguati, non pertinenti o eccessivi in rapporto alle finalità del trattamento, che non siano aggiornati, oppure che siano conservati per un arco di tempo superiore a quello necessario, a meno che la loro conservazione non si imponga per motivi storici, statistici o scientifici»; il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali (artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) «prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

[43] Regolamento UE 2016/679, del 27 aprile 2016, "Regolamento generale sulla protezione dei dati", d'ora in poi GDPR, il cui testo, aggiornato con le rettifiche pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 127 del 23 maggio 2018.

[44] Vedi l'art. 17 del GDPR, rubricato "Diritto alla cancellazione" («diritto all'oblio»), che ha previsto il diritto di cancellazione sia dei dati personali ritenuti non più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati (par. 1 lett. *a*), sia di qualsiasi link, copia o riproduzione degli stessi (par. 2), fornendo poi un elenco delle deroghe a questo principio generale tra le quali compaiono generici riferimenti «all'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione» e alla «ricerca scientifica o storica» (par. 3 lett. *a* e *d*).

materia di raccolta pubblicitaria online, sembra confermato dalla crescita di entrambi i colossi della rete negli utili e nel fatturato pubblicitario del primo trimestre 2018[45].

Non è solo una questione di oneri finanziari e organizzativi che, a differenza di Google e Facebook, sono difficilmente sostenibili dalle piccole imprese del web. Si tratta della enorme disparità tra queste ultime e i due giganti della rete, sia in termini di reputazione e quindi di facilità nella raccolta dei consensi al trattamento dei dati, sia in termini di potere contrattuale derivante dal possesso dei c.d. big data, grazie al quale solo Facebook e Google potranno sopravvivere anche senza il preventivo assenso di una parte dei loro utenti al trattamento dei dati.

Difficile peraltro ignorare il paradosso di una disciplina che si affida agli *Over The Top* per la tutela della privacy e della libertà di informazione quando Google resta libera di mettere a disposizione del pubblico il software necessario a confezionare la più recente e subdola forma di falso digitale, il c.d. *deepfake*.

Allo stesso modo, la proposta di direttiva UE sul diritto d'autore (COM/2016/0593 final) ha suscitato un intenso dibattito mediatico e politico avente ad oggetto il futuro della libertà di manifestazione del pensiero, della cultura e della democrazia a causa di due previsioni.

La prima è inserita nell'art. 11, che impone la previa autorizzazione e il pagamento dei diritti di copyright agli editori per i c.d. *snippet*, ossia le anteprime degli articoli create automaticamente dai social network e dagli aggregatori di notizie nel momento della pubblicazione del link, anche se nella versione attuale (derivata dagli emendamenti approvati dal PE il 12 settembre 2018) ciò non vale per i «semplici collegamenti ipertestuali accompagnati da singole parole»[46].

La seconda delle due previsioni in questione è formulata nell'art. 13, in virtù del quale i soggetti che consentono la pubblicazione online di contenuti prodotti dai propri utenti hanno bisogno di una licenza per svolgere tale attività e devono, comunque, dotarsi di specifici filtri automatici capaci di identificare e bloccare la pubblicazione di ogni contenuto coperto da diritto d'autore in mancanza di un'adeguata licenza.

Nonostante sia unanimemente condivisa l'esigenza di arrestare il processo di cannibalizzazione dei contenuti posto in essere dagli *Over The Top* che lucrano limitandosi a riprodurre notizie frutto del lavoro di giornalisti e di editori (sottraendo a questi ultimi le risorse necessarie a produrre informazione), una parte del mondo della cultura e del giornalismo[47] ha segnalato l'inadeguatezza di tali misure rispetto allo scopo, nonché i

---

[45] Secondo l'analisi di A. Zampaglione, *Privacy, Google e Facebook guadagnano anche lì,* in *Repubblica - Affari e Finanza*, del 30 aprile 2018.

[46] Cfr. art. 11, par. 2-*bis* della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul "Diritto d'autore nel mercato unico digitale", COM - 2016/0280, come risultante dagli emendamenti apportati dal PE il 12 settembre 2018, visibili nel documento P8_TA-PROV(2018)0337, in www.europarl.europa.eu. Non è chiaro peraltro se l'interpretazione (o le eventuali successive modifiche) della dizione («semplici collegamenti ipertestuali accompagnati da singole parole») sarà in grado di escludere con certezza l'obbligo di pagamento e di licenza per la mera indicizzazione delle notizie, e soprattutto, se i colossi della rete saranno disposti ad indicizzare notizie senza *snippet*.

[47] Ad esempio, si veda la lettera aperta inviata al Coreper il 26 aprile 2018 (*Open Letter in light of the 27 April 2018 Coreper I Meeting*) sottoscritta da 147 organizzazioni del settore, tra cui, per l'Italia, l'Associazione Nazionale Stampa Online.
Si veda anche il comunicato del 3 luglio 2018 con il quale Wikipedia annunciava l'oscuramento di tutte

rischi che ne derivano per la libertà di informazione e per la stessa attendibilità delle notizie circolanti in rete[48].

In particolare si è osservato che stando all'esperienza spagnola e tedesca – in cui già vige una normativa sul diritto di autore che impone agli aggregatori di notizie, come Google News, di pagare agli editori un compenso per gli *snippet* – l'art. 11 della proposta di direttiva «potrebbe far sparire dalla rete soltanto le notizie dei giornali europei e, con tutta probabilità, i contenuti realizzati da piccoli editori e blogger»[49], per i quali le grandi piattaforme potrebbero essere intenzionate a non pagar alcun compenso[50]. Senza contare che se lo scopo è quello di tutelare i veri produttori delle news, l'idea di prevedere la stipula di accordi di licenza tra oligopolisti del web e singoli editori, non tiene conto della gigantesca disparità esistente, in termini di potere contrattuale, tra questi ultimi e «il Google di turno»[51], nonché delle inevitabili differenze di trattamento che gli *Over The Top* opererebbero tra piccoli e grandi editori.

Quanto all'art. 13 della proposta di direttiva, le notizie dei piccoli media indipendenti potrebbero sparire dalla rete a causa della generale responsabilità istituita a carico degli IP per la violazione del diritto di autore (da cui ovviamente deriverebbe una sproporzionata azione di censura privata volta ad abbattere il rischio di impresa). L'eventualità paventata al riguardo è che la Rete si trasformi «in una grande televisione nella quale pochi decidono la dieta mediatica di miliardi di cittadini del mondo»[52], senza che ne risulti scalfito, ma semmai rafforzato, l'oligopolio dei colossi della rete (gli unici in grado di sostenere il costo proibitivo necessario a sviluppare i filtri imposti dall'art. 13).

Benché attualmente nell'art. 13 della proposta sia stabilito che contro le cancellazioni dei contenuti i «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online istituiscano meccanismi di reclamo e ricorso celeri […] soggetti a verifica umana»[53] (ossia trattati dal personale della piattaforma e non da algoritmi), e nonostante sia esclusa l'applicabilità della nuova direttiva ai prestatori di servizi sulla rete che agiscono a fini non commerciali – quali ad esempio le piattaforme *open source*, le microimprese e le enciclopedie online[54] – ci vorrà tempo per verificare la fondatezza dei timori suscitati dagli artt. 11 e 13 del

le pagine dell'enciclopedia per protestare contro il testo della proposta di direttiva UE sulla riforma del diritto di autore, in vista del voto che si sarebbe tenuto tre giorni dopo (esitato in una provvisoria bocciatura del testo). Infine vanno menzionati i due appelli pubblicati il 24 aprile 2018 e il 6 settembre 2018 sul sito dell'Università di Amsterdam, firmati da 169 docenti che insegnano diritto della proprietà intellettuale, diritto di internet, diritti umani, e giornalismo nelle università di tutta Europa.

[48] In entrambi i citati appelli dei 169 docenti universitari europei si nota come la proposta di riforma UE del diritto di autore rischi di agevolare la diffusione delle *fake news*: se agli utenti di piattaforme come Twitter è vietato far circolare i link postati dagli abbonati a notizie on-line di qualità, accessibili pubblicamente, è probabile che tali utenti diffondano informazioni derivate da altre fonti.

[49] A.F. de Cesco, *La riforma Ue sul copyright online: ecco che cosa prevede e quali sono i dubbi,* in *Corriere.it,* 20 giugno 2018, scheda 7.

[50] Nello stesso senso C. Rossi, *Copyright, il caso Snippet. Cos'è e perché fa litigare editori e Google*, in www.startmag.it, 28 giugno 2018.

[51] A.F. de Cesco, *op. cit.*

[52] G. Scorza, *Link tax nella riforma Ue, ogni scorciatoia sul diritto d'autore mette a rischio la nostra democrazia*, in *Il Fatto Quotidiano,* 27 giugno 2018.

[53] Cfr. art. 13, par. 2-*ter* della proposta di direttiva COM 2016/0280, cit.

[54] Cfr. il considerando 37-*bis* della proposta di direttiva COM 2016/0280, cit.

progetto.

Inoltre, guardando all'impianto complessivo della riforma, la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale è stata ricondotta ad una tendenza normativa fondata sulla "bulimica" trasposizione al web del modello di "*ius excludendi*" in forza del quale si «impone la trasformazione dei rapporti concernenti opere o altri materiali protetti – oggetto di download o di altre più o meno marcate dematerializzazioni da un supporto fisico – da ordinari contratti di vendita a negozi di licenza o forniture di servizi». In sostanza, il rifiuto di applicare al web il modello di «dominio pubblico pagante» (quello che «le emittenti radiofoniche ed i locali di pubblico intrattenimento avevano invece conquistato fin dalla prima metà del secolo scorso per la trasmissione della musica commerciale senza veti o insostenibili costi di negoziazione») rappresenta un pericolo per la produzione, la fruizione e la diffusione della cultura e dell'informazione. Infatti, aderendo al modello di *ius excludendi* si finisce per erigere «insuperabili barriere di entrata», tenuto anche conto dell'irrompere delle creazioni dell'intelligenza artificiale neurale: «la possibilità della creazione di milioni o miliardi di opere dell'ingegno (solo) oggettivamente originali» e «potenzialmente inconoscibili, a priori, dai terzi» costituisce infatti una ulteriore sfida rispetto alla stessa *ratio* del diritto di proprietà intellettuale, basata sul concetto di «personalità dell'autore»[55].

Sul piano sostanziale, dunque, gli indirizzi politici euro-unitari nel campo della privacy e del diritto d'autore tendono a rafforzare il vantaggio già acquisito dai colossi della rete, con il rischio che la libertà di informazione venga regolata dalla logica del profitto all'interno di un mercato sempre più chiuso.

É la conseguenza derivante dalla tendenza ad istituire pezzo per pezzo la responsabilità editoriale delle piattaforme, moltiplicando le deroghe al principio generale derivante dall'art. 15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico[56].

Sul piano procedurale, invece, le discipline euro-unitarie in materia di privacy[57] e di dirit-

[55] A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi,* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2018, 471 ss.

[56] Il quale prevede che «gli Stati membri non impongono agli Internet Provider (prestatori di servizi internet) né ai fornitori di accesso a Internet un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite». Come nota M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete*, cit., 32, ciò attualmente implica, secondo CGUE, C-70/2010, *Scarlet Extended SA* vs *Soc. Belga degli Autori* (2011), l'illegittimità rispetto al diritto dell'UE di normative nazionali che impongano ai Provider obblighi di continuo e costante monitoraggio o di filtraggio automatico. Da questo punto di vista, sia il progetto di riforma del diritto d'autore, sia la nuova disciplina sulla privacy costituiscono ampie deroghe al divieto di istituire una responsabilità editoriale per gli IP. Inoltre, benché il principio venga attualmente fatto salvo dalla proposta di direttiva "Codice Europeo Comunicazioni Elettroniche", COM (2016) 590 del 14 settembre 2016, occorrerà verificarne la sopravvivenza alla fine del processo di riforma in atto: sul tema v. G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Torino, 2017, 234 ss.

[57] In base all'art. 58, par. 2, lett. *f)* del GDPR le autorità garanti a livello statale hanno il potere di imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento (salvo stabilire la possibilità di attribuire con legge nazionale ulteriori poteri, par. 6). In Italia, benché con il d.lgs. 101/2018 siano stati abrogati gli artt. 145 ss. del d.lgs. 196/2003 (che attribuivano espressamente poteri di natura inibitoria al Garante), lo stesso d. lgs. 196/2003, all'art. 166 (cc. 3 e 4) prevede attualmente che il Garante sia l'organo competente ad adottare i provvedimenti correttivi di cui all'art. 58, par. 2 del GDPR e che tali provvedimenti possano essere emanati anche «nell'ambito dell'esercizio dei poteri istruttori e d'indagine».

to di autore tendono ad accrescere i poteri inibitori delle *authorities*.
Si tenga presente che in Italia, proprio sulla scorta delle due più importanti Comunicazioni della Commissione in materia di mercato unico digitale[58], l'art. 2 della c.d. Legge europea 2017 ha inteso fornire una più completa attuazione delle direttive euro-unitarie già vigenti in materia di diritto d'autore[59], attribuendo all'Agcom un peculiare potere inibitorio. Si tratta del «potere di ordinare in via cautelare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine immediatamente alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, qualora le violazioni medesime risultino manifeste sulla base di un sommario apprezzamento dei fatti e sussista la minaccia di un pregiudizio imminente, e irreparabile per i titolari dei diritti»[60]. Stando alla bozza delle norme attuative (che in base all'art. 2 della citata legge spetta all'Agcom adottare) l'ordine cautelare è adottato in assenza di contraddittorio entro 3 giorni dalla ricezione dell'istanza[61].
La policy europea sulle *fake news*, come si è visto, finisce per funzionare allo stesso modo: affida al mercato o (in futuro) ad uno dei suoi garanti (una *authority*) un potere che negli ordinamenti liberali non potrebbe spettare neanche ad un giudice: la potestà di imperio sulla verità.
Il risultato, come si è visto, è quello di colpire le opinioni, più che la diffusione di dati falsi[62].

4. Essenza della democrazia pluralista e paradigmi costituzionali in materia di informazione

Da questa consapevolezza, del resto, muove la riflessione del costituzionalismo italiano in questa materia: «Le classiche ragioni sempre addotte contro le misure preventive, la censura, l'impedimento al libero uso dei mezzi, valgono anche contro l'ammissibilità di poteri del legislatore sul contenuto delle manifestazioni del pensiero», e tra queste ragioni «accanto alla fallibilità dei censori, la inutilità delle censure, la non pericolosità della manifestazione di opinioni» c'è pure «la incertezza della distinzione tra vero e falso»[63]. Anche chi ha rivendicato la possibilità di tracciare un confine tra fatti reali – oggetto

[58] Si tratta delle seguenti comunicazioni: "Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa" – COM (2016) 288 *final* del 25 maggio 2016; "Lotta ai contenuti illeciti online - Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *online*" - COM (2017) 555 *final* del 28 settembre 2017. Entrambe le comunicazioni della Commissione sono rivolte al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni.

[59] Direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE.

[60] V. l'art. 2 della l. 167/2017, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017".

[61] Il progetto dell'Agcom per attuare l'art. 2 della Legge europea 2017 consiste in una proposta di modifiche al *Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* (di cui alla delibera 680/13/CONS del 12 dicembre 2013), riportata nella delibera 8/18/CONS del 18 gennaio 2018.

[62] Vedi in proposito, criticando la citata legge tedesca, la policy euro-unitaria sulle *fake news* e la proposta del Presidente dell'Antitrust italiano sulla istituzione di una apposita authority, E. Morozov, *Moral panic over fake news hides the real enemy – the digital giants*, in *The Guardian,* 8 gennaio 2017.

[63] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 20.

di pura e semplice notizia – e opinioni, a condizione però che la verità dei primi fosse «almeno virtualmente, da chiunque verificabile»[64], ha ricondotto la libertà di informare, quanto a struttura e portata, al diritto sancito nell'art. 21 Cost[65]. Le notizie dunque sono: «affermazioni dell'esistenza dei fatti»[66], «affermazioni e relazioni di fatti aventi carattere di attualità»[67], le quali debbono considerarsi "pensiero" e, in quanto tali, coperte dalle garanzie discendenti dall'art. 21 Cost., come risulta da una giurisprudenza costituzionale risalente a C. Cost., 13 luglio 1960, n. 59.

Ecco perché dalla garanzia dell'art. 21 Cost. resta escluso il «subiettivamente falso, quindi la menzogna, il dolo, l'inganno, il raggiro, o la frode ma non invece l'obiettivamente erroneo»[68].

Ciò significa anche che la libertà del legislatore di vietare il pensiero subiettivamente falso sussiste solo quando sia raggiunta la prova della divergenza dell'espressione dal pensiero interiore e a condizione che tale divergenza possa danneggiare la pubblica fede ovvero pregiudicare interessi giuridicamente protetti dei singoli o della collettività[69].

Come è stato più volte ricordato da chi si è occupato di *fake news*, la dottrina ha sempre concordato nel ritenere che la diffusione di notizie false non possa essere ritenuta in sé e per sé illecita[70].

Chiara è l'adesione all'idea kelseniana del rapporto tra verità e democrazia, che presuppone, con il rifiuto di tutte le concezioni metafisico-assolutistiche, «la parità di ogni valore e di ogni verità al pari dell'individuo che li trova»[71].

Se ne ricava una idea di democrazia, quella pluralistica, fondata sulla centralità dell'individuo e quindi sul concetto di autodeterminazione individuale e collettiva[72].

Di qui il rigetto di ogni concezione funzionalistica della libertà di manifestazione del pensiero: «Rispetto allo Stato, allo svolgimento della vita dello Stato, il diritto così riconosciuto a volte apporterà dunque bene, a volte male, a volte rafforzerà un regime, a volte ne corroderà le basi e ne preparerà la fine»[73]; «Non la democraticità dello Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinarne la funzione e i limiti […]. Le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè il valore della persona umana) porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»[74].

---

64 V. Crisafulli, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il politico*, 1964, 285 ss., 288.

65 *Ibid*., 287 e 302.

66 C. Esposito, *op. cit.,* 39-40.

67 V. Crisafulli, *op. cit.,* 287, 296.

68 C. Esposito, *op. cit.,* 36-37 e nota 83. V. pure A. Pace, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 89-90 e M. Manetti, *ivi*, 789, nota 28.

69 A. Pace, *Art.* 21, cit., 89-90.

70 Così, pur partendo da una prospettiva molto diversa da quella di Esposito, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229.

71 H. Kelsen, *Forme di governo e concezioni del mondo* (1933), trad. it. in C. Geraci (a cura di), *Il primato del parlamento,* Milano, 1982, 37 ss., 56.

72 Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 6 (sulla scorta, tra gli altri, di Dworkin e Dahl).

73 C. Esposito, *op. cit.,* 9-10.

74 C. Esposito, *op. cit.,* 12.

La concezione che è alla base del rapporto tra democrazia e diritti individuali, tra i quali è incluso anche quello derivante dall'art. 41 Cost., ha condotto alla distinzione tra contenuti e mezzi di manifestazione del pensiero, accolta dalla Corte costituzionale con la sua giurisprudenza sul pluralismo informativo.
Questo principio, in entrambe le sue accezioni, è stato lo strumento per coniugare la suddetta impostazione in materia di libertà di manifestazione del pensiero con le altre norme costituzionali sulla forma di Stato: il pluralismo delle voci e delle tendenze ideali esistenti nella società, se da un lato funge da rappresentazione delle narrazioni sfornite di mezzi, dall'altro realizza il "diritto all'informazione", come pluralità costituzionalmente garantita di voci concorrenti[75] e fonti informative[76].
Nella giurisprudenza costituzionale relativa alla peculiare declinazione del principio di concessione rispetto all'emittenza radiotelevisiva privata, il diritto all'informazione «è qualificato e caratterizzato dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie, cosicché il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali e politici contrastanti». Solo in questa ottica si sostiene che il "diritto all'informazione" deriva dai «principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»[77].
Dunque, ferma restando l'esistenza nel nostro ordinamento di singoli e circoscritti diritti a prestazioni informative, deducibili da specifiche disposizioni costituzionali[78], il diritto all'informazione non coincide con una situazione giuridica soggettiva – in quanto tale azionabile – rispetto ad una informazione completa, corretta, imparziale ed obiettiva.
Né la giurisprudenza costituzionale ha fornito alcun seguito – sempre in relazione all'emittenza radiotelevisiva privata – all'enfatica inclusione nel "diritto all'informazione" di obblighi relativi, non solo alla continuità (che è obbligo modale) ma anche alla «completezza e alla correttezza dell'attività di informazione erogata», nonché al «rispetto della dignità umana» e «dell'ordine pubblico»[79].
Infatti, persino nell'ambito della comunicazione politica, il perseguimento delle finalità di cui agli artt. 1, 48 e 49 Cost. non consente di andare oltre l'imposizione alle emittenti radiotelevisive private di obblighi puntuali per periodi determinati di tempo (il periodo di campagna elettorale e referendaria) volti ad assicurare «la parità di accesso delle forze politiche e dei rispettivi candidati», senza mai giungere alla funzionalizzazione della libertà di manifestazione del pensiero[80].

[75] C. Cost., 14 luglio 1988, n. 826, §. 19, e C. Cost., 26 marzo 1993, n. 112, §. 7.

[76] C. Cost., 14 luglio 1988, n. 826, cit., p. 11. Sulla giurisprudenza costituzionale di questo periodo, vedi P. Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, 330 ss.

[77] C. Cost., 26 marzo 1993, n. 112, §. 7.

[78] A. Pace, *Libertà di informare e diritto ad essere informati*, in *Diritto Pubblico,* 2007, 459 ss., 465.

[79] C. Cost., 26 marzo 1993, n. 112, §. 7, in cui, come è stato rilevato, compare una somma di valori non tutti esplicitamente deducibili dal nostro ordinamento costituzionale: cfr. A. Pace, *Art. 21*, cit., 353.

[80] Come si legge in C. Cost., 7 maggio 2002, n. 155, §. 2.2, a proposito dell'imposizione alle emittenti radiotelevisive private di obblighi puntuali limitati a periodi determinati di tempo (le campagne elettorali e referendarie) in materia di propaganda politica in nome della parità di accesso delle forze politiche e dei

Allo stesso modo, gli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo rispetto «ad una informazione, completa, obiettiva, imparziale ed equilibrata» non implicano, nemmeno durante le campagne referendarie, che si possa pretendere da singoli soggetti «una comunicazione imparziale ed esauriente» la quale può derivare solo da «una informazione equilibrata che si sviluppi nel contraddittorio tra i diversi soggetti interessati»[81].

Si torna al punto di partenza: l'obiettività, l'imparzialità e la correttezza non possono essere "prescritte" in relazione alla singola notizia, ma al complesso del panorama informativo.

Non esiste alternativa, perché ogni tentativo di definire la nozione di falso informativo è fallace: la difficoltà nel definire la fattispecie, oltreché sul piano della legislazione, è emersa sul piano teorico[82] e ancor prima su quello linguistico[83]. Illuminante al riguardo l'ironica notazione dei compilatori del *Merriam Webster* che si dicono pronti a srotolare il tappeto rosso all'espressione *fake news* quando quest'ultima sarà in grado – alla stessa maniera del termine *red-carpet* – di ricoprire un significato a sé stante: attualmente però si reputa improbabile che la voce *fake news* possa trovare presto una collocazione nel dizionario, visto che si tratta di «una coppia auto-esplicativa», la quale nulla aggiunge al significato assunto dai due termini singolarmente presi[84].

---

rispettivi candidati. Sul tema si veda R. Borrello, *La Corte costituzionale e i regolamenti in materia di campagne referendarie della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi,* in Aa. Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace,* Napoli 2012, vol. I, 431 ss., spec. 432-34, 447-8.

[81] C. Cost., 12 marzo 1998, n. 49, §. 4 e C. Cost., 17 novembre 2000, n. 502, §. 3, ricordata a questo proposito da N. Zanon, Fake news *e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 5.

[82] Anche il più rigoroso tra i tentativi posti in essere per delimitare il concetto di *fake news*, infatti, ha dovuto scontare ampi margini di ambiguità. Ad esempio, si parte dal presupposto di escludere dal concetto di *fake news* gli errori non intenzionali, i pettegolezzi del web che non originano da un particolare articolo; le teorie cospiratorie «che per definizione mal si prestano ad essere verificate come vere o false»; la satira; le affermazioni dei politici; i reports che possono ingannare ma che non sono chiaramente falsi (G. Pitruzzella, *La libertà di informazione*, cit., 13-14), salvo poi proporre l'intervento di una autorità indipendente per ordinare la rimozione dal web dei contenuti informativi sulla cui attendibilità «esiste un conflitto tra parti che sostengono tesi diverse» (*Ibid.*, 27). Analoghe ambiguità emergono dal "Rapporto su *fake news* e disinformazione online" redatto dal gruppo di esperti istituito dalla Commissione europea: per un verso si riconosce che «il termine *fake news* è fuorviante perché di esso si sono appropriati i politici e i loro sostenitori per liquidare *reportage* sgraditi e […] il termine è diventato un'arma con la quale gli attori più importanti possono interferire nella circolazione delle informazioni, attaccando o minando la credibilità dei media indipendenti»; dall'altro, si propone il diverso termine di "disinformazione" riferendolo sia a pratiche «in nessun modo riconducibili al concetto di notizie» (come gli account automatizzati, i software robot, i network fasulli, gli articoli clonati, le campagne di *astroturfing*, i *visual memes*, le manipolazioni audiovisive, il *trolling* organizzato, etc.), sia a «contenuti che non sono effettivamente o completamente falsi». Cfr. European Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 12 marzo 2018, 10. Il Rapporto è stato redatto sulle seguenti basi: la citata Comunicazione COM (2016) 288, come modificata il 31 marzo 2017; la "Lettera di incarico" inviata da Juncker il 16 marzo 2017 alla nuova Commissaria per l'economia e la società digitale (Mariya Gabriel); la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su "le piattaforme online e il mercato unico digitale"; la Comunicazione COM (2017) 555 del 28 settembre 2017.

[83] Ad esempio, si possono porre a confronto le definizioni tratte rispettivamente dai dizionari Cambridge, Collins e Oxford: «*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*»; «*false, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting*»; «*false reports of events, written and read on websites*».

[84] Cfr. su https://www.merriam-webster.com/words-at-play/political-scandal-words/fake-news.

Non a torto in dottrina e nella giurisprudenza della Corte Suprema USA (caso *Alvarez* del 2012)[85] il tema della verità prescrittiva è associata a scenari Orwelliani[86]: la stessa forzatura linguistica derivante dal conio del lemma "*fake news*" evoca immediatamente la funzione conformatrice del pensiero svolta dalla neolingua[87] nell'ordinamento immaginario di Oceania.

In questo senso, la bufala nascosta dietro alla parola *fake news*[88] si coglie perfettamente applicando a questo (comodo) neologismo inglese la nozione di notizia falsa esagerata e tendenziosa, derivante dalla già citata fattispecie penale di epoca fascista.

Secondo la Corte costituzionale, fermo restando che l'espressione "notizie false", esagerate e tendenziose è una endiadi, «per notizie tendenziose […] bisogna intendere quelle 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 per il fatto che vengono riferiti o posti in evidenza soltanto parte degli accadimenti (eventualmente quelli marginali e meno importanti), sottacendone o minimizzandone altri (eventualmente di pari o di maggiore importanza […])[89]».

In definitiva, l'omissione è il dispositivo cardine della disinformazione: l'informazione si costruisce solo a partire da altre informazioni.

---

[85] La decisione è già stata menzionata in dottrina, ad es.: O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 74 e C. Melzi d'Eril, *op. cit.,* 64. Si tratta di *United States* v. *Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012). Il Sig. Alvarez era stato condannato sulla base di una legge, lo *Stolen Valor Act* del 2005, che puniva in sé e per sé le false dichiarazioni relative al fatto di essere stati insigniti con medaglie al valore militare. La Corte Suprema l'ha dichiarata incostituzionale per violazione del I Emendamento. Per l'individuazione della sentenza come *leading case* in materia di *fake news*, v. J. Stone-Erdman, *Just the (alternative) facts, Ma'am: the Status of Fake News Under The First Amendment*, in *First Amendment Law Review*, 2017, vol. 16, *issue* 410, 6.

[86] N. Zanon, *op. cit.*, 5. Quanto a *United States* v. *Alvarez*, cit., si veda la III parte dell'*opinion* del giudice Kennedy (a pag. 11 del pdf) che è stata recepita in motivazione dal *plenum*: «Permettere allo Stato di decretare che queste false dichiarazioni siano un reato, sia che vengano gridate dai tetti o espresse in un sussurro appena udibile, avallerebbe l'autorità pubblica a compilare una lista di argomenti in relazione ai quali sia punibile la falsità in sé e per sé. Si tratterebbe di attribuire allo Stato un potere in assenza di un principio che possa limitarne in modo chiaro l'esercizio. La nostra tradizione costituzionale si oppone all'idea che si abbia bisogno del Ministero della Verità di Oceania, quello immaginato da Orwell nel suo romanzo *1984*».

[87] G. Orwell, *1984*, 1949, ed. it. di A. Chiaruttini (a cura di), Milano, 1983, 25: «Non ti accorgi che il principale intento della neolingua consiste proprio nel semplificare al massimo le possibilità del pensiero? Giunti che saremo alla fine, renderemo il delitto di pensiero, ovvero lo psicoreato, del tutto impossibile perché non ci saranno più parole per esprimerlo. Ognuna delle idee che sarà necessaria verrà espressa esattamente da una "unica" parola, il cui significato sarà rigorosamente definito, mentre tutti gli altri significati sussidiati verranno aboliti e dimenticati».

[88] V. Zeno-Zencovich, *La "bufala" delle Fake news*, intervento al Convegno "L'informazione nelle democrazie digitali: fra servizio pubblico e *fake news*", Roma 26-28 ottobre 2017.

[89] C. Cost., 16 marzo 1962, n. 19, cit., §. 1.

5. L'insostenibile contraddizione tra la pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo e il contesto storico di riferimento: post-democrazia, mercato e società dell'informazione

É il momento di riflettere sulla pretesa dei pubblici poteri di qualificare il falso informativo senza previamente definire né l'oggetto della falsità, né tantomeno il parametro per affermarla, sul presupposto che sia sempre possibile verificare la rispondenza al vero oggettivo di qualsivoglia dato o notizia.

Una pretesa questa che appare vieppiù sospetta in un'epoca molto lontana da quella che Häberle – a pochi anni dal crollo del muro di Berlino – prefigurando una graduale costituzionalizzazione della «comunità dei popoli», considerava pronta «ad integrare i problemi di verità» nello Stato costituzionale[90].

Quella attuale, invece, è un'epoca dove ancora si impara «dolorosamente che la verità è la prima vittima delle guerre»[91], un'epoca entro la quale prosperano i peggiori nemici dell'informazione: gli eventi bellici e terroristici a livello globale e le attività di associazioni criminali operanti a livello transnazionale.

In termini prettamente materiali tali fenomeni hanno reso più difficile il reperimento di dati o notizie sul campo, favorendo al contempo una vera e propria *escalation* della violenza a danno dei giornalisti[92], mentre il conseguente stato di emergenza perenne per la sicurezza interna ed esterna dello Stato ha alimentato anche negli ordinamenti simili al nostro il fiorire di legislazioni sempre più restrittive del diritto di cronaca, a fronte di un panorama mondiale ancora caratterizzato dalla prevalenza di regimi non democratici entro i quali si inasprisce la repressione della libertà di stampa[93].

La considerevole omissione informativa che ne deriva è poi ulteriormente accentuata dalla crisi sistemica dei media che sta minando in radice l'aspirazione ad una informazione indipendente, completa ed obiettiva.

Si può accennare alla chiusura delle redazioni estere, al licenziamento di corrispondenti e inviati, alla generale contrazione delle risorse per l'informazione, nonché alla cieca credenza nell'illusione pubblicitaria digitale (i cui ricavi finiscono prevalentemente alle piattaforme che ospitano i contenuti più che a coloro che li producono) che ha portato gran parte delle testate a licenziare molti giornalisti abituati ad operare sul campo per far posto agli informatici e ai giornalisti delle edizioni digitali che sono costretti a lavorare senza abbandonare mai lo schermo[94].

Il risultato complessivo di questa crisi è noto: la diminuzione del numero degli individui che producono le notizie, rispetto a chi si limita a ri-produrle (*in primis*, i giganti della

[90] P. Häberle, *Diritto e verità* (1995), trad. it. di F. Fiore, Torino, 2000, 36, ed anche – sempre a proposito delle premesse storico-politiche poste alla base di quelle riflessioni – XVII, 6-7.

[91] *Ibid*., nota 52.

[92] Solo in Europa sono sette i giornalisti uccisi dall'inizio del 2017: Daphne Caruana Galizia, Jan Kuciak, Kim Wall, Nikolai Adruschenko, Dmitry Popkov, Saaed Karimian e Victoria Marinova. V. anche la classifica stilata da *Reporters Sans Frontieres* per il 2018 in https://rsf.org/en/ranking; e il Rapporto Unesco, *World Trends in Freedom of Expression,* cit., 133 ss.

[93] Vedi Rapporto Unesco, *World Trends in Freedom of Expression*, cit., 38.

[94] Sul tema v. J. Cagé, *Salvare i Media* (2015), trad. it. di S. Arecco, Milano, 2016, 42 ss. (e v. infra §.6).

rete), e soprattutto, la precarizzazione delle condizioni di lavoro dei primi – sul piano contrattuale e retributivo – con evidenti ricadute sulla possibilità di esercitare sul campo la professione e anche di resistere alle tradizionali pressioni cui è soggetta l'attività del giornalista.

Come è possibile, in questo quadro, concepire politiche pubbliche volte a definire e a censurare il falso informativo?

Non perché si ignori l'esistenza delle tecniche di falsificazione digitale, o il loro nesso con le nuove forme di propaganda occulta poste in essere da gruppi di potere pubblici o privati, o, ancora, i connessi problemi di trasparenza posti dall'anonimato in rete, in relazione alla produzione, alla diffusione e al finanziamento di contenuti informativi sui *social network* o comunque su spazi non riconducibili a prodotti editoriali.

Né si è inteso sminuire il problema posto dall'inedita velocità e quantità delle informazioni oggi disponibili in rapporto alla (invariata, o meglio, diminuita) quantità di tempo a disposizione per analizzarle o anche solo per recepirle[95].

Anzi. La gran parte dei giuristi dediti al diritto dell'informazione ha preso molto sul serio il tema delle *fake news*: pur non concordando con le soluzioni proposte da chi ha avuto il merito di porre l'accento su questo problema[96], si è riconosciuta la necessità di interventi pubblici volti a garantire una maggior trasparenza del web, anche in termini di fonti di finanziamento alle piattaforme e, più in generale, un insieme di regole atto non solo a contrastare i fenomeni di concentrazione nel mercato degli IP, ma anche a realizzare la concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra una molteplicità di fonti informative[97].

Inoltre – come è stato rilevato – il plebiscitarismo, la sfiducia nei corpi intermedi, la riduzione del cittadino a consumatore, del partito ad impresa e della politica a prodotto sono da almeno quindici anni al centro del dibattito scientifico: ed il timore «che le tecnologie digitali più che rivitalizzare le libertà democratiche costituzionalmente garantite possano finire con il contribuire al loro sostanziale svuotamento»[98] nasce proprio dalla consapevolezza circa i rischi derivanti dalla trasposizione al web della stesso tipo di economia di mercato che ha consentito un uso non trasparente, pervasivo e spregiudicato dei vecchi media.

---

[95] Si tratta di una osservazione comune in dottrina, ma v. già M. Pedrazza Gorlero, *La libertà di stampa nella post-modernità,* in Aa.Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Milano, 1999, 1191 ss., 1212.

[96] G. Pitruzzella – O. Pollicino – S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news,* Milano, 2017, *passim*. V. anche G. Pitruzzella, *Italy's Antitrust Chief; The Case For Regulating Fake News Online,* in *New Perspectives Quaterly*, 34(4), 2017, 32 ss.

[97] Per quanto riguarda il pluralismo esterno, sulla possibilità di applicare alle piattaforme on-line e ai social network le soglie anticoncentrazione previste in Italia per i media audiovisivi e radiofonici (grazie alle modifiche recate dalla l. 103/2012 all'art. 43, c. 10, del Tusmar) vedi R. Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 68 ss. In tema di *fake news*, a suggerire rimedi basati invece sui dettami complessivi discendenti dal pluralismo informativo – come ad esempio il rafforzamento del diritto di rettifica — sono in particolare G. E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news*, cit., 21 e M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 39 che riflette sulla necessità di ripensare un pluralismo basato anche sull'investimento nella preparazione dell'utente onde fornire gli strumenti tecnici e culturali adeguati per verificare l'attendibilità di una notizia.

[98] M. Cuniberti, *Le libertà politiche nell'era digitale*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Verona, 2014, 153 ss., 171.

Allo stesso modo, si è notato quanto la frammentazione della c.d. opinione pubblica in comunità chiuse ed autoreferenziali entro le quali gli individui finiscono per ricevere, in modo talvolta inconsapevole (in virtù dei processi di profilazione), solo notizie selezionate a loro immagine e somiglianza – perché atte a confermare i propri precedenti orientamenti[99] – rappresenti un fenomeno ben noto nei momenti di grande polarizzazione sociale e geo-politica, come insegna l'esperienza della guerra fredda[100].

La differenza fondamentale rispetto a quella esperienza, più che nei *social network*, va rinvenuta nella liquidità delle società contemporanee. O meglio, l'attuale frammentazione dell'opinione pubblica è solo un pallido riflesso della destrutturazione dei rapporti economico-sociali tipica della globalizzazione.

Ben prima dell'irruzione dei *social network*, una parte della dottrina metteva in guardia dal processo di «complessiva polarizzazione della comunicazione» – che altri celebravano invece come salutare sintomo del passaggio alla c.d. democrazia immediata – individuandone nitidamente le cause. Non la tecnologia, ma piuttosto le trasformazioni giuridiche tipiche della post-democrazia ed i conseguenti cambiamenti socio-economici: «La singolarità, che a partire dal manifesto cartesiano ha costituito il supporto della ragione […] viene a negarsi […] a frantumarsi […]» per far posto a «un sistema complesso di "isole" individuali e sociali, nel quale la sopravvivenza della razionalità viene affidata alla garanzia di esistenza e di comunicazione fra le isole […]. Alla razionalità singolare succede l'identità; alla comunicazione come scambio fra individui la comunicazione come rete che sorregge e – liminarmente – costituisce le identità singolari e collettive»[101].

L'idea che nell'era dei *social media* questo fenomeno assuma connotati inediti (o comunque tali da dover rimettere in discussione l'essenza della libertà di manifestazione del pensiero) cozza anche con un altro ragionamento, che quindici anni or sono fu utilizzato per ridimensionare, almeno parzialmente, il peso specifico della tecnologia televisiva sulle trasformazioni del circuito democratico.

Pur tenendo conto delle riflessioni di Mc Luhan, infatti, c'era chi notava «sulla scorta di Habermas» che «la crisi della discorsività razionale nella sfera pubblica coincide con l'avvento della democrazia di massa, che ha nel suffragio universale il suo punto di emersione sul piano giuridico, e risale dunque a ben prima dell'irruzione nell'universo democratico del tubo catodico», atteso che «l'avvento della democrazia e dei partiti (anche antisistema) di massa, gli strumenti tradizionali di raccolta del consenso e di costruzione dell'identità politica (comizi, cortei, volantini…) sono già ben al di là dell'idealtipo habermasiano di una sfera pubblica razionalmente attivata intorno alla politica»[102].

---

[99] Secondo il noto effetto di polarizzazione individuato da C.R. Sunstein, *Republic.com* (2002), trad. it. di A. Diez – D. Donati, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazione?,* Bologna, 2003, e ulteriormente sviluppato in Id., *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, spec. 52 ss.

[100] M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 32-33.

[101] M. Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, 1201 e 1194.

[102] Cfr. A. Di Giovine, *Libertà di informazione. O potere*?, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, 121 ss., 134-135. Il senso di questo rilievo si ritrova anche in M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione,* cit., 29, che ripropone le fondamentali riflessioni di Habermas sulle trasformazioni dell'opinione pubblica (J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), trad. it. di A. Illuminati – F. Masini – W. Perretta, Roma-Bari, 2005) per rilevare come se da un lato più che una sfera pubblica è sempre esistita una pluralità di sfere pubbliche in costante tensione e influenza reciproca «d'altro

Dati i presupposti teorici e positivi della democrazia pluralistica, il nodo dell'effettività della democrazia nell'epoca dei mass-media è sempre stato affrontato sul terreno del pluralismo informativo, a prescindere dalle teorizzazioni sociologiche che associano la stampa di opinione alla democrazia dei partiti, la televisione alla democrazia del pubblico e l'era di Internet alla c.d. democrazia delle bolle informative[103].

Non che sia stato basso il prezzo da pagare. Perché la formale equivalenza tra il diritto di manifestazione del pensiero del *quisque de populo* e di una impresa multinazionale dell'editoria dissimula totalmente una situazione di potere, come è stato messo in luce da chi, sul piano della teoria generale, ha visto nella mancata codificazione costituzionale di uno statuto dell'informazione (autonomo dalla disciplina della libertà di manifestazione del pensiero) la radice dalla sistematica violazione dell'art. 21 Cost. In assenza di quello statuto, infatti, l'inevitabile discesa in campo dell'art. 41 Cost. e il combinato disposto che ne deriva con l'art. 21 Cost. «dà luogo ad una sinergia fatalmente restrittiva del diritto di tutti [alla libertà di manifestazione del pensiero, ndr] e straordinariamente favorevole ai pochissimi che possono di fatto accedere al mercato dell'informazione»[104].

Ma anche da questa prospettiva sono parse «pressoché insuperabili» le «obiezioni di carattere giuridico» rispetto alla configurabilità di un «diritto alla completa e obiettiva informazione del cittadino»[105].

Allo stesso modo, altre ricostruzioni volte a mettere in luce l'ambiguità della concezione puramente individualistica della libertà di informare rispetto al significato della nostra forma di Stato non si sono mai spinte fino al punto di auspicare l'introduzione di una qualificazione giuridica del falso oggettivo[106].

In realtà, tutti i problemi derivanti dall'asimmetria del processo comunicativo – dalle cascate informative al suo perfetto pendant (l'omissione) – erano stati affrontati a partire dalla mancata attuazione del pluralismo informativo nei media tradizionali.

Un esito questo che è stato attribuito alle politiche degli ultimi trent'anni: con l'assoggettamento dell'informazione alle leggi di mercato si è rinunciato agli strumenti «che al di qua e al di là dell'Oceano» avevano il compito di mantenere la «finalizzazione originaria del dibattito pubblico»[107] alla luce delle incisive trasformazioni della sfera pubblica individuate da Habermas.

Alla base di queste considerazioni, poi, è generalmente condivisa la consapevolezza circa la pressione scaricatasi sulle democrazie pluralistiche in tempi di massivo analfabe-

canto ogni trasformazione della struttura economica, giuridica e tecnologica della società, intervenuta dall'avvento della società industriale sino ad oggi, ha di volta in volta messo in crisi l'idea e l'immagine dominante della "opinione pubblica", imprimendo ad essa radicali trasformazioni».

[103] Sull'origine di queste categorie v. M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 28, nota 3; sull'impatto delle tecnologie digitali in ordine alla tenuta dei diversi concetti di democrazia partecipativa, democrazia deliberativa e democrazia continua, Id., *Le libertà politiche*, cit., 169-170 e nota 54.

[104] A. Di Giovine, *op. cit.,* 131-132.

[105] *Ibid.,* 127.

[106] V. ad es. M. Pedrazza Gorlero, *op. cit*., 1207; C. Chiola, *op. cit.*, 8 ss.; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2004, 23; R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione*, Padova, 2007, 44 ss.

[107] M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta,* in *Rivista AIC*, 1, 2012, 2 in riferimento alla *Fairness Doctrine* negli Stati Uniti e al ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo in Europa prima dell'abolizione dell'una e della progressiva erosione dell'altro, a partire dalla fine degli anni Ottanta del XX Secolo.

tismo di ritorno, tanto per menzionare gli altri risultati di quelle politiche, che lungi dal compensare gli effetti negativi dei nuovi media sui processi cognitivi, hanno finito per accentuarli, privando di risorse e delegittimando le istituzioni culturali. Alla frammentazione del lavoro, dell'economia, e della società, è dunque seguita – inesorabilmente – la scomparsa di qualsiasi forma di aggregazione politica dei cittadini diversa da quelle leggere ed effimere tipiche delle democrazie identitarie.

Ciò nonostante, persino dopo la scoperta di quella che è stata definita la madre di tutte le *fake news* (le armi di distruzioni di massa di Saddam Hussein)[108] – diffusa a livello planetario dai più autorevoli organi di stampa e in grado di far impallidire tutte le bufale del passato[109] – nessuno si è mai sentito di poter sostenere che fosse ora di travolgere anche sul piano formale il riconoscimento del diritto di tutti a manifestare liberamente il proprio pensiero.

Ecco perché, come si diceva, molti di coloro che si sono dedicati al tema, pur non ignorando le nuove forme della disinformazione, hanno comunque trovato paradossale che proprio adesso si invocasse l'abbandono dei paradigmi costituzionali in materia di libertà di manifestazione del pensiero, sulla quale poggia non solo la democrazia statunitense, ma anche la gran parte di quelle europee del secondo dopoguerra, compresa la nostra.

Il punto non è certo che con Internet il *quisque de populo* abbia finalmente trovato un "muro" su cui pubblicare (non solo legittimamente, ma) con una visibilità virtualmente illimitata, il proprio pensiero: come è stato rilevato, il *cyber*-chiacchericcio non è molto diverso da quello tipico da "bar dello sport" che mai è stato in grado di inquietare alcuno[110].

Piuttosto, non è sfuggito il carattere ideologico di questa posizione che è emersa solo a partire dal 2016 – dopo ben dieci anni di attività dei *social network* – a ridosso della elezione di Trump, della Brexit e di altri esiti elettorali avversati quanto imprevisti dai più accreditati mezzi di informazione[111].

Difficile negare che sia in atto «una guerra tra vecchi e nuovi media – e vecchi e nuovi centri di potere – per il controllo dell'opinione pubblica»[112], o che «l'immaturità, esibita quasi quotidianamente dalle élite, si manifesta in due tipi di diniego: la negazione delle origini economiche della maggior parte dei problemi odierni; e la negazione della profonda corruzione delle competenze professionali»[113].

---

[108] Da M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 28, nota 4.

[109] Sulle *fake news* del passato, vedi anche: G.E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news*, cit., 15, 21; A. Di Giovine, *op. cit.,* 125; J. Cagé, *Salvare i Media*, cit*.,* 9; M. D'Eramo, *Invenzione, ascesa e declino del giornale,* in *Micromega*, 3, 2018, 7 ss., 13 che cita all'uopo la tradizione negativa dello *yellow journalism*. Si va dal caso della esplosione della corazzata statunitense *Uss Maine* del 15 febbraio 1898 (causata da un incendio ma attribuita da alcuni giornali ad un bombardamento, così da fornire il pretesto per l'invasione di Cuba), alla corruzione di alcuni giornalisti francesi emersa in occasione dello scandalo di Panama ai tempi della Terza Repubblica, fino al "massacro" di Timisoara, etc.

[110] G.E. Vigevani – M. Bassini, *Primi appunti su fake news*, cit., 16.

[111] Ad es. J. Cagé, *«Loi de fiabilité et de confiance de l'information»,* cit.; E. Morozov, *op. cit.*.; V. Zeno-Zencovich, *La bufala delle fake news*, cit., 1; M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 28.

[112] E. Morozov*, op. cit.*

[113] *Ibid.*

Tuttavia, il montare delle legislazioni *anti-fake news* smette di apparire paradossale guardando alla questione da un diverso punto di vista[114].

6. *Segue*. Un paradosso solo apparente: il verso del rapporto tra le attuali tendenze normative in materia di *fake news* e la crisi dell'informazione

La prospettiva entro la quale valutare le finalità delle attuali politiche *anti-fake news* è quella che porta allo scoperto le radici più profonde dell'attuale crisi sistemica dell'informazione.

Alla crisi di lungo periodo del giornalismo cartaceo, legata all'irrompere della radio e della televisione, si è aggiunto un fattore che ha spostato definitivamente sui contenuti editoriali più che sul supporto (carta, radio, tv, internet etc.) i mali di un sistema informativo basato solo sul pluralismo dei poteri economici.

Già una decina di anni fa la concorrenza tra media nel reperimento delle risorse pubblicitarie aveva condotto alla contaminazione tra informazione e intrattenimento e alla «progressiva scomparsa dell'impegno editoriale nella ricerca e nella presentazione delle notizie»[115]. Si erano visti gli effetti della contrazione di risorse dedicate all'informazione: «Il giornalismo investigativo è quasi scomparso; le notizie si riducono spesso alla lettura, senza alcuna elaborazione, dei comunicati ufficiali; le riprese in diretta sono volentieri sostituite da video girati spontaneamente dai passanti»[116].

Ben prima dell'era dei *social network* la qualità nell'informazione e nella produzione culturale audiovisiva si era rifugiata nella tv a pagamento che «non si limita a marginalizzare i ceti più poveri, come già faceva la tv commerciale in chiaro, ma determina la frammentazione del pubblico, ovvero la scomparsa di una platea composta da tutti i cittadini, all'interno della quale le idee e le opinioni possano circolare ed essere commentate in forma generale e inclusiva»[117].

In sostanza, si stava già delineando un esito «insopportabile» per la tenuta di qualsiasi declinazione del concetto di sfera pubblica democratica: «La divisione dei cittadini in due categorie, l'una capace di in-formarsi con i propri mezzi, l'altra condannata alla ricezione di notizie standardizzate e anodine»[118].

Poi sono venuti a maturazione altri due processi incidenti sulla tenuta dell'informazione mass-mediatica.

Il primo è la imponente contrazione della classe media dovuta alla sostituzione della società del benessere con la società diseguale e polarizzata dei nostri giorni, che tende ad una progressiva concentrazione della ricchezza in mano ad un numero sempre più

[114] Concorda sul carattere solo apparente del paradosso di cui sopra, ma per motivi diversi, A. Mazziotti di Celso, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, in questa *Rivista*, 3, 2018, spec. 1 e 17 ss.

[115] M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione*, cit., 5.

[116] *Ibid.*

[117] *Ibid.*

[118] *Ibid.*, 3.

esiguo di persone.
Il secondo è l'estensione all'informazione digitale di una regolazione basata esclusivamente sugli imperativi del mercato che ha contribuito a realizzare la paventata divisione tra cittadini, declinabile ormai solo in una conformazione spiccatamente oligarchica della società dell'informazione.
L'attuale regolazione dell'informazione digitale, infatti, sta travolgendo il tradizionale sistema di finanziamento dei mass media: nonostante sia rimasto invariato il peso degli inserzionisti sull'indipendenza e sulla qualità dell'informazione – come mostrano vicende recenti[119] – con l'avvento di Internet la pubblicità non è più in grado di sostenere il giornalismo, come invece era avvenuto fino a tutto il Novecento.
Il fatturato della pubblicità digitale delle versioni online dei quotidiani è in costante calo: proprio perché «spalmato su ogni istante della nostra esistenza» e perché rivolto al distratto fruitore di Internet, il singolo annuncio è venduto a un prezzo bassissimo e a ricavare dalla pubblicità non sono tanto i produttori di contenuti che vengono offerti al pubblico ma le piattaforme che li supportano[120].
L'attuale crisi dei media è dunque frutto degli effetti perversi imputati all'illusione della concorrenza e alla chimera di una pubblicità inesauribile[121].
L'informazione di qualità è praticabile solo dalle testate che hanno un enorme numero di abbonati digitali o che possono praticare tariffe alte di abbonamento: dunque pochissimi giornali per pochi abbienti, oltre ad un panorama caratterizzato dal massiccio ritorno del mecenatismo nell'informazione con tutti i pericoli che ne derivano per la democrazia[122].
Si tratta di un trend oligarchico che è stato associato a quello che sta interessando le Università (a partire da quelle statunitensi)[123], e dunque la conoscenza.
Chi ritiene che la collettività necessiti di un vasto strato di cittadini colti e informati aderisce all'ideale democratico pluralista. Da qui occorre partire per combattere la disinformazione, proponendo riforme nella struttura e nel finanziamento dei soggetti editoriali o nell'approccio complessivo al pluralismo informativo.
Ad esempio, guardando all'assetto proprietario dei media (raggruppati in grandi gruppi industriali all'interno dei quali l'informazione non costituisce la prevalente ragione sociale), una giovane economista ha proposto di sostituire il loro attuale statuto di società commerciale (che espone i media alla logica del profitto, del mercato e al potere degli azionisti) con un nuovo modello associativo, ossia con uno statuto di associazione *no profit* a metà strada tra lo statuto delle fondazioni e quello delle società per azioni[124].
Oppure, si è posto l'accento sulla necessità di istituire un servizio pubblico anche nel

[119] Vedi ad es, J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 41 sulla vicenda di Peter Oborne, il quale all'inizio del 2015 si dimise dal *Daily Telegraph* per protestare contro la scarsa visibilità dedicata dal quotidiano – tra i cui principali inserzionisti figurava L'HSBC – allo scandalo Swiss Leaks.

[120] M. D'Eramo, *op. cit.*, 20.

[121] J. Cagé, *Salvare i Media,* cit., 49-59 (in relazione all'illusione della concorrenza nell'industria informativa) e 42-49 (in ordine all'illusione pubblicitaria).

[122] M. D'Eramo, *op. cit.*, 21-22 e J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 11 e 73-75.

[123] M. D'Eramo, *op. cit.*, 22-23.

[124] É l'idea di fondo del libro di J. Cagé, *Salvare i Media*, cit., 81 ss., spec. 90 e 103 ss.

settore delle comunicazioni elettroniche, dato il fallimento (e l'attuale obsolescenza, a causa delle nuove tecnologie) di discipline basate solo sul pluralismo esterno[125]. Come è stato rilevato, un servizio pubblico sulla rete – a differenza di strumenti basati esclusivamente sulla fissazione di soglie anticoncentrazione – sarebbe in grado di garantire «uno spazio di libertà rispetto al predominio delle logiche del mercato», oltre ad attuare gli imperativi discendenti dall'art. 9 Cost.[126]

Abbiamo visto però come nelle proposte normative di alcuni paesi europei e nel pacchetto di iniziative della Commissione dell'UE in materia di mercato unico digitale emerga un orientamento del tutto opposto: affidare in modo più o meno diretto agli oligopolisti del mercato (dell'informazione e non solo) o al sistema delle *authorities* il potere di selezionare i contenuti informativi visibili sul web, e di conseguenza – in virtù degli odierni caratteri della catena informativa – anche il potere di selezionare una parte consistente delle notizie visibili su altri media.

Ma è questo il punto: l'attuale tendenza normativa in materia di *fake news* aderisce ad una torsione dell'ideale democratico che ha molto a che fare con l'influenza del denaro sull'informazione e sul potere politico, o meglio, ha a che fare con la pretesa di rendere prescrittiva tale influenza.

7. L'idea di Stato e di società presupposta al contrasto autoritativo della disinformazione: etica della verità, neoliberismo e "contenuti minimi" della democrazia

Vista da questa prospettiva, la caccia alle streghe scatenata contro le *fake news* smette di apparire paradossale, rappresentando invece l'acme di un processo da tempo segnalato rispetto agli ordinamenti dell'*ex* Europa occidentale: l'inversione di tendenza rispetto alla piena affermazione di quella nozione di libertà di espressione che è immanente alla forma di stato democratico-pluralistica e che si distingue nettamente dalle concezioni di libertà di opinione e di stampa tipiche dello Stato liberale e censitario.

All'origine di questa inversione di tendenza sono stati indicati principalmente tre fattori: la rinascita della religiosità, la rinascita di contestazioni radicali della democrazia occidentale, l'assoggettamento di Internet alla logica del mercato[127].

Una prosaica ma immediata conferma di tale assunto appare cliccando sul menù a tendina che Facebook ha collocato sui singoli *post* in seguito alla spontanea adozione del suo sistema di assicurazione della qualità delle notizie: assieme a domande sulla presenza di contenuti pedopornografici o violenti, all'utente si chiede di riferire non solo se il *post* contenga una notizia falsa ma anche se quest'ultimo rechi opinioni sgradite o contrarie alla propria religione.

Tornando al piano teorico, già in Häberle l'idea del «primato della libertà religiosa» (a pari merito con la libertà artistica e scientifica) come «substrato di tutte le libertà fon-

[125] M. Manetti, *Pluralismo dell'informazione*, cit., 2-3.

[126] G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete*, Torino, 2018, 28.

[127] M. Manetti, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 5.

damentali» in quanto strumentali alla «eterna ricerca della verità»[128], si accompagnava alla prospettiva di rendere prescrittive alcune verità storiche e di porre in essere una «funzionalizzazione della libertà di stampa a una cronaca che informi nel rispetto della verità»[129]. Tuttavia non è casuale che nel pensiero di questo Autore la proclamata funzionalizzazione finisse in realtà per risolversi nella proposta di discipline volte alla tutela di alcuni diritti individuali, non dissimili dal noto decalogo della nostra Corte di Cassazione[130], o alla attuazione dei principi di pluralismo interno ed esterno[131].

Infatti quelle riflessioni, come abbiamo visto, nascevano dalla speranza che fosse ormai avviato il processo di democratizzazione di molte parti del mondo.

Applicata invece allo scenario inverso, quello della c.d. post-democrazia, la dottrina dell'integrazione finisce per assumere un significato ben diverso.

Lo si vede in Habermas, che pure identifica nitidamente la radice delle fratture ideali che attraversano le società contemporanee occidentali, a partire dalla rinascita dell'integralismo religioso: «La scandalosa ineguaglianza della distribuzione di potere e ricchezza e il darwinismo sociale, centrato sugli interessi, che contraddistingue oggi la politica mondiale»[132].

Ma – come è stato rilevato – tentare di risolvere questi conflitti prescrivendo nella sfera pubblica una auto-limitazione dell'*acquis* laico, liberale ed egualitario espone al rischio di fuoriuscite dal perimetro della democrazia pluralistica[133].

In effetti, l'ascesa della tutela rafforzata del sentimento religioso (rispetto al sentimento laico, che è ascrivibile alla libertà di coscienza), la repressione dell'*hate speech* e del negazionismo muovono dallo stesso presupposto: che la libertà di manifestazione del pensiero possa subire restrizioni riconducibili all'ordine pubblico, inteso in senso squisitamente ideale.

E proprio sul significato da attribuire al limite dell'ordine pubblico, che – come è stato sostenuto – si è posto il vero discrimine tra continuità e rottura rispetto alle concezioni della libertà di espressione e di democrazia precedenti alle costituzioni europee del secondo dopoguerra[134].

Negli Stati liberali sia il diritto di voto sia la libertà di stampa e di opinione erano attribuiti in funzione del mantenimento dell'ordine costituito: il voto censitario serviva a circoscrivere la partecipazione politica alla classe sociale cui quell'ordine andava ascritto; la libertà di espressione, d'altro canto, era riconosciuta contestualmente al divieto di abuso della stessa e dunque assoggettata ad un ampio sistema di limiti volti a salvaguardare non solo la pace materiale ma anche i valori morali e ideali posti alla base di quell'ordinamento[135].

---

128 P. Häberle, *Diritto e verità*, cit., 88-9.

129 *Ibid.*, 93.

130 *Ibid.*, 96 nota 39.

131 *Ibid.*, 97.

132 J. Habermas, *La rinascita della religione: una sfida per l'autocomprensione laica della modernità?*, in www.sifp.it, § 2.

133 G. Zagrebelsky, *op. cit.,* 27.

134 M. Manetti, *Art. 21*, cit. 226.

135 *Ibid.*, 227.

Stando alla stessa ricostruzione, il passaggio alle condizioni della democrazia pluralistica avviene quando l'ordine pubblico tende – sia pur con un percorso faticoso e non lineare – a spogliarsi della sua connotazione ideale. Ossia, quando si afferma il principio per cui si può reprimere solo il pensiero oggettivamente pericoloso rispetto alla rottura della pace materiale[136].

Stiamo quindi parlando della dottrina del *Free Trade of Ideas* che pur essendo una parafrasi del noto motto liberistico del *Laissez faire*, segna in realtà una netta cesura rispetto al modello di democrazia e di libertà di espressione tipica della forma di Stato liberale, alla quale storicamente si associa la dottrina economica del liberismo.

La dottrina del *Free Trade of Ideas*, infatti, cominciò ad affermarsi negli Stati Uniti solo a partire dagli anni Sessanta del XX Secolo, pur essendo stata formulata vari decenni prima: essa mosse i primi passi a proposito della repressione del pensiero socialista e comunista in Usa, affacciandosi senza successo nei primi anni successivi alla I guerra mondiale[137]; si inabissò del tutto durante il maccartismo; finì poi per prevalere dalla fine degli anni Sessanta[138], a trent'anni dal *new deal* e in una fase storica di grande erosione delle diseguaglianze sociali.

Non può sfuggire allora come la pretesa di qualificare e bandire il falso informativo rappresenti una inedita declinazione delle istanze di ordine pubblico ideale, che si accompagna al massivo ritorno della diseguaglianza sociale, frutto di trentennali politiche volte a sostituire la democrazia con la *global governance* delle grandi multinazionali[139].

Si tratta peraltro di un esito annunciato più di quaranta anni or sono dai fautori di queste politiche che auspicavano in Europa un riequilibrio tra governo e media – o attraverso l'autoregolamentazione o mediante l'adozione di discipline pubblicistiche –poiché «l'autonomia del giornalista non necessariamente conduce alla trasparenza e alla verità ma può distorcere la percezione della realtà»[140].

---

136 *Ibid.*, 228.

137 V. le opinioni dissenzienti del giudice Holmes: nel caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) in cui – a proposito della repressione penale (in forza del *Sediction Act*) del lancio di volantini inneggianti all'interruzione della produzione bellica allo scopo dichiarato di favorire la rivoluzione russa – si osservò che «*the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas*»; nel caso *Gitlow v. New York,* 268 U.S. 652(1925) in cui Holmes (assieme al giudice Brandeis) afferma che se una idea (che nella fattispecie era la opportunità di operare una rivoluzione proletaria) è destinata a trionfare in America, allora non ha senso impedire che se ne parli. V. pure l'opinione dissenziente del giudice Brandeis nel caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) – secondo la quale il rimedio ad un messaggio sgradito è sempre un altro messaggio (*more speech*) – resa a proposito di una legge sull'attività sindacale che puniva il pensiero comunista.

138 V. innanzitutto *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), che rovesciando *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) stabilì la contrarietà rispetto al I Emendamento delle discipline volte a punire i discorsi "incendiari" in ambito sindacale a meno che non fossero in grado di rappresentare un pericolo concreto e imminente. Si veda anche il caso *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971) a proposito della maglietta con una scritta offensiva per la bandiera che era stata indossata per protesta contro la guerra del Vietnam: in questa occasione il giudice Harlan affermò che «ciò che per qualcuno è volgarità, per qualcun'altro è poesia». V. infine *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) che ritenne contraria al I Emendamento la punizione del *flag burning*, nel noto caso riguardante un ragazzo iscritto ad una organizzazione comunista che aveva compiuto il gesto durante una dimostrazione.

139 V. *ex plurimis*, C. Crouch, *The March Towards Post-Democracy, Ten Years On*, in *The Political Quarterly*, vol. 87, 1, January–March 2016, 71 ss.

140 M.J. Crozier – S.P. Huntington – J.Watanuki, *The Crisis of Democracy*, New York, 1975, 36.

A differenza della coppia liberalismo politico e liberalismo economico, l'ideologia neoliberistica non si fonda sul concetto di libertà negativa e sul *Laissez faire* ma sulla pretesa di governare per il mercato[141] e quindi su un assunto fideistico al quale dovrebbero conformarsi le determinazioni individuali e collettive: in tal senso questa ideologia si distacca dalla logica giuridica moderna[142].

La questione delle *fake news* porta definitivamente allo scoperto questo distacco: la contestazione della dottrina del libero mercato delle idee diventa funzionale ad una peculiare restaurazione dello stato monoclasse che cancella sia l'istanza della libertà eguale annessa alla democrazia pluralistica, sia gli stessi presupposti dello Stato di diritto.

Si scioglie finalmente la profonda ambiguità segnalata da chi, criticando la concezione realistica della democrazia fondata sulla libera competizione tra élite (quella che va da Schumpeter, a Lippmann, a Sartori), notava come essa da un lato tenesse fermo il principio della libertà di informazione e del dibattito aperto tra una pluralità di soggetti politici, in guisa di fondamento irrinunciabile della democrazia; dall'altro, come tale concezione si basasse sull'idea per cui la sovranità, la razionalità e l'autonomia morale dei cittadini ordinari fosse un postulato ideale che la società industriale e la democrazia di massa avevano ormai smentito[143].

L'equilibrio fra forma di Stato e complessità sociale, tra ruolo delle élite e diritti politici fu individuato da Bobbio nel «contenuto minimo della democrazia»[144] che si ricostruisce a partire dal diritto dei cittadini di formarsi liberamente una propria opinione, e cioè di formarsi una opinione nell'alveo di una libera gara tra gruppi politici organizzati in competizione tra loro.

Il timore che questo equilibrio fosse sul punto di incrinarsi, sfociando nel dominio di «oligarchie illiberali» si sta mostrando fondato.

Ma ciò non sta più avvenendo «attraverso una serie di impercettibili slittamenti all'interno della struttura politica»[145], bensì – adesso – mediante la prescrizione di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero riconducibili alle concezioni metafisico-assolutistiche e alle dottrine ideal-organicistiche dello Stato, presupposte alle istituzioni politiche delle società chiuse o tribali.

Calato in questo scenario, il teorema di Böckenförde va rovesciato: lo Stato liberale vive di presupposti che esso stesso non può garantire? Oppure l'attacco frontale ad una delle sue forme essenziali è un passaggio indefettibile per procedere alla effettiva archiviazione della democrazia?

---

141 M. Foucault, *Nascita della biopolitica (Corso al Collège de France 1978-79),* trad. it. Feltrinelli, II ed., Milano 2017, 112, ma più diffusamente 115 ss. e *passim*.

142 Secondo il rilievo di E. Stimilli, *La fiducia nel mercato. Un'interpretazione «religiosa» del neoliberismo a partire da Weber, Benjamin e Foucault,* in *Filosofia Politica*, 1, 2016, 123 ss., 138.

143 D. Zolo, *Il principato democratico,* Milano, 1996, 180.

144 N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 4-7. Il diritto dei cittadini di formarsi liberamente una propria opinione è uno dei cinque contenuti minimi della democrazia individuati dall'Autore. Gli altri quattro (elezioni a suffragio universale a periodicità regolare, limitazione dell'ambito di legittimità delle decisioni della maggioranza, principio di decisione a maggioranza nelle assemblee elettive, ed esistenza di reali alternative per gli elettori) presuppongono l'esistenza di quel diritto.

145 D. Zolo, *op. cit.*, 210.

Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli *user-adapted content* nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*

Andrea Giulia Monteleone

Abstract

Il Web 2.0 ha determinato il passaggio da un uso meramente passivo di internet ad un uso attivo della rete, per cui, ciascun utente è diventato un autore. Tale rivoluzione copernicana è stata possibile soprattutto grazie al ruolo rivestito dalle piattaforme, architetture di interazione che spingono gli utenti a produrre e condividere materiale e che hanno giovato, almeno fino ad oggi, di un ampio spazio di de-regolazione.
Questa realtà tecnologica, tramutatasi in realtà sociale e culturale, è alla base del fenomeno della creazione e diffusione degli *user-generated content* (UGC). I confini di questa fattispecie sono incerti, qualsiasi definizione proposta è sembrata di volta in volta troppo limitativa o troppo comprensiva. In linea di massima, però, si concorda che sono UGC tutti i materiali creati dagli utenti e pubblicati sulla rete, costituiti perlopiù da rielaborazioni di materiale preesistente.
Dalla menzionata difficoltà di sviluppare una definizione univoca discende anche la difficoltà nel regolare il fenomeno, tanto che, le consultazioni lanciate in materia dalla Commissione europea nel 2014 si sono concluse con un nulla di fatto. Il tema è stato dunque inizialmente tralasciato dalla proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale del settembre 2016 ma sembra riaffiorato nel testo della Direttiva approvato dal Parlamento europeo.
Tuttavia, la soluzione proposta sembra piuttosto ambigua e non senza contraddizioni. Rimangono, infatti, intatti molti degli interrogativi sorti in fase di consultazione sebbene le piattaforme, che oggi beneficiano di un consolidato sistema di esonero da responsabilità, sembrano gravate da sempre maggiori oneri.

The development of the so-called Web 2.0 caused a shift from a passive use of the internet to an active role of the user that implied the transformation of the simple user in creator. This revolution has only been possible thanks to the role played by the platforms, architectures of interactions that push users to create and share content and that are benefitting of a free space of de-regulation.
This technological reality, then also social and cultural, is the background to the phenomenon of the creation and diffusion of User-Generated-Content (UGC). The

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

boundaries of this issue are so uncertain that any proposed definition has been judged, time to time, either too narrow or too broad. However, generally speaking, it is now agreed that UGC is any material created by internet users and published on the net, being usually a modification or adaptation of pre-existing material.
From the mentioned difficulty in elaborating a shared definition also descends the difficulty in regulating the phenomenon, and, indeed, the consultations launched by the European Commission in 2014, failed. The theme has therefore been neglected by the draft of Directive for Copyright in the Digital Single Market of September 2016 even if it seems back on the radar of the text of the Directive as approved by the European Parliament.
However, the solution proposed for the regulation of UGC seems ambiguous and contradictory. Indeed, many of the concerns emerged during the consultations have not been answered even if the platforms, that are currently beneficiaries of a safe harbor, seems to be burdened by growing obligations.

Sommario

1. Il Web 2.0 e il ruolo delle piattaforme. - 2. Il fenomeno *user-generated content*. - 3. Il conflitto tra *user-adapted content* e diritto d'autore. - 4. La regolazione proposta nella bozza di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. - 5. Le questioni ignorate: l'armonizzazione della disciplina delle opere derivate e la disponibilità dei diritti morali. - 6. Osservazioni conclusive.

Keywords

User-generated content, Web 2.0, Piattaforme, Direttiva InfoSoc, Diritto d'autore

1. Il Web 2.0 e il ruolo delle piattaforme

L'utilizzazione massiva e non autorizzata di opere sulle risorse sociali è un fenomeno della rete, caratterizzante la maggior parte delle attività digitali, tanto comune da essere ormai ingiustamente considerata come condizione fisiologica di internet[1]. Alla diffusione di tale fenomeno contribuisce senz'altro la difficoltà di tutelare efficacemente i diritti d'autore nell'ambiente digitale; al contempo, però, è il diritto d'autore stesso ad essere frustrato dalla mutevolezza della tecnologia e dalle potenzialità che questa sprigiona.
Tale rapporto conflittuale tra tecnologia e diritto non è certo una novità, tantomeno per il diritto d'autore. D'altra parte, nato con l'invenzione della stampa, questo ha subito continui ripensamenti e ammodernamenti sotto l'impulso dello sviluppo indu-

[1] C. Geiger, *Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur internet*, in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Collection of the CEIPI, 61, Paris, 2014, 167.

striale dei mezzi di riproduzione[2].

Tuttavia, due sono le circostanze che distinguono questa nuova era di crisi: l'ampiezza del fenomeno e la qualità della riproduzione. Infatti, ciascuno ha ormai le capacità tecniche, sia in termini di apparecchiatura che di *expertise*, per realizzare una copia perfetta di un'opera dell'ingegno.

Pertanto, per richiamare la celebre teoria della c.d. "distruzione creatrice" di matrice schumpeteriana secondo cui l'innovazione, distruggendo ciò che è preesistente, può impattare su determinati settori così intensamente da obbligare le società che vi appartengono ad evolversi - pena l'estinzione - sorge oggi la necessità di adattare il diritto d'autore alla tecnologia, pena il suo totale superamento[3].

Sembrerebbe, infatti, che sia davvero arrivato il momento di ripensare il sistema di tutela autoriale, in quanto le modifiche intervenute negli ultimi decenni hanno sempre affrontato questioni marginali ed evitato interventi radicali[4]. Non può ignorarsi, infatti che, le principali fonti del diritto d'autore, a partire dalla Convenzione di Berna fino alle direttive europee in materia, sono risalenti ad epoche in cui internet non era neppure immaginabile o, a quando, pur essendo già una realtà, non aveva le caratteristiche e il ruolo che oggi gli riconosciamo.[5]

Più chiaramente, superata la fase di mera sperimentazione, internet è stato lungamente caratterizzato da pagine statiche dove il contenuto era aggiornato dal gestore e di cui l'internauta poteva fruire solo passivamente, il c.d. Web 1.0. Questo modello è stato poi soppiantato, dapprima da un Web 1.5, in cui erano presenti forme embrionali di interazione, e infine dal Web 2.0[6].

---

[2] *Ibid.*, 168.

[3] J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, New York, 1942; R. Ashcroft - G. Barker, *Is copyright law fit for purpose in the Internet era? An economic and legal perspective*, in www.ssrn.com, 2014, partendo dall'assunto che internet e le tecnologie informatiche siano *driver* importanti per la crescita economica e che, al contrario, una regolazione non adeguata costituisca un ostacolo, rilevano che questa fase di distruzione creatrice cui abbiamo assistito, avvenuta senza il consenso dei titolari dei diritti, ha dato origine ad una situazione di grave inefficienza in cui è prevalso un modello di sfruttamento parassitario. Al contrario, affermano, se il processo fosse stato accompagnato da un sistema di tutele più opportuno, l'evoluzione avrebbe determinato risultati più soddisfacenti. Infatti, secondo gli autori, 14: «*The perception that copyright may pose a risk of a chilling effect on the process of creative destruction is mistaken. Quite the contrary: copyright supports the process of creative destruction and ensures that it proceeds efficiently*».

[4] Cfr. N. Elkin-Koren, *Tailoring Copyright To Social Production, Copyright Culture, Copyright History*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 12, 2011, 309 ss. Sebbene un tale processo di aggiornamento frazionato sembra, allo stato, l'unico possibile, non manca chi propone, invece, un radicale ripensamento del modello e la sostituzione all'attuale assetto proprietario con un sistema incentrato invece sulla socializzazione delle perdite e l'istituzione di meccanismi di compensazione. La dottrina americana ha ampiamente teorizzato questo cambio di paradigma, in particolare, L. Lessig, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, 2008; W.W.III Fisher, *Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004.

[5] K. Erickson - M. Kretschmer, "*This Video is Unavailable": Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 9, 2018, 2, secondo cui le piattaforme, pur essendo il perno su cui si innesta il Web 2.0 (e gli UGC) non hanno assunto un ruolo rilevante per la regolazione ma, piuttosto godono del c.d. *safe harbor*, in quanto la loro importanza e pervasività è stata a lungo sottovalutata.

[6] J. Hafkesbrink - M. Schroll, *Innovation 3.0: embedding into community knowledge - collaborative organizational learning beyond open innovation*, in *Journal of Innovation Economics & Management*, 7, 2011, 67 ss., individua le tappe dello sviluppo del Web 1.0 nel passaggio da il c.d. *information web* (in quanto la rete era solo uno

La caratteristica differenziale di questo stadio di sviluppo della rete è la sua configurazione come piattaforma dove ciascun utente può contribuire alla costruzione e allo sviluppo del prodotto digitale e per questo, si dice, il Web 2.0 ha segnato il passaggio dal *web* dinamico a quello partecipativo[7].

Questa rivoluzione ha avuto un impatto tanto pregnante che non solo non può considerarsi limitata nei suoi effetti al mondo digitale e alla rete, ma si può constatare che, come l'invenzione della stampa ha consentito al popolo di leggere, rendendo le edizioni stampate più accessibili, internet ha permesso alla collettività di scrivere, creare, partecipare attivamente alla vita culturale del gruppo cui sente di appartenere.[8]

Del pari, il superamento del meccanismo di fruizione meramente passiva di contenuti ha determinato la diffusione di una nuova modalità di interazione tra utenti e fornitori, ovvero la c.d. *prosumption*, un'attività che è insieme di produzione (*production*) e consumo (*consumption*)[9].

Questa commistione tra fruizione e creazione è proprio la caratteristica principale dei c.d. *social media*[10]. L'espressione è, infatti, comunemente utilizzata per fare riferimento ad una pluralità di servizi molto diversi tra loro, accomunati da un elemento: lo sfruttamento dei contenuti prodotti dagli utilizzatori, o *user-generated content* (UGC).

Tali forme di creazioni e di processo creativo pongono però un duplice ordine di

strumento di fornitura di informazioni) al c.d. *transaction web* con la diffusione dell'*e-commerce* quantunque questo sia caratterizzato da un elevato grado di staticità e dall'assenza di interazione.

[7] T. O Reilly, *What Is Web 2.0, Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, in *International Journal of Digital Economics,* 65, 2007, 17 ss., sostiene che è Web 2.0 tutto quanto riesca a sfruttare i benefici dell'"*architettura della partecipazione*" e produca esperienze per gli utenti. Il fenomeno del Web 2.0 ha avuto anche effetti relazionali importanti. Da questo punto di vista, esso costituirebbe un fenomeno più ampio, ovvero, come autorevolmente sostenuto da M. J. Fleutiaux, *Web 2.0 et contrefaçon de droit d'auteur; de nouveaux outils pour de nouveaux usages*, in Aa. Vv., *Contrefaçon sur internet, Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0., Le droit des affaires*, Propriété intellectuelle, 33, Paris, 2009, 7, il Web 2.0 è un insieme di strumenti che hanno permesso «*la démocratisation de la notion d'internaute acteur de son environnement numérique*». J. Hafkesbrink - M. Schroll, *op. cit.*, 55-57, individuano i vari stati dell'innovazione digitale e ne chiariscono le caratterstiche evolutive: «*[F]rom linear to systemic, open and user-centric innovation models and on the question of how knowledge production evolves under new and different innovation paradigms*».

[8] B. Bayart, *La neutralité du réseau*, in Aa. Vv., *La Bataille Hadopi*, Cergy-Pontoise, 2009: «*L'imprimerie a permis au peuple de lire; Internet va lui permettre d'écrire*». Sul fenomeno della democratizzazione della rete: L. Maurel, *Droit d'auteur et création dans l'environnement numérique. Des conditions d'émancipation à repenser d'urgence*, in *Mouvements*, 79, 2014, 101 ss.; A. Coutant – T. Stenger, *Les médias sociaux: une histoire de participation*, in *Le Temps des médias*, 18, 2012, 80 ss.

[9] Il termine è fatto risalire agli studi di A. Toffler, *The Third Wave*, New York, 1980, 266, il quale, ha teorizzato che la c.d. *prosumption* sia in realtà una condizione predominante nelle società pre-industriali (*first wave*) che è stata soppiantata, in seguito all'industrializzazione, da una netta separazione tra produttori e consumatori (*second wave*). Ciononostante, la società contemporanea sembra caratterizzata da un ritorno alla primordiale confusione di ruoli tra i soggetti del mercato (*third wave*). Ancora, G. Ritzer - N. Jurgenson, *Production, Consumption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital "prosumer"*, in *Journal of Consumer Culture*, 10(1), 2010, 14 ss., chiariscono che, sebbene il fenomeno della c.d. *prosumption* sia caratteristico delle società che abbiano intrapreso una fase di industrializzazione più avanzata, una serie di cambiamenti sociali, tra cui anche il Web 2.0 e gli UGC, vi hanno attribuito una sempre maggiore centralità.

[10] Anche *social networks* o piattaforme. Spesso, queste espressioni sono utilizzate come sinonimo del Web 2.0 ma è una tendenza non del tutto corretta dal punto di vista metodologico in quanto i primi, in realtà, sono solo uno dei fenomeni in cui il secondo si esplica. In tema: T. Stenger - A. Coutant., *Introduction*, in *Hermès, La Revue*, 59, 2011, 9 ss.; A. Coutant - T. Stenger, *op.cit.,* 77 ss.

problemi rispetto al diritto d'autore. Da un lato, infatti, la maggior parte dei contributi pubblicati costituisce una modifica e un adattamento di materiale preesistente (quando non è un mero atto di riproduzione non autorizzata). Dall'altro, il diritto d'autore non è incentrato sulla collaborazione tra autori, invece molto diffusa in questo contesto, ma, piuttosto, disciplina questa fattispecie come eccezione alla regola generale dell'opposizione autore/fruitore[11]. Infine, tale accresciuta complessità, proprio perché in rottura con il modello consolidato e tradizionale, ha creato una diffidenza che pare tutt'oggi irrisolvibile nei confronti delle nuove forme di espressione[12].

2. Il fenomeno *user-generated content*

Alla diffusione delle piattaforme è, dunque, da associare il fenomeno degli UGC e la dipendenza reciproca tra i due è tale da renderli inscindibili[13].
Tuttavia, secondo una ricostruzione più rigorosa, gli UGC come contenuto generato dagli utilizzatori sono un fenomeno più risalente[14]. Infatti sarebbe possibile ricomprendere in questa categoria anche strumenti ormai "tradizionali" come *mailing list*, siti internet e blog[15].
In quest'ottica, la novità della discussione sarebbe determinata dalla sua estensione.

---

[11] N. Elkin-Koren, *op. cit.*, 2: «*Except for rare cases, copyright law is primarily designed to regulate the relationships of a single owner with other non-owners and is focused on the sovereignty of the author/owner. Social production, by contrast, requires us to articulate a matrix of relationships between the individual, the facilitating platform and the communities and crowds involved in social production*».

[12] L. Maurel, *Quel droit d'auteur à l'heure du numérique? Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur*, in *Nectartm*, 2, 2016, 104 ss.; P.J. Benghozi, *Le deuxième choc de l'économie de la culture*, *Esprit*, 7, 2011, 112, passando in rassegna le potenzialità del Web 2.0, rileva che questo «*modifie en profondeur la nature des œuvres et le marché du travail artistique, en accentuant la porosité entre les professionnels et les amateurs*». Infatti, la moltiplicazione dell'offerta culturale disponibile è caratteristica del Web 2.0 tanto che si è determinato un cambiamento nelle filiere produttive e nei modelli d'impresa dell'industria culturale tradottosi nell'emersione di nuovi attori e nell'accrescimento del ruolo delle piattaforme di aggregazione con l'ulteriore conseguenza dell'annullamento della distanza tra professionisti e amatori. In tal senso, anche: G. Ritzer - N. Jurgenson, *op. cit.*, 30: «*Prosumer capitalism is based on a system where content is abundant and created by those not on the payroll*». L. Maurel, *op. cit.*, 100: «*L'abondance des contenus, caractéristique de l'évolution du Web, répond aussi une abondance des auteurs dans nos sociétés*».

[13] A. Benamar, *Télécommunications: la révolution par les services, les usages et les modèles économiques*, Géoéconomie, 50(3), 2009, par. 136; S. Hetcher, *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One-Investiture of Ownership*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 10, 2007-2008, 863 ss.

[14] Esso può anche essere considerato come un'evoluzione tecnologica del tradizionale processo creativo basato sulla riutilizzazione di materiale preesistente. In tal senso, G.F. Frosio, *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?,* in *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 13, 2014, 345; N. Helberger - L. Guibault - E.H. Jannsen - N.A.N.M van Eijk - C.J Angelopoulos - J.V.J van Hoboken, *Legal aspects of UCC*, IViR, Amsterdam, 2008; D. Gervais, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law,* 11, 2008-2009, 841 ss.

[15] European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules,* 2014, 28; P. Akester, *A Practical Guide to Digital Copyright Law*, *Cipr Practice Series*, 3, 2007, 107 ss.; T. M. Woods, *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem,* in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2009, 1163 ss.; C. George - J. Scerri, *Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier,* in *Journal of Information, Law and Technology*, 2009, 6-10, sostengono la responsabilizzazione delle piattaforme in ragione dell'importanza del ruolo da loro svolto.

Essendo, infatti, le piattaforme tese ad incentivare gli utenti nella creazione e condivisione di contenuto, si è ampliato in maniera esponenziale il numero dei partecipanti al fenomeno UGC ed anche il modo in cui questi interagiscono[16].

Proprio in ragione dell'ampiezza del fenomeno, che determina un'importante differenziazione tra i diversi contenuti creati dagli utenti, si è dimostrato impossibile fornire una definizione onnicomprensiva di UGC[17]. In via generale, infatti, rientrerebbero in questa categoria tutti i contenuti pubblicati *online*, essendo "*user*" l'internauta, dovendosi intendere "*generated*" come un riferimento a qualsiasi attività che coinvolga la creazione di materiale autoriale ed essendo, infine, "*Content*" usato come sinonimo di opera creativa[18].

Un primo tentativo di definizione è stato proposto dall'OECD nel 2007[19]. In questa occasione, partendo dall'assunto che non sia possibile individuare una concezione di UGC unanimemente condivisa né misurare con certezza gli impatti che questi hanno avuto a livello sociale, culturale ed economico, la definizione del fenomeno è stata elaborata solo a livello empirico. Dunque, sono definiti UGC tutti quei contenuti resi pubblicamente disponibili in internet che riflettono una certa quantità di sforzo creativo e che sono stati creati al di fuori di pratiche professionali[20].

Diverso è stato, invece, l'approccio adottato dalla Commissione europea[21]. Questa, in ragione della rilevanza strategica del diritto d'autore per la creazione del mercato unico dei contenuti e dei diritti di proprietà intellettuale, ha avviato il processo di riforma

---

[16] D. Gervais, *op. cit.*, 843: «*As the Internet becomes more embedded in peoples' lives, they draw on new Internet applications to express themselves through content that they upload or make available*». S.M. O'Connor, *Creators, Innovators and Appropriation Mechanism*, in *George Mason Law Review*, 22, 2015, 983: *«[S]ocial media platforms rely on content as a mere "commodity" that is sent through the systems by users as fuel for this community of users to engage with the platforms in ever-increasing amounts*». Cfr. anche European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules*, 2014, 28: «*[T]he development of social networking and social media sites that enable users to share content widely has vastly changed the scale of such activities and increased the potential economic impact for those holding rights in the pre-existing works. Re-use is no longer the preserve of atechnically and artistically adept elite. With the possibilities offered by the new technologies, re-use is open to all, at no cost. This in turn raises questions with regard to fundamental rights such the freedom of expression and the right to property*». European Parliament, *The Relations Between Copyright Law And Consumers' Rights From A European Perspective,* 2010, 15: «*User-generated content or user-created content is the outcome of the increasing involvement of the user in web 2.0 […]. Individuals can now easily produce and share digital created, sometimes made from existing copyrighted content. The issue is not anecdotal as many business models build on user-generated content*».

[17] D. Gervais, *op. cit.*, 841 ss.

[18] C. Soliman, *Remixing sharing: sharing platforms as a tool for advancement of UGC sharing*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 22, 2011-2012. S. Hetcher, *op.cit.*, 869.

[19] Organization for Economic Co-operation and Development [OECD], Directorate for Science, Technology and Industry, Committee for Information, Computer and Communications Policy, Working Party on the Information Economy [WPIE], *Participative Web: User Created Content*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL, April 12, 2007, 11. Esito sostanzialmente simile hanno avuto altri studi in materia, ed in particolare, quello svolto dall'OFCOM, *The Value of User-Generated Content*, 21 June 2013, e, per l'ordinamento francese, V.L. Benabou, *Rapport De La Mission Du CSPLA Sur Les "Œuvres Transformatives"*, Rapp. De La Mission Fabrice Langrognet, 2014.

[20] OECD, *op. cit.*, 11.

[21] La Commissione europea si è basata sulla definizione del fenomeno resa nel c.d. Rapport De Wolf, J.P. Triaille, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society (The "Infosoc Directive")*, 2013, 452: «*UGC […] are cases where a pre-existing work is taken by a user as a starting point for his/her own expression. It means that we limit the examination to the situations where there is a pre-existing work and where such work will be modified in one way or another to then be made available online*».

instaurando un dialogo con gli *stakeholders*[22].
La consultazione è stata strutturata in diversi gruppi di discussione, tra cui, appunto, gli UGC. Tuttavia, si è ritenuto opportuno, in questa occasione, limitare la definizione del fenomeno ad una sua specifica area: contenuti creati tramite riadattamento o modifica di materiale pre-esistente[23]. Tale restrizione troverebbe giustificazione nella circostanza che questi sono gli UGC che creano maggiori problemi rispetto al diritto d'autore, ma è opportuno chiarire che il fenomeno è molto più ampio e complesso e i contenuti derivati sono solo una *species* dell'ampio *genus* degli UGC[24].

3. Il conflitto tra *user-adapted content* e diritto d'autore

Limitandosi dunque ad analizzare il fenomeno come descritto dalla Commissione europea, si circoscrivono i problemi che gli UGC determinano con riferimento al diritto d'autore.
Alcuni sono di ordine generale, rispetto all'intero sistema del diritto. Infatti, sembra che gli UGC si pongano in rottura con il sistema tradizionale del diritto d'autore sin dal proprio nome[25]. Innanzitutto, l'utilizzatore non è una qualità rilevante per il diritto d'autore, che conosce solo la distinzione tra autore e fruitore, e l'implicito rimando ad una qualità amatoriale dell'autore non aveva finora assunto alcuna rilevanza per il diritto[26]. Tale impostazione sembra anche confermata dall'assunto generale per cui gli UGC siano caratterizzati dall'assenza di uno scopo lucrativo. Ma, se da un lato sembra impossibile escluderlo in maniera generalizzata, dall'altro, lo scopo lucrativo assente in una fase iniziale potrebbe successivamente sopraggiungere in quanto le piattaforme stesse predispongono sistemi di remunerazione dei propri utenti[27]. Pertanto, queste differenziazioni soggettive sembrano avere il solo effetto di determinare una gerarchia della creatività tra autori a seconda dello strumento che prediligono per la propria

[22] European Commission, *On content in the Digital Single Market*, Brussels, 18 December 2012; European Commission, *Licenses for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013.

[23] European Commission, *Consultation Document*, 2013, 28; S.M. O'Connor, *op.cit.*, 977.

[24] I. Chuang, *Be Wary of Adding Your Own Soundtrack: Lenz v. Universal and How the Fair Use policy should be applied to User Generated Content*, in *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 29, 2009, 164 ss.; European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules,* 2014; K. Erickson, *User illusion: ideological construction of "user-generated content" in the EC consultation on copyright*, in *Internet Policy Review*, 3(4), 2014, 3 ss.

[25] V.L. Benabou, *Quelles solutions pour les UGC en France?*, in *Juris art etc.*, 25, 2015, 20: «*Au-delà de son origine étrangère, l'expression en soi est équivoque au regard des catégories habituelles de la propriété intellectuelle. Il n'est pas question d'oeuvre mais de "contenu"; pas d' "auteur" mais d'"utilisateur". Le phénomène de création est également escamoté puisqu'on ne parle que de contenu "généré" par l'utilisateur, comme si sa production résultait d'un phénomène d'accouchement automatique et demi-conscient*».

[26] V.L. Benabou, *op. cit.*, 20: «*[D]'une part, dans la mesure où l'oeuvre et l'auteur sont envisagés in abstracto, l'UGC est potentiellement le bienvenu dans le droit de la propriété intellectuelle; mais d'autre part, nombreux dispositifs relatifs au régime du droit d'auteur se rattachent au caractère professionnel de l'activité de creation*».

[27] *Ibid.*: «*Les auteurs d'UGC agissent gratuitement et ne touchent aucune rémunération en contrepartie de cette diffusion, quand bien même les plateformes de mise en relation auraient prévu des mécanismes de monétisation. Toutefois, un nombre croissant d'UGC se manifeste désormais sur des plateformes dont la vocation première est Commerciale*».

espressione che, però, non appare giustificata alla luce del sistema del diritto d'autore[28]. Per quanto attiene, invece, al conflitto che sorge tra UGC e diritti degli autori, rilevano soprattutto il diritto di riproduzione e comunicazione al pubblico come disciplinati dagli artt. 2 e 3 della Direttiva InfoSoc[29]. Il primo fornisce un'ampia definizione del diritto di riproduzione che copre qualsiasi uso di un'opera[30]. Il secondo definisce il diritto di comunicazione al pubblico come messa a disposizione di un'opera tramite qualsiasi mezzo[31]. Tuttavia, ciò che maggiormente rileva è che le norme nazionali in genere prevedono che rientri tra le prerogative autoriali anche il diritto di autorizzare qualsiasi adattamento o modifica alle proprie opere rendendo, dunque, necessaria la conclusione di un accordo di licenza per la creazione di un'opera derivata[32].
Proprio quest'ultima prerogativa autoriale sembra quella maggiormente coinvolta dalla definizione di UGC assunta dalla Commissione europea, in quanto gli UGC rappresenterebbero delle opere derivate create senza il consenso del titolare dei diritti. La complessità, poi, sembrerebbe anche accresciuta dalla circostanza che l'opera derivata non sia una fattispecie armonizzata a livello europeo.
Del pari, non sono armonizzati i diritti morali degli autori che pure sono coinvolti dal fenomeno degli UGC ed in particolare, il diritto all'integrità dell'opera, che riconosce all'autore il diritto ad opporsi alle trasformazioni delle proprie creazioni che possano determinare la violazione del proprio onore o della propria reputazione[33].

4. La regolazione proposta nella bozza di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

Il conflitto tra UGC e la Direttiva InfoSoc è, dunque, evidente ma diversi sono i anche problemi che sorgono rispetto alla proposta di direttiva per il diritto d'autore nel mercato unico digitale, sia in rapporto a singole disposizioni che al sistema nel suo insieme[34].

---

[28] *Ibid.*: «*Ainsi, le "générateur" de l'UGC à cause de sa qualité d'amateur est traité souvent comme un auteur de seconde catégorie, "au rabais", moins légitime à opérer le partage de revenus que les ayants droit patentés. Les UGC apparaissent ainsi dans leur dimension paradoxale: réalisés par des millions d'amateurs animés en majeure partie par une intention altruiste, ils sont souvent l'objet d'une diffusion à caractère commercial par des plateformes en situation oligopolistique, dont ils ne partagent qu'exceptionnellement les bénéfices économiques liés à cette diffusion*». Nello stesso senso, J. Meese, *User production and law reform: a socio-legal critique of user creativity*, in *Media, Culture & Society*, 37(5), 2015, 762.

[29] Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

[30] Direttiva 2001/29/CE, art. 2, Diritto di riproduzione. Sul punto: Aa. Vv., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IViR 2008, 188.

[31] Direttiva 2001/29/CE, art. 3, Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti. In argomento, cfr. ancora Aa. Vv., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, cit.

[32] Per esempio, limitatamente all'esperienza italiana, vedi artt. 12 e 18 della l. 633/1941. In tema, Aa. Vv., *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society- Final Report*, IDATE – TNO – IViR 2008, 188.

[33] *Ibid.*, 189. Nello stesso senso: K. Erickson, *op.cit.*

[34] Di seguito, "Proposta di direttiva".

D'altra parte, la circostanza che la consultazione indetta in materia non abbia prodotto risultati, in quanto non è stato possibile trovare una posizione condivisa sui risultati da raggiungere o sugli strumenti da adottare, ha determinato l'assenza della tematica nella Proposta di direttiva elaborata dalla Commissione europea[35]. Tuttavia, pur mancando apparentemente una specifica intenzione di regolare gli UGC, il testo successivamente approvato dal Parlamento europeo sembra muoversi nel tracciato della consultazione, durante la quale si era sostenuta l'opportunità di estendere le licenze intercorrenti tra titolari dei diritti e piattaforme ai rapporti tra utenti e titolari dei diritti[36].

Coerentemente, il testo dell'art. 13 della Proposta di direttiva approvata dal Parlamento europeo, impone alle piattaforme (*online content sharing service providers*) di concludere accordi di licenza equi con i titolari dei diritti, che coprano anche la responsabilità per i contenuti caricati dagli utenti di queste piattaforme qualora avvengano nel rispetto dei termini e delle condizioni dei contratti di licenza, e a condizione che gli utenti non agiscano per scopi commerciali[37].

Apparentemente, dunque, il testo approvato dal Parlamento europeo, fa prevalere l'adozione di un sistema di licenze a scapito di un eventuale trapianto di esperienze straniere pure vagliato in fase di consultazione, quando erano state alternativamente proposte l'introduzione di una specifica eccezione oppure di una clausola di flessibilità[38].

Tuttavia, il testo adottato dal Parlamento europeo ammette anche, con qualche ambiguità, l'opportunità di introdurre una specifica eccezione per gli UGC[39]. Infatti, al considerando 21-*ter*, pur constatando la possibilità di un'eventuale sovrapposizione con eccezioni e limitazioni esistenti, si riconosce che non tutti i contenuti che sono caricati o resi disponibili da un utente e che includono estratti di opere protette o altri materiali sono coperti da un'eccezione al diritto d'autore tra quelle previste dall'art. 5 della Direttiva InfoSoc, e che ciò crea una certa incertezza[40].

Dunque, si ritiene «opportuno prevedere una nuova eccezione specifica per consentire gli utilizzi legittimi degli estratti di opere o di altro materiale protetti preesistenti nei

---

[35] European Commission, *On content in the Digital Single Market*, Brussels, 18 December 2012, 1; European Commission, Bruxelles, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market*, 14.9.2016 COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD).

[36] European Commission, *Public Consultation on the review of the EU copyright rules,* 2014, 27, fa esplicito riferimento a European Commission, *Licences for Europe. Ten pledges to bring more content online*, November 2013; European Commission, *Consultation Report*, Brussels, 2014, 67, chiarisce che questa soluzione era sostenuta dagli autori, dalle società di gestione collettiva, e dagli operatori di broadcasting, nella convinzione del ruolo delle licenze come descritto dalla "*subtle incentive theory*" elaborata da Y. Lev-Aretz, *The subtle incentive theory of copyright licensing*, in *Brooklyn Law Review*, Summer 2015, 3: «*The subtle incentive theory encourages rightholders to engage in licensing by incorporating the existence of an accessible and efficient licensing scheme and a user's bona fide attempt to purchase a license*».

[37] Art. 13, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 12 settembre 2018, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD).*

[38] La specifica eccezione si ispira al Copyright Modernisation Act canadese, Section 29.21(1). La clausola di flessibilità al *Fair Use* americano previsto dalla Section 17 U.S.C. § 107.

[39] Considerando 21-*ter*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

[40] *Ibid.*

contenuti caricati o messi a disposizione dagli utenti»[41]. In particolare, il contenuto generato o reso disponibile da un utente, per essere coperto da una tale eccezione dovrebbe consistere in un uso breve e proporzionato di una citazione o di un estratto di un'opera protetta o altro materiale[42]. Il pregiudizio dovrebbe, poi, essere valutato in considerazione del livello di originalità del contenuto coinvolto, la lunghezza della citazione o dell'estratto usato, la natura professionale del contenuto o il danno economico causato. E comunque, conclude la disposizione, l'applicazione di una tale eccezione non dovrebbe ledere i diritti morali degli autori[43].

Tuttavia, nonostante l'intenzione palesata nel menzionato considerando, l'articolato prevede una differente regolazione, incentrata solo sull'introduzione di un meccanismo di licenze e, sebbene non siano fornite indicazioni rispetto al modello contrattuale da adottare, è esclusa in via indiretta la sostenibilità di un modello Creative Commons, invece suggerito dalla dottrina in fase di consultazioni[44].

Infatti, il testo approvato dal Parlamento europeo imporrebbe anche un obbligo per gli Stati Membri di assicurare che gli autori e gli artisti interpreti ed esecutori ricevano una remunerazione proporzionata allo sfruttamento delle loro opere[45]. Quest'obbligo, che determina una chiara espansione delle prerogative contrattuali degli autori, subirebbe un'eccezione nel solo caso in cui gli stessi garantiscano un «*non-exclusive usage right for the benefit of all users free of charge*» come generalmente invece avviene nelle licenze Creative Commons[46].

Ad ogni buon conto, la regolazione proposta suscita anche un altro interrogativo. Infatti, dalla combinazione delle obbligazioni imposte, mentre le piattaforme sono gravate dall'obbligo di concludere licenze con i titolari dei diritti che coprano anche le condotte dei propri utenti (*ex* art. 13), le stesse potrebbero essere successivamente obbligate a retribuire gli utenti di maggiore successo in ottemperanza all'obbligo di remunerazione equa e proporzionata (*ex* art -14)[47]. Più chiaramente, gli utenti beneficerebbero solo degli esiti positivi della propria attività senza sostenere alcun rischio economico, mentre le piattaforme sarebbero gravate da un duplice obbligo di remunerazione, nei confronti degli autori ed eventualmente anche degli utenti.

Proprio quest'ultima circostanza provoca un'ulteriore interrogativo. Infatti, come so-

41 *Ibid.*

42 Condizione peraltro comune all'eccezione di citazione *ex* art. 5, par. 3, lett. *d)*, direttiva 2001/29/CE.

43 Considerando 21-*quater*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

44 Da art. -14 ad art. 16-*bis*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

45 Art. -14, par. 1, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

46 Art. -14, par. 2, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

47 Assume particolare rilevanza la circostanza che oggi la maggior parte delle piattaforme impongono, come condizione dell'uso del servizio, l'attribuzione di una licenza gratuita e non esclusiva per lo sfruttamento dei contenuti caricati dai propri utenti. Per esempio, le condizioni di utilizzo di YouTube, nella versione del maggio 2018, all'art. 7, prevedono che: «L'utente detiene tutti i diritti di proprietà sui propri Contenuti, ma deve concedere diritti limitati di licenza a YouTube e agli altri utenti del Servizio». Diversamente, l'art. 15 della Proposta di direttiva (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), prevede che: «*[A]uthors and performers or any representative organisation acting on their behalf are entitled to claim additional, appropriate and fair remuneration from the party with whom they entered into a contract for the exploitation of the rights when the remuneration originally agreed is disproportionately low compared to the subsequent relevant direct or indirect revenues and benefits derived from the exploitation of the works or performances*».

pra richiamato, aspetto centrale degli UGC è la natura amatoriale dei creatori e non commerciale dell'attività[48]. Ma, come valutare la natura non lucrativa dell'attività dell'utente se, nell'ipotesi appena descritta, questo, originariamente amatore, inizia a guadagnare dalla propria opera, ricevendo profitto tramite le stesse piattaforme che hanno consentito la sua creazione? La soluzione rimane aperta, soprattutto in considerazione del fatto che lo scopo professionale e commerciale di un'attività è un concetto non ancora armonizzato a livello europeo.

5. Le questioni ignorate: l'armonizzazione della disciplina delle opere derivate e la disponibilità dei diritti morali

Vero è che il testo sopra commentato è ancora oggetto dei lavori del c.d. trilogo e potrebbe non essere pienamente corrispondente al testo definito, ma la regolazione contrattuale dei contenuti pubblicati sulle piattaforme sembra allo stato difficilmente sostituibile e, in ogni caso, permangono intatti i problemi che pure erano stati individuati in riferimento agli UGC rispetto ai principi generali del diritto d'autore.
Infatti, sebbene la Commissione europea abbia inteso limitare la definizione di UGC agli *user-adapted content*, che possono essere considerati alla stregua di opere derivate, nulla è stato fatto per l'armonizzazione di questa fattispecie a livello europeo, soprattutto in considerazione delle esistenti eccezioni per citazione e parodia, pure non armonizzate in quanto facoltative ai sensi della Direttiva InfoSoc ed oggetto di sporadica giurisprudenza della Corte di giustizia[49].
Ancora, rimane inevaso l'interrogativo sorto rispetto alla compatibilità tra il sistema di tutela dei diritti morali e l'introduzione di un meccanismo contrattuale quale previsto dalla Proposta di direttiva. In primo luogo, i diritti morali non sono armonizzati all'interno dell'Unione Europea, in secondo luogo, essendo generalmente impossibile trasferire, rinunciare o limitare l'esercizio dei diritti morali d'autore, la loro tutelabilità potrebbe causare il fallimento del sistema di licenze proposto[50].
D'altra parte, soprattutto negli ordinamenti in cui la tradizione dei diritti morali è lunga e stabile, sarebbe impossibile impedire in via contrattuale agli autori, che pure abbiano prestato il consenso alla rielaborazione di una propria opera, il diritto di rivendicare la tutela del proprio diritto morale all'integrità dell'opera qualora ritengano che la rielaborazione leda il proprio onore o la propria reputazione[51].

---

[48] Cui sembra rimandare anche il testo del considerando 21-*quater*, Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2018)0337, 12.9.2018.

[49] Le eccezioni sono entrambe previste dall'art. 5 della direttiva 2001/29/CE. Per quanto attiene alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla citazione: C-145/10, *Eva-Maria Painer* (2011); sulla parodia: C-201/13, *Deckmyn* (2014).

[50] T. Scassa, *Acknowledging Copyright's illegitimate Offspring: User-Generated Content and Canadian Copyright Law* in M. Geist (ed.), *The Copyright Pentalogy. How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian,* Ottawa, 2013, 443: «*If moral rights provisions continue to apply, then an author might well object to UGC on the basis that it violates her moral rights*».

[51] Conformemente al disposto dell'art. 6-*bis* della Convenzione di Berna.

Pertanto, i diritti morali sembrano costituire un inevitabile limite alla diffusione di una regolazione contrattuale degli UGC anche in considerazione del fatto che, pur essendosi notato che questi costituiscono troppo spesso un ostacolo alla creazione, sembra oggi difficile riformare tanto profondamente il diritto d'autore[52]. Pertanto, l'interazione tra UGC e diritti morali rimane un terreno inesplorato che difficilmente potrà trovare una soluzione, se non tramite un cambiamento radicale di paradigma che metta in discussione la stessa natura irrinunciabile dei diritti morali invece caratteristica del sistema continentale di *droit d'auteur*.

6. Osservazioni conclusive

È noto che il Web 2.0 e le piattaforme abbiano causato la crisi del sistema di diritto d'autore, eppure, sembra che poco sia stato fatto per individuare un efficiente sistema di regolazione dell'ambiente digitale ed in particolare degli UGC[53]. Questi, infatti, sono stati dapprima accantonati nella discussione sulla Proposta di direttiva e poi distrattamente riconsiderati. Pertanto, se dovesse essere adottato un sistema di tutela contrattuale, si assisterebbe solo ad un tentativo di limitare il conflitto con il diritto d'autore. Infatti, se l'assenza di una disciplina armonizzata dell'opera derivata potrebbe essere colmata, seppur con qualche difficoltà, in via giurisprudenziale, rimarrebbe comunque la necessità di risolvere il conflitto tra libertà di creazione e diritti morali. D'altra parte, come detto, questi ultimi sembrano costituire il maggiore ostacolo ad una regolazione contrattuale di un fenomeno tanto variegato e complesso essendo rimasto intatto il principio generale per cui dipendono all'autore originario tutte le successive opere derivate nonostante questo sembri non più ben rispondente alla realtà tecnologica[54].
Ad ogni buon conto, sembra permanere anche un'ultima considerazione di fondo, relativamente a ciò che discende dalla dimensione territoriale del fenomeno e dal globalismo delle piattaforme[55].
Oggi, infatti, con particolare riferimento agli UGC, lo *status quo* è costituito da un lato, da un sistema molto favorevole alla loro diffusione quale quello statunitense del *fair use*, e dall'altro, un sistema incerto e rigido come quello europeo e canadese essendo

[52] C. Leonard, *Copyright, Moral Rights and the First Amendment: The Problem of Integrity and Compulsory Speech*, in *Columbia Journal Of Law & The Arts*, 35(2), 2012, 293 ss.; T.I. Lee, *A Battle Between Moral Rights and Freedom of Expression: How Would Moral Rights Empower the "Charging Bull" Against the "Fearless Girl"?*, in *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 17, 2018, 672 ss.; J. Groffe, *Droit moral et liberté de création*, *RIDA,* 253, julliet, 2017, 6: «*[L]e droit moral est un droit de protection qui se traduit bien souvent par un facultè de blocage, et donc par un comportement actif de la part de l'auteur, tandis que la liberté de creation impose justement une abstention d'autrui, et donc un comportement passif*».

[53] T.E. Synodinou, *Régulation et autoregulation du droit d'auteur sur internet*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris, 2014, 389.

[54] D. Halbert, *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 11, 2009, 940: «*[C]opyright renders illegal an enormously varied range of creative products by making all works related to the initial copyrighted work the "property" of the original author and criminals out of those who create these works but imagination trumps ownership, and transformative work is difficult to stop because it is the manifestation of the cultural conversation we all engage in as social beings*».

[55] K. Erickson - M. Kretschmer, *op.cit.*, 4, enfatizzano la circostanza per cui la globalità delle piattaforme ne complica la piena comprensione e, soprattutto la sua regolazione.

impensabile affrontare il problema in maniera unitaria in tutti gli ordinamenti. Purtroppo, poi, lo stesso avviene per molti altri aspetti del diritto della proprietà intellettuale, in quanto i trattati internazionali sembrano aver perso la sfida della tecnologia che, al contrario, dovrebbe creare un fronte comune generando in tutti i diversi ordinamenti i medesimi interrogativi e le medesime opportunità.

Destinazione *post mortem* dei diritti sui propri dati personali*

Stefania Stefanelli

Abstract

Lo studio si propone di indagare se il quarto comma dell' art. 2-*terdecies* del Codice privacy introdotto dal d.lgs. 101/2018, a mente del quale la destinazione *post mortem* dei diritti connessi al trattamento dei propri dati personali non può «in ogni caso» pregiudicare «l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato», recepisca la tesi per cui tale complesso di diritti costituisce (oltre che manifestazione di uno dei diritti fondamentali della persona, di cui è presidio l'art. 2 Cost.) un *asset* di natura patrimoniale. Definisce, di conseguenza, la natura della successione, la capacità di disporre ed i limiti a tutela dei legittimari.

Article 2-*terdecies,* para. 4, of the Italian Data Protection Code, introduced by the Legislative Decree no. 101/2018, provides that the *post-mortem* assignment of the rights related to the processing of personal data shall not «in any case» prejudice «the exercise by third parties of the rights assets depending on the death of the data subject». The essay aims at exploring if this set of rights also constitutes (as expression of a fundamental right, granted under Art. 2 of the Italian Constitution) rights of economic nature.

Sommario

1. Successione nel patrimonio digitale *online*: il caso dell'accesso all'*account* Facebook. – 2. Intangibilità del diritto a disporre *post mortem* del patrimonio digitale *online* e deroga negoziale all'universalità della successione. – 3. Ambito di applicazione. – 4. Capacità del minore a disporre.

Keywords

Dati personali di persone defunte, Successione nei diritti relativi al trattamento, Disposizione con effetti *post mortem*, Morte digitale, Eredità digitale

1. Successione nel patrimonio digitale online: il caso dell'accesso all'*account* Facebook

Il d.lgs. 101/2018 ha novellato il d.lgs. 196/2003, disciplinando con i commi da 2 a 5 dell'art. 2-*terdecies* la facoltà dettare una dichiarazione scritta non equivoca, specifica,

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

libera e spontanea, presentata o comunicata al titolare del trattamento nell'ambito dell'offerta di servizi della società dell'informazione, allo scopo di impedire o disciplinare l'esercizio dei diritti connessi al trattamento *post mortem* dei propri dati personali che il primo comma riconosce (per quanto qui di interesse) da parte di chi agisca «per interesse proprio», in qualità di «mandatario dell'interessato», ovvero «per ragioni familiari meritevoli di protezione».

Questo studio si propone di indagare preliminarmente se la disciplina novellata rappresenti il recepimento normativo dell'opinione, sostenuta in dottrina[1], secondo la quale il complesso dei diritti connessi al trattamento dei propri dati personali costituisce (oltre che manifestazione di uno dei diritti fondamentali della persona, di cui è presidio l'art. 2 Cost.) anche un, più o meno economicamente significativo, *asset* di natura anche patrimoniale o se non si tratti, piuttosto, della successione nel rapporto giuridico su cui si fonda il trattamento. L'analisi è stimolata, in particolare, dal quarto comma della disposizione in commento, che specifica come la predetta dichiarazione non possa «in ogni caso» pregiudicare «l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato».

Si tratta, in altri termini, di comprendere: *a*) se i diritti connessi al trattamento *online* dei propri dati personali lascino emergere anche una peculiare categoria beni[2] ossia, *ex* art. 810 c.c., «cose che possono formare oggetto di diritti», e se su questi beni si apra la successione per causa di morte, ovvero se si tratti della successione in rapporti contrattuali[3]; *b*) se su questi beni o rapporti si apra la successione *mortis causa*[4]; e di conseguenza, *c*) alla luce della rilevanza giuridica che la disposizione riconosce alle manifestazioni di volontà «finalizzate a individuare i soggetti ai quali dovranno essere comunicati, al momento del decesso, messaggi personali, credenziali di accesso agli *account* e relativi»[5], definirne la natura ed i limiti di efficacia. Esula invece dai limiti imposti all'indagine la disamina dei rimedi che l'ordinamento offre alle persone più vicine al defunto a tutela della dignità e dell'immagine di costui, cui si riferisce l'ultimo

[1] Proprio con riferimento ai beni digitali diffusi *online* A. Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, discuteva di situazioni soggettive "personal-patrimoniali", e dell'opportunità di riconoscere al *de cuius* la facoltà di disciplinarne l'acquisto da parte dei successori, a tutela della propria identità e riservatezza oltre che del proprio patrimonio, ma anche in ragione dei rapporti intrecciati con taluni di costoro o con persone terze, e dell'intenzione di cancellarne, eventualmente, le tracce digitali.

[2] Con la doverosa precisazione per cui l'assimilazione alle categorie civilistiche pensate per il mondo analogico mostrano una tendenziale incapacità di comprendere le peculiarità di quello digitale, dematerializzato, e che dunque verranno usate, nel prosieguo della trattazione, con un qualche, necessario, grado di approssimazione. In particolare, è evidente che il diritto di proprietà su un supporto non coincide con quello alla conoscenza dei contenuti digitali ivi conservati, né la disponibilità delle credenziali di accesso coincide col diritto dominicale, e l'esempio di tale scissione è quello del mandatario nominato dall'interessato, a norma della disposizione in commento, con l'incarico di esercitare i diritti dopo la morte del *de cuius*, ed in particolare con l'incarico di chiedere la cancellazione.

[3] Cfr. A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo Mengoni Schlesinger*, Milano, 2012, 173 ss.

[4] Cfr. A. Zoppini, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2000, 185 ss.

[5] G. Resta, *La "morte" digitale*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2014, 895 ss. Il riferimento può estendersi anche alla moneta virtuale, come evidenzia V. Zeno Zencovich, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, nota a Tar Sardegna, sez. II, 18 febbraio 2013, in *Rivista giuridica sarda*, 2013, 448 ss.

inciso del c. 1, sicché le pagine che seguono devono intendersi riferite unicamente alle pretese di carattere patrimoniale connesse al trattamento di dati personali.
In attuazione della riserva contenuta nel considerando 27 del regolamento (UE) n. 679/2016, che consente agli Stati di estenderne la disciplina ai dati di persone defunte, la disposizione novellata segna a nostro avviso l'approdo di una tendenza di sempre maggiore specificazione della situazione giuridica riconosciuta ai superstiti, le cui tappe possono rintracciarsi: 1) nell'art. 13, c. 3, l. 675/1996, riconosceva l'esercizio dei diritti riferiti a persone decedute a «chiunque vi avesse interesse», e dunque, secondo alcuni autori, anche per pura curiosità[6]; 2) nell'abrogato art. 9, c. 3, d. lgs. 196/2003, circoscriveva l'esercizio dei diritti di cui all'art. 7 (accesso, aggiornamento, rettifica, integrazione, cancellazione ecc.), riferiti a dati di persone decedute a chi avesse «un interesse proprio», non ulteriormente aggettivato in termini patrimoniali o personali. Infine, 3) la formulazione attuale riprende quasi letteralmente quella precedente, ma è la clausola di salvaguardia contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2-*terdecies* a far propendere per la natura anche patrimoniale[7] dei diritti, connessi al trattamento dei dati personali, «che derivano dalla morte dell'interessato», posto che sono patrimoniali i diritti, conseguenti al decesso, sui quali non può produrre effetti pregiudizievoli la dichiarazione *ante mortem* che quell'esercizio vietasse.
La conclusione si rafforza ove si noti che distinta ulteriore e salvezza la medesima disposizione riconosce al «diritto di difendere in giudizio i propri interessi», nel cui ambito si ricomprende generalmente l'azione dei familiari volta a proteggere, in uno con la reputazione e la dignità del defunto, quella propria mediata o riflessa[8]. Che, del resto, i diritti fondamentali della persona non si trasmettano ai successibili, estinguendosi alla morte del titolare[9] solo con riguardo alla loro componente "morale", mentre si acquisiscono all'asse ereditario le utilità conseguenti al loro sfruttamento economico, è evidente rispetto al diritto d'autore (artt. 22 ss. e 25 ss., l. 22 aprile 1941,

[6] Una prima critica si legge in G. Conte, *Diritti dell'interessato e obblighi di sicurezza*, in V. Cuffaro - V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, 257 ss.

[7] G. Resta, *op. cit.*, 904 nota che «il fenomeno della trasmissione del patrimonio digitale possa interessare posizioni giuridiche di natura schiettamente patrimoniale e che trascendono la sfera dei diritti della personalità».

[8] Esemplifica G. Resta, *op. cit.*, 903: «si pensi, tipicamente, alla pubblicazione nell'ambito di *social network* di notizie riservate che investano la sfera familiare del *de cuius*», ed al risalente principio, affermato da Trib. Roma, 12 febbraio 1974, in *Giurisprudenza di merito*, 1974, 204 ss., per cui «L'attribuzione del diritto di proporre querela per l'offesa alla memoria di un defunto trova la sua giustificazione nel diritto dei prossimi congiunti a veder tutelata la reputazione del defunto, estendendosi il pregiudizio della arrecata offesa alla dignità degli stessi prossimi congiunti. Costoro sono pertanto legittimati a costituirsi parte civile in quanto subiscono un danno diretto ed immediato dal reato».

[9] Cfr., con riferimento alla riservatezza della partoriente che abbia espresso la volontà di non essere nominata *ex* art. 30, d.P.R. 396/2000, e la cui identità non può essere comunicata prima del compimento di cento anni dal parto *ex* art 93, c. 3, d.lgs. 196/2003, Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro italiano*, I, 2017, 494 ss., con nota di G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, su cui S. Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass., sez. un., n.* 1946 del 2017, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, 1041 ss., secondo cui «la sentenza di costituzionalità abbia prodotto l'ulteriore effetto di sistema di rendere flessibile il rigore dello sbarramento temporale contenuto nel citato art. 93». Nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024, in *Foro italiano*, I, 2016 3114 ss.; Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, *ivi*, I, 2016, 3784 ss., con nota di richiami di G. Casaburi; Cass. civ., sez. VI, ord. 7 febbraio 2018, n. 3004.

n. 633)[10]. Analogamente diremo dunque che, mentre con la morte cessa la protezione immediata e diretta della riservatezza del defunto, la pretesa a godere delle utilità economiche connesse al trattamento dei suoi dati personali si trasmette per successione, in ossequio al principio di unità della successione.

Appare evidente che i successori abbiano interesse ad evitare che siano cancellati definitivamente o, peggio, acquistati da estranei per invenzione di una *res nullius*, il *cloud* che contiene software o opere dell'intelletto coperte da diritto di privativa acquisitati dal *de cuius*, oppure il sito web fonte di reddito, le e-mail, gli *account*, le licenze d'uso delle banche dati *online*, ma ha natura patrimoniale anche il diritto vantato dai terzi all'accesso ai dati conservati dalle comunicazioni ed ai contenuti diffusi da un utente attraverso un social network, quando si tratti del beneficiario di una polizza assicurativa per gli infortuni, interessato a dimostrare l'accidentalità dell'esito e che il defunto non nutriva propositi suicidi.

Si tratta di fattispecie modellata su quella esaminata recentemente dalla Corte federale tedesca[11] nel giudizio avviato contro Facebook dai congiunti di una ragazza, deceduta improvvisamente nelle descritte condizioni, per ottenere dal fornitore di servizi della società dell'informazione l'accesso ai dati riferiti al profilo della defunta, cui la piattaforma si opponeva a tutela della riservatezza della stessa. La decisione affermativa argomenta, tra l'altro, che «la comunità degli eredi può invocare il diritto di successione protetto dall'art. 14, cpv. 1, parte 1 della Costituzione tedesca, e rivendicare un interesse legittimo in quanto il rapporto contrattuale con il convenuto è trasferito agli eredi secondo la legge tedesca applicabile e questi pertanto quindi, in quanto parti contraenti, hanno il diritto primario di accedere all'*account* utente della testatrice e ai contenuti proprietari patrimoniali e personali in esso contenuti». Infatti, gli eredi perseguivano interessi patrimoniali, attraverso la richiesta di autorizzazione all'accesso, dovendo difendersi dalla richiesta risarcitoria avanzata dall'autista della metropolitana che aveva investito la ragazza, oltre che interessi, che la corte definisce "ideali"[12], a sapere se la stessa avesse nutrito propositi suicidi, poco prima della morte. In sintesi, «se agli eredi fosse negato l'accesso, sarebbe loro negato di fatto anche il subentro nelle posizioni giuridiche relative ai diritti ed degli obblighi derivanti dal rapporto contrattuale, e sarebbe minato il principio di successione universale».

[10] Cfr. E. Bassoli, *Diritti dell'interessato*, in G. Cassano - S. Fadda (a cura di), *Codice in materia di protezione dei dati personali*, Torino, 2004, 78 ss.

[11] Bundesgerichtshof, 12 luglio 2018, § 78. Il principio è ribadito nel § 60, con riferimento al subentro degli eredi, come nuovi *partner* contrattuali e titolari dell'*account*, anche rispetto alle comunicazioni intrattenute con i terzi, fermo l'accesso ai soli messaggi inviati dal *de cuius* e non a quelli dei terzi, protetti dal segreto delle comunicazioni. Cfr., per la legislazione italiana, anche la fondamentale distinzione tra consegna della corrispondenza agli eredi, su cui v. R.d. 18 aprile 1940, n. 689, art. 34, lett. *c*); d.P.R. 29 maggio 1982, n. 655, art. 35, lett. *c*), e la pubblicazione o riproduzione, disciplinate dalla l. 22 aprile 1941 n. 633, art. 93, con la previsione del necessario consenso dell'autore e del destinatario, o, dopo la sua morte, del coniuge, dei figli, o in loro mancanza degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado, mentre in caso di dissenso tra costoro si impone l'autorizzazione giudiziale, e resta in ogni caso fermo il rispetto della eventuale manifestazione di volontà del defunto risultante da atto scritto. Posto che, alla luce dell'art. 23 del Codice dell'amministrazione digitale, rispetto ai contenuti digitali parrebbe trattarsi in ogni caso di riproduzione o copia e non di consegna dell'originale o duplicato, la disposizione applicabile sarebbe dunque quella dettata dalla l. sul diritto d'autore.

[12] Bundesgerichtshof, 12 luglio 2018, § 81.

Nello stesso senso si è espressa in più occasioni l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, con riferimento ai dati personali del *de cuius* relativi a rapporti intrattenuti con istituti bancari e società di assicurazione, fatta eccezione per i dati che siano riferibili ai beneficiari di una polizza assicurativa, in quanto il diritto a costoro spettante esula dall'asse ereditario e costituisce una successione anomala per legge, *ex* art. 1920 c.c., e comunque in applicazione dell'art. 10, c. 5, d.lgs. 196/2003, abrogato dal d.lgs. 101/2018, che escludeva la comunicazione in forma intelleggibile dei dati personali relativi a terzi, salvo che la privazione di questi rendesse incomprensibili quelli relativi al defunto[13].

L'abrogazione non sembra incidere sulla tutela da riconoscersi in ogni caso alla riservatezza del terzo, nella stessa misura in cui spettava al *de cuius* ed a qualsiasi interessato[14], la quale trova espressione nella limitazione conseguente alla protezione «dei diritti e delle libertà altrui» di cui all'art. 23.1, lett. *i*) ed al considerando 73 del GDPR, e risponde alla tutela garantita alla vita privata dall'art. 8 CEDU, dall'art. 7 della Carta di Nizza e dagli artt. 2, 14 e 15 Cost.

Comunicare ai successori del titolare una missiva dal medesimo, che possa definirsi riservata e confidenziale per il mezzo o per il contenuto o che comunque contenga dati personali altrui, come il nome o l'indirizzo e-mail, mettendola a loro disposizione in qualsiasi forma, integra infatti un trattamento[15] ai sensi dell'art. 4.1, n. 2) del regolamento, che deve rispondere, tra l'altro, ai criteri di minimizzazione, limitazione delle finalità e liceità. Liceità che, a norma dell'art. 6, lett. *c*) del GDPR, si fonda sull'obbligo legale derivante dall'art. 2-*terdecies,* d.lgs. 196/2003 in commento e deve circoscriversi a quanto «necessario» per adempiervi, e così dovrebbe comprendere le comunicazioni inviate dal *de cuius*, ma non quelle dallo stesso ricevute.

La peculiarità delle descritte situazioni giuridiche patrimonialmente valutabili risiede, dunque, nell'essere tanto strettamente connesse e dipendenti dai rapporti contrattuali nel cui ambito il trattamento dei dati si realizza, che la loro fruizione da parte dell'interessato e dei terzi aventi interesse proprio dipende dalla cooperazione con il titolare del trattamento, che è anche il *partner* contrattuale cui verranno indirizzati gli atti che costituiscono esercizio dei diritti riconosciuti dal regolamento.

Posto che la dichiarazione dell'interessato non si dirige alla trasmissione *mortis causa* dell'intero rapporto contrattuale che lo lega al fornitore del servizio della società dell'informazione (il quale al contrario si estingue di regola con la morte dell'interessato, in deroga al principio di continuazione con gli eredi che si esprime negli artt. 1614, 1627, 1674, 1722, 1811 e 1833 c.c.), ma unicamente a disciplinare l'esercizio – altrimenti riconosciuto in via generale ai terzi aventi interesse – dei diritti connessi al trattamento dei dati personali nell'ambito del medesimo servizio, appare confacente includere i diritti patrimoniali medesimi nel novero dei beni, avendo essi una propria oggettività nella realtà socio-economica dei rapporti interpersonali, in applicazione della tesi maggioritaria in dottrina secondo cui i diritti patrimoniali sono suscettibili di

[13] Garante Privacy, provv. 31 marzo 2003 (doc. web n. 1053796); 13 novembre 2003 (doc. web n. 1083095); 26 marzo 2009 (doc. web. n. 1608042); 3 maggio 2018 (doc. web n. 9002012).

[14] Cfr. Bundesgerichtshof, 12 luglio 2018, § 61.

[15] Cfr. Garante Privacy, provv. 23 aprile 2015 (doc web n. 396621).

essere oggetto di pretese, garanzie, poteri, come entità dotate di valore economico[16]. Tuttavia, il principio di universalità della successione in forza del quale tutte le posizioni giuridiche contrattuali si dovrebbero trasferire agli eredi legittimi o testamentari, soffre in ragione della disciplina novellata di una deroga dipendente dall'espressa manifestazione di volontà dell'interessato, diretta ad impedire o limitare l'esercizio dei diritti connessi al trattamento dei dati realizzato in dipendenza del contratto.

2. Intangibilità del diritto a disporre *post mortem* del patrimonio digitale *online* e deroga negoziale all'universalità della successione

Dall'affermazione secondo cui rispetto al descritto patrimonio digitale si apre, dunque, la successione per causa di morte deriva il primo luogo la conseguenza per cui il titolare del trattamento è tenuto a conservare i dati per il tempo necessario a dare esecuzione all'eventuale manifestazione di volontà del titolare, e in ogni caso per consentire ai successibili di esercitare i propri diritti anche nel difetto di siffatta destinazione. La disposizione è formulata in termini chiaramente imperativi, non ammettendo deroga alcuna né alla facoltà di disporre *post mortem* dei ricordati beni né alla tutela dei diritti dei terzi, e da ciò deriva la conseguenza per cui eventuali condizioni generali di contratto che prevedessero, come avviene talora[17], la cancellazione dei contenuti per effetto del decesso del loro titolare ed escludessero la trasmissibilità del rapporto contrattuale sarebbero nulle *ex* art. 1418 c.c., in quanto priverebbero il titolare della facoltà di disporre dei diritti riferiti ai propri dati, ed in ciò risiede a nostro avviso il *novum* precettivo della disposizione in commento. Ad identiche conseguenze si poteva pervenire in via interpretativa già dalla precedente formulazione, rispetto ai diritti riservati ai terzi, ma la consacrazione normativa fuga ogni indecisione.
La conclusione si rafforza per aver ascritto la dichiarazione in oggetto al sistema delle alternative testamentarie, in quanto ciò implica l'applicazione del principio di conservazione delle manifestazioni di volontà dirette a produrre effetto dopo la morte del disponente, di cui si vede il riflesso nel canone di interpretazione conservativa del

[16] Cfr. C. Maiorca, voce *Beni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, 17; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017, 35 s.; cfr. art. 543 ss. c.p.c., a mente del quale sono suscettibili di espropriazione anche i diritti patrimoniali, i quali dunque formano parte dei «beni presenti e futuri» coi quali il debitore garantisce, *ex* art. 2740 c.c., le proprie obbligazioni.

[17] Il caso più noto fu deciso nel 2005 dalla Probate Court della Oakland County, *In re Ellsworth*, No 2005-296, 651-DE (Mich Prob Ct 2005), in che ordinò al provider Yahoo! di consegnare al padre tutta la corrispondenza giacente nella casella di posta elettronica di un giovane marine deceduto in missione, senza aver lasciato testamento, dichiarando nulle le clausole generali di contratto che prevedevano la cancellazione della casella e del suo contenuto. Questo il testo della disposizione contrattuale: «*No Right of Survivorship and Non-Transferability. You agree that your Yahoo! account is non-transferable and any rights to your Yahoo! ID or contents within your account terminate upon your death. Upon receipt of a copy of a death certificate, your account may be terminated and all contents therein permanently deleted*». Cfr. M. D. Rasch, *A Corporal's Death Starts a Dispute on E-Mail Ownership - Should e-mail accounts perish along with their owners? A military death generates a dispute over electronic rights and IP*, in *IP Law & Business*, 23 marzo 2005; R. G. Cummings, *The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy*, in www.conservancy.umn.edu.

testamento che indichi in erroneamente la persona del beneficiario, di cui all'art. 625 c.c.[18].

Le disposizioni in commento consentono infatti di escludere la trasmissione di questi diritti – entro i limiti di cui si dirà nel prosieguo – con dichiarazione scritta non equivoca, specifica, libera, informata, revocabile e modificabile in qualsiasi tempo, presentata dall'interessato al titolare del trattamento o a costui comunicata. L'art. 2-*terdecies*, commi da 2 a 4, d.lgs. 196/2003 configura dunque una delle deroghe previste dall'ordinamento rispetto all'unità della successione, deroghe che la dottrina distingue in successioni anomale legali, fondate su interessi la cui soddisfazione esige un'alterazione dell'ordine successorio o il riconoscimento di pretese successorie a persone diverse dagli ordinari successibili, e successioni anomale negoziali, comprendendo in tale categoria gli strumenti che l'autonomia privata può utilizzare per realizzare effetti successori in via anticipata rispetto alla morte del disponente, e che come tali costituiscono una alternativa al testamento[19].

Vigente il divieto di patti successori istitutivi, l'aspirazione a dettare una successione speciale per alcuni beni o per l'attenzione ai bisogni dei beneficiari dell'attribuzione patrimoniale può realizzarsi con congegni negoziali che, conservando la revocabilità tipica del testamento, permettano al contempo al beneficiante di selezionare quali situazioni soggettive trasmettere ed a chi, sempre ché l'attribuzione esca dal patrimonio del disponente prima della sua morte, ed il beneficio si consolidi in capo al destinatario dopo la stessa.

L'aspirazione era chiara alla dottrina che evidenziava come «si avverte … una domanda crescente di strumenti giuridici, diversi dal testamento, che consentano di regolare anticipatamente e in modo definitivo la propria successione. La crescita di tale domanda è determinata dall'aumento della durata media della vita, che ha aggravato gli aspetti negatici della revocabilità del testamento senza altro limite che la morte, e dall'importanza preminente assunta dalla ricchezza mobiliare nella composizione dei grandi patrimoni, con la duplice conseguenza dell'imprevedibilità dei corrispondenti valori monetari al momento della morte del titolare (valori di riferimento del regolamento successorio) e della necessità di specifiche competenze per la loro gestione»[20].

Altrettanto vale per i siti web che formano parte essenziale dell'attività professionale di un blogger, o di un personaggio pubblico in genere, rispetto alla cui successione è evidente l'interesse a selezionare il beneficiario meglio in grado di conservarne la redditività, ed anche quello del beneficiante a verificarne la capacità di gestione e amministrazione, fino alla propria morte, in modo che sia assicurata la continuità dell'organismo imprenditoriale e della sua efficienza, specie allorquando l'impresa è svolta in forma individuale e non possono trovare applicazione le clausole societarie disegnate allo scopo.

Il testamento, per la sua natura di atto *mortis causa* è inefficace fino all'apertura della successione, e per la sua segretezza è strumento inidoneo a questi scopi, che trascen-

---

[18] Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2007 n. 4022, in *Massimario della Giustizia civile*, 2007, II.

[19] A. Palazzo - A. Sassi, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, Torino, 2012, 446 ss.

[20] L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, XLIII, 1, Milano, 1999, 7, nt. 14.

dono la pura distribuzione dei rapporti patrimoniali del *de cuius*, e si aprono alla considerazione della qualità e dei bisogni dei beneficiari, oltre che alla natura delle posizioni giuridiche trasmesse. Si pensi all'interesse a consentire a soggetti determinati l'accesso a solo una parte dei contenuti del proprio *account*, riservandone altri ad altri beneficiari oppure disponendo per la loro cancellazione, ed è negli ambiti delineati che può trovare attuazione anche il mandato *post mortem*, di cui il primo comma dell'art. 2-*terdecies* in commento, ed a cui si riferiva il Consiglio nazionale del notariato, consigliandone l'adozione per la gestione dell'identità digitale[21].

È essenziale, dunque, che la morte non costituisca causa dell'attribuzione, ma termine alla cui scadenza si consolidano gli effetti attributivi in favore del beneficiario, ricadendosi altrimenti nella nullità per violazione dell'art. 458 c.c., ed in ogni caso è centrale la questione della tutela dei diritti dei legittimari rispetto a tutti gli atti riconducibili alle liberalità indirette, come è l'attribuzione in questione.

Atto *mortis causa* è quello preparato proprio per attuare la destinazione del patrimonio in ragione della morte del suo titolare, e nel nostro ordinamento l'unico strumento per l'attribuzione patrimoniale *mortis causa* è il testamento; atto con effetti *post mortem* è quello in cui la morte è evento dedotto come condizione (nella specie di premorienza) o termine per la produzione degli effetti giuridici finali del negozio; deriva che mentre nell'atto *mortis causa* la morte determina la costituzione di un rapporto prima inesistente, in quello *post mortem* il rapporto si è già costituito e la morte ne determina lo svolgimento effettuale. Tra gli atti *post mortem* si annoverano il contratto a favore di terzo, il contratto di assicurazione a favore di terzo, il mandato *post mortem* (valido nella sola forma *ad exequendum* e ampiamente studiato nella sua applicazione alla proprietà intellettuale[22]), il *trust* ecc., e nell'ambito di tale categoria si distinguono i casi in cui la designazione del beneficiario avviene per testamento (ad esempio nel contratto di assicurazione sulla vita ex art. 1920, c. 2, c.c.) e quelli in cui la designazione è contenuta in un atto tra vivi, al cui novero può ascriversi la dichiarazione relativa alla successione nei diritti connessi al trattamento dei propri dati nella società dell'informazione.

Non osta alla sua validità l'espressa previsione della revocabilità, in qualsiasi momento, del beneficio o, più precisamente, della designazione del beneficiario e del contenuto dell'attribuzione, in quanto in ogni caso la morte del disponente configura il *dies certus an et incertus quando*, a partire dal quale il beneficiario acquisterà, attraverso il congegno negoziale, il beneficio dalla controparte contrattuale del beneficiante, o in altri termini il momento a partire dal quale il titolare del trattamento dei dati è obbligato all'adempimento nei confronti del beneficiario, mentre il rapporto contrattuale tra il beneficiante ed il titolare è sorto ed è stato in larga parte eseguito *ante mortem*. Al beneficiario si attribuisce, dunque un *quod superest*, e l'acquisto del beneficio ha titolo nel contratto e non nella morte (ossia nella successione) dello stipulante.

---

[21] Consiglio nazionale del notariato, *Eredità digitale: le 10 cose da sapere*; Id., *Password, credenziali e successione* mortis causa, studio 6/2007 IG.

[22] A. Palazzo - A. Sassi, *op. cit.*, 578 ss. con riferimento all'art. 24 della l. 633/1941; *contra* N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 226 (che ritiene la figura inammissibile al di fuori del testamento).

Non si tratta neppure di donazione *si praemoriar*[23], in quanto 1) la determinazione del contenuto del beneficio è rimessa a quanto residui nel patrimonio al momento dell'apertura della successione; 2) il terzo acquista dal titolare del trattamento; 3) la disposizione è, proprio per queste ragioni, revocabile *usque ad exitus*.

Più vicino alla causa dell'accordo in commento appare il modello del contratto a favore di terzo con effetti *post mortem*, di cui all'art. 1412 c.c., caratterizzato dall'essere il trasferimento giustificato causalmente dall'interesse dello stipulante a realizzare il beneficio. Con tale prototipo condivide infatti: 1) la revocabilità, consentendo una verifica costante delle attitudini del beneficiario a gestire i beni, e della qualità rapporti del beneficiante con costui, in quanto la loro disgregazione potrebbe determinare il ripensamento rispetto alla conoscibilità di taluni contenuti cui darebbe accesso l'esercizio dei diritti connessi al trattamento; 2) il consolidarsi del beneficio in capo al destinatario solo dopo la morte del contraente; 3) la rifiutabilità del beneficio stesso da parte del terzo, che si realizza semplicemente quando costui non eserciti i diritti trasmessigli. Ad identico risultato poteva giungersi, prima dell'approvazione della novella, attraverso lo strumento del contratto a favore di terzo con effetti *post mortem*, ma la disposizione assicura anche la pubblicità delle determinazioni del beneficiante, sottoponendo la dichiarazione, la revoca e la rispettiva comunicazione a vincoli di forma, pubblicità di cui si avverte la necessità per il contratto a favore di terzo con effetti reali.

Il congegno è dunque funzionale a conservare la riservatezza dei dati e l'esclusiva disponibilità in capo al disponente del proprio patrimonio digitale per tutta la durata della propria vita, e garantire al contempo l'efficacia della disposizione *post mortem* anche in caso di modifica delle credenziali e/o della loro comunicazione attraverso supporti che potrebbero diventare non più leggibili o corrotti[24], nonché dell'eventuale disposizione circa la comunicazione di solo parte di essi, con cancellazione di altra parte ovvero rettifica, ad uno o più soggetti determinati, nell'esercizio dei diritti di accesso, cancellazione, portabilità, rettifica e limitazione del trattamento riconosciuti dal regolamento.

In sintesi, in ossequio al principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., la dichiarazione fa sorgere in capo al fornitore dei servizi l'obbligo contrattuale immediatamente, all'esito della sua "presentazione" o "comunicazione"; la stessa è revocabile e modificabile "in qualsiasi momento" – si presume, nelle medesime forme con le quali è stata originariamente resa e comunicata – e consente l'apprensione delle credenziali solo a ragione ed in seguito alla prova, in ottemperanza all'onere di cui all'art. 2697 ss. c.c – da darsi, in difetto di esplicita previsione normativa, con qualsiasi mezzo e, dunque, non solo con produzione del relativo certificato ma anche per testimoni o presunzioni semplici – dell'intervenuto decesso del disponente.

---

[23] Su cui cfr. Cass. civ., sez. II, 9 luglio 1976, n. 2619, in *Repertorio generale della Giurisprudenza italiana*, 1976, voce *Successioni legittime e testamentarie*, n. 6; Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 1959, n. 140, in *Foro italiano*, 1959, I, 580 ss.

[24] G. Ziccardi, *Il libro digitale dei morti*, Torino, 2017, 104: «Tutti i provider, e anche le riforme normative in corso, tendono però a mettere al primo posto le volontà dell'utente se espresse durante la sua vita online, anche in rapporto a generiche volontà testamentarie "tradizionali" documentate, per esempio, in forma scritta»; nonché, 106, «essenziale è anche valutare la possibilità di affidare a una persona di fiducia le credenziali di accesso, allegando istruzioni chiare su come comportarsi e cosa fare in caso di decesso».

In questi termini, può delinearsi con più precisione il contenuto della riserva, contenuta nel c. 5 dell'art. 2-*terdecies* in commento, destinata a proteggere «i diritti patrimoniali» dei terzi che derivano dalla morte dell'interessato. Quando si tratti di diritti successori, la formula deve integrarsi con il sistema della riserva a favore dei legittimari disegnato dal capo V del c.c., che costituisce previsione inderogabile e di ordine pubblico, a norma dell'art. 46, c. 2, l. 218/1995 e dei principi costituzionali di solidarietà familiare[25].
Potranno, dunque, formare oggetto dell'azione di riduzione da parte dei legittimari quelle disposizioni che trascendessero la quota disponibile, calcolata ai sensi dell'art. 536 c.c., e secondo la disciplina dettata dagli artt. 555 e 809 c.c. per la riduzione delle donazioni e delle liberalità realizzate con congegni negoziali diversi da quello tipico.

3. Ambito di applicazione

La previsione si riferisce in particolare ai diritti connessi al trattamento di dati personali concernenti persone defunte nell'ambito dell'offerta di servizi della società dell'informazione, e, ai sensi dell'art. 1, par. 2, della direttiva 98/34 CE, come modificata con direttiva 98/48 CE, costituisce offerta di servizi della società dell'informazione «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi», caratterizzato dunque dall'iniziativa individuale e dall'essere somministrato per via elettronica, ossia «inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici».
In particolare, argomentando *a contrariis* dalle esclusioni contemplate nell'allegato V alla direttiva citata, rientrano nel descritto novero i servizi *online* forniti attraverso sistemi elettronici di trattamento ed archiviazione di dati destinati alla creazione di un profilo personale o di una pagina all'interno di un *social network*, il blog, il sito web, il cloud, ma anche per la compravendita di beni e la fornitura di servizi *on demand*, ecc. [26].
È dunque sul rispettivo contenuto, integrante il mezzo oppure il risultato del trattamento di dati personali, che si apre la successione per morte del titolare, e la norma presuppone che possano esistere soggetti terzi che possano reclamare tutela dei propri

[25] Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 15 marzo 1984, n. 2215 in *Rivista del notariato*, 1986, 149 ss.

[26] Secondo CGUE, C-434/15, *Uber Systems Spain SL* (2017) «un servizio d'intermediazione che consente la trasmissione, mediante un'applicazione per smartphone, delle informazioni relative alla prenotazione di un servizio di trasporto tra il passeggero e il conducente non professionista che, usando il proprio veicolo, effettuerà il trasporto soddisfa, in linea di principio, i criteri per essere qualificato "servizio della società dell'informazione"». Cfr. Eurostat, *Digital economy and society statistics - households and individuals*, giugno 2018; direttiva 2000/31 CE, su cui A. Savin, *European Internet Law*, Cheltenham, 2017; d.lgs. 70/2003, art. 2, lett. *a)*, che comprende tra i servizi della società dell'informazione le attività economiche svolte *online* ed i servizi definiti dall'art. 1, c. 1, lett. *b)*, l. 317/1986 e successive modificazioni, e distingue differenti profili di responsabilità per le attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting*. Si riferisce ai dati personali raccolti nell'offerta diretta ai minori di servizi della società dell'informazione, di cui all'art. 8, par. 1, GDPR, la previsione di cui al primo paragrafo dell'art. 17, lett. *f)*, dei diritti all'oblio ed alla cancellazione.

diritti patrimoniali su tale contenuto. Diritti i quali non possono che essere pretese successorie, alla luce del principio per cui la disciplina delle successioni *mortis causa* è funzionale alla disciplina dalla trasmissione a soggetti determinati di tutte le situazioni giuridiche soggettive che non si distinguono con la morte del loro titolare, per lo più aventi carattere patrimoniale.
In tale sistema è indiscussa la centralità del testamento, quale negozio di attribuzione avente causa proprio nella morte e funzione di designazione del successore o dei successori, imprimendo una piuttosto che un'altra direzione alla destinazione dei beni compresi nel patrimonio relitto, e così nell'asse ereditario, ma abbiamo visto che il congegno in questione configura una successione anomala negoziale.

4. Capacità del minore a disporre

L'art. 2-*quinquies* introdotto nel d.lgs. 196/2003 dal d.lgs. 101/2018 riconosce al minore che abbia compiuto i quattordici anni la capacità ad «esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione», e di conseguenza anche a manifestare la volontà diretta a disciplinare l'esercizio dei diritti connessi al trattamento, che in quel consenso trova la propria base giuridica, per il tempo successivo alla propria morte, e data la coincidenza dell'ambito applicativo delle due disposizioni.
Con la dichiarazione in commento, l'infraquattordicenne regola, mediante l'espressione del consenso ed anche per il periodo successivo alla propria morte, il proprio «corpo elettronico»[27], ovvero la «rappresentazione telematica» della propria identità, attraverso il controllo della sorte delle informazioni a sé riconducibili, e dell'accessibilità alle stesse di certi piuttosto che di altri soggetti che gli sopravvivano.
Ove dunque, nella vigenza della disposizione in commento, si realizzasse, in una condizione in cui sia applicabile la disciplina italiana[28] una vicenda analoga a quella esaminata dalla Corte di Karlsruhe, l'accesso degli eredi ai contenuti del profilo Facebook della defunta potrebbe essere escluso dal fornitore dei servizi in adempimento all'obbligo che sullo stesso grava per effetto della ricevuta dichiarazione di volontà eventualmente espressa e comunicata dalla minorenne.
Nell'esclusivo ambito dell'offerta diretta dei servizi di cui alla direttiva 1535/2015, dunque, trova applicazione il canone — espresso anche dall'art. 1, l. 18 giugno 1986, n. 281 sulla scelta dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole secondarie superiori; dagli artt. 12 e 13, l. 22 maggio 1978, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza della minorenne, e dagli artt. 75 e 120, c. 2, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 in tema di recupero dei minori affetti da tossicodipendenze, e dall'art. 3, c. 2, l. 21 ottobre 2015, n. 219, che ammette la partoriente minorenne ad esprimere il consenso alla donazione cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale «previa espressione del

[27] S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, 85.

[28] *Ex* artt. 46 ss., l. 218/1995 la legge italiana regola la successione del cittadino, salvo che costui abbia espresso nel testamento la scelta della legge del Paese straniero di residenza, ma sono di applicazione necessaria le disposizioni sulla riserva a favore dei legittimari.

consenso informato» — per il quale gli atti che costituiscono esercizio dei diritti fondamentali possono essere compiuti da qualsiasi minore capace di discernimento, posto che titolarità ed esercizio delle situazioni giuridiche esistenziali sono inscindibili[29].

[29] Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, II, 949 ss.; M. Giorgianni, *In tema di incapacità del minore di età*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, 103 ss.; Id., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario del codice civile Cian Oppo Trabucchi*, IV, Padova, 1992, 2999; C.M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 237, col limite degli atti che espongano il minore ad un rilevante pregiudizio; F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1982, 54 ss. Sulla capacità del minore a compiere atti giuridici dai quali non possa derivare nocumento al disponente cfr., di recente, Cass. civ., sez. III, ord. 13 ottobre 2017, n. 24077, in *Foro it.*, I, 2018, 604 ss., con nota di S. Stefanelli, *Verso la capacità giuridica del minore: il caso degli atti giuridici in senso stretto*, con riferimento alla messa in mora per il risarcimento danni di cui all'art. 22, l. 990/1969 (ora sostituito dall'art. 148 cod. assicurazioni private), che costituisce condizione di proponibilità dell'azione contro l'assicuratore, avanzata dal difensore di una minorenne, in forza del mandato dalla stessa conferitogli.

The Right to Privacy and New Technologies: Between Evolution and Decay*

Fabrizio Petrucco

Abstract

The purpose of this study is to briefly analyze the right to privacy historical origins and latest evolutions, from its first, yet frail, appearance in XVIII century Europe to the recent Regulation (EU) 2016/679 implementation.
The first part of the essay addresses privacy's emergence as an autonomous right. A long-running process, during which it will go from being associated to more prominent rights, as the right to property (in the UK) or to dignity (in France), to finally find its scientific emancipation in the world-famous Warren and Brandeis' article "The right to Privacy".
The second part, instead, focuses on the inclusion by the United States and EU legal orders of *data privacy*, a new form of privacy trying to cope with the still ongoing digital revolution. In particular, the study will try to highlight how privacy's different notions on the two side of the Atlantic, have been reflected by both its means of protection and case-law.
Once established the EU lead in privacy's promotion, the third part of the essay will tackle the current challenges to its protection, specifically the personal data monetization and antiterrorism politics.

Summary

1. Introduction to the origins of privacy. – 1.1. The English Common law and the right to "propercy". – 1.2. The French experience: who's copying who? – 1.3. The birth and expansion of American privacy. – 2. From privacy to data privacy. – 2.1. Data privacy in the U.S. – 2.2. EU Data privacy. You can teach an old Continent new tricks. – 3. New challenges and solutions. – 3.1. National security and privacy, an obnoxious relationship. – 3.2. Data global Market, threat or treat? – 3.3. The right to be forgotten. – 4. Conclusions.

Keywords

Privacy, Data protection, Technologies, Personal data, Data privacy

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

1. Introduction to the origins of privacy

Norberto Bobbio stated that fundamental rights are an historical product, gradually generated by the fight for new freedoms against the old powers[1]. According to his theory, human rights dimension is inevitably marked by historical, political, social, economic and technological factors. This relationship forces fundamental rights to continuously re-shape their content and boundaries on one hand, yet it enables them to cope with our ever-changing reality on the other[2]. However, as new rights arise from the society, they do not overrule the previous ones, as the universe of rights lives on accumulation rather than replacement[3]. This very dynamic, allowed scholars to recognise different generations of fundamental rights[4], raising, at the same time, concerns about an "inflation" of human rights resulting in their loss of value[5].
The first generation consists in civil and political rights, which emerged during the liberal revolutions imposing severe restraints on the State, thus been called "negative" freedoms[6]. Afterwards, in XIX and XX centuries, a second generation arose from the working class struggles for social justice and widened participation. Scholars refer to this new set of freedoms as "positive", as they require the State to actively remove the social barriers which prevent the deprived sectors of society from enjoying basic rights as healthcare, education and to extend the right to vote (empowerment of the masses)[7]. Finally, the social and scientific revolution led Constitutionalism to recognise two more generations of rights[8]. However, the technological revolution speed is deeply questioning the Law capability to cope with such an astonishing fast pace. Indeed, the new technologies started very soon to threaten - under many aspects - old and new

---

1 N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino, 1992, XII-XIII.

2 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 105, 107-108; J. Galtung, *I diritti umani in un'altra chiave*, Milano, 1997, 202-206; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 22.

3 E. Brugiotti, *La privacy attraverso le "generazioni dei diritti". Dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2013, 1; R. Kreide, *Politica globale e diritti umani, Potenza e impotenza di uno strumento politico*, Torino, 2010, 38; N. Bobbio, *op. cit.*, XVI.

4 A. Spadaro, *Dai diritti individuali ai doveri collettivi. La giustizia distributiva nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 28 ss.; R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015; A. Barbera-C. Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2016; C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008, 25 ss.; L. Mezzetti, *Manuale breve. Diritto costituzionale*, Milano, 2013, 501 ss.

5 M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 560; *contra* S. Rodotà*, L'età dei diritti. Le nuove sfide*, in Aa. Vv., *Lezioni Bobbio*, Torino, 2006, 60-61.

6 R.R. Palmer, *The Age of Democratic Revolutions*, Princeton, 1959; G. Gusford, *Les révolutions de France et Amérique*, Paris, 1988; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino 1998; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (U.S.), 1967.

7 E. Denninger, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in *Nomos*, 2, 1996, 47 ss. G. Morbidelli, *La Costituzione*, in G. Morbidelli-L. Pegoraro-A. Reposo-M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2007, 42 ss.

8 K. Vašak, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in C. Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, The Hague, 1984; S.M. Helmons, *La quatrième génération des droits de l'homme*, in M. Verdussen, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire: mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussels, 2000; A. Alessandri, *Commento al draft di Protocollo sulla ricerca biomedica*, in *I diritti dell'uomo - cronache e battaglie*, 2, 2003; *contra* P. De Stefani *I diritti umani di terza generazione*, in *Aggiornamenti sociali*, 1, 2009. The Author Consider the fourth generation of rights a simple development of the previous ones.

fundamental rights alike.

Faced with this challenge, the legal systems reacted by adopting new fundamental Charters (as the European Charter of Fundamental Rights also called Treaty of Nice) affirming both traditional freedoms and new rights related to bioethics and digital technologies, altogether with an extensive re-interpretation of the previous rights by the Constitutional or Supreme Courts.

Although privacy is a product of earlier centuries, we now live in an age of personal information. It is therefore not surprising that privacy underwent the afore mentioned re-shaping process, gradually shifting from the "right to be left alone" to the actual "data protection" or "data privacy"[9]. Undoubtedly, the digital infrastructure represents an essential element to the modern study of privacy[10]. The rapid uptake of this new information technology by government agencies and companies generated the fear that secret surveillance by states and/or commercial entities could negatively affect individuals' privacy and freedoms. Moreover, it is increasingly obvious that also democratic mechanisms are affected by the procedures in which this information is gathered and exploited[11].

Nevertheless, privacy continues to have an elusive content that frustrates every attempt to define it exhaustively, without questioning the necessity of its protection and regulation[12]. At the same time, it can be noted that the protection of individuals' privacy and data has increasingly been associated with the rights to dignity and self-determination of every human being[13]. These appear to be the new core values of the data protection legislation, and they seem to be particularly suited since they both potentially involve many different aspects of human life[14].

The technological revolution has also accelerated the transition to a global (digital) society, thus rising a wide range of "transnational" issues, including those regarding

---

[9] S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

[10] S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995, 19.

[11] Emblematic are Obama's and Trump's presidential campaigns, during which they massively resorted to digital data, even though by different means. E.D. Hersh, *Hacking the Electorate*, Cambridge, 2015; S. Issenbeg, *A More Perfect Union: How President Obama's Campaign Used Big Data to Rally Individual Voters*, in *MIT Technology Review*, 2012; T.E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in G. Comandè-G. Ponzalli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Milano, 2004, 189 ss.; S. Rodotà, T*ecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie delle comunicazioni*, Roma-Bari, 1997.

[12] As highlighted by A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, 1. Other scholars consider privacy a multiform concept such as an umbrella covering different interests (C. De Giacomo, *Diritto, libertà e Privacy nel mondo della comunicazione globale*, Milano, 1999, 16) or a multidimensional right (T. M. Ubertazzi, *Diritto alla privacy, natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004, 76). Justice Brandeis himself defined privacy as the widest right in *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438). However, Norberto Bobbio considered that Law should protect rights rather than question their justification, see N. Bobbio, *op. cit.*, 16-18.

[13] E. Brugiotti, *La privacy attraverso le "generazioni dei diritti". Dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico,* in Dirittifondamentali.it, 2, 2013, 4.

[14] V. Ricciuto, *Le finalità del Codice*, in V. Cuffaro-R. D'Orazio-V. Ricciuto (a cura di), *Il codice del Trattamento dei dati personali*, Torino, 2007 and S. Rodotà, *Tra i diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice della privacy*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2004; S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006.

personal data circulation and exploitation[15]. Such phenomenon urged the states to resort to intergovernmental legal instruments in order to overcome the narrow limits of territorial boundaries[16].

But when did actually start "the race" to privacy?Scholars commonly agree that privacy made its first appearance between the XVIII and XIX centuries, a period known as the private law golden age[17]. Those were also key years for drawing the actual line of cleavage between public and private legal spheres, where the first was deputed to recognize fundamental rights limiting the State powers, and the latter was intended to regulate the relationships between private parties[18].

Due to the rapid urbanization, the diffusion of portable cameras and the changing newspapers-reading habits (yellow journalism, gutter press etc.), the increasingly individualistic western society was more and more sensitive to the need of preserving its intimacy[19]. Soon the Bourgeoisie started to ask for the recognition of a new, yet undefined, right to protect one's private life from such threats[20].

Despite having faced the same social issues, the Common and Civil lawyers, perpetuating their historic dichotomy, related the new-born right to privacy to different fundamental rights, respectively: Liberty and Dignity[21]. This divide can still be seen nowadays as both sides of the Atlantic seems far from finding a solid common ground[22].

---

15 U. Pagallo, *La tutela della Privacy negli Stati Uniti D'America e in Europa*, Milano, 2008, 31; C. De Giacomo, *Diritto, libertà e Privacy nel mondo della comunicazione globale*, Milano, 5; S. Niger, *Privacy e tutela globale*, in *Diritto.it,* October 2000. For an European regulations overview see http://www.privacy.it/normativeu.html.

16 G.M. Flick, *Prefazione*, in G. Santaniello (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2005; E. Malfatti, *Modelli e prassi di tutela dei diritti fondamentali, in Europa: un punto di vista italiano*, January 2008.

17 M. Perrot, *Modi di* abitare, in P. Ariès-G. Duby (a cura di), *La vita privata*, Roma-Bari, 2001, V, 10; L.M Austin-D. Klimchuk (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford, 2014; W. Lucy, *The Rule of Law as the Rule of Private Law,* in *Private Law and the Rule of Law,* Oxford, 2014, 46 ss.; K.S. Ziegler, *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, London, 2007.

18 The German Public Law school conceived law divided between private law, regulating the relationship between private parties, and public law, which regulated power relationship, see G. Peces-B. Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 618 ss.; see also S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., 11-30; R. Christen-A. Fischer-Lescano, *Das Ganze des Recht, vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlin, 2007, 619; J. Ballarin Irinbarren, *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares (la "Drittwirkung" en la jurisprudencia del tribunal Constitucional)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 1988, 285-288.

19 In particular, the mass-urbanization enabled the still local media to reach more users, hence compromising someone's reputation became increasingly easier. L. Miglietti, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *DirittiComparati.it*, 4 December 2014; N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2011, 35 ss., P. Malvestiti, *Lo Stato e l'economia*, Roma, 1955, 21 ss.

20 In my opinion, the bourgeoise's call for more privacy could be related to its new political role in the liberal States institutions, which drew upon it the interest of the press and, later on, other media. See also D. Diderot, *Potere politico e libertà di stampa*, Roma, 1966; P. Maltese, *Stampa e potere: storie di censura giornalistica*, Catania, 2017.

21 This situation is summarized by James Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity v. Liberty*, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, 1151-1221; see also J.L. Halpérin, *L'essor de la "*privacy*" et l'usage des concepts juridiques*, in *Droit et Société*, 61, 2005, 765 ss.

22 F. Bignami, *European Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining*, in *Boston College Law Review*, 48, 2007; C.J. Bennett, *In Defense of Privacy: the Concept and the Regime*, in *Surveillance and Society*, 8, 2011, 485 ss.; D.L. Baumer-J.B. Earp-J.C. Poindexter, *Internet and Privacy Law: A Comparison between United States and the European Union*, in *Computers & Security*, 5, 2004, 400 ss.

Yet, not only the public opinion, but the very scholars believe that *privacy*, irrespectively of its name (privacy, *vie privée*, *riservatezza*, *intimidad*, *Privatsphäre etc.*), still shares the same meaning, or better, purpose. Many scholars assumed this being the consequence of American privacy legal transplant all around the world[23]. This is not surprising, if we consider that most academics consider the famous 1890 article "*Right to Privacy*", written by the Bostonian lawyers Samuel Warren and Louis Brandeis[24] on the Yale Law Journal, the first legal debut and the cornerstone of modern privacy. Nevertheless, it must be noted that their work didn't came out of thin air, instead it was the brilliant synthesis and development of both the English and French experiences, unfortunately often overlooked[25].

Indeed, there are numerous elements supporting the theory of a "double independent origin" of privacy, as opposed to the circulation, if not transplant, of the American experience. This explains why it took the United State more than 70 years to transpose it from the "books" to actual case law or statues[26], and, also, why American thriving academics constantly related to privacy both private law key institutes and fundamental rights as freedom and human dignity[27]. The first revolves around Common law's notion of property and freedom from the State, whilst the latter is likely to have come from the *Ancien Régime*'s notion of honor[28].

As we will see, this mix granted the United States to legitimately be the international leader in privacy protection, especially during the '60s, until their substitution by the EU.

1.1. The English Common law and the right to "propercy"

In light of the fact that private law is the backbone of English legal and political life,

[23] J.J. Halpérin, *L'essor de la "*privacy*" et l'usage des concepts juridiques*, cit., p. 765-782. For an analysis in depth of the legal transplant process see A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens (U.S.), 1974.

[24] S.D. Warren-L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, 4, 193 ss.

[25] *Ibid.*

[26] *Griswold v. Connecticut,* 381 U.S. 479 (1965). The Executive Director of the Planned Parenthood League of Connecticut, and its medical director, were convicted as accessories for giving married persons information and medical advice on how to prevent conception and prescribing a contraceptive device or material for the wife's use. A Connecticut statute made it a crime for any person to use any drug or article to prevent conception. Appellants claimed that the accessory statute violated the Fourteenth Amendment. Since the right to privacy is not mentioned in the Constitution, Justice Douglas needed to find another basis for it. He argued somewhat vaguely that the "penumbras" surrounding many of the constitutional amendments, like the Fifth Amendment (protection against self-incrimination), suggested that the right to privacy from the state can be inferred as something that the Constitution is intended to protect. Instead Arthur Joseph Goldberg and John Marshall Harlan II concurring opinions assumed that privacy was protect either by the 9th or 14th Amendments. However, Justice Black's dissenting opinion firmly warned against the risks of resorting to a "large, abstract, ambiguous" concept of privacy. See also E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, in *Droit fondamental*, 2000, 694.

[27] R.C. Post, *Three Concepts of Privacy*, in *Georgetown Law Journal*, 89, 2001, 2087 ss.

[28] J.L. Halpérin, *Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes*?, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 48, 2015.

it is not surprising that Common lawyers have associated privacy with property, by defining it as *ius excludendi alios*[29]. Nevertheless, English society started a relentless process of property "dematerialization", by adopting a copyright regulation meant to protect property from behaviors unrelated to its material retention[30].

Therefore, the bourgeoisie tried to regulate property's new "inner dimension" (the unborn privacy) by resorting to the same remedies devoted to protecting its physical nature and economic exploitation[31]. This outcome was facilitated by judges generally granting injunctions on the ground of breach of contract, copyright infringement, abuse of confidence and physical trespass.

However, English courts faced many difficulties while trying to overextend property legal boundaries. For instance, when dealing with wrongful publication related cases, the judiciary tried not to discriminate between the different rights of property belonging to the author of a published book and of an unpublished manuscript. Yet, the first one is the right to profit from publication, the second one is the right to decide whether there should be any publication at all. What if the wrongful publication injunction concerned a document intended to remain private and never to be published, as a personal letter? In this case the right infringed could not have been arguably associated with a Copyright, that is essentially meant to grant primacy over its economic use. Property soon became increasingly narrow, thus urging the judiciary to simultaneously rely on remedies other than the breach of confidence or contract.

In *Prince Albert v. Strange* (1849)[32], despite recognising right to ownership of etchings sufficient to justify the issuance of the injunction, Lord Cottenham stated that he was bound to assume that the possession of the etchings by the defendant had «its foundation in a breach of trust, confidence, or contract»[33] and that upon such ground also the plaintiff's title to the injunction was fully sustained. The court upheld that common law rule prohibited not only the reproduction of the etchings made for the costumer's own pleasure, but also the publishing of their description also in the form of a catalogue. According to Lord Cottenham, a man «is entitled to be protected in the exclusive use and enjoyment of that which is exclusively his» and declared that «privacy is the right invaded»[34], which made its first appearance in a Common law ruling.

We can find a similar argument in *Yovatt v. Winyard* (1820) where an injunction was granted against making any use of or communicating certain recipes for veterinary medicines written in a personal diary the defendant had surreptitiously got access to. Lord Eldon «granted the injunction, upon the ground of there having been a breach

[29] Notably, property framed both the relationships among privates and the political affiliation, at least prior to the appearance of political parties, see A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, 48.

[30] The very first copy regulation has been the 1710 Statue of Anne, later replaced by the 1988 Copyright, Design and Patents Act.

[31] A. Baldassarre, *op. cit.*

[32] *Prince Albert v. Strange*, 1 McN. & G. 25 (1849).

[33] Lord Cottenham in *Prince Albert v. Strange*, 1 McN. & G. 23, 43 (1849).

[34] *Ibid.*

of trust and confidence»[35], despite the fact that it was difficult to draw any sound legal distinction between such a case and one where a mere stranger wrongfully obtained access to the book. Again, in *Pollard v. Photographic Co.* (1888)[36], the court, while expressly finding the breach of both contract and trust sufficient to justify its interposition, felt the necessity to base its decision also upon the right of property[37].

Instead, in *Tuck v. Priester* (1887)[38], the plaintiffs owned a picture and employed the defendant to make a certain number of copies. However, the latter made a greater number of copies to later sell them at a lower price. The Lords Justices' statements differed as regards the application of the copyright acts to this case, but held unanimously that independently of those acts, the plaintiffs were entitled to an injunction and damages solely for breach of contract.

Up until now the afore mentioned cases concerned a tangible document, whether it was a photo or a writing. What if the wrongful publication didn't concern a manuscript, a document or an artwork, but a personal information or an unwritten speech? In *Abernethy v. Hutchinson* (1825)[39], the plaintiff, a distinguished surgeon, sought to restrain the publication of some unpublished lectures which he had delivered at St. Bartholomew's Hospital in London. In this case Lord Eldon doubted whether a property right on unwritten lectures could exist, yet he granted the injunction on the ground of breach of confidence.

To sum it up, the English courts started affording protection to thoughts, sentiments and emotions, as long as they were expressed through arts or writings, by preventing their publication and circulation when they were not permitted through copyright. They clearly intended to use property in no other sense than protecting mere interest or feeling, and to describe a substantial right of legal interest. Finally, when the copyright started being insufficient, the judiciary began granting injunctions solely on the ground of breaches of trust, contract or confidence. The dissociation between the concepts of property and privacy was the necessary precondition for the subsequent configuration of an autonomous individual right to be let alone.

However, in the long run private law has proved not to protect fundamental rights sufficiently because of its arbitrary nature and the potentially different economic "weight" of the parties[40]. The public law intervention became, therefore, necessary[41],

---

35 *Yovatt v. Winyard*, 1 J. & W. 394 (1820).

36 *Pollard v. Photographic Co.*, 40 Ch. Div. 345 (1888) a photographer who had taken a lady's photograph under ordinary circumstances was restrained from exhibiting and selling copies of it, on the ground of both breach of an implied term in the contract and of confidence.

37 *Duke of Queensberry v. Shebbeare* (1758), 2 Eden 329; *Murray v. Heath*, 1 B. & Ad. 804 (1831); *Tuck v. Priester*, 19 Q.B.D. 629 (1887).

38 *Tuck v. Priester*, 19 Q. B. D. 639 (1887) The plaintiffs registered the copyright in the picture and then brought suit for an injunction and damages.

39 *Abernethy v. Hutchinson*, 1 H. & TW. 28 (1825).

40 M.J. Radin, *Boilerplate: A Threat to the Rule of Law?*, in *Private Law and the Rule of Law,* Oxford, 2014, 300 ss.

41 L.M. Austin-D. Klimchuk,(eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford, 2014; W. Lucy, *The Rule of Law as the Rule of Private Law,* in *Private Law and the Rule of Law,* Oxford, 2014, 46 ss.; K.S. Ziegler, *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, London, 2007.

and it is partially responsible for the recent private law shift from property right to personal right[42].

1.2. The French experience: who's copying who?

Since 1789 Revolution, the distinction between private and public life have been at the centre of a many-sided debate. Despite an early awareness of privacy, triggered by many cases of libel by newspapers, the French legislator did always hesitate to provide a clear definition of private life, thus leaving its interpretation to the discretion of the courts[43].

During the Ancien Régime, in the absence of a criminal code, perpetrators of violations undermining the public order or people's reputation were sanctioned by the Tribunal of Public Opinion, on the ground of academic works such as the *Traité des injures dans l'ordre judiciaire* (1776)[44] or the *Répertoire universel* (1778). In this period an ample literature flourished, inspired by different contingency factors such as the «*causes célèbres*»[45], the smear campaign against Queen Marie-Antoinette[46] or the very Beaumarchais's plays[47]. Altogether these elements suggested an increasing awareness of privacy protection[48].

After the 1789 Revolution, the press enjoyed a boundless freedom (all the press crime had been repealed), resulting in many civil litigations for defamatory writings[49]. However, on 18 July 1791 the Champ du Mars shootings and Louis XVI's escape attempt urged the founding fathers to adopt a statue prohibiting any act encouraging civil disobedience[50]. Nevertheless, they rejected any further restriction on the freedom of expression except for defamation. When questioning public servants' integrity or common people's private life, the press enjoyed the *exceptio veritatis* (exception of the truth),

[42] P. Rescigno, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, 236; N. Ferreira, *Fundamental Rights and Private Law in Europe: The Case of Tort Law and Children*, Abingdon-New York, 2011, 21 ss.

[43] H. Blin-A. Chavanne-R. Drago, *Traité du droit de la presse*, Paris, 1969, 275.

[44] Dareau harshly condamned libels, slanders and defamations (without clearly distinguishing them). He referred to a 1571 *déclaration royale* sanctioning those who had published books with the solely objective to libel someone. He wrote that libels could harm even a king «*en le faisant descendre du Trône à la vie privée*», however private life had not yet a legal definition. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Paris, 1776, IX, 4, 7-8, 27.

[45] Cases involving public figures and presenting both a public and private dimension. S. Maza, *Vies privées, affaires publiques. Les causes célèbres de la France pré-révolutionnaire*, translated by C. Beslon-P.E. Dauzat, Paris, 1997, 304.

[46] S. Burrows, *Blackmail, Scandal and Revolution. London's French Libellistes, 1758-1792*, Manchester, 2006, 147.

[47] Slander has indeed an important role in his play "*Le Barbier de Séville"* as noted by J.L. Halpérin, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, in *Droit et Cultures*, 65, 2013.

[48] C. Walton, *Policing Public Opinion in the French Revolution. The Culture of Calumny and the Problem of Free Speech*, Oxford, 2009, 39.

[49] J.L. Halpérin, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, cit., 145 ss.

[50] C. Walton, *Policing Public Opinion in the French Revolution. The Culture of Calumny and the Problem of Free Speech*, Oxford, 2009, 109.

that was expressly designed to exclude any allegation as long as established facts were concerned. The Truth, it doesn't matter how regretful or unpleasant it was, was not considered to be a threat for ordinary people's integrity except for the "perverts"[51].
The Napoleonic parenthesis left civil and criminal codes protecting family secrets and limiting the press freedom., on the ground that every individual exerted a property right over his own reputation[52].
In 1819 the three statues "de Serre" — named after Louis XVIII's Keeper of seals — intended to liberalise the press once more and for the first time discerned between defamation and insult[53]. The 1819 Acts, together with Royer-Collard's famous speech, further developed the idea that honour and reputation[54] belong to the individual. De Serre stated «*tout, dans une famille, peut n'être pas irréprochable; c'est qu'il est des plaies cachées, des hontes secrètes, et que la loi a dû défendre absolument toute recherche indiscrète à cet égard*»[55]. Royer-Collard declared that «*n'est pas permis de dire la vérité sur la vie privée*» and also «*voilà donc la vie privée murée, et si je puis me servir de cette expression, elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons*»[56]. From now on the *exceptio veritatis* applied only to indiscretions referred to public servants, considered benefitting society. Nonetheless, if the allegations concerned a public servant private life the protection level decreased. In this case it was settled case-law that representatives and public servants could also appeal to the Court d'assise for private life matters enjoying the *exceptio veritatis* as the commoners (the theory of "divisibility" or "wall"). The Same applies to the 1868 Act, that sanctioned the disclosure of any private information unauthorised by the concerned subject. The French divide between the private and public spheres — opting for a stronger protection of private life for both private and public figures — was not unanimously welcomed by the commentators. It is important to notice that while Warren and Brandeis were praising the protection accorded to privacy by French legislation, on the other side of the Ocean Laboulay was criticizing it and commending the American freedom of expression. The grass is always greener[57].
However, the legislator did not define the exact content of the "private life" concept. It resulted in a wider margin of appreciation by the courts with reference to the recognition of the exception of truth[58]. As a consequence, the courts determined the competence of the *Assise* over the Correctional tribunal and *viceversa* depending on whether the case was related to public functions or to private life and on whether or not it concerned a public servant or a private.

---

[51] Loi Le Chapelier du 20 juillet 1791, Art. 17, Judiciary chapter. See also F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution (1789-1795-1802)*, Paris, 1992, 310.

[52] Directoire Exécutif, *Réimpression de l'ancien Moniteur,* Paris, 28, 1858, 685, J.L. Halpérin, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, cit.

[53] 17 may 1819 Act, at Art. 13.

[54] The first as self-esteem, the latter the opinion of others.

[55] *Archives parlementaires,* 2e série, tome XXIV, 28 avril 1819, 93.

[56] *Ibid.,* 71-73.

[57] René Lefebvre (pseudonyme de Laboulaye), *Paris en Amérique*, Paris, 1887, 136.

[58] For a in depth analysis of the jurisprudence see J.L. Halpérin, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, cit., 145 ss.

Only in 1874 the *Cour de cassation*, tried to define private life content with a decree (*arrêt*). The Court of Appeal of Dijon had condemned a newspaper for revealing the name of the participants to a pilgrimage to Notre-Dame d'Estang. The decree extended the concept of private life outside the domestic walls, covering every fact belonging to the «*domaine du for intérieur*» or «*liberté de conscience*»[59]. Afterwards, the 1881 Act, despite seeming to restate the same 1819 Acts principles, eventually resulted in the fall of the "wall" between the public and private spheres, enabling to look through. However, this applied only to public figures as artist, politicians, etc. This change paved the way to a new privacy evolution during the 60's and 70's, in order to protect also celebrities' private life, in line with the American example.
Finally, we can observe that also the French cultural tradition followed a path similar to the English one, by alternating different privacy designs and mixing what Robert Post described as the three Common law concepts of reputation, namely: property, honour and dignity.

1.3. The birth and expansion of American privacy

Despite their early awareness, both the UK and France neither did recognize privacy as an autonomous right[60], nor did determine its content. However, they are the stepping stones upon which Warren and Brandeis had been able to leap towards modern privacy. Their writing "The Right to Privacy" is a milestone in privacy protection, as it represents the first legal paper recognizing it as a separate right. Until then private life protection struggled to be recognised by the legal system, running into the hostility of both scholars and courts, who were willing to associate it to other rights as property, honour and reputation[61].
As soon as new devices and business practices (portable cameras and gossip press) started threatening the person in unpredicted ways, the society deeply felt the urge to secure what Judge Cooley defined as the right «to be left alone»[62]. Therefore, the Bostonian lawyers, appealing to the common law "eternal youth" and capability to adapt to changing times, tried to carve it from within the existent American legal system[63].
The authors argued that so far privacy had been partially protected within unconven-

[59] J.L. Halpérin, *Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ?,* in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 48, 2015; Id., *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, cit.

[60] *The Right to Privacy in Nineteenth Century America*, in *Harvard Law Review*, 1981, 94, 1892 ss.

[61] A. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, 337; A. Baldassarre, *op. cit.*, 16.

[62] T.M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts, or the Wrongs which arise Independent of Contract*, Chicago, 1888, 29. Around the same time that Warren and Brandeis published their article, the Supreme Court referred to the right to be let alone in holding that a court could not require a plaintiff in a civil case to submit to a surgical examination: «As well said by Judge Cooley: 'The right to one's person may be said to be a right of complete immunity; to be let alone», in *Union Pac. Ry. Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891). However, it must be noted that Cooley's right to be let alone was, in fact, a way of explaining that attempted physical touching was a tort injury; he was not defining a right to privacy see R.E. Smith, *Ben Franklin's Web Site: Privacy and Curiosity from Plymouth Rock to the Internet*, Providence, 2004, 128.

[63] See A. Baldassarre, *op. cit.,* 40.

tional property claims[64], the remedies of which started falling short to address injury other than tangible[65]. It was a necessary step to dismiss any direct correlation with property, and link privacy to the personal inviolability[66]. Consequently, privacy ceased to be a property "distortion" bound by the economic nature of its infringement and started deserving protection solely for the relevance to its holder[67]. It is fair to say that the article did not only separate privacy from property, slander and libel[68], it also suggested a new legal perspective, where personal values stood over economical ones[69]. Yet the Bostonian lawyers still conceived privacy violation as civil wrong (a tort)[70], *ergo* failing to leave the private law's logics behind.

Not to mention, at the time of its publishing the "Right to Privacy" found a society still unprepared to dismiss completely any association with property. For instance, in the case *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* the New York Appeal Court refused to afford protection to the right of privacy arguing that there was no precedent for such an action to be found[71]. However, just a few years later the Supreme Court of Georgia, in *Paveish v. New England Life Insurance Company*[72], started acknowledging privacy. Afterwards, the ruling was followed by an increasing number of decisions.

In 1939 Warren and Brandeis's formulation was finally enshrined by the eminent torts scholar William Prosser in the *Restatement of Torts*[73]. Still the "harboring" of privacy in the U.S. Constitution had yet to come. *Olmstead v. United State*s (1928)[74] highlighted the need for conceptualizing a flexible fundamental right to privacy. In fact, the Court held that the wiretapping of a person's home telephone (done outside a person's house) did not run afoul of the Fourth Amendment because it did not involve a trespass inside a person's home. The strict decision was overruled only in1967 by *Katz v. United States*[75].

---

[64] Such as defamation, breach of trust or confidence, or breach of implied contract, all examples afore mentioned.

[65] S.D. Warren-L.D. Brandeis, *op. cit.*, 191; see also N.L. Richards, *The Limits of Tort Privacy*, in *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 9, 2011, 357-360.

[66] S. Rodotà-P. Conti (a cura di), *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, 8-9.

[67] U. Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America ed in Europa*, Milano, 2008, 64-65; See also A. Baldassarre, *op. cit.*, 18; G. Alpa-B. Markesinis, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto civile e procedura civile*, 51, 1997.

[68] Defamation protected from injuries to reputations, whilst privacy addressed an "injury to the feelings," a psychological form of pain that was difficult to translate into the tort law of their times, which focused more on tangible injuries. S.D. Warren-L.D. Brandeis, *op. cit.*, 196.

[69] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., 23.

[70] For an analysis of torts see L. Moccia, voce *Common Law*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, III, 1988, 27 ss.; U. Mattei, *Il diritto angloamericano*, in R, Sacco, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1992, 332 ss.; A. Gambaro-R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati,* in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2008.

[71] *Roberson v. Rochester Folding Box Co.,* 64 N.E. 442, 171 N.Y. 538 (1902).

[72] *Paveish v. New England Life Insurance Company* 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

[73] N.L. Richards, *The Limits of Tort Privacy*, cit., 363-364. U.M. Ubertazzi, *Diritto alla privacy, natura e funzioni giuridiche*, cit.

[74] *Olmstead v. United State*s 277 U.S. 465 (1928). Justice Louis Brandeis vigorously dissented, chastising the Court for failing to adapt the Constitution to new problems: «In the application of a Constitution, our contemplation cannot be only of what has been, but of what may be», at 474.

[75] *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

Indeed, Warren and Brandeis's aim was to explore privacy's roots and to focus on the existing common-law torts inadequacy, rather than providing a comprehensive conception of it[76]. As a consequence, even though the "right to be alone" was mentioned in many decisions, it remained a vague concept[77]. Moreover, the legislator's hesitancy compelled commentators and courts to attempt a definition more extended than mere solitude[78]. Privacy has indeed a cross-cutting nature, hence some commentators preferred to consider it as set of different ideas, rather than a unitary right[79]. According to Godkin, privacy included the right to keep one's own affairs for himself and to decide to what extent share them[80]. This has raised some concerns with regard to the amount of control that every individual should have over the access to the self. Indeed, «not all privacy is chosen. Some privacy is accidental, compulsory, or even involuntary»[81]. Ruth Gavison, in an attempt to address these shortcomings equated privacy to "limited access", by which the commentator meant «three independent and irreducible elements: secrecy, anonymity, and solitude»[82]. However, this definition could be too limited, as current information collection, storage, and computerization often do not directly harm secrecy, anonymity, nor thwart solitude[83].

---

[76] E.J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Review*, 39, 1964, 970 ss.

[77] D.M. O'Brien, *Privacy, Law, and Public Policy*, New York, 1979, 5; T. Gerety, *Redefining Privacy,* in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 12, 1977, 263 ss.

[78] D.M. O'Brien, *ibid*., 5; T: Gerety, *ibid*., 263 ss.; A.C. Breckeridge, *The Right to Privacy*, Lincoln, 1970, 1 («Privacy, in my view, is the rightful claim of the individual to determine the extent to which he wishes to share of himself with others»); D.J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, in *California Law Review*, 90, 2002, 1103 ss.

[79] Judith Thomson, claims that the right to privacy is not a distinct right, but it is «overlapped by other rights» J.J. Thomson, *The Right to Privacy*, in F. Shoeman (ed.) *Philosophical Dimension of Privacy: an Anthology*, Cambridge, 1984, 284, whilst Jerry Kang defines privacy as the union of three overlapping clusters of ideas: physical space «the extent to which an individual's territorial solitude is shielded from invasion by unwanted objects or signals»; choice «an individual's ability to make certain significant decisions without interference»; flow of personal information «an individual's control over the processing-i.e., the acquisition, disclosure, and use-of personal information»; J. Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, in *Stanford Law Review*, 50, 1998, 1202-03.

[80] The individual has the «right to decide how much knowledge of [a person's] personal thought and feeling…, private doings and affairs... the public at large shall have»; E.L. Godkin, *The Rights of the Citizen, IV. To His Own Reputation*, in *Scribner's Magazine*, 8, 1890, 65; see also E.L. Godkin, *Libel and Its Legal Remedy,* in *Journal of Social Science*, 12, 1880, 69, 80. Similar, yet more detailed Ernest Van Den Haag's theory, according to which privacy was an exclusive access to nothing less than «a realm of his own. The right to privacy entitles one to exclude others from (a) watching, (b) utilizing, (c) invading (intruding upon, or in other ways affecting) his private realm»: see E. Van Den Haag, *On Privacy*, in J.R. Pennock-J.V. Chapman (eds.) *Nomos XIII: Privacy,* New York, 1971, 149.

[81] D.M. O'Brien, *Privacy, Law, and Public Policy*, cit., 15, see also D.J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, cit., 1104.

[82] «Our interest in privacy is related to our concern over our accessibility to others: the extent to which we are known to others, the extent to which others have physical access to us, and the extent to which we are the subject of others' attention. privacy as limited access to the self is valuable in furthering liberty, autonomy, and freedom»: see R. Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 89, 1980, 423.

[83] However, Ruth Gavison considers that modern data processing falls within her conception the collection, storage, and computerization of information falls within her conception. R. Gavison, *Ibid*., 436; D.J. Solove, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, in *Stanford Law*

Another theory argues that privacy consists of two elements: the interest in being left alone and the interest in concealing information, rather than limiting its access[84]. The idea of concealment has clearly inspired American *Information privacy*, a fundamental right set in law-case by the Supreme Court of the United State and carved directly from the fourth Amendment[85]. It allows to protect both the individual's interest in making decisions autonomously and in avoiding disclosure of personal matters. However, information privacy is characterized by a relevant limitation: it requires the absolute secrecy of the information to be invoked. Once the fact is divulged, no matter how little, it no longer deserves such a protection[86]. This led to the so called "third party doctrine", which has its beginning point in *Katz v. United States*[87]. In *Katz*, the Court held that wiretapping of telephone calls made in a public telephone booth constituted a search and thus required a warrant. Up until then, to be considered a search under the Fourth Amendment, searches had to occur inside someone's home and required a physical intrusion. In rejecting the Government's argument that such precedents should apply, the Court countered that «the Fourth Amendment protects people, not places» and that what a person «seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected»[88]. Therefore, a person's individual expectations of privacy should affect the substantive reach of her Fourth Amendment protections[89].

However, according to this theory the Fourth Amendment still doesn't apply to personal information shared with a third party, such as banks or telephone companies, for no secrecy should be expected by the subject in this case[90]. Beyond possession of this information by the privates parties, what really looms is the threat of government access to these data without a warrant, unless their secrecy is assured by a specific statue[91]. Furthermore, Fourth Amendment jurisprudence did not evolve to compensate for the increasing amount of personal information shared daily, continuing to apply the third party doctrine.

As noted by Edward Bloustein and Arnold Simmel, such feature excludes any form of group privacy, even when the amount of people the information is shared with is

Review, 53, 2001, 1393, 1422.

84 R.A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Harvard, 1981, 272-273.

85 *Whalen v. Roe,* 429 U.S. 599-600 (1977), see also *Griswold v. Connecticut,* 381 U.S. 479 (1965) and *Roe v. Wade,* 410 U.S. 113 (1973).

86 For example, in *Katz v. United States*, the Court observed: «What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection» *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967); seemingly in *California vs. Greenwood 486 U.S. 35 (1988)* and *Florida v.Riley, 488 U.S. 445 (1989)* because the surveillance was conducted from a public vantage point; see also *U.S. West, Inc. v. Federal Communications Commission.*

87 See *Katz v. United States*, 389 U.S. (1967).

88 *Ibid.,* at 351-52. The *Katz* opinion was quite innovative, in that it was willing to overturn clearly binding precedent in response to social change.

89 See *Katz v. United States*, 389 U.S. (1967) 347; see in particular J. Harlan's concurring opinion at 361.

90 See e.g. *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743–44 (1979): «This Court consistently has held that a person has no legitimate expectation of privacy in information he voluntarily turns over to third parties».

91 See D.J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, in *Southern California Law Review*, 75, 2002, 1083 ss.

so little that it doesn't compromise its secrecy nor intimacy[92].

Alan Westin further developed the theories above mentioned, so as to include collective forms of privacy and to soften the limited access boundaries. In fact, he stated «Privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others»[93]. Still, privacy cannot revolve around individual prerogative only, instead it is also an issue of what society deems to be appropriate to protect, thus acting before and regardless of any form of control. Hence, Richard Murphy tried to elaborate a neutral approach to privacy, considering protection worthy with respect to «any data about an individual that is identifiable to that individual»[94], which is very similar to the "personal data" definition made by Directive 95/46/EC regulating European data flows. Nonetheless, some commentators addressed personal information use to be limited by the purposes for which the information were given[95]. Thereafter Edward Bloustein linked privacy and personhood directly, arguing that the control over one's own information should be considered the bulwark of self-determination[96]. Correspondingly, any assault to privacy should translate into an attack to human personality or individuality[97].

The Supreme Court has espoused this theory in its substantive due process decisions *Griswold v. Connecticut*[98], *Eisenstadt v. Baird*[99], *Roe v. Wade*[100]. In *Roe v. Wade* the Court defined privacy as an «interest in independence in making certain kinds of important decisions»[101]. This definitely led some commentators to identify privacy as an integral

[92] See, e.g., A. Simmel, *Privacy Is Not an Isolated Freedom*, in J.R. Pennock-J.V. Chapman (eds.), *Nomos XIII: Privacy*, New York, 1971, 71, 81 and E.J. Bloustein, *Individual and Group Privacy*, Brunswick, 1978, 123 ss.

[93] A. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, 7; see R.P. Benzanson, *The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change*, in *California Law Review*, 80, 1992, 1133, 1135 («I will advance a concept of privacy based on the individual's control of information»); O.M. Ruebhausen-O.G. Brim, *Privacy and Behavioral Research*, in *Columbia Law Review*, 65, 1965, 1184, 1189 («The essence of privacy is no more, and certainly no less, than the freedom of the individual to pick and choose for himself the time and circumstances under which, and most importantly, the extent to which, his attitudes, beliefs, behavior and opinions are to be shared with or withheld from others»); see A. Wells Branscomb, *Who Owns Information? From Privacy Public Access*, New York, 1994; C. Fried, *Privacy*, in *Yale Law Journal*, 77, 1968, 483 ss.

[94] R.S. Murphy, *Property Rights in Personal Information. An Economic Defense of Privacy*, in *Georgia Law Journal*, 84, 1996, 2381, 2383.

[95] D.J. Solove, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, cit., 1439; Id., *Conceptualizing Privacy*, cit., 1108; K.L. Karst, *"The Files": Legal Controls Over the Accuracy and Accessibility of Stored Personal Data*, in *Law and Contemporary Problems*, 31, 1966, 342-344.

[96] E.J. Bloustein, *Privacy as an spect of human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *N.Y. Law Review*, 39, 1964, 971; *contra* R. Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 89, 1980, 421-424, who considers the reductionist approach of the first not addressing privacy *per se*, in the absence of other interests, circumstance which leads to a loss of value and protection.

[97] E.J. Bloustein, *ibid.*

[98] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

[99] *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

[100] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[101] *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977) at 599-600.

part of our humanity, the very beginning of all our freedoms[102]. As we will see, despite all the aforementioned definitions US privacy regulations address mostly to the State, rather than private actors (corporations, businesses, etc.), struggling to abandon completely the commercial logics limiting privacy to intimate, unpleasant or familiar information. Instead, International and European fundamental Charts did not appear to hesitate to to give to privacy a constitutional status, thus facilitating its protection.
The 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) mentions privacy and private life at Art. 12[103]. As a consequence, the UDHR inspired both Art. 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Art. 8 of the 1950 ECHR. However, the ECHR[104] does not consider it as an absolute right, which means that it can undergo some limitations in order to balance eventually conflicting interests. Nevertheless, it will be up to each Member State to assess such a balance within their margin of appreciation and discretion[105].
Only later, during the second half of XX century, privacy rooted in European courts. Both in France (case Bardot)[106] and Italy (Soraya)[107], the courts accorded public figures a right to have their private life protected from the media. Consequently, the concept of privacy adopted was mirroring the American design as the "right to be left alone". However, its constitutional foundation will be set not, as the U.S. Fourth Amendment, in the freedom from the State, but in human dignity and self-determination.

2. From privacy to data privacy

The digital revolution has deeply affected our reality. We can book an hotel or a flight, purchase books or clothes, share with our "friends" opinions or pictures, all with few "clicks". However, what has been the price for a such more comfortable life?
Every operation *via* digital device requires and produces invisible data. Some are personal (our name, birthdate, address) others are sensitive (sexual orientation, religion,

[102] D.J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge (U.S.), 2008.

[103] «No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honor and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks». The article has been written by a French and American joint committee led by René Cassin-John Humphrey-J.L. Halpérin, *Protection de la vie privée et privacy: deux traditions juridiques différentes ?*, cit., 59 ss.

[104] About the role of the ECHR in EU members legal systems see O. Pollicino-G. Martinico (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, Oxford, 2010. See also P. De Hert-S. Gutwirth, *Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Action*, in S. Gutwirth (ed.), *Reinventing Data Protection?*, New York, 2009, 3; U. Scheuner, *Fundamental Rights in European Community Law and National Constitutional Law*, in *Common Market Law Review*, 12, 1975, 171 ss.; H.C. Kruger-J. Polakiewicz, *Proposal for a Coherent Human Rights Protection System in Europe*, in *Human Rights Law Journal*, 22, 2001, 1 ss.

[105] S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 297; G. Parodi, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 1995, 203 ss.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale, interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003.

[106] *Brigitte Bardot*, Cour d'appel de Paris, 27 February 1967, see *Dalloz périodique*, 1967, 450.

[107] Italian Supreme Court, 27 May 1975, no. 2129.

political affiliation), most of them looks harmless (preferred books and other purchases), nevertheless all of them are "crystalized" in databases of the providers. We should think of the Web as an enormous mining complex, where data are extracted and stored, then transported to the refineries and, once the product has been polished or processed, sold. But beneath the digital ground there is no ore, there are people. It might sound extravagant, but the final product of such a cumbersome process it is nothing but us.

Technological transmuted personal information in an exchangeable commodity, capable of undergoing further level of sophistication[108]. Once "materialized", privacy has become even more vulnerable.

The new millennium has seen the occurrence of two radical changes. On one hand the 9/11 started a worldwide military campaign against terrorism, urging the governments to continuously look for new means of surveillance, so to successfully conduct counterterrorist operations. On the other, firms and companies are exploiting personal data for economic gains, profiling the customers in order improve their marketing practices. As a result, the market itself is pushing for the creation of more intrusive devices and software. Personal data have become «the new currency of the digital world»[109].

At the end of XX century the Legislators considered sufficient to protect privacy though legal instruments. Therefore, the U.S. and EU alike started adopting an increasing number of regulations. However, they could not hope to cope with the fast pace imposed to the digital revolution by the market. An example is given by the definition of protected data. Originally only personal data transfer was hindered, but now specific algorithms enable the data brokers (new commercial figure) to obtain the very same protected information starting from unprotected data.

2.1. Data privacy in the U.S.

During 1970 the rapid uptake of computerized databases and devices by companies and government agencies sparked fears of potentially harmful effects for individual freedoms. Secret surveillance by the State or commercial entities[110], errors in the data etc. were perceived as new threats to the private sphere. As a result, data protection legislation made its appearance firstly in the U.S and later in Europe[111]. During the second half of the XX century, thanks to its technological advantage over the rest of the world, Washington took the lead in data protection, only to be followed (and now

[108] S.E. Dorraji-M. Barcys, *Privacy in Digital Age: Dead or Alive? Regarding the New EU Data Protection Regulations*, in *Social Technologies*, 4, 2014, 306 ss.

[109] M. Kaneva in S.E. Dorraji-M. Barcys, *Privacy in Digital Age: Dead or Alive? Regarding the New EU Data Protection Regulations*, cit., 306; see also M. Bassini-L. Liguori-O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 333 ss.

[110] See *Nader v. General Motors Corp.* 25 N.Y. 2d 560 (1970).

[111] F.H. Cate, *The EU Data Protection Directive, Information Privacy and the Public Interest*, in *Iowa Law Review*, 80, 1995, 431-433; P.M. Regan, *Personal Information Policies in the United States and Britain: The Dilemma of Implementation Considerations*, in *Journal of Public Policy*, 40, 1984, 19 ss.

replaced?) by the European regional institutions.

The complex, yet incomplete, nature of U.S. data privacy law has been often criticized by commentators[112] for preferring economic and securitarian interests over individual's freedoms[113].

It is a well-known fact that the federal agencies are very committed to data-trawling activities, collecting all kind of information regardless of their relation with the purpose of such a measure[114].

The U.S. data privacy legal framework consists of a three-tiles mosaic including: statutory instruments, law-cases and, to a lesser extent, constitutional rights[115]. The very first legislation addressing information stored in computerized databases was the 1970 Fair Credit Reporting Act (FCRA). FCRA is the archetype for every subsequent U.S. data-privacy legislation. It establishes mandatory notice and consent to and by citizens for specific data record. Additionally, it sets an administrative procedure for individuals redress by a specific agency. Finally, it covers the interests of law enforcement and national security, by defining the criteria under which those protected data are accessible[116].

In 1974 another milestone was set. The U.S. Department of Health, Education and Welfare (HEW) published a report titled "Computers and the Rights of Citizens". The paper recommended adopting a Code of Fair Information Practices (FIPs), all data users would be required to adhere to[117]. The five fair practices are: to forbid the creation of personal information secret databases; to provide to the individual mandatory access to his own data; to prohibit the use of personal data for purposes different from those for which they had been collected without a specific consent; to provide a way for the data subject to correct information about himself; to impose a duty of care to protect personal data from abuse or misuse[118].

The importance of the FIPs cannot be understated as it affected every other da-

---

[112] F. Bignami, *European Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining*, cit., 2007.

[113] However this did not prevent the Judiciary from swinging between libertarian orientations in *Klayman v. Obama*, Civ. Us. Colu. Dist. Court, no.13-0851 (2013) and more securitarian ones in *ACLU v. Clapper*, Us. NY South Dist. Court, no. 13 Civ. 3994 (2013). Not to mention, in *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012), five justices asked to re-think the Fourth Amendment application in light of the new technologies' expansion.

[114] J. Robinson, *The Snowden Disconnect: When the Ends Justify the Means*, in *SSRN*, 21 April 2014. However, this doesn't mean that there is no debate within the United States' academic community, nor that the Judiciary embraced the "security cause" blindly. See D.J. Solove, *Nothing to Hide: The False Tradeoff Between Privacy and Security,* in *Yale Un. Press*, 2011 and *ex plurimis* L.P. Vanoni, *Il Quarto emendamento della Costituzione americana tra terrorismo internazionale e datagate: Security v. Privacy*, in Federalismi.it*,* 2015,

[115] P.P. Swire-K. Ahmad, *U.S. Private-Sector Privacy*, Portsmouth, 2012.

[116] These can range from the probable cause to the *subpoena* or a simple request from an agency administrator.

[117] R. Gellman, *Willis Ware's Lasting Contribution to Privacy: Fair Information Practices*, in *IEEE Security and Privacy*, 12, 2014, 51-54; J. Waldo-H. Lin-L.I. Millett, *Engaging Privacy and Information Technology in a Digital Age*, Washington D.C., 2007.

[118] Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, *Records, Computers and the Rights of Citizens*, Washington D.C., 1973, xx-xxi.

ta-legislation throughout the world[119]. Indeed, the five practices have been mirrored in 1980 OECD data privacy guidelines[120] and 1981 Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data[121]. Afterwards, both these documents have impacted the primary EU legal instrument on Data protection: Directive 95/46/EC[122]. Due to their foresight, FIPs have been remarkably durable, and it took many decades to eventually adopt newer means of protection.

Later on, Washington embodied the FIPs in the 1974 Privacy Act (PA). However, here came the first obstacle to the U.S. leadership in privacy protection. The PA applied only to federal agency databases. This arguable choice was taken due to the concerns that the inclusion of the private actors would have stifled trade and burdened businesses[123]. Despite Warren and Brandeis' early attempt to establish individual rights primacy over economic interests, the PA handed a major victory over the said interests, in favour of the commercial lobbies[124].

However, it must be noted that this legislation has been adopted prior to the current mass digitalization, when the use of data storing devices was still circumscribed to few realities and propagating slowly, thus allowing the Congress to pinpoint specific categories of data singularly as they emerged.

Nowadays the U.S. are still lacking a general privacy regulation, yet they have adopted a discreet amount of Acts governing specific data traffics. Accordingly, privacy legislation was shaped like a fishnet, gradually reducing the meshes size with every new act. After the FCRA and PA came the Family Educational Rights and Privacy Protection Act of 1974 (FERPPA)[125]. However, with every new statue another problem arose: the absence of a common Supervisor Authority[126]. In fact, depending on the field (economy, healthcare, welfare etc.) every set of data has different requirements for appealing to the respective Authority, an arguably effective design. Eventually, the lack of

[119] M. Rotenberg, *Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)*, in *Stanford Technology Law Review*, 1, 2001, 44-47.

[120] OECD, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, 2013, available at www.oecd.org.

[121] COE, *Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, 1981.

[122] D.J. Solove-P.M. Schwartz, *Information Privacy Law*, New York, 2011, 37-40; N.L. Richards, *Why Data Privacy Is (Mostly) Constitutional*, in *William & Mary Law Review*, 56, 1510. Joel Reidenberg suggested reducing the FIPs to only four principles: standards for data quality (forbidding any use different from the purpose according to which they have been acquired); transparency or openness of processing; special protection for sensitive data; standards of enforcements to ensure compliance, J. Reidenberg, *Setting Standards for Fair Information Practices in the U.S. Private Sector*, in *Iowa Law Review*, 80, 1995, 497 and 514-516; P.P. Swire-K. Ahmad, *op. cit.*

[123] P.M. Regan, *Personal Information Policies in the United States and Britain: The Dilemma of Implementation Considerations*, in *Journal of Public Policy*, 4, 1984.

[124] *Ibid.*, 19-34.

[125] The 1974 FERPA addressed the privacy of student education records, assigning its oversight to the Department of Education. To access those data its required a judicial order or a lawful subpoena, E. Murphy, *The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment and Statutory Law Enforcement Exceptions*, in *Michigan Law Review*, 111, 2013 and 20 USC, 1232g (2012).

[126] Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) with Department of Health oversight, FERPA to the Department of Education, FCRA the Federal Trade Commission etc.

a comprehensive data privacy legislation, together with the U.S. judicial review system, made the Fourth Amendment the fulcrum of privacy protection[127]. However, courts interpretations often lacked vision, whenever the personal information disclosed had been processed in digital form, collected outside the "home-walls" or shared with a third party[128].

Therefore, it is not surprising that the Financial Privacy Act of 1978 (FPA) was specifically passed to counter some SCUS strict decisions, so to protect a specific set of data, the bank accounts, maintained by a third party[129]. The same applies to the emergence of cable TV industry, which promoted the 1984 Cable Communication Policy Act (CCPA), the video rental business the 1988 Video Privacy Protection Act (VPPA)[130], the rise of financial institutes other than banks led to the 1999 Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA)[131]. Finally, the increasing number of genetic studies on hereditary diseases resulted in the adoption of 2008 Genetic Information Non-discrimination Act[132] adoption, in order to defend such sensitive data from the bottomless appetites of the Health Insurances. Nonetheless, no matter how thin the mesh is, there is no possible way for this method to effectively cover the continuously increasing amount of data exchanged.

However, the US legal system is not only composed by federal legislation. Indeed, many of the 50 States have passed regulations mandating a stronger protection of personal information than the federal government requires[133]. Ten of them even explicitly mention privacy in their own constitutions, 47 out of 50 have data privacy legislation, California has even banned the "stingrays" surveillance technology[134].

Additionally, in the last 15 years the Federal Trade Commission (FTC) has started

---

127 Even though it does not explicitly mention it. See R.J. Peltz-Steele, *The Pond Betwixt: Differences in the US-EU Data Protection/Safe Harbor Negotiation*, in *Journal of Internet Law*, 19, 2015, 17.

128 *US v. Miller,* see also S. Pell-C. Soghoian, *A Lot More than Pen Register, and Less than a Wiretap*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 16, 2015, 134 ss. However, a "narrow opening" has been recently made by the Supreme Court in *Carpenter v. US* Sup. Court, no. 585 (2018). The Court ruled (5 Justices out of 9) that access to a person's historical cell-site records—or at least seven days or more of cell site records—is a Fourth Amendment search, for it breaches the person's «legitimate expectation of privacy in the record of his physical movements» and thus their access requires a warrant. Even though the ruling doesn't overrule the third party doctrine, it clearly shows a certain awareness of its inadequacy.

129 Financial Privacy Act of 1978 data are controlled by the Department of Treasure, even though the Act have been amended many times in order to enable easier access to financial information and promote reporting to the authorities as Treasury Financial Crimes Enforcement Network. The SCUS decision leading to its adoption is *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).

130 In contrast to SCUS decisions to allow rental records public disclosure. Actually there is an attempt to extend it also to the Netflix views activity, see J. Halpert-S. White, *Congress Makes Compliance with Confusing Video Privacy Protection Act Easier*, in Dlapiper.com, 9 January 2013.

131 Banning pretexting, a form of social engineering to gain access to private financial data secretly and requiring financial institutes to collaborate with the federal agencies.

132 There are many other sectors singularly protected as the telephone records by the 2006 Telephone Records and Privacy Protection Act., personal health information by the 1996 Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA), 1994 Driver's privacy Protection Act, 1998 Children's Online Protection Act etc.

133 National Conference of State Legislature, *Privacy Protection in State Constitutions*.

134 C. Farivar, *California Cops, Want to Use Stingray? Get a Warrant, Governor Says*, in ArsTechnica.com, 10 September 2015.

to sanction companies for exposing the data they collected from consumers to the threat of breach, thus shaping data privacy in commercial practices[135]. The Commission primarily based its authority on an extensive interpretation of the FTC Act, which prohibits «unfair practices in or affecting commerce»[136]. However, in 2014 the *FTC v. Wyndham Worldwide Corp.*[137] set in law-case the agency's authority over data security. The agency, invested of such an authority, developed a doctrine of harm potentially troublesome[138], causing only actual financial losses related directly to the disclosure to be persecuted. Nonetheless, the U.S. courts had been wavering so far, between recognizing or not illegitimate personal data retention or disclosure by a commercial entity as wrong *per se*.

In conclusion, the U.S. privacy regime looks quite inefficient, as it is characterized by a high fragmentation. A multi-layer legal system including a federal statutory "fishnet", many Supervisory Authorities, States' constitutions or specific data legislation and heterogeneous judicial interpretation[139]. It is not surprising that such a complex system has difficulties in keeping the pace with the digital age.

However, besides the structural difficulties, the major challenge the U.S. are now facing are their security measures. In 2013 Snowden's revelations, also known as *Datagate*, disclosed the systematic system of surveillance by the National Security Agency (NSA) of both American and foreign citizens whose data were collected in American servers. The International scandal highlighted the US Government choice to provide national security interests the upper hand over privacy[140], resulting in the CJEU repeal of the EU Commission Decision 2000/520/EC regarding the data transmission from EU to the USA. As a consequence, the *Datagate* sealed the end of the American leadership in data protection definitely, thus handing over the "baton" to the EU.

---

[135] Among many see *FTC v. Eli Lilly*, C-4047 (2002). E. Murphy, *The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions*, cit., 485 ss.; A. Serwin, *The FTC v. Wyndham Reexamined — A True Test of the Contours of Unfairness*, in *The Lares Institute Blog*, 2015; G. Stevens, *The Federal Trade Commission's Regulation of Data Security Under Its Unfair or Deceptive Acts or Practices (UDAP) Authority*, in *Fas.org*, 11 September 2014.

[136] 15 U.S.C. § 45.

[137] *FTC v. Wyndham Worldwide Corp*. 799 F.3d 236 (3d Cir. 2015) Wyndham Worldwide used a property management system that processed consumer information, including names, addresses, contact information, and credit card information. In 2008 and 2009, Wyndham's network and property management systems were hacked three times. Hackers allegedly accessed unencrypted information for over 619,000 accounts, resulting in approximately $10.6 million in fraud loss.

[138] A. Serwin, *The Federal Trade Commission and Privacy: Defining Enforcement and Encouraging the Adoption of Best Practices*, in *San Diego Law Review*, 48, 2011, 809 ss.

[139] D. Ombres, *NSA Domestic Surveillance from the Patriot Act to the Freedom Act: The Underlying History, Constitutional Basis, and the Efforts at Reform*, in *Seton Hall Legis Journal*, 39, 2015, 27 ss.; D. Lyon, *The Snowden Stakes: Challenges for Understanding Surveillance Today*, in *Surveillance and Society*, 13, 2015, 139 ss. G. Gutierrez, *Imbalance of Security and Privacy: What the Snowden Revelations Contribute to the Data Mining Debate*, in *Intellectual Property Law Bulletin*, 19, 2014, 161 ss.

[140] D. Ombres, *NSA Domestic Surveillance from the Patriot Act to the Freedom Act: The Underlying History, Constitutional Basis, and the Efforts at Reform*, in *Seton Hall Legis Journal*, 39, 2015, 27 ss.

2.2. EU Data privacy. You can teach an old Continent new tricks

Due to its founding Treaties, the EU has been quite prone to offer an appropriate level of protection to both private life and data privacy. Therefore, when the former legal framework (Directives 95/46/EC and 2006/24/EC) has been overtaken by the rapid technological developments, the CJEU decisions acted as first "line of defence", only to be later seamlessly transferred into the new Regulation (EU) 2016/679.

Directive 95/46/EC, adopted on the basis of Art. 95 TEC, established the core framework of the personal data protection. In addition, it also urged each Member-States to make Independent Supervisory Authorities entitled to control the data flows. The directive has been a flexible regulation both formally and substantially, due to the implementation and interpretation of its regulatory content. Nonetheless, its pliancy has been the major cause of its demise in 2018 May.

Clearly inspired by the CoE Convention no. 108[141], the directive has been a milestone in the regulation of personal data protection in the EU[142]. Moreover, the directive provisions were sufficiently detailed to be considered self-executive, hence it could be directly invoked by the European citizens against the Member-State not complying with it[143]. However, the regulation was adopted (as its inspiring legislation[144]) at the dawn of digital Age, long before it reached the actual peak. The regulation merely set down the general rules for the treatment, detection and update of personal data. Nonetheless it left ample room for national legislation to determine the processing lawfulness conditions. The directive was meant to harmonize the previous fragmented regime, which was hindering data flows within the internal market, thus hampering the European commercial activities[145]. Therefore, the motive behind the directive was undoubtedly economic. Moreover, the 1995 regulation urged each Member-State to establish a Privacy Supervisory Authority. Additionally, it defined the legal meaning of "personal data", "processing of personal data", "personal data filing system", "controller", "processor", "third party", "recipient", and "the data subject's consent", which are now

[141] The phenomenon of the "duplication" among CoE Convention and EU legislation is well known, for analysis see A. Von Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 6, 2008, 397 ss.; W. Burke-White, *International Legal Pluralism*, in *Penn Law Legal Scholarship Repository*, in *Michigan Journal of International Law*, 25, 2005, 963 ss.; V. Salvatore, *Nuove norme in materia di trattamento automatizzato dei dati personali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, 73-79.

[142] A. Pisapia, *La tutela multilivello garantita ai dati personali nell'ordinamento europeo*, in Federalismi.it, 3, 2018, 15.

[143] B. De Witte, T*he Continuous Significance of Van Gend en Loos*, in M. Poiares Maduro-L. Azoulai (eds.), *The Past and the Future of Eu Law*, Oxford, 2010, 11 ss.; H. Labayle, *Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos?*, in *50th anniversary of the judgment Van Genden Loos 1963–2013*; K. Lenaerts-T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 31, 2006, 287 ss.; A. Nollkaemper, *The Duality of Direct Effect of International Law*, in *European Journal of International Law*, 25, 2014, 105 ss.; J.H.H. Weiler, Van Gend en Loos*: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, 96 ss.

[144] FIPs, ECHR, Coe Convention no. 108, *etc.*

[145] A. Pisapia, *op. cit.*, 16.

used worldwide[146].

Directive 95/46/EC sets many new data treatment criteria. The general rule of unambiguous consent contained in Art. 7, establishes expressly when data processed must be qualified as sensitive pursuant to Art. 8. In addition, Artt. 10 and 11[147] enforce the right to be informed, which should be read in conjunction with Art. 12 by stating that being informed to one's own data processing/collection is indispensable to properly exert the right to access or, if necessary, to modify, block or delete data. However, Art. 25 is by far the most interesting, as it tried to address the supranational dimension of data flows, requiring «an adequate level of protection»[148] by every country to which European citizens data were transferred to.

Despite its unquestionable merits, Directive 95/46/EC did not sufficiently prevent the national proliferation of data-processing regulations related to new technologies or anti-terrorism[149].

In 2008 the situation started changing. In *Satamedia*[150] Advocate General Kakott deemed necessary to align Art. 9 of the directive with Artt. 7 and 8 ECHR as interpreted by the Strasburg Court[151].

With the Lisbon Treaty enforcement, it became necessary and indefectible to introduce a common binding regulation to assure all European citizens a univocal level of protection for privacy. In the meanwhile, the responsibility to protect European citizens' rights from the new threats was entrusted to the CJEU. In the decision C-553/07 of 7 May 2009, regarding the access to personal data, the Court sanctioned the asymmetry between the duration and the exercise of people's right of access to their own data and the obligation entrusted to the controller to retain them for an extended period of time. In the joined Cases C-293/12 and C-594/12, the so-called 2014 "*data retention*" ruling declared invalid Directive 2006/24/EC for not being proportionate. The directive allowed the Member States, within the fight against terrorism and organized crime, to indiscriminately collect ad retain citizens' personal data for a period ranging from 6 to 24 months. Lastly, the decision of the Court of Justice, dated 13 May 2014 (the so-called "*Google case*"), which extended a case regarding the processing of personal data to the results of the search engines and provided an "authentic interpretation" of the rights afforded by Directive 95/46/EC, widened the rights of the concerned parties regarding the availability of their data, thus recognizing a true "right to be forgotten". All these fruits (*Digital Rights Ireland*, *Schrems*, *Google, Tele2 Sverige* etc.) will be later reaped

146 Art. 2, Directive 95/46/EC.

147 Art. 11, Directive 95/46/EC. If the data have not been given by directly by the data subject, the controller or his representative must provide him with at least the following information, «(a) the identity of the controller and of his representative, if any; (b) the purposes of the processing; (c) any further information such as — the categories of data concerned, — the recipients or categories of recipients, — the existence of the right of access to and the right to rectify the data concerning him».

148 Art. 25, Directive 95/46/EC.

149 Recital 9; see also D. Erdos, *European Data Protection Regulation and the New Media Internet: Mind the Implementation Gaps*, in *Journal of Law and Society*, 43, 2016.

150 CJEU, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* (2008).

151 Opinion of the AG, 8 May 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*, § 37

by the incoming legislation.

As soon as the EU Commission acknowledged the fact that the Technological revolution rapidity had radically altered the European citizens' rights, it announced a new common legislation project addressing the new forms of data privacy[152]. Moreover, after the Lisbon Treaty, the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) has been added to the European primary legislation.

The Charter at Art. 8[153] and the TFEU at Art. 16[154] explicitly mention data protection as fundamental right, thus separating it from "traditional" privacy. Therefore, a regulation appeared necessary to ensure within the European Union European the same level of protection and enjoyment of such fundamental right[155].

In 2012 the Commission submitted two legal instruments: a European regulation project (Regulation (EU) 2016/679) intended to replace Directive 95/46/EC and a new directive replacing Framework Decision 977/2008/EC (regarding data processing within the fight against crime and terrorism)[156].

As well known, Regulations are measures of general scope, binding in their entirety and directly applicable by the Member-State Authorities, thus further guaranteeing legislative harmonization within the single market[157]. The main difference from previous legislation is that Regulation (EU) 2016/679 does not pursue anymore primarily economic interests[158]. The Regulation aims to guarantee the same level of data privacy protection to each European citizen, regardless of his/her nationality or place of residence (recital 10). It opens a new era of commitment to data protection establishing a new set of basic guarantees and harsher sanctions for the offenders[159]. The Regulation

[152] Commission Communication Com (2010) 609.

[153] Art. 8 CFREU: «1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her; 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified; 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority».

[154] H. Hijmans, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art. 16 TFEU*, New York, 2016.

[155] F. Donati, *Art. 8. Protezione dei dati di carattere personale*, in R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 83 ss.

[156] Com (2012) 9. Notably, during our never-ending "war on terror" security measures were one of the main obstacle to a sufficient harmonization of European data protection legislations. Nevertheless, it can be noted how the EU is steadily tightening its grip on data processing, substituting a directive with a regulation and a framework decision with directive. Therefore, the EU has considered, according to the subsidiarity and proportionality principles, these means more suited to achieving its objective. Regarding the EU legislative range see: L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2014; E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2015; G. Strozzi-R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea, Parte generale*, Torino, 2013; G. Tesauro, *Il diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2015.

[157] C. Blumann-L. Dubois, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2013; M. Dony, *Droit de de l'Union européenne*, Brussels, 2014; G. Gaia-A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2014; T. Hartley, *The foundation of European Union Law*, Oxford, 2014; A. Rosas-L. Armati, *Eu Constitutional Law*, Oxford, 2012.

[158] For an analysis of how the CJEU role has changed after the enforcement of the Lisbon Treaty see. G.F. Aiello, *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2, 2015, 431; F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016.

[159] G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*,

aims to ensure each European citizen the same level of data privacy, regardless of their nationality or place of residence (recital 10). Not surprisingly, it does not affect activities falling outside the scopes of European Law, as secondary legislation cannot amend the competence boundaries set by the treaties[160]. For instance, the Regulation itself excludes explicitly from its implementation the treatments performed for security purpose[161]. Nevertheless, it also repeals the aforementioned Framework Decision 2008/977/GAI, regulating judiciary and criminal cooperation of the Member States.

Regulation (EU) 2016/679 acknowledges that in a *data intensive* context the very nature of personal data has changed. Nowadays it is possible to obtain highly confidential information simply by cross-checking apparently harmless data, neither considered sensitive, nor personal by EU or national legislations. This phenomenon has been facilitated by the Big Data[162], which continuously gather and store information, only to have them analysed by Data brokers[163]. Therefore, the Regulation has widened the conception of personal data including any information relating to an identified or identifiable natural person, thus considering every information which may lead to a person identification trough cross-checking[164]. Additionally, it demands the data subject to be informed with regard to his own data automatic processing[165]. Moreover, he is granted a right to oppose such a treatment along with a "right to explanation" of its benefits and consequences[166].

However, the main change lies in the data controller accountability for the data treatment. Data controllers are now demanded to adopt — with the boundaries of proportionality and "affordability" — any mean the state of the art offers (privacy by design, security measures etc.) in order to protect the processed data[167]. The compliance with

Bologna, 2017.

160 With regard to the competence regulation within the EU see v. F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 154 ss.; P. Craig, *Competence and Member States Autonomy: Causality, Consequences and Legitimacy*, in H.W. Micklitz-B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, 11 ss.; R. Mastroianni, *Le competenze dell'Unione*, in G. Morbidelli-F. Donati (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, 131 ss.

161 R. Baratta, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 15, 2010, 517 ss.; E. Cannizzaro, *Sovranità degli Stati ed esercizio di competenze dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2, 2000, 241 ss.; V.M. Sbrescia, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008, 343 ss.; M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, 329 ss.

162 G. D'Acquisto-M. Naldi, *Big data e privacy by design*, Torino, 2017, 59 ss.

163 S. Calzolaio, Privacy by design. *Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. Ue 2016/679*, in *Federalismi. it,* 24, 2017, 6; *Privacy by Design in Big Data. An Overview of Privacy Enhancing Technologies in the Era of Big Data Analytics*, European Union Agency for network and information security, December 2015.

164 G. Giannone Codiglione, Risk-based approach *e trattamento dei dati personali*, in S.Sica-V. D'Antonio-G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della* privacy, Padova, 2016, 64; S. Calzolaio, *op. cit.,* 12.

165 Art. 22, Regulation (EU) 2016/679.

166 Artt. 13, 14 and 15, Regulation (EU) 2016/679; see also B. Goodman-S. Flaxman, *European Union Regulations on Algorithmic Decision-making and a 'Right to Explanation'*, in *AI Magazine,* 3, 2017; S. Wachter-B. Mittelstadt-L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision - Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 2017.

167 Art. 24(2), Regulation (EU) 2016/679.

these requirements has to be proved through a certification released pursuant to Art. 42 of the Regulation. Another feature is that, whenever the data controller is a public authority or body[168] or the controller is exerting large scale data monitoring and processing, the new Regulation requires them to designate a Data Protection Officer (DPO)[169]. The DPO new figure is responsible for ensuring the enforcement of the Regulation by the *data collector*, training its staff, promoting the adoption of "privacy by design and default" tools and acting as intermediary body between corporates or public bodies and the national Data Protection Authorities[170].
Finally, the Regulation, as its predecessor, takes on data flows supranational dimension. However, in order to grant an adequate protection, it requires foreign data collector its enforcement as *condicio sine qua non*, in order to access the European data market.
In conclusion, the Regulation has the ambitious merit to try to muzzle the economic and technological forces so to actually promote and strengthen the protection of data privacy, thus imposing a crucial paradigm shift.

3. New challenges and solutions

If data privacy has originated in the second half of the XX century, it is only recently that our society has massively digitalized. This is due to many factors, the main one being the market. If the first databases had been made by public or quasi-public agencies, nowadays data collection is made mainly by private companies.
At the dawn of new millennium privacy had to deal with the rise of the "*over the top*" data collectors as Facebook, Google, Twitter, etc. Indeed, social networks and search engines are storing an amount and variety of information once unimaginable. Appropriately questioned, even the most harmless data, when gathered, can reveal sensitive information about their data subject. This opportunity stimulated market, leading to the creation of a new business activity: Data-broking. Moreover, such an information-estate ended up attracting the governments, that are increasingly looking for information suitable to anticipate the potential threats to their security as the war on terror drags.

3.1 National security and privacy, an obnoxious relationship

Nowadays it is undeniable that one of the main threats to privacy comes from the subject responsible for its protection: the State.
In Western democracies the adoption of emergency regimes has always been a physiological reaction to internal or external threats to internal peace and security. Despite George W Bush and François Hollande enthusiastic declarations of war on terror or

[168] Except for the courts acting in their judicial capacity.

[169] Art. 37(1), Regulation (EU) 2016/679.

[170] Artt. 13 and 14, Regulation (EU) 2016/679.

ISIS, eminent scholars have already pointed out how strictly speaking, in the absence of a sovereign country, the current conflict looks more likely an international police operation than a war[171]. Indeed, Terrorism stands on the crossroad between war and crime. In fact, despite its perpetrators being foreign or radicalized citizens, their attacks have shown to be as deadly as actual warfare[172]. This very indeterminacy compelled Western democracies to adopt anticipatory and covert measures based on the sheer suspect[173]. On one hand, we have assisted to the enhancement of administrative police measures (either outlined in emergency states or ordinary statues) limiting traditional freedoms[174]. On the other, every country is altering the balance of powers in favour of the Executives, which are considered more suited to face such an emergency[175].

In spite of the temporary nature of the measures, emergency legislation has proven to be a tool with an extraordinary longevity. This has been particularly true for the United States[176], followed by the UK[177], France[178] and many other European countries[179]. The necessity to prevent the attacks requires to gather as much information as possible about the targets, organizers etc., thus addressing more detailed and wide forms of control over the population. It explains why information flows have become the actual battlefield of this asymmetric war, and data gathering has primary role in it[180].

The technologic revolution has offered to the States countless new surveillance means exploiting the society digitalization. It is fair to say that the access to personal information has never been so easy.

The first measures restricting privacy have been adopted in the US, starting with the infamous 2001 USA Patriot Act[181]. As revealed by Edward Snowden during the *Datagate*, the US federal security agencies were responsible for massively collecting personal information from individuals all over the world. This major infringement had been

---

171 G. De Vergottini, *La "guerra" contro un nemico indeterminato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 5 October 2001; A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La guerra nel diritto pubblico comparato*, Torino, 551.

172 W. Laqueur, *The Age of Terrorism*, Boston, 1987, 7; v. C. Walter, *Defining Terrorism in National and International Law*, in C. Walter (ed.), *Terrorism as Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin, 2004, 23-25 and T. Becker, *Terrorism and the State, Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford-Portland, 2006, 83 ss.

173 S. Gambino-A. Scerbo, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2009, 1.

174 A. Vedaschi, *op. cit.*, 513 ss.

175 E. Posner-A. Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford, 2007.

176 C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino, 2010; F. Lanchester, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, in *Rivista AIC*; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti sfide alla democrazia*, Bologna, 2004.

177 2016 Investigatory Powers Act.

178 État d'urgence, Law 20 November 2015, no. 1501.

179 In Italy see Law Decree 18 February 2015, no. 7, granting police officers access to personal information on the ground of a simple regulatory measure.

180 S.W. Brenner, *Cybercrime, cyberterrorism and cyberwarfare*, in *Revue internationale de droit penal*, 77, 2007, 453 ss.; F.R. Fulvi, *La Convenzione Cybercrime e l'unificazione del diritto penale dell'informatica*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2009, 639 ss.; C. Sarzana di Sant'Ippolito, *Sicurezza informatica e lotta alla cybercriminalità: confusione di competenze e sovrapposizione di iniziative amministrative e legislative*, in *Diritto dell'Internet*, 5, 2005, 437 ss.

181 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* Act of 2001, Public Law no. 107-56.

possible due to the fact that most ICT and Big Data servers are located on the American soil. It resulted in their inability to refuse security agencies access to their database. This is not an isolated case, as many European countries have only recently decided to adopt more far-reaching security measures, trying to address both the interest in the use of new surveillance means and the interest in their limitation.

The relevance of data analysis in counter-terrorism operations has required to redraw the line between security and privacy. Given the security contentious nature[182], most commentators have agreed on its basic function as a limit to the rights, rather than an autonomous right[183]. Therefore, when analysing the constitutionality of security measures, it is more appropriate to evaluate them in terms of proportionality between extent and purpose (*quantum* and *quomodo*), rather than balance between rights[184]. It is not surprising that during the last decades both Constitutional and International courts have tried to shape the relationship between the new-born data privacy and counter-terrorist legislation.

In France, the reform of the *État d'urgence*[185] has led to rise three *questions prioritaires de constitutionnalité* before the Conseil Constitutionnel[186]. Nonetheless, only QPC no. 2016-536 was (partially) upheld. The Conseil found *loi* no. 55-385 new Art. 11 unconstitutional, as it enabled police officers to collect all the data stored in the digital devices collected during the course of a home search with no seizure warrant issued by a judge. Moreover, Art. 11 enabled the proceeding authority to download data regardless of their correlation with the offence, without setting any criteria as the duration of their retention or any security standard[187].

In Germany, the Bundesverfassungsgericht has decided twice over the proportionality of "digital" security measures. In 2008 it declared, for the first time, unconstitutional a statue enabling remote access to private IT systems, thus recognizing the primacy of

[182] Strictly speaking we should speak of proportionality of the security measure, rather than balance between privacy and security. For a further analysis of security nature as a right or interest see A. Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2014, 547 ss.; M. Dogliani, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Cocco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, 1 ss.; P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo del costituzionalismo*, in P. Ridola-R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006; *contra* G. Cerrina Feroni-G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008 and T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2006.

[183] A. Cerri, *Diritto alla riservatezza e videosorveglianza*, in M. Manetti-R. Borrello (a cura di), *Videosorveglianza e Privacy*, Firenze, 2010, 18.

[184] A. Ruotolo, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*, in A. Torre, *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2014, 588. As aforementioned, the European legal systems recognize both privacy and data protection as a fundamental rights. When not explicitly mentioned, as in the Italian constitution, it is often associated to the personal and moral freedoms. L. Califano, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, 14. Not to mention the many international charters as the 1981 COE Convention no. 108, Artt. 7 and 8 ECHR, Art. 16 TFEU and Art. 8 Treaty of Nice.

[185] By *Loi n. 2015-1501 du 20 novembre 2015.*

[186] The Conseil had already harmonized security measure and individual rights, a recurrent issue in its jurisprudence. See Decisions nn. 85-187 DC e 2003-467 DC.

[187] Such as irrelevant personal information or even related to uninvolved third parties. For a comment see S. Scagliarini, *La* privacy *al tempo dell'*état d'urgence*: il Conseil constitutionnel sentenzia correttamente*, in *ConsultaOnline*, 1, 2016, 191.

privacy over investigation requirements[188]. On 20th April 2016. The Court questioned then proportionality of the Bundeskriminalamtgsetz (BKAG), which similarly allowed access to personal data via remote. Notably, the Court considered the Trojans unable to grant a meaningful privacy protection, as the collected data were immediately transferred to the federal police office, bypassing the *Bundesbeauftragte für den Datenschutz*[189].
With regard to the Council of Europe, it has been already stated that the ECHR catalogue of rights includes privacy (Art. 8). After the terrorist emergency, the Court of Strasburg has ruled many times over the restriction of fundamental rights for security purpose[190]. The case *Szabò and Vissy v. Hungary* is the latest in a long series of rulings. One of its last decision has been delivered in a case concerning two Hungarian lawyers, who challenged before the Constitutional Court of Hungary the 2011 Police Act, according to which police officers are empowered to conduct a wide range of secret surveillance activities and even seizure on the ground of a simple Secretary of Justice authorization[191]. Moreover, all operations carried out by the police didn't require an assessment of strict necessity nor judicial oversight[192].
Within the European legal context, it must be noted that the path opened by the European Court of Human Rights has influenced the Court of Justice of the European Union. Even though the Court of Luxembourg has become a full-fledged "judge of the rights" only after the Treaty of Lisbon[193].
In the last decade the CJEU has dealt with issues connected to data privacy and the proportionality of its limitation.
In *Digital Right Ireland* (DRI)[194], the Court declared invalid Directive 2006/24/EC of the European Parliament and Council — which modified Directive 2002/58/EC — regulating the retention of data generated or processed by ICT service providers. The directive ensured Member-States greater investigation powers in areas relevant to counter terrorism and every that crime national legislations recognized as a serious offence.

---

188 BVErfG 27 February 2008, 1 BVR 370/97. The measure allowed to inspect the devices content and browsing history.

189 BVErfG 20th April 2016, 1 BVR 966/09. For a comment see L. Giordano-A. Venegoni, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 May 2016.

190 There is a large body of case law focusing on the relationship between privacy and security-investigations needs, see ECtHR, *Malone v. UK,* app. 8691/79 (1984); *Kruslin v. France,* app. 11801/85 (1990); *Rotaru v. Romania,* app. 28341/95 (2000); *Taylor-Sabori v. UK,* app. 47114/99 (2002); *Peck v. UK,* app. 44647/98 (2003); *Perry v. UK,* app. 63737/00 (2003); *Matheron v. France,* app. 57752/00 (2005); *Vetter v. France,* app. 59842/00 (2005); *Copland v. United Kingdom,* app. 62617/00 (2007); *K.U. v. Finland,* app. 2872/02 (2008); *S. and Marper v. UK,* apps. 30562/04 and 30566/04 (2008); *M.K. v. France,* app. 19522/09 (2013).

191 Through secret recording of conversations, opening of letters and parcels, and checking and recording the contents of electronic communications, §§ 6-16.

192 § 89.

193 Thereafter, the EU Charter of Human Rights acquired a legally binding character through Art. 6(1) TEU, which gives the Charter the same legal value as the funding Treaties.

194 DRI reunited two preliminary rulings submitted by the High Court of Ireland and the Austrian *Verfassungsgerichthof*. *Digital Rights Ireland Ltd* (C-293/12), *Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl et a.* (C-594/12), see S. Bonfiglio, *Diritto alla privacy e lotta al terrorismo nello spazio pubblico europeo*, in *Democrazia e sicurezza*, 3, 2014.

Firstly, Directive 2006/24 allowed the indiscriminate collection and retention of a vast amount of personal information, regardless of their correlation with the prosecuted offences or of concerned people profiles[195]. Moreover, Art. 4 of the directive did not include «substantive and procedural conditions relating to the access of the competent national authorities to the data and to their subsequent use»[196]. It entitled Member State to establish the procedures and conditions to access the retained data, without setting any guideline or fundamental criteria to be respected[197]. Finally, Art. 6 required that data to be retained from a minimum of 6 months to a maximum of 24 regardless of their usefulness to the investigation[198].

The Court subjected such measures to a strict proportionality test, which they didn't pass. The decision constitutes an important precedent because it is the first time a CJEU ruling has entirely repealed a secondary legislation due to its incompatibility with the Treaty of Nice, notably Artt. 7 and 8.

Another important CJEU ruling is the case *Schrems* or *Facebook*[199]. The Court invalidated the European Commission Decision 2000/520, authorizing an international treaty with the US, enabled personal data transfer of European citizens towards the other side of the Atlantic, this practice is also known as *Safe Harbor*[200]. Therefore, the Court dealt with two specific data protection issues: (again) the proportionality of security measure and the supranational dimension of data flows.

The concerned treaty allowed Big Data companies to have access to the European market and at the same time to maintain their main servers in the United States, as their privacy legislation met the European minimum standards. In 2013 the *Datagate* led an Austrian citizen Maximillian Schrems to question such a compliance to Art. 45 of Directive 95/46, as it became clear that the U.S. Patriot Act blatantly ensured national security a primacy unknown in Europe[201].

---

195 CJEU, C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd* (2014), § 59; *ex plurimis* see O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi.it - focus TMT*, 3, 2014; Id., *La "transizione" dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion pratica*, 44, 2015, 53 ss.; Id., *Diritto all'oblio e conservazione di dati. la Corte di giustizia a piedi uniti: verso un "digital right to privacy"*, in *Giur. cost.*, 2014, 2949 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), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dal "Safe Harbour principles" al "Privacy Shield"*, Roma, 2016, 73 ss.; L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 8-9, 2014, 1850 ss.; M. Rubechi, *Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali e privacy: nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi)*, in *Federalismi.it*, 23, 2016, 19.

196 *Digital Rights Ireland Ltd,* cit., § 60.

197 *Ibid.,* § 61-62.

198 *Ibid.,* § 63.

199 CJEU, C-362/14, *Maxmillian Schrems v. Data Protection Commissioner* (2015). For an in-depth analysis of the case see at least O. Pollicino-M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, cit.; S. Sileoni, *La tutela della riservatezza negli Stati Uniti e le nuove frontiere per la circolazione dei dati personali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 1027 ss.

200 The decision was taken according to Art. 25(6), Directive 95/46/EC.

201 For a comparative analysis of the issues raised by the personal data exchange between U.S. and E.U. see D. Cole-F. Fabbrini, *Bridging the transatlantic divide? The United States, the European Union, and the protection of privacy across borders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 14, 2016, 220 ss.; I. Tourkochoriti, *The Transatlantic Flow Of Data And The National Security Exception In The European Data Privacy Regulation: In Search For Legal Protection Against Surveillance*, *Pennsylvania Journal of International Law*, 36, 2014, 459 ss;

The Court examined Decision 2000/520 and found the US privacy protection legislation severely inadequate and far from meeting the Directive 95/46 requirement, especially after its alignment with the Treaty of Nice[202]. As for *Digital Rights Ireland*, the Court established that any restriction to data privacy had strictly necessary, whilst the American legislation allowed a massive and indiscriminate collection information and loose access criteria for the security agencies.

As a consequence, the CJEU repealed the Decision 2000/520 entirely, urging the US to meet the European protection standards and both the US and EU to reconsider the terms of their data exchange. On one hand the ruling lead Washington to replace the infamous USA Patriot Act with the 2015 Freedom Act. On the other EU and US initialed the *Privacy Shield*, a new agreement providing the transfer of European citizens' data into servers located European soil.

This decision might have set in motion has a deep change in the US privacy policy. In 2015 Spring Microsoft Corporation initiated a legal proceeding against the US Department of Justice, denouncing the exponential increase in the number of requests for access to their databases. Afterwards, In 2016 July the US Court of Appeals declared inaccessible to the American agencies the data stored in servers situated outside the US territory even if owned by American companies[203].

The same reasoning lies behind the recent CJEU Opinion n. 1/15 of 26 July 2017, which prevented the conclusion of the agreement between the European Union and Canada on the transfer of Passenger Name Record (PNR). The Court observed that «Although the systematic transfer, retention and use of all passenger data are, in essence, permissible, several provisions of the draft agreement do not meet requirements stemming from the fundamental rights of the European Union»[204], thus forcing also the Canadian legislation to meet the standards set by EU law.

Finally, it must be noted that the path opened by the *Schrems* and *DRI* cases has been followed by two other important CJEU's rulings: the united cases C-203/15 and C-698/15, known as *Tele2 Sverige* and *Watson*[205]. The Luxembourg Court, asked by the Appeal Courts of Stockholm and England and Wales to verify their data-retention legislations compliance with EU law, seized the opportunity to further entrench its position on privacy and security.

The national legislation on one hand compelled the providers of electronic communication services to systematically retain all data related to said communications for a given amount of time, on the other it granted the national authorities an unlimited access to this information. The CJEU, not surprisingly though, detected the infringement of Directive 2002/58/EC — as interpreted according to Artt. 7 and 8 of the EU

L.P. Vanoni, *Balancing privacy and national security in the global digital era: a comparative perspective of EU and US constitutional systems*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 June 2017.

202 Which after the Lisbon Treaty has become an actual European Constitution.

203 U.S. Court of Appeals, 2nd Cir, 14 July 2016 (Docket No. 14-2985).

204 CJEU, Press Release no. 84/17, Luxembourg, 2017, 1.

205 O. Pollicino-G.E. Vigevani, *Privacy digitale e conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza: la sentenza Tele2 Sverige della Corte di giustizia UE*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2017; O. Pollicino-M. Bassini, *La Corte di Giustizia una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, January 2017.

Charter of Fundamental Rights —by the member States. Moreover, the Court established data-retention and access to be limited to what is strictly necessary to counter serious crimes and to be regulated by an independent authority. From now on, every legislation not meeting these requirements will not enjoy the discretionary margin set by Art. 15 of Directive 2002/58/EC. Has data-privacy finally managed to checkmate security on the European chessboard?

3.2. Data global Market, threat or treat?

The threat posed by the Digital age resides in technology's unbridled nature. A rapid and endless stream of trans-national[206] and anarchic[207] means, relentlessly eroding the "riverbanks" of Law. It is not surprising that the best attempt to regulate data privacy came from stakeholders on continental scale (U.S and E.U.) nor that the most proficient bodies have been the courts, capable to act swiftly, bypassing the statutory red-tape[208].

With regard to the supranational issue, it must be observed that the first attempt to deal with it came from the 1981 Convention no. 108 (also known as the Strasburg Convention) of the Council of Europe. It is important to note that the Convention in order to encompass as many counties as possible, can be ratified also by non-Member States, as Uruguay did in 2013. The same applies to the 2001 Convention 185/2001 (Budapest Convention)[209], regulating digital offences and particularly computer frauds and child pornography. Additionally, the Convention aims to project abroad the European human rights as well as the criteria of proportionality, necessity set in the ECtHR case law.

Even though international law offers the advantage to simultaneously address a multitude of Countries, the EU might have found a new mean.

The new Regulation (EU) 2016/679, in fact, is directly designed for all those national and foreign data collectors, who are compelled to meet the European standards required to access the European data market. Not only, the regulation takes into consideration the case *Google Spain* decision, and hence considers the data retainer responsible for the consequences of the information treatment and even for their databases breaching.

---

[206] These are technologies «transnational, outsourced, continuously evolving»: see M. Mensi, *Internet, regole, democrazia*, in *Amministrazione in Cammino,* 30 April 2017, and also «transversal, asymmetric and non-territorial»; see. A. Soro, *Liberi e connessi*, Torino, 2016, 76.

[207] M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo digitale*, Roma-Bari, 2006, 16 ss.

[208] For the doubt over statutory regulation see R. Wacks, *Privacy: A Very Short Introduction*, Oxford, 2012.

[209] The document has been promoted by the Group of European Supervisory Authorities. See M. Betzu, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012; F. Cajani-G. Costabile, *Gli accertamenti informatici nelle investigazioni penali: una prospettiva europea*, Forlì, 2012; E. Colombo, *La cooperazione internazionale nella prevenzione e lotta alla criminalità informatica: dalla Convenzione di Budapest alle disposizioni nazionali*, in *Ciberspazio e diritto*, 2009; F. Delfini-G. Finocchiaro, *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014; L. Picotti, *La ratifica della Convenzione di Budapest sul Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, Padova, 2008; U. Sieber, *Organized Crime in Europe: the Threat of Cybercrime. Situation Report 2004*, Strasbourg, 2005.

The 2016 EU Regulation has exploited the evolution of data in commodities, using the market as leverage. However, the same change has led to the rise of Data brokers, new economic actors providing data analysis to support direct marketing (detailing)[210] and subjects profiling. While the first practice aims to pin down the data subject's interests so to provide him with more appealing commercials, the latter is even more dangerous and intrusive[211]. In order to limit the data-market the FIPs and Directive 95/46/EC required data-subject agree on his personal information treatment. However, this has soon proven to be an insufficient tool, for two reasons. The first one is the difference "in size" between collectors and users, which results in an "all (your data) or nothing (their services)" approach. The second one is the fact that data analysis resort on unprotected data to obtain, indirectly, personal information. Profilers cross-check apparently innocuous information collected in one or more database. Despite being completely harmless when individually considered, such information if "appropriately" questioned through aggregation enable the data-broker to profile the data-subject. Profiling is not limited to information disclosure, since it aims understand and even foresee the preferences and behaviour of the profiled data subject[212].

This leads us to the next issue, how to prevent data disclosure from the very beginning. The answer is "Pet(s) therapy", better known as Privacy by Design, "PbD") approach. Privacy by design is a concept created in 2009 by Ann Cavoukian, according to whom compliance with regulatory frameworks alone cannot assure privacy substantial protection. It is, therefore, necessary the adoption of Privacy-Enhancing Technologies (Pets)[213]. Softwares and devices specifically designed in order to ensure full transparency and security to data treatment, thus offering privacy an *ex ante* protection[214].

PbD aims to ensure that privacy is taken into consideration by the ICT producers at the earliest stage of the device or software lifecycle. Therefore, it acts as compass setting the direction for a sustainable technological development, rather than a barrier[215].

An example of PbD is the pseudonymisation. It is a data management and de-identification procedure by which personally identifiable information in a data record are replaced by artificial identifiers (pseudonyms). Even if it is suitable for data processing, the data record itself is less identifiable and requires additional information conserved separately to be fully understandable[216]. This procedure is strongly promoted by the

---

[210] This is a very sensitive subject in the US medical context, among many see R.S. Metha, *Why Self-Regulation Does Not Work: Resolving Prescription Corruption Caused by Excessive Gift-Giving by Pharmaceutical Manufacturers*, in *Food and Drug Law Journal*, 63, 2008, 799-802; C.R. Smith, *Somebody's Watching Me: Protecting Patient Privacy in Prescription Health Information*, in *Vt. Law Review*, 36, 2011, 931 and 938-939.

[211] A classic example is Amazon suggesting us books closer to our last views or purchases. See M. Bassini-L. Liguori-O. Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi*, cit., 333 ss.

[212] S. Gutwirth-R. Leenes-P. de Hert (eds.), *Reforming European Data Protection Law*, New York, 2015.

[213] A. Cavoukian, *7 Foundational Principles of Privacy by Design,* Office of the Information & Privacy Commissioner of Ontario, 2010.

[214] *Ibid.*

[215] D. Klitou, *Privacy-Invading Technologies and Privacy by Design. Safeguarding Privacy, Liberty and Security in the 21st Century*, in *Information Technology and Law Series*, 25, 2014.

[216] Art. 4, no. 5, Regulation (EU) 2016/679.

new Regulation (EU) 2016/679, which offers an integrate view on privacy protection: a digital, legal and organizational one[217]. Another tool is data minimization, according to which only the data strictly related to purpose they are given for can be collected[218]. Minimization is related with both their subsequent use and retention time, which know the same boundary of the purpose for which they had been given for by the data subject.

However, all these measures can easily translate in higher costs for producers and users and this represents the greatest PbD limit. Therefore, to promote their adoption, Regulation (EU) 2016/679 has started considering the Data collector-processor accountable for the eventual risks, thus compelling them to adopt, within the boundaries of proportionality and reasonableness, every mean necessary not to incur in any form of responsibility.

Moreover, the regulation introduces a new form of PbD, a privacy by organization, as it requires certain bodies or corporations to nominate the aforementioned DPO. Afterwards, he will be in charge of promoting privacy protection from within the public body or corporation. Once again, the new regulation has realized the risks posed by a Technological development at the mercy of the Market in a moment when data are a lucrative source of income. Thus, the regulation is trying to exploit the same economic interest that has led to privacy erosion, to the promotion of privacy protection. Forcing the Market to promote privacy-friendly software and hardware for the sake of having access to the European data market.

3.3. The right to be forgotten

Internet has undermined the monopoly on information of traditional media. It has been a two-way process, where the audience is able to collect information by itself and the new media can interact with it directly.

Not only, with the up taking of digital economy, users, while longing for more privacy, feel the urge to share personal content and store data on the web, with little or no clue of the actual risks[219].

One of the most overlooked consequences is the length of their presence on the Internet. Once an information is uploaded, its circulation is subject to the arbitrary parameters of the search engine websites is potentially eternal[220]. Unfortunately for the users, the Web has proved to be unable to govern such a feature, thus requiring the intervention of the Law[221].

---

[217] However, pseudonymised data must not be confused with the anonymized data. See G. Finocchiaro, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1, 2017, 1 ss.

[218] R. D'Orazio, *Protezione dei dati by default e by design*, in S. Sica-V. D'Antonio-G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, 79 ss.

[219] M.C. D'Arienzo, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in *Federalismi.it,* 2, 2015, 4-5.

[220] M. Pelligra Contino, *La Corte di Giustizia UE ritorna all'oblio tra diritto alla privacy e diritto ad essere informati: una disamina tra diritto interno e normativa europea*, in *Democrazia e sicurezza,* 23 January 2015.

[221] S. Rodotà, *Il mondo della rete: diritti e vincoli*, Roma-Bari, 2014.

We have already seen that one of privacy features is the capability to exert a control over one's information. Therefore, should users be able to decide, whether or not, to permanently delate their data on the Internet? According to the European institution, yes, thus resulting in the inclusion of the right to be forgotten within the concept of privacy[222]. The right to be forgotten, made popular by Victor Mayer-Schönenberg's book "Delete", is the idea according to which an information should be delated, rather than persist eternally in some database[223]. The first attempt to establish a control over one's own information comes from the Google Spain decision. However, the CJ ruling has raised many concerns, notably those regarding the semi-constitutional role assigned to data-collector[224]. Indeed, search engines, social networks etc. will balance by themselves the conflicting rights to be informed and to be forgotten. Moreover, the data collectors will have to estimate to what extent the right to be forgotten will apply to public figures, which news will address public interests etc. In order to cope with their arbitrariness, the new Regulation 2016/679/EU has established that, whenever a removal request had been denied by the data collector, the data subject must be able to appeal to the national Data Protection Supervisory Authority. The latter has to re-evaluate the conflicting interests and issue a legally binding decision. It dispels the many doubts about the deletion of potentially newsworthy information[225]. Nevertheless, Authorities have shown to be quite sensitive to prone to data-collector demands[226].
Many commentators (especially from the U.S.) have fiercely criticized the right to be forgotten, since it is considered as limiting freedom of expression[227]. However, as other scholars have pointed out, it is no matter of removing completely the data, but rather to modify its indexing[228]. The Regulation does not include any right to be *tout court* delated from the internet would have been too difficult to handle during the balanced reasoning[229].

4. Conclusions

Undoubtedly, advances in technology and civilization have constantly re-shaped the

222 R. Razzante, *I tanti dubbi sul diritto all'oblio*, in *AgendaDigitale.eu*, 7 November 2014; N.L. Richards, *Why Data Privacy is (Mostly) Constitutional*, cit., 1531 ss.

223 N.L. Richards, *ibid.*, 1511 and 1531.

224 CJEU, C-131/12, *Google Spain* (2014), commented by T.E. Frosini, *Diritto all'oblio e internet*, in *Federalismi.it*, 12, 2014, and F. Pizzetti (a cura di), *Il prisma del diritto all'oblio. Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, 21 ss.; 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 G. Resta-V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza* Google Spain, Roma, 2016.

225 Centre for Democracy& Technologies, *On the "Right to Be Forgotten": Challenges and Suggested Changes to the Data Protection Regulation*, 2 May 2013.

226 M.C. D'Arienzo, *op. cit.*, 29.

227 N.L. Richards, cit., 1511 and 1531; E. Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*, in *Stanford Law Review*, 52, 2000, 1049 and 1115.

228 R. Razzante, *Informazione: istruzioni per l'uso*, Padova, 2014.

229 M.C. D'Arienzo, *op. cit.,* 31.

world around us, bringing new challenges and new vulnerabilities. This has been particularly true for privacy. The digitalization is seriously exposing our personality and private life, setting literally in data, rather than stone, our every act. More than before the details about our lives are no longer ours. Instead, they belong to the companies collecting and processing them and to the government agencies that in the name of our security buy or demand them. Promoting user's awareness of the risks and responsibilities is certainly necessary, but not sufficient. We have already reached the point where data controller can affect the user's decisions and even their self-determination. Technology has proven to be an unyielding force, acting beyond the human boundaries of space and time. However, its strength and resources come from an external source: the market. As long as the market is interested in data-breaching technologies no regulation will be quickly enough to prevent any harm to privacy, thus fulfilling O'Harrow's prophecy that rather than having nothing to hide we will have no place to hide[230]. However, it is premature to call for privacy's death, as it has been predicted even before its birth in XVII century. Over time, the lawyers have always managed to overcome every new challenge to privacy with the most appropriate technical and legal means protections. This is particularly true nowadays, when, instead of building a dam or a breakwater, the actual EU legislation is trying to dig an irrigation channel. This is where resides the brilliance of the Regulation (EU) 679/2016.

Notably, in addition to standardized legislation for the Member-States, it provides many "extra-legal" instruments such as Privacy by Design, Privacy Enhancing Technologies. To better promote their adoption by the data collectors the regulation started considering them directly responsible for the data treated. Moreover, it also requires them to meet the European privacy standards, in order to have access to the European data market.

As a result, the EU is trying to steer the technologic revolution exploiting its reliance on the market, thus controlling it indirectly. The market at the service of privacy. Indeed, this is a concrete and ambitious attempt at turning the tide. If during the first decades of 2000 the Law acted solely after the stimulus of committed privacy violations, now it is finally back to disposing for the future.

[230] R. O'Harrow, *No Place to Hide*, New York, 2006.

La legislazione antiterrorismo in Francia e in Russia. Un difficile equilibrio tra sicurezza dei cittadini e diritti*

Federico Delfino

Abstract

Il paper analizza attraverso una prospettiva comparata i più recenti sviluppi legislativi in materia di antiterrorismo in Francia e Russia, soffermandosi in particolare sugli effetti che queste hanno avuto sulla regolamentazione di internet. La recente approvazione della "legge SILT" ha permesso alla Francia di dotarsi di una legge antiterrorismo ad hoc, che ha permesso al Paese superare il ripetuto ricorso allo stato d'urgenza. Il c.d. "pacchetto Yarovaya" ha rappresentato un'ulteriore evoluzione della regolazione internet in chiave antiterrorismo per il regime di Mosca. In conclusione, il paper affronta gli effetti delle due leggi sulla complicata relazione tra sicurezza e tutela dei diritti.

The paper analyses through a comparative perspective the most recent development of the anti-terrorism legislation in France and Russia, with a special focus on their effects on the internet regulations. The recent approval of the "SILT law" endowed France of a specific anti-terrorism law that allowed the country to go beyond the repeated proclamation of the *etat d'urgence*. On the other side, the "Yarovaya package" represents a new crucial step for the Russian regime to regulate the internet in order to prevent terrorism. At the end, the paper deals with the evaluation of the effects of both law on the fragile balance between security and rights protection.

Sommario

1. Introduzione. – 2. Terrorismo. Alla ricerca di una definizione. – 3. *État d'urgence* e legge antiterrorismo. La *réaction* francese. – 4. Russia: tra contrasto al terrorismo e rischi di un maggiore controllo politico. – 5. Conclusioni. Alla ricerca di equilibrio e proporzionalità.

Keywords

Antiterrorismo, Internet, Legge SILT, Legge Yarovaya, Sicurezza nazionale

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

1. Introduzione

Gli attentati terroristici di matrice islamica che hanno colpito l'Europa in questi ultimi anni hanno riportato al centro dell'arena politico-istituzionale il dibattito legislativo sul tema della sicurezza interna e del terrorismo.
Attentati terroristici che hanno avuto un forte impatto sull'opinione pubblica interna degli Stati, spingendo gli esecutivi a tutelarsi in questa direzione e a cercare attraverso legislazioni ad hoc di rispondere a questi atti. La legislazione in questo campo ha incontrato significative difficoltà nel regolare quel difficile equilibrio tra tutela della sicurezza dei cittadini e rispetto dei diritti, specie nella regolamentazione delle comunicazioni internet.
Larga parte dei più recenti attentati terroristici compiuti in Europa hanno la comune caratteristica di essere stati programmati e pianificati attraverso l'utilizzo di piattaforme internet che ne hanno facilitato e reso elastiche le comunicazioni, la creazione di networking internazionali e il proselitismo. Si è passati dai blog e forum internet dei primi anni 2000 al più recente impiego dei social network, ormai diventati il luogo privilegiato per la trasmissione di informazioni. Questi offrono la possibilità di comunicare rapidamente, sfruttando le loro molteplici funzionalità per lo scambio di informazioni e contenuti. Infatti, come tutti gli altri settori dell'economia anche il terrorismo si adegua alle evoluzioni della società globale. Se in futuro il web evolverà, ci sarà da aspettarsi un proporzionale adeguamento del terrorismo. Di conseguenza, le soluzioni legislative atte a contrastare il terrorismo via web efficaci oggi non è detto che saranno altrettanto efficaci domani.
Le legislazioni che prenderemo in esame in questa analisi sono quella francese e quella russa. Entrambi gli Stati sono accomunati da una difficile esperienza di convivenza interna col terrorismo di matrice islamica. In tempi recenti, sanguinosi attentati hanno colpito i due Paesi, spingendo i rispettivi esecutivi a ideare una legislazione antiterrorismo ad hoc.
In Russia, già a partire dagli anni '90 nelle regioni del Caucaso e in particolare in Cecenia sono nati movimenti indipendentisti che hanno avviato un'azione terroristica nel Paese. La Cecenia è stata interessata da una lunga e cruenta guerra che ha notevolmente influenzato la politica e le politiche dei Presidenti El'cin e Putin. Il terrorismo ha rappresentato per tutto il corso degli anni 2000 una vera spina nel fianco per il potere centrale di Mosca. In particolare, vanno ricordati i sanguinosi attentati di Beslan del 2004, quelli di Mosca tra cui la Strage del Teatro Dubrovka del 2002, nel 2009 alle fermate *Paveletskaia* e *Avtozavodskaia* della metropolitana e al *Nevsky Express* Mosca-San Pietroburgo. In tempi più recenti attentati sono stati compiuti tra gli altri all'aeroporto Domodedovo nel 2011, a Volgograd nel 2013 e alla Metropolitana di San Pietroburgo il 3 aprile 2017.
La stessa Francia, seppur con tempi e modalità diverse, ha incontrato significative difficoltà con il terrorismo islamico. Un processo di integrazione post-coloniale estremamente complesso specie nelle periferie delle grandi città ha creato in tempi recenti terreno fertile per la recrudescenza dell'azione terroristica. Tra questi ricordiamo gli attacchi del 13 novembre 2015 a Parigi, cui seguirono la strage di Nizza del 14 lu-

glio 2016, l'attentato sugli *Champs-Élysées* del 20 aprile 2017 e l'attacco alla stazione *Saint-Charles* di Marsiglia il 1° ottobre seguente.
Ai sanguinosi attentati, sia la Francia sia la Russia hanno fatto seguire decise prese di posizione in ambito legislativo, che seppur con tempistiche e in condizioni interne diverse, sono state indirizzate a contrastare il terrorismo, e hanno chiamato il legislatore ad affrontare questioni antiche con nuove modalità[1]. Azioni che hanno certamente avuto l'intento di "agire", ma anche quello di "reagire", per dare una significativa risposta ai cittadini da parte dello Stato[2].
Al contempo, sia in fase di implementazione delle legislazioni, sia a seguito della loro approvazione, i rispettivi testi hanno ricevuto critiche importanti. Se infatti il contrasto al terrorismo rappresenta un elemento chiave per l'azione dei governi nella tutela della sicurezza dei cittadini, da soddisfarsi come diritto[3], allo stesso tempo a questi ultimi deve essere garantita la non invasione della sfera privata da una sorveglianza costante che ne leda il diritto alla privacy.

2. Terrorismo. Alla ricerca di una definizione

Definire il concetto di terrorismo è ad oggi particolarmente importante, specie in settori che sono chiamati a adottare legislazioni finalizzate ad un suo contrasto. La natura internazionale che il terrorismo ha assunto negli anni più recenti, e che lo legano nell'immaginario collettivo all'Islam e all'azione di Al Qaeda e Daesh, richiederebbe una definizione comunemente accettata a livello internazionale, che ad oggi ancora non esiste.
Già la Società delle Nazioni aveva provato a trovare univocità sul concetto di "terrorismo" senza avere successo a causa della mancanza di una intesa tra i Paesi. Per la stessa ragione anche l'ONU non è riuscita a trovare un accordo. Nel 1999 tuttavia le Nazioni Unite hanno approvato l'*International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism* attraverso la quale hanno proposto una definizione piuttosto ampia: «*An individual who as an agent or representative of a State commits or orders the commission by another of any of the following shall, on conviction thereof, be sentenced [to. . .]: undertaking, organizing, assisting, financing, encouraging, or tolerating acts against another State directed at persons or property and of such a nature as to create a state of terror in the minds of public figures groups of persons, or the general public*»[4].
Nonostante gli sforzi ONU, ad oggi non esiste ancora una definizione universalmente riconosciuta di "terrorismo". Ciascun Paese riconosce pertanto e applica una propria definizione interna. Per questa ragione, prima di analizzare le disposizioni legislative di Russia e Francia in merito alla lotta al terrorismo, è necessario fare chiarezza sulle

[1] G. De Minico, *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice,* in *Osservatorio sulle fonti*, 10, 2017, 2 ss., spec. 3.

[2] J. Marret, *Action-réaction: le terrorisme et l'état,* in *Pouvoirs*, 3, 2016, 5 ss., spec. 12.

[3] G. De Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 37, 2004, 1185 ss., spec. 1193.

[4] UN International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 9 dicembre 1999.

definizioni interne dei due Stati.

La dottrina russa, e prima ancora quella sovietica, è ricca di molteplici definizioni di "terrorismo". Negli anni più recenti che hanno seguito la caduta dell'URSS se ne sono succedute principalmente due. Nel 1998, la Legge Federale n. 130-FZ "Sulla lotta al terrorismo" ha fornito un'interpretazione piuttosto ampia, definendo il terrorismo come: «la violenza o la minaccia di violenza contro individui o organizzazioni, il danneggiamento o la minaccia di distruzione della proprietà e di altri oggetti materiali, la minaccia di morte, di arrecare danni significativi alla proprietà, e altre conseguenze socialmente pericolose attuate al fine di violare la sicurezza pubblica, intimidire la popolazione, influenzare l'adozione di una legge allo scopo di indebolire l'interesse pubblico»[5].

Il testo continuava poi indicando anche «il tentativo di uccisione di uomini di stato e personaggi pubblici […] attacchi contro i rappresentanti di Stati esteri o membri dello staff di organizzazioni internazionali che godono della protezione internazionale […] allo scopo di provocare guerre o complicare le relazioni internazionali»[6].

Nel 2006 la Legge federale n. 130-FZ è stata innovata dalla Legge Federale n. 35-FZ *Contrastare il terrorismo*[7] dove il concetto, estremamente ampio nella legge del 1998, è stato in parte circoscritto. La Legge n. 35-FZ definisce il terrorismo come: «l'ideologia della violenza e la pratica atta a influenzare l'adozione di una decisione da parte di autorità pubbliche, enti locali di autogoverno e organizzazioni internazionali incutendo terrore nella popolazione e (o) attraverso altre forme di azioni violente e illecite»[8].

Come la legislazione russa, anche quella francese ha incontrato delle difficoltà nel circoscrivere il concetto di terrorismo. Il Codice Penale francese lo definisce come: «un'azione, individuale o collettiva, destinata a turbare gravemente l'ordine pubblico attraverso l'intimidazione o il terrore»[9].

Una definizione, anche questa, estremamente ampia e soggetta a possibili interpretazioni, che non circoscrive esaustivamente il campo di azione.

Come possiamo notare, ordinamenti diversi adottano definizioni diverse, legate perlopiù ad approcci storici differenti. Ciascun Paese infatti «definisce unilateralmente il terrorismo senza limiti legali esterni stabiliti dalla comunità internazionale»[10]. In base alle definizioni date dalle due legislazioni, le principali caratteristiche comuni sono: 1) La violenza, e la minaccia di violenza; 2) l'intimidazione dello Stato e della popolazione.

Va notato infine che la natura del terrorismo islamico che ha colpito i due Paesi, specie in tempi recenti, ha una chiara matrice internazionale. Il terrorismo odierno infatti si serve e beneficia sempre più del finanziamento e del supporto logistico degli Stati. Se

---

5 Federal'nyj zakon ot 25 ijulja 1998 g. n. 130-FZ "O bor'be s terrorizmom" (s izmenenijami i dopolnenijami (utratil silu).

6 *Ibid.*

7 Federal'nyj zakon ot 6 marta 2006 g. n. 35-FZ "O protivodejstvii terrorizmu".

8 *Ibid.*

9 Code pénal français, Livre IV, Titre II, Article 421-1.

10 B. Saul, *Definition of "terrorism" in the UN Security Council: 1985–2004*, in *Chinese Journal of International Law*, 4, 2005, 141 ss.

pertanto questo fa leva sulla complicità o semplicemente anche solo sulla tolleranza di uno Stato, non può dunque essere efficacemente represso soltanto a livello nazionale, ma richiede l'intervento di una legislazione sovrastatale che sia comunemente accettata, dunque di un *paradigm shift* nella «guerra al terrore»[11]. L'urgenza pertanto non sta solo nel trovare una giurisdizione nazionale adeguata, appropriata ed equilibrata, ma più specificamente nel definire un'incriminazione generale che si imponga a tutti gli Stati chiamati a giudicare. Infine, come larga parte del mondo accademico, sostiene ciascuna definizione del concetto di terrorismo resta "provvisoria e contestuale" in generale[12], necessitando di una continua opera di aggiornamento e adattamento al contesto entro il quale opera.

Progressivamente, la legislazione penale antiterroristica si è aperta ad una logica di anticipazione. Il diritto penale per sua natura interviene a posteriori, solo dopo che il reato è stato commesso. La logica del controllo e della sorveglianza relativa alla sicurezza e alla lotta antiterroristica ha pertanto generato una disciplina anticipatrice che ha portato allo sviluppo di disposizioni ideate e pensate per la "preparazione" e "l'intenzione" di commettere atti terroristici. Aspetti che rispondono ad una logica di anticipazione orientata alla prevenzione del terrorismo piuttosto che alla sua repressione.

3. *État d'urgence* e legge antiterrorismo. La *réaction* francese

I recenti sviluppi della legislazione antiterrorismo a Parigi hanno ampiamente risentito dell'onda emotiva generata dagli attentati terroristici che hanno colpito la capitale e le altre maggiori città francesi (Marsiglia, Nizza, Tolosa). La difficile gestione della situazione di emergenza post-attentati ha dovuto fare i conti con l'impatto sull'opinione pubblica francese ed europea. Questo ha portato il Governo e il Presidente a reagire nella direzione di dare una risposta forte[13]. La gestione del "dossier sicurezza" è stata una delle principali ragioni dell'affievolimento del consenso attorno alla persona del Presidente Hollande[14], costringendolo di fatto a rinunciare ad una nuova candidatura all'Eliseo nel 2017. Fin dall'inizio del quinquennato Hollande, la legislazione è stata rinforzata in reazione agli attentati di Tolosa e Montauban del marzo 2012.

A livello costituzionale, l'art. 16 della Costituzione garantisce al Presidente della Repubblica tutti i poteri necessari a fronteggiare una crisi qualora la Repubblica sia minacciata[15].

Tuttavia, quando la situazione cominciò ad aggravarsi a seguito degli attentati di Parigi

[11] S. Humphreys, *Legalizing lawlessness: On Giorgio Agamben's state of exception,* in *European Journal of International Law*, 17, 2006, 677 ss., spec. 684.

[12] A. Kuznetcov-V. Kuznetcov, *The legal definition of terrorism in the United States and Russia,* in *World Applied Sciences Journal*, 28, 2013, 130 ss.

[13] M. Guidère, *Internet, haut lieu de la radicalisation*, in *Pouvoirs*, 3, 2016, 115 ss.

[14] Baromètre de confiance envers l'exécutif et les principales personnalités politiques, in *Harris Interactive*, febbraio 2016.

[15] Art. 16 della Cost. della Repubblica francese: «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in

del 13 novembre 2015, il Presidente non ricorse all'art. 16 Cost. ma proclamò lo stato d'urgenza (*état d'urgence*) su tutto il territorio della Francia metropolitana disponendo la chiusura delle frontiere. Lo stato d'urgenza, previsto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 si applica «in caso di pericolo imminente dovuto a gravi minacce all'ordine pubblico, nel caso di avvenimenti che presentano per loro natura e gravità, il carattere di calamità pubblica»[16]. Proclamata per decreto dal Consiglio dei ministri, conferisce alle autorità civili all'interno dell'area geografica alla quale si applica, poteri di polizia eccezionali in merito alla regolamentazione della circolazione e del soggiorno delle persone, la chiusura dei luoghi aperti al pubblico e la possibilità di requisire le armi legalmente dichiarate. Il decreto istitutivo dello stato d'urgenza può prevedere un rafforzamento dei poteri di polizia in materia di perquisizione e di controllo dei mezzi d'informazione[17].

Lo stato d'urgenza è stato confermato più volte fino al 1° novembre 2017 sotto la Presidenza Macron, per venire sostituito dalla nuova legge n. 1510 del 30 ottobre 2017 *Rinforzante la sicurezza interna e la lotta al terrorismo* (*Loi de sécurité intérieure et de lutte contre le terrorisme - SILT*)[18].

Se la durata iniziale dello stato d'urgenza in ottemperanza alla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 era di 12 giorni, e il suo eventuale prolungamento doveva essere autorizzato dal Parlamento, la legge del 20 novembre 2015[19] ha prolungato lo stato d'urgenza a tre mesi a partire dal 26 novembre 2015, modificando alcune disposizioni della legge n. 55-385 del 1955.

---

maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale. Egli ne informa la nazione con un messaggio. Tali misure devono essere ispirate dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio costituzionale è consultato al riguardo. Il Parlamento si riunisce di pieno diritto. L'Assemblea nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali. Passati trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano ancora. Il Consiglio si pronuncia nel più breve tempo possibile tramite un parere pubblico. Procede di pieno diritto a tale esame e si pronuncia alle stesse condizioni allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri eccezionali e in ogni altro momento oltre tale durata».

[16] Loi n. 55-385 du 3 Avril 1955 relative à l'état d'urgence. Version consolidée au 11 Juin 2018.

[17] Prima del novembre 2015, lo stato d'urgenza in Francia è stato dichiarato 5 volte: 1955, a seguito degli attentati perpetrati dal *Front de Libération Nationale* (FLN) algerino. Il provvedimento riguardava i dipartimenti che formavano l'Algeria francese; 1958, dopo il colpo di stato di Algeri del 13 maggio, per tre mesi sul territorio metropolitano a partire dal 17 maggio; 1961, su tutto il territorio metropolitano il 22 aprile 1961 a seguito del putsch dei generali ad Algeri; 1984, nella Nuova-Caledonia; 2005, l'8 novembre per porre fine alle sommosse nelle *banlieues* per permettere ai prefetti di dichiarare il copri fuoco nelle zone interessate (25 Dipartimenti e sull'intera Ile-de-France).

[18] Precedentemente, lo stato d'urgenza è stato proclamato e prolungato dalle le seguenti leggi: l. 1501 del 20 novembre 2015, di altri tre mesi a partire dal 26 novembre 2015; l. 162 del 19 febbraio 2016, di altri tre mesi a partire dal 26 febbraio 2016; l. 629 del 20 maggio 2016, di altri due mesi a partire dal 26 maggio 2016; l. 87 del 21 luglio 2016, di altri sei mesi a partire dal 26 luglio 2016 (stato d'urgenza che si sarebbe dovuto concludere il 26 luglio ma che venne prolungato di altri 6 mesi a seguito degli attentati di Nizza del 14 luglio); l. 1767 del 19 dicembre 2016, fino al 15 luglio 2017.

[19] Loi n. 2015-1501 du 20 Novembre 2015 prorogeant l'application de la Loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

Le nuove disposizioni di legge prevedono che il Parlamento (sia il *Sénat* sia l'*Assemblée Nationale*) venga informato immediatamente delle misure decise dal Governo sullo stato d'urgenza. Entrambe le Camere possono richiedere tutte le informazioni necessarie per la valutazione di queste misure[20]. La nuova legge rivede le regole per gli arresti domiciliari per tutti quei soggetti verso i quali sussistono delle ragioni fondate per pensare che i loro comportamenti costituiscano una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico. Il sospettato può essere costretto a soggiornare in un luogo specifico durante una fascia oraria fissata dal Ministro dell'Interno e può essere obbligato a presentarsi presso i posti di polizia o della gendarmeria fino ad un massimo di tre volte al giorno[21].

Il Consiglio dei Ministri può poi autorizzare lo scioglimento delle associazioni o dei gruppi che partecipano, facilitano o incitano ad atti che attentano all'ordine pubblico. Questo permette inoltre alle autorità amministrative di ordinare la consegna delle armi e delle munizioni detenute o acquistate legalmente dai loro proprietari.

Il Ministro dell'Interno e i Prefetti possono ordinare perquisizioni in tutti i luoghi, inclusi il domicilio, di giorno e di notte - fatti salvi i luoghi dove viene esercitato un mandato parlamentare o l'attività professionale di avvocati, magistrati e giornalisti - quando esistono delle ragioni fondate che portino a pensare che il luogo sia frequentato da una persona il cui comportamento possa costituire una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico. Il Procuratore della Repubblica deve essere informato di tutti gli ordini di perquisizione, i quali devono svolgersi in presenza di un ufficiale di polizia giudiziaria. La legge prevedeva inoltre la possibilità di copiare tutti i dati raccolti da tutti i sistemi e attrezzature informatiche durante la perquisizione. Quest'ultima disposizione è stata poi annullata dal Consiglio Costituzionale (*Question prioritaire de constitutionnalité*, *QPC*) con decisione del 19 febbraio 2016[22].

Infine, il Ministro dell'Interno è autorizzato a prendere tutte le misure opportune atte a bloccare i siti internet facenti apologia o incitanti al terrorismo. Al contempo, vengono soppresse le disposizioni previste dalla legge del 1955 che prevedevano misure di controllo e di limitazione della stampa, della radio e delle proiezioni cinematografiche

[20] *Ibid.*

[21] Tale norma ha suscitato aspre critiche da parte degli attivisti dei diritti umani, su tutti Amnesty International e Ligue des Droits de l'Homme, fino a sostanziarsi al caso paradossale di Daoud, cittadino francese di Avignone, cieco dalla nascita, privo di assistenza, e costretto a prendere i mezzi pubblici per recarsi tre volte al giorno al Commissariato di polizia per firmare. Per un'analisi più dettagliata del caso si veda: Philippe Paupert, *Un avocat conteste l'assignation à résidence d'un Avignonnais fiché S*, in Francebleu, 27 novembre 2017.

[22] Secondo la Corte infatti il legislatore "non ha previsto le garanzie legali" sufficienti ad assicurare un equilibrio tra "il diritto al rispetto della vita privata" e "la salvaguardia dell'ordine pubblico". Decision n. 2016-536 QPC du 19 Février 2016 du Conseil Constitutionnel. Si veda: O. Cahn, *Un Etat de droit, apparemment*, in *Actualité juridique. Pénal*, 4, 2016, 201 ss; A. S Chavent-Leclère, *Inconstitutionnalité partielle des perquisitions administratives en état d'urgence*, in *Procédures*, 4, 2016, 27 ss; L. Domingo, *L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel*, in *Constitutions*, 1, 2016, 100 ss; M. Quéméner, *L'état d'urgence face au numérique : conséquences et perspectives*, in *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 125, 2016, 38 ss; C. Ribeyre, *Perquisitionner mais pas copier !*, in *La Semaine juridique.* 16, 2016, 810 ss; F. Savonitto, *Etat d'urgence et risque d'inconstitutionnalité*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 15, 2016, 12 ss; A. Roux, *Etat d'urgence et Constitution*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 107, 2016, 688 ss; M. Verpeaux, *Etat d'urgence, revers limité pour la loi*, in *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 21, 2016, 41 ss.

e teatrali.
La legislazione è stata innovata dalla legge n. 2016-987 del 21 luglio 2016 e dalla Legge n. 2016-1767 del 19 dicembre 2016. La prima ha prolungato l'é*tat d'urgence* per un periodo di sei mesi a partire dal 26 luglio 2016, principalmente a seguito degli attentati di Nizza del 14 luglio precedente. Tra gli elementi innovativi della Legge vi è la possibilità di ispezionare i bagagli e i veicoli senza autorizzazione da parte del Procuratore. Il prolungamento dello stato d'urgenza fino al 15 luglio 2017 ha avuto come obiettivo quello di garantire copertura anche durante le elezioni presidenziali del 23 aprile 2017 e del successivo ballottaggio del 7 maggio. La legge del 1955 prevedeva infatti che la proroga dello stato d'urgenza non fosse più in vigore trascorsi 15 giorni dalle dimissioni del Governo a seguito della dissoluzione dell'Assemblea Nazionale.
Come accennato in precedenza, la legge n. 2017-1510 del 30 ottobre 2017 (Legge *SILT*) di iniziativa governativa[23] ha mirato a dotare la Repubblica di nuovi strumenti di lotta al terrorismo al fine di poter metter fine al regime derogatorio dello stato d'urgenza. Quest'ultimo ha per sua natura una durata limitata, agendo solo in caso di emergenza, pericolo o minaccia imminente[24] «senza compromettere l'esercizio delle libertà pubbliche»[25], eventualmente sospendendo alcuni diritti solo in via temporanea. Va tuttavia rilevato che lo stato d'urgenza fu allora sì pensato per agire in chiave antiterroristica, ma nei confronti del *FLN* algerino. Ad oggi non è pertanto da ritenersi lo strumento più adatto a contrastare il pericolo del terrorismo islamico, che rispetto all'azione terroristica del passato è caratterizzato da una violenza di tipo ibrido[26].
La Legge *SILT* non ha portato innovazioni in merito alla definizione di "terrorismo". Questa si applica esclusivamente ai casi di «pericolo immediato dovuto ad azioni che attentino gravemente l'ordine pubblico e che presentino per loro natura e gravità la caratteristica di calamità pubblica»[27]. Se tali disposizioni dovrebbero applicarsi unicamente a fini di lotta al terrorismo, la mancanza di un aggiornamento della definizione di "terrorismo" potrebbe facilmente prestarsi ad interpretazioni piuttosto ampie, tali da garantire alle autorità di polizia un forte potere decisionale discrezionale[28].
La legge prevede poi che il Prefetto abbia competenza ad instaurare dei "perimetri di protezione"[29] sul modello delle "zone di protezione o sicurezza" previste dallo stato d'urgenza. Con questi perimetri si fa riferimento a luoghi o eventi che per ragioni di natura varia possano essere soggetti ad atti di terrorismo, oppure, per l'ampiezza de-

[23] Presentata al Consiglio dei ministri il 22 giugno 2017 dal Ministro dell'Interno Gérard Collomb, il progetto di legge è stato adottato in prima lettura con alcune modifiche, dal Senato il 18 luglio 2017 e dall'Assemblea Nazionale il 3 ottobre 2017. La procedura accelerata è stata richiesta dal Governo il 28 giugno 2017. Dopo l'accordo in commissione mista paritaria, il testo definitivo del progetto di legge è stato adottato dall'Assemblea Nazionale l'11 ottobre 2017 e dal Senato il 18 ottobre seguente.

[24] G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 16.

[25] W. Mastor - F. Saint-Bonnet, *De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste* , in *Pouvoirs*, 3, 52 ss.

[26] J. L. Marret, *op. cit.*

[27] Art. 4, Loi n. 2017-1510 du 30 Octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

[28] J. L. Marret, *op. cit.*

[29] Art. 1-3, Loi n. 2017-1510.

rivante dalla loro frequentazione, possano essere un bersaglio privilegiato. All'interno del perimetro il Prefetto potrà regolamentarne l'accesso, la circolazione e lo stazionamento delle persone[30]. Il Prefetto potrà inoltre procedere alla chiusura amministrativa dei luoghi di culto per una durata massima di sei mesi per apologia o incitamento al terrorismo.

Il Ministro dell'Interno potrà poi adottare misure di sorveglianza nei confronti di tutte le persone riguardo le quali esistono serie ragioni per pensare che i loro comportamenti costituiscano una minaccia particolarmente grave per la sicurezza e l'ordine pubblico. Il Ministro potrà inoltre imporre al sospettato il divieto di superare un perimetro geografico determinato, che non potrà però essere inferiore alla dimensione del Comune. A differenza della misura di assegnazione della residenza prevista dall'état d'urgence, secondo quanto previsto dalla legge non si potrà obbligare un soggetto a dimorare in un luogo determinato durante una parte della giornata. In ogni caso, il perimetro entro il quale il sospettato potrà muoversi dovrà consentirgli di vivere la sua vita familiare e professionale[31].

La nuova legge disciplina poi uno degli aspetti più controversi delle legislazioni in materia di terrorismo, quello legato alla gestione dei dati e della sorveglianza elettronica[32]. Il terrorismo infatti si serve sempre più spesso del web come strumento di comunicazione finalizzato all'azione, come accaduto per gli attentati di Parigi del 2015[33].

La legge del 24 luglio 2015 sull'intelligence[34] e quella del 30 novembre 2015 sul monitoraggio delle comunicazioni elettroniche internazionali[35] definiscono il quadro entro il quale i servizi di intelligence sono autorizzati a sfruttare i dati. Prima di allora l'utilizzo dei dati era consentito solo previa autorizzazione giudiziaria. A seguito dell'approvazione delle leggi, anche l'intelligence può avere accesso a questi dati in maniera tale da agire in via preventiva. Tra le azioni consentite vi è il *markup* dei veicoli, la sonorizzazione dei luoghi privati, la cattura di immagini nei luoghi privati, dei dati dei computer e l'accesso alle reti degli operatori della telecomunicazione, al fine di monitorare gli individui identificati come potenzialmente pericolosi e a rischio terrorismo. Misure preventive che dovrebbero consentire dunque di anticipare eventuali azioni terroristiche.

Tornando alle disposizioni previste dalla legge *SILT*, al fine di favorire la sorveglianza e prevenire il proselitismo[36] sono state istituite due importanti nuove misure. La prima prevede una dichiarazione dei numeri di abbonamento e degli identificativi tecnici di

---

30 Art. 1, L. 226-1, Loi n. 2017-1510.

31 *Ibid.*

32 Un altro importante strumento di contrasto al terrorismo è stato il Piano Vigipirate (*Vigilance et protection des installations contre les risques d'attentats terroriste à l'explosif*) istituito nel 1995. Questo Piano ha come obiettivo la ripartizione delle responsabilità centrali e territoriali allo scopo di sviluppare e mantenere una cultura di vigilanza in maniera tale da permettere una reazione rapida e coordinata in caso di minaccia o di azione terrorista.

33 B. Thiolay, *Quand le djihad infiltre Internet*, in *L'Express*, 23 luglio 2018.

34 Loi n. 2015-912 du 24 Juillet 2015 relative au renseignement.

35 Loi n. 2015-1556 du 30 Novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationals.

36 Art. 15, Loi n. 2017-1510.

tutti i mezzi di comunicazione elettronici[37]. La seconda, il divieto di trovarsi in relazione con alcune persone per le quali esistono serie ragioni per pensare che il loro comportamento possa costituire una minaccia per la sicurezza pubblica. In questo caso il Prefetto è autorizzato a procedere alla perquisizione di tutti quei luoghi per i quali esiste una fondata ragione per pensare che siano frequentati da persone sospettate di terrorismo, anche senza l'autorizzazione di un giudice. Durante queste perquisizioni si potrà procedere alla confisca di documenti, oggetti e dati[38]. Lo sfruttamento e l'utilizzo dei dati informatici resta tuttavia sottoposto alla previa autorizzazione del giudice.
Al fine di evitare un eventuale annullamento da parte del Consiglio Costituzionale (decisione del 21 ottobre 2016[39]) il progetto di legge ha previsto una nuova normazione di sorveglianza delle comunicazioni "hertziane"[40]. I servizi di intelligence potranno intercettare e sfruttare le comunicazioni elettroniche che utilizzano la via hertziana[41], azione che non implica l'intervento di un operatore delle comunicazioni, rimanendo dunque all'interno di un quadro legale dotato di importanti garanzie, quali la previa autorizzazione di un giudice.
Infine, la legge estende la possibilità di controllo nelle zone frontaliere compresi tutti i porti, aeroporti e stazioni ferroviarie e dei trasporti terrestri in modo da avere un miglior controllo dell'immigrazione e di prevenire eventuali atti di terrorismo[42]. Questi controlli possono essere effettuati all'interno di un'area di 20 km all'interno delle frontiere nazionali (distanza ridotta poi a 10 km in commissione parlamentare mista paritaria). Infine, alcuni controlli potranno essere effettuati nei confronti di quelle persone la cui nazionalità straniera «può essere dedotta da elementi oggettivi»[43].
Il pacchetto della legislazione antiterrorismo francese ha subito sia durante l'iter di discussione e approvazione sia a seguito della sua entrata in vigore, significative critiche interne e da parte di organizzazioni nazionali e internazionali.
In fase di approvazione, tra le più autorevoli, va senz'altro annoverata quella del CNIL (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*). In primo luogo, la Commissione ha criticato il Governo per non essere stata coinvolta e consultata durante la discussione e l'approvazione della legge, in considerazione dell'importanza e della delicatezza dei temi trattati relativi alla vita privata e alla protezione dei dati personali, aspetti che sono andati a incidere sulla disciplina delle libertà personali[44]. In secondo luogo, la critica ha riguardato l'obbligo di dichiarare il numero identificativo dell'abbonamento e le username (ma non le password) dei mezzi di comunicazione elettronica dei sospettati di terrorismo. La Commissione ha rilevato che quest'obbligo è suscettibile di includere un campo estremamente ampio di servizi di comunicazione, come i telefoni

[37] *Ibid.*

[38] Art. 4, Loi n. 2017-1510.

[39] Décision n. 2016-590 QPC du 21 Octobre 2016 du Conseil Constitutionnel.

[40] Onde elettromagnetiche utilizzate nella telecomunicazione senza fili (wireless).

[41] Art. 15, Loi n. 2017-1510.

[42] Art. 19 e 21, Loi n. 2017-1510.

[43] Art. 19, Loi n. 2017-1510.

[44] CNIL, *Observations de la CNIL sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, 11 luglio 2017.

fissi e mobili, le trasmissioni vocale via internet, gli sms, le e-mail e le applicazioni per la messagistica istantanea. Il campo d'azione della legislazione resta anche in questo caso molto vago e ampio, e il testo non prevede alcuna "finalità" e "condizione" per l'utilizzo dei numeri e degli *username*[45].

4. Russia: tra contrasto al terrorismo e rischi di un maggiore controllo politico

L'equilibrio tra la legislazione antiterrorismo e la libertà dei cittadini nella Federazione russa è stato a lungo oggetto di critiche e contenziosi, in particolare con la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[46] cui la Russia ha aderito il 5 maggio 1998, con il Consiglio d'Europa (Commissione di Venezia), e con l'OSCE.
Prima di analizzare le ultime disposizioni legislative in materia di terrorismo introdotte dalla Legge Federale n. 374-FZ[47]e n. 375-FZ[48] conosciute come *Leggi Yarovaya*[49] è importante tenere in considerazione alcune leggi che le hanno precedute, anch'esse finalizzate a contrastare il terrorismo.
La tendenza sempre più accentratrice che si sta delineando all'interno del Paese, nonostante l'innegabile consenso del quale gode il Presidente V.V. Putin[50], rende sempre più complessa la maturazione di una società civile impegnata nella tutela dei diritti. Di conseguenza, la debolezza del rule of law affermatasi da El'cin in poi è divenuta caratteristica endemica del sistema, trasformatasi poi nella controversa *diktatura zakona* (dittatura della legge) putiniana. L'approccio legislativo russo fa infatti leva su principi e idee che non sono solo quelli propri della tradizione europea liberale della tutela dei diritti umani, ma resta ancora oggi ancorata culturalmente al passato zarista e socialista[51].
Tuttavia, è evidente come dopo il crollo dell'Unione Sovietica la nuova Russia el'ciniana abbia stabilito nuovi standard di tutela dei diritti umani. Il testo costituzionale del 1993 e le successive adesioni alle organizzazioni internazionali come il Consiglio d'Europa hanno introdotto un *noyau* di diritti concettualmente nuovo rispetto al passato, almeno *in the books*, che ha permesso al Paese di omogeneizzarsi ai requisiti di libertà di parola,

[45] *Ibid.*

[46] Per una disamina attenta della giurisprudenza si veda: O. Pollicino-O. Soldatov, *Striking the Balance between Human Rights Online and State Security Concerns: The Russian Way in a Comparative Context*, in *German LJ*, 19, 2018, 85 ss.

[47] Federal′nyj zakon ot 06.07.2016 g. n. 374-FZ, O vnesenii izmenenij v Federal′nyj zakon «O protivodejstvii terrorizmu» i otdel′nye zakonodatel′nye akty Rossijskoj Federacii v časti ustanovlenija dopolnitel′nych mer protivodejstvija terrorizmu i ob espečenija obščestvennoj bezopasnosti.

[48] Federal'nyj zakon ot 06.07.2016 g. n. 375-FZ O vnesenii izmenenij v Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii i Ugolovno-processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii v chasti ustanovlenija dopolnitel'nyh mer protivodejstvija terrorizmu i obespechenija obshhestvennoj bezopasnosti.

[49] Dal nome della Vicepresidente della Duma di Stato e proponente le leggi stesse, Irina A. Yarovaya, appartenente al partito di maggioranza assoluta Edinaja Rossija.

[50] *Putin's approval rate*, Levada Center, 25 ottobre 2018.

[51] B. Bowring, *Russia and human rights: Incompatible opposites,* in *Goettingen Journal of International Law*, 1, 2009, 257 ss.

opinione e informazione propri dell'Occidente liberale[52]. Ad esempio, già nella Costituzione viene evidenziata la tutela della privacy, tema estremamente delicato se si pensa al ruolo penetrante che hanno avuto i servizi segreti durante il periodo sovietico[53].
Come per la Francia, il terrorismo e il tema della sicurezza hanno avuto un notevole impatto sulla vita dei cittadini russi, specie nelle grandi città e nelle regioni irredentiste. Se oggi il dibattito sulla limitazione dei diritti umani in favore di un maggiore grado di sicurezza è aperto ed estremamente delicato, la Russia è stata in questi anni un importante esempio di come spesso la legislazione abbia incontrato enormi difficoltà nel far convivere l'equilibrio tra questi due elementi.
Un significativo numero di leggi è stato approvato negli ultimi 5 anni, andando a disciplinare il web al fine di fronteggiare la minaccia terroristica.
Nel 2013 la Legge Federale n. 398-FZ[54] ha autorizzato il *Roskomnadzor*[55] (Supervisore Internet dello Stato) a bloccare l'accesso ai siti internet che pubblicavano informazioni incitanti alla rivolta o contenenti informazioni "estremiste". Il blocco avviene con effetto immediato, senza alcun avvertimento preventivo e decisione da parte di una Corte[56], basandosi unicamente su un ordine dell'Ufficio del Procuratore Generale. Il provider dei servizi internet attua il blocco, che viene comunicato *ex post* al proprietario del sito web, il quale non può fare nulla per prevenirlo. Questo significa che lo stop al

[52] Art. 29 Cost. della Federazione russa: «1. A ciascuno è garantita la libertà di pensiero e di parola. 2. Non sono consentite propaganda o attività analoghe che fomentino l'odio e l'inimicizia sociale, razziale, nazionale o religiosa. È vietata la propaganda di ogni egemonia sociale, razziale, nazionale, religiosa o linguistica. 3. Nessuno può essere costretto a esprimere le proprie opinioni e convinzioni o a rinunciarvi. 4. Ciascuno ha diritto a cercare, ottenere, trasmettere, produrre e diffondere liberamente informazioni con qualunque mezzo consentito dalla legge. La legge federale stabilisce l'elenco delle informazioni che costituiscono segreto di stato. 5. Viene garantita la libertà dei mezzi d'informazione di massa. La censura è vietata». Questo articolo della Costituzione russa contenuto nel secondo capo, fa chiaramente emergere come il Capo primo e secondo, al cui interno sono contenute le basi del sistema costituzionale e i diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino, abbiano una natura e siano basati su principi diversi rispetto al resto della Costituzione dedicato al funzionamento del sistema russo. Si veda anche: A. Di Gregorio - M. Ganino - C. Filippini (a cura di), *La Costituzione della Russia a dieci anni dalla sua adozione,* Milano, 2005.

[53] Art. 24 Cost. della Federazione russa: «1. Non sono ammessi la raccolta, la conservazione, l'utilizzazione e la diffusione di informazioni sulla vita privata della persona senza il suo consenso. 2. Gli organi del potere statale e quelli dell'autogoverno locale, i loro funzionari, hanno l'obbligo di fornire a ciascuno la possibilità di conoscere documenti e materiali direttamente riguardanti i propri diritti e libertà, se non è previsto altrimenti dalla legge».

[54] Federal'nyj zakon Rossijskoj Federacii n. 149-FZ ot 27.07.2006 g. «Ob informacii, informacionnyhtehnologijah i o zashhiteinformacii» (s izmenenijami, vnesennymi v sootvetstvii s Federal'nymzakonom n. 398-FZ ot 28.12.2013 g.).

[55] Роскомнадзор, Servizio Federale di Supervisione delle Telecomunicazioni, delle Tecnologie d'Informazione e delle Comunicazioni di Massa. Tale servizio è stato istituito sulla base del Decreto Presidenziale n. 1715 del 3 dicembre 2008.

[56] Con la decisione n. 189/02018 sul "Rifiuto di esaminare la denuncia del cittadino Dmitri A. Prozorovsky sulla violazione dei suoi diritti costituzionali dagli articoli 176, 177 e 195 del Codice di Procedura Penale della Federazione russa, 25 gennaio 2018", la Corte costituzionale della Federazione Russa ha confermato la costituzionalità del codice di procedura penale secondo il quale gli organi investigativi non devono ottenere un mandato di una corte per accedere ai contenuti delle comunicazioni elettroniche trovati all'interno dei telefoni, tablet e personal computer delle persone indagate (Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 25 janvarja 2018 g. n. 189-O "Ob otkaze v prinjatii k rassmotreniju zhaloby grazhdanina Prozorovskogo Dmitrija Aleksandrovicha na narushenie ego konstitucionnyh prav stat'jami 176, 177 i 195 Ugolovno-processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii").

sito web resta totalmente a discrezione dell'Ufficio del Procuratore Generale, il quale arbitrariamente può classificare le informazioni sul sito come incitanti all'odio o contenenti "informazioni estremiste". A tale proposito va considerata l'opinione espressa il 15-16 giugno 2012 dalla Commissione di Venezia sulla Legge Federale *Combattere le attività estremiste* della Federazione Russa, emendata poi nel luglio 2006, nel maggio e luglio 2007 e nell'aprile 2008[57]. Nelle conclusioni della sua opinione, la Commissione esprime le proprie preoccupazioni circa le modalità attraverso le quali la legge agisce, in particolare in merito alla mancata puntuale definizione di "estremismo", "azioni estremiste", "organizzazioni estremiste" e "materiali estremisti" in quanto: «*[it] gives too wide discretion in its interpretation and application, thus leading to arbitrariness*»[58].

La mancanza di precisione nel delineare concetti così importanti può facilmente portare ad un utilizzo strumentale delle norme, danneggiando non solo i singoli individui, ma anche altri soggetti come ad esempio le ONG[59], già pesantemente colpite negli anni da provvedimenti ad hoc[60]. La legge non offre poi alcuna linea guida alle persone e alle organizzazioni sulla condotta da tenere per evitare l'applicazione delle misure di blocco[61].

Nel 2014 è stata poi approvata la Legge Federale n. 97-FZ[62]che ha disposto la registrazione di tutti i "moderatori", comunemente detti blogger, in un apposito registro. Tutti i blogger con almeno 3.000 visite giornaliere hanno l'obbligo di registrarsi presso il *Roskomnadzor* e di rivelare la propria identità. Tali disposizioni equiparano di fatto i blogger ai giornalisti, i quali debbono pertanto seguirne le medesime regole, pur tuttavia non godendo dei medesimi livelli di protezione. La legge prevede che i blogger debbano astenersi dall'utilizzare i propri blog per attività illegali, assicurarsi della correttezza delle informazioni pubblicate, divulgare i dettagli dei loro contatti e attenersi a tutte le disposizioni derivanti dalle leggi loro applicabili (Leggi elettorali, sui mass media, sulla privacy, sulla diffamazione etc.). Il *Roskomnadzor* è poi chiamato a mantenere un registro contenente ogni informazione ritenuta necessaria sui blogger, sui provider e su soggetto che ritiene necessario per il mantenimento del registro stesso. La mancata ottemperanza delle disposizioni legislative è punibile con un'ammenda amministrativa pari a fino 500.000 rubli (₽) (≃ € 6.300). Infine, la legge prevede l'obbligo per i provider di archiviare i dati della corrispondenza e dei contenuti dei blog per sei mesi, e di fornirli alle autorità investigative qualora ne facciano richiesta.

---

[57] Opinione n. 660/2011 della Commissione di Venezia sulla Legge Federale "Combattere le attività estremiste".

[58] *Ibid.*, 18.

[59] *Ibid.*

[60] La legge che ha maggiormente colpito le ONG straniere in Russia è la Legge Federale n. 121-FZ del 20 luglio 2012 che regola le attività delle organizzazioni no-profit, le quali, se ricevono donazioni dall'estero, hanno l'obbligo di registrarsi come "agenti stranieri". Il termine "agente straniero", in russo *Inostrannyj agent*, rimane ancora linguisticamente strettamente associato all'azione delle spie straniere in Russia durante la Guerra Fredda, assumendo dunque un connotato estremamente negativo.

[61] *Ibid.*

[62] Federal'nyj zakon ot 5 maja 2014 g. n. 97-FZ "O vnesenii izmenenij v Federal'nyj zakon "Ob informacii, informacionnyh tehnologijah i o zashhite informacii" i otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii povoprosam uporjadochenija ob menainformaciej s ispol'zovaniem informacionno-telekommunikacionnyhsetej"

La successiva Legge Federale n. 242-FZ[63] del 21 luglio 2014 va ancora di più ad ampliare l'azione di controllo sulla privacy e sulle informazioni. La Legge obbliga tutti i database contenenti informazioni personali dei cittadini russi a stabilirsi fisicamente all'interno del territorio della Federazione russa. L'obbligo ricade su ogni soggetto e persona giuridica che rientri all'interno della definizione di "operatore". Coloro i quali violano tali disposizioni vengono inseriti in un apposito registro dei trasgressori dei diritti dei dati personali. Gli indirizzi IP o i domini in violazione della legge possono essere bloccati, e i responsabili multati e accusati di «raccolta illegale di dati personali»[64]. L'intento della legge è quello di porre delle barriere alla rete, che tuttavia «è luogo atemporale ed extraterritoriale di esercizio delle libertà fondamentali»[65], cercando di instaurare una sorta di "nazionalismo del web". Se certamente oggi il problema della gestione della privacy e dei dati personali in rete è concreta, il "nazionalismo della rete", in contesti con un debole rule of law e con una legislazione sbilanciata che non offre sufficienti garanzie di tutela dei diritti, rischia però di favorire il controllo dello Stato sui cittadini violandone alcune importanti libertà.

A completare il quadro della legislazione antiterrorismo, il 6 luglio 2016 il Presidente Putin ha firmato le Leggi Federali n. 374-FZ e n. 375-FZ, conosciute come "Leggi Yarovaya", ampliando ulteriormente l'azione statale nel campo delle telecomunicazioni. Nel complesso, il "pacchetto Yarovaya" ha apportato modifiche a 21 leggi[66]. In considerazione del notevole impatto economico delle disposizioni previste, in particolare sugli operatori telefonici, la sua applicazione sta subendo significativi ritardi.

In primo luogo, la legge ha apportato dei cambiamenti al Codice Penale[67] incrementando la responsabilità dei ragazzi a partire dai 14 anni, attraverso l'introduzione del nuovo reato di «Omessa segnalazione alle autorità statali autorizzate a esaminare le

[63] Federal'nyj zakon ot 21 ijulja 2014 g. n. 242-FZ "O vneseniiizmenenij v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii v chasti utochnenija porjadka obrabotki personal'nyh dannyh v informacionno-telekommunikacionnyhsetjah".

[64] Art. 137, Codice Penale della Federazione russa n. 63-FZ of June 13, 1996 (Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii" ot 13.06.1996 n. 63-FZ (red. ot 29.07.2018)).

[65] G. De Minico, *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo.it,* 2, 2011, 20.

[66] La Legge federale della Federazione russa n. 375-FZ del 6 luglio 2016, nello stabilire misure addizionali nel contrasto al terrorismo e al fine di assicurare la pubblica sicurezza, ha introdotto cambiamenti a: 1) Codice Penale della Federazione russa, 2) Codice di Procedura Penale della Federazione russa e 3) Legge federale del 27 luglio 2006 n. 153-FZ.
La Legge federale della Federazione russa n. 374-FZ del 6 luglio 2016 nello stabilire misure addizionali nel contrasto al terrorismo e al fine di assicurare la pubblica sicurezza, ha apportato modifiche a 18 leggi: 1) Legge federale per la lotta al terrorismo; 2) Legge federale sui Servizi di Sicurezza federali; 3) Legge federale sull'attività investigativa esecutiva; 4) Legge federale sull'Intelligence straniero; 5) Legge federale sulla procedura di uscita dalla Federazione Russa e di ingresso nella Federazione Russa; 6) Legge federale sulle armi; 7) Codice aereo della Federazione Russa; 8) Legge federale sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose; 8) Legge federale sulla comunicazione postale; 10) Legge federale per il contrasto alla al riciclaggio delle entrate provenienti da mezzi illeciti e per il finanziamento del terrorismo; 11) Codice della Federazione Russa sui reati amministrativi; 12) Legge federale sull'attività di spedizione e dei trasporti; 13) Legge federale sulla comunicazione; 14) Codice abitativo della Federazione Russa; 15) Legge federale sull'informazione, sulle tecnologie informatiche e sulla protezione delle informazioni; 16) Legge federale sulla sicurezza dei trasporti; 17) Legge federale sulla giurisdizione territoriale dei tribunali militari distrettuali (navali); e 18) Legge federale sulla sicurezza del combustibile e il complesso energetico.

[67] Cod. Pen. della Federazione russa n. 63-FZ del 13 giugno 1996.

denunce sui reati, di persone che commettono o intendono commettere un crimine previsto dal Codice Penale[68], in base ad informazioni provenienti da fonti affidabili»[69].
La ratio della decisione del legislatore parte dalla constatazione che i reclutatori dei gruppi terroristici si servono sempre più frequentemente di giovani per compiere atti terroristici. A partire dai 14 anni di età infatti, i giovani, secondo il legislatore russo, iniziano ad avere consapevolezza delle proprie azioni, e pertanto debbono essere ritenuti responsabili[70]. Una legge che tuttavia colpisce direttamente i minori anziché proteggerli e tutelarli dalle strumentalizzazioni nelle quali possono incorrere da parte dei terroristi a causa della loro giovane età.
L'integrazione al Codice Penale all'art. 205.6 di "Omessa segnalazione di un reato" prevede che ciascun cittadino debba obbligatoriamente denunciare un potenziale reato non ancora commesso qualora abbia informazioni a riguardo provenienti dalle – vagamente definite - "fonti attendibili". La persona non sarà punibile se il reato non verrà commesso e nell'eventualità l'informazione riguardi un suo parente stretto. Le pene relative alla contravvenzione della legge sono state tutte aumentate, fino a prevedere in alcuni casi i lavori forzati.
Il "pacchetto Yarovaya" impone poi nuovi importanti obblighi agli "operatori della comunicazione" (операторысвязи, operatorysvjazi, provider di servizi telefonici) e gli "organizzatori della distribuzione delle informazioni via internet" (организатор распространения информации в сети интернет, organizator rasprostranenija informacii v seti internet, operatori internet), ai quali viene richiesto di archiviare i dati riguardanti tutte le comunicazioni e le attività degli utenti. Questi dati devono essere archiviati per 3 anni i provider e 1 anno gli operatori internet, a partire dal 1° luglio 2018. I contenuti web debbono invece essere archiviati per 6 mesi. Agli operatori internet è poi richiesto di fornire agli enti governativi i mezzi di decrittografia dei dati qualora questi ne facciano richiesta, anche senza l'ordinanza di un tribunale. Infine, è previsto che gli operatori telefonici raccolgano i dati relativi ai loro utenti.
In caso di infrazione delle regole, ciascun provider dovrà interrompere la fornitura del servizio internet a ciascun utente su richiesta della polizia qualora l'utente non confermi i suoi dati personali entro quindici giorni dalla richiesta[71].Operatori e providers sono poi obbligati ad archiviare:
informazioni sui dettagli di ricevuta, trasferimento, consegna e/o elaborazione di dati voce, dati internet, messaggi di testo, immagini, audio, video e comunicazione elettronica per tre anni e dagli utenti di servizi internet per un anno. Gli operatori devono

[68] Definito ai sensi degli artt. 205, 206, 208, 211, 220, 221, 277, 278, 279, 360 e 361 del Cod. Pen. della Federazione russa.

[69] Cod. Pen. della Federazione russa.

[70] La lista di reati per i quali possono essere accusati i ragazzi a partire dai 14 anni di età in base alle disposizioni del codice penale è: partecipare ad un addestramento finalizzato ad attività terroristiche (art. 205.3); essere parte della comunità terroristica (art. 205.5); essere parte dell'organizzazione terroristica (art. 205.6); essere membro di una unità militare illegale (art. 208); sequestrare un veicolo aereo, marittimo o ferroviario (art. 277); attaccare persone o istituzioni sotto protezione internazionale (art. 360); commettere un atto di terrorismo internazionale (art. 361).

[71] Nuovo paragrafo introdotto nella sezione 1 dell'art. 46 della Legge Federale sulla Comunicazione n. 126-FZ del 7 luglio 2003.

inoltre conservare le informazioni di tutti gli utenti per un anno;
tutti i contenuti delle attività di comunicazione internet dei propri utenti (messaggi di testo, informazioni vocali, immagini, audio, video, comunicazioni elettroniche e altre attività da parte degli utenti di comunicazione e servizi internet) fino a sei mesi dal momento della loro ricezione, trasferimento, consegna e/o trasformazione.
I dati sopraindicati dovranno essere forniti agli organi governativi autorizzati a condurre attività esecutive e investigative e che si occupano della sicurezza nazionale, così come tutte le altre informazioni che ne facilitino il lavoro. Tra gli enti governativi autorizzati a richiedere informazioni sono inclusi i Servizi Segreti che operano all'Estero (*SVR*)[72], i Servizi Segreti federali (*FSB*)[73] e tutte le altre autorità investigative. A questo nuovo obbligo è stato associato un nuovo illecito amministrativo nella seconda parte dell'art. 13.31 del Codice degli Illeciti Amministrativi[74] (*КоАП РФ*). La mancata ottemperanza da parte del gestore di informazioni via internet dell'obbligo di fornire le informazioni richieste per la crittografia è punibile con un'ammenda da 3.000 a 5.000 ₽ per i singoli, da 30.000 a 50.000 ₽ per i manager e dagli 800.000 a 1.000.000 ₽ per le aziende.
Infine, il "pacchetto Yarovaya" ha introdotto cambiamenti e restrizioni in merito alle attività missionarie e religiose diverse da quella Ortodossa. Le confessioni religiose sono obbligate ad avere in essere un contratto di lavoro per poter invitare una persona in Russia per attività religiose. Alle confessioni religiose è fatto divieto di svolgere attività missionarie in luoghi pubblici. Queste attività sono vietate in quanto, secondo la Legge, potrebbero: a) violare la sicurezza e l'ordine pubblico; b) mettere in pratica attività estremiste; c) separare una famiglia; d) violare la persona, o i diritti e le libertà dei cittadini; e) danneggiare la moralità e la salute dei cittadini, ivi compreso l'uso di droghe; f) incitare i cittadini a disobbedire agli obblighi stabiliti dalla legge; g) altre. Infine, gli stranieri intenzionati a svolgere attività religiose in Russia non saranno più considerati idonei a ricevere un visto umanitario per entrare in Russia.
I principali aspetti delle Leggi Yarovaya descritti in precedenza presentano almeno tre evidenti elementi critici.
Partendo dall'obbligo relativo all'archiviazione e alla gestione dei dati internet, va notato che molte organizzazioni russe, pubbliche e private, si sono già fortemente opposte all'attuazione delle leggi[75]. Anzitutto, se la definizione di *provider* è piuttosto precisa e chiara[76], quella di operatore è al contrario estremamente ampia e vaga. Questa copre ogni entità che assicura il funzionamento del sistema internet e dei software adibiti alla ricezione, al trasferimento, all'invio e all'elaborazione di comunicazioni elettroniche per gli utenti internet. Queste formulazioni generiche fanno sì che in molti possano ricadere sotto questa definizione, spesso anche a loro insaputa.

[72] Sluzhba vneshney razvedki (*SVR*).

[73] Federal'naya sluzhba bezopasnosti Rossiyskoy Federatsii (*FSB*).

[74] Kodeks Rossijskoj Federacii ob administrativnyh pravonarushenijah" ot 30.12.2001 n. 195-FZ (red. ot 11.10.2018).

[75] Tra queste l'Associazione russa per le comunicazioni elettroniche (RAEC), il Centro di Coordinamento per le Tecnologie Internet (CC for TLD RU), Yandex (motore di ricerca) e Mail.Ru.

[76] Per *provider* si intende il fornitore di servizi di comunicazione che opera sotto una licenza specifica.

I rilievi maggiori restano però legati ai costi di implementazione delle misure previste per la raccolta e l'archiviazione dei dati. I problemi tecnici per l'attuazione della legge sono anzitutto dovuti alla mancanza di attrezzature e di tecnologia che permetta di archiviare una mole di dati così elevata[77]. Infatti, le critiche rivolte dalle maggiori compagnie non vertono tanto sulla parte relativa ai diritti degli utenti, quanto all'impossibilità di molti provider di rispettare la legge e sugli enormi costi che questi dovranno sostenere. Costi che potrebbero portare molte compagnie internet alla bancarotta.
I maggiori operatori internet attivi in Russia come *MegaFon*, *MTS*, *Veon* e *Tele2* hanno stimato i costi di adeguamento a circa 2.2 trilioni di rubli (circa Euro 280 milioni) solo per organizzare l'archiviazione dei dati. Una cifra pari al 10% del budget statale russo[78]. *MTS* nello specifico ha segnalato che per ottemperare agli obblighi previsti dal "pacchetto Yarovaya" sull'archiviazione dei dati dovrà impiegare tutti i profitti ottenuti nei prossimi 100 anni nel solo *data center*[79].
Allo stesso modo, alcuni esperti informatici russi hanno sottolineato che il Governo russo stesso non disponga degli strumenti e dei software necessari a consentire l'archiviazione di una tale mole di informazioni come predisposto dalla nuova legge, ed è improbabile che queste capacità saranno sviluppate entro il 2018[80]. Gli elevati costi potrebbero inoltre portare le compagnie ad abbassare i loro standard di sicurezza, rendendo gli utenti vulnerabili alla sorveglianza non-autorizzata ed al furto dei dati[81].
Tra le critiche più significative al "pacchetto" troviamo certamente quelle di Edward Snowden, attualmente residente a Mosca, il quale ha commentato attraverso il proprio account Twitter: «*#Putin has signed a repressive new law that violates not only human rights, but common sense. Dark day for #Russia*»[82].
Per quanto concerne l'obbligo di rivelare alle autorità statali le chiavi di crittografia, le autorità russe hanno ricevuto il rifiuto da parte della popolare applicazione di messaggistica istantanea *Telegram*[83]. I proprietari della app si sono rifiutati di consegnare all'*FSB* le chiavi di crittografia necessarie per decifrare i messaggi elettronici ricevuti, inviati o trasmessi. L'applicazione utilizza un complesso sistema di crittografia difficile da decifrare e per questo considerato estremamente sicuro[84]. Secondo quanto rivelato dall'*FSB* infatti, il commando terroristico responsabile degli attacchi del 3 aprile 2017 alla metropolitana di San Pietroburgo avrebbe preparato e organizzato l'attacco utiliz-

[77] *Yarovaya Law, One Year After*, in *Digital Reort Analytica*, 25 aprile 2017.

[78] *V Sovete Federacii predlozhili perenesti vstuplenie v silu "paketa Jarovoj" na 2023 god*, in NEWSRU.COM, 6 dicembre 2017.

[79] *«Popravki Jarovoj i Ozerova», cena voprosa,* in *Mobile-Review.com*, 20 giugno 2016.

[80] Il 19 luglio 2016, l'allora Viceministro dello Sviluppo economico della Federazione russa Sergeij Belyakov aveva proposto l'introduzione di modifiche al "pacchetto Yarovaya", proponendo di modificarne le scadenze per alcune disposizioni sull'entrata in vigore degli obblighi di archiviazione dei contenuti sulle comunicazioni e sulle attività degli utenti da parte degli operatori internet e della comunicazione al 1° luglio 2023 anziché al 1° luglio 2018.

[81] *Russia: 'Big Brother' Law Harms Security, Rights*, in *Human Rights Watch*, 12 luglio 2016.

[82] Post pubblicato sul profilo personale Twitter di Edward Snowden, 7 luglio 2016.

[83] I creatori della app, i fratelli Pavel e Nikolai Durov, attualmente vivono in auto-esilio a Londra. Sono proprietari tra gli altri anche del popolarissimo social network *VKontakte*.

[84] Per maggiori dettagli si veda: R. Tan, *Terrorists' love for Telegram explained*, in *Vox*, 30 giugno 2017.

zando proprio Telegram per lo scambio di informazioni[85]. Pavel Durov, proprietario dell'applicazione, ha declinato la richiesta di consegna delle chiavi, assicurando che agli utenti *Telegram* verranno garantite privacy e sicurezza[86].

Scaduto l'ultimatum, il 13 agosto 2018 la Corte moscovita di Taganskij ha disposto il blocco totale dell'applicazione, avendo questa rifiutato di «fornire le chiavi di crittografia all'*FSB*»[87] dopo che la Corte Suprema aveva rigettato il ricorso dei legali di *Telegram*[88]. Tuttavia, il Garante delle Telecomunicazioni ha rinnovato la proposta di ritirare il blocco dell'applicazione qualora questa accettasse l'ordine della Corte di consentire l'accesso ai messaggi crittografati[89]. Al momento la posizione di Telegram pare non essere cambiata. La compagnia ha fatto sapere che: «pur condividendo la necessità e il diritto delle autorità di combattere il terrorismo […] suggeriamo l'unica via civile per farlo – un ordine della Corte in cambio della non divulgazione [...] dei contenuti dei messaggi, ma solo degli indirizzi IP o del numero di telefono. L'equilibrio tra sicurezza nazionale e privacy deve essere trovato»[90].

Tuttavia, Pavel Durov ha pochi giorni dopo commentato tramite la sua pagina personale della app che rivelare gli indirizzi IP e i numeri di telefono renderebbe Telegram "un luogo meno attrattivo per coloro i quali lo utilizzano per diffondere propaganda terroristica"[91]. *Telegram LLC*, ora registrata nel Regno Unito, resta ad oggi l'unica compagnia ad aver deciso di sfidare la nuova legislazione.

Infine, la parte del "pacchetto" riguardante i limiti imposti alle attività religiose delle confessioni diverse da quella Ortodossa (Patriarcato di Mosca) ha posto anch'essa molti dubbi circa la restrizione delle libertà dei cittadini russi. I sostenitori di tali misure le difendono come risposta agli attentati terroristici di matrice islamica che si sono verificati in Russia nel corso degli anni, legandole anche ai più recenti attentati in Francia. Molte critiche sono state riservate a questa parte della legge, in quanto secondo molti osservatori si tratta di misure funzionali al potere di Mosca per consolidarsi ulteriormente, e riservare una posizione sempre più dominante nel sistema di potere alla Chiesa Ortodossa, nonostante la Costituzione affermi all'art. 14 la laicità dello Stato

---

85 *FSB Rossii fiksiruet total'noe ispol'zovanie chlenami zakonspirirovannyh jacheek mezhdunarodnyh terroristicheskih organizacij Internet-messendzherov dlja osushhestvlenija konspirativnoj svjazi mezhdu soboj i svoimi kuratorami iz-za granicy*.

86 Post pubblicato sul profilo personale Twitter di Pavel Durov, 20 marzo 2018.

87 *Court decision on Telegram messenger blocking comes into force*, in *TASS*, 15 maggio 2018; Telegram ha subito un blocco analogo in Cina, Oman e Pakistan. Si veda: *Telegram Blockage,* in *Radio Free Europe*, 17 aprile 2018.

88 *Russian ban on Telegram messenger remains after Supreme Court rejects company's appeal*, in *Russia Today*, 9 agosto 2018. Nel ricorso contro la decisione della Corte di Taganskij, i legali della compagnia hanno cercato di dimostrare che l'*FSB* non fosse autorizzato a richiedere le chiavi di crittografia in quanto tale atto "extragiudiziale" comportasse il controllo della corrispondenza di un numero indefinito di persone, con ampi margini di discrezionalità per le forze dell'ordine, e che costituisse una minaccia per la sicurezza dei cittadini.

89 *Watchdog to consider de-blocking Telegram in Russia if service provides encryption keys to FSB*, in *Russia Today*, 28 agosto 2018.

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*

e l'uguaglianza delle confessioni davanti alla legge[92]. Tra le critiche più significative in questa direzione vi è senz'altro quella della *United States Commission on International Religious Freedom* che afferma che quanto previsto dalla legge, con «il pretesto di affrontare il terrorismo, concederebbe alle autorità poteri radicali per ridurre le libertà civili, inclusa l'introduzione di ampie restrizioni sulle pratiche religiose, che renderebbero molto difficile ai gruppi religiosi di operare»[93].
Queste misure consentirebbero alle autorità russe di reprimere ulteriormente quelle comunità religiose più piccole e critiche nei confronti del Governo e del Presidente e di imprigionare i dissidenti. Come per i precedenti casi, l'accusa di "estremismo", correlata ad una sua definizione estremamente ampia può includere in questa fattispecie la promozione pacifica della "superiorità di una religione su un'altra", portando dunque anche alla messa al bando dei testi religiosi, o addirittura all'obbligo di scioglimento di gruppi religiosi, come accaduto ad esempio nel caso dei Testimoni di Geova[94]. Il 7 maggio scorso, la Corte EDU ha comunicato di aver ricevuto l'appello ricevuto di 394 organizzazioni religiose locali di Testimoni di Geova in Russia. L'appello riguarda la decisione del 20 aprile 2017 della Corte Suprema russa che ha vietato l'attività dei Testimoni di Geova e delle loro congregazioni locali in quanto giudicate "estremiste", sciogliendole, e convertendo le loro proprietà a favore del governo[95].

5. Conclusioni. Alla ricerca di equilibrio e proporzionalità

Le legislazioni antiterrorismo di Russia e Francia evidenziano come esista un generale problema legato alla definizione di "terrorismo". Le disposizioni in materia richiedono anzitutto una puntuale e precisa delineazione del concetto, necessaria per meglio definire il campo d'azione e di applicazione. Formulazioni eccessivamente generiche comportano il rischio di vedere applicate norme elaborate per la gestione della sicurezza in contesti emergenziali e specifici a fattispecie estranee al terrorismo e che possono comportare un'alterazione di quel delicato equilibrio tra sicurezza e tutela dei diritti.
La legislazione antiterrorismo ha natura preventiva. Infatti, le misure legislative vengono generalmente prese ex ante, dettate nella maggioranza dei casi dall'urgenza e dal forte impatto mediatico che eventi tragici come gli attentati hanno sui cittadini. Questo impatto gioca spesso un ruolo cruciale nelle dinamiche politiche interne, in quanto un'azione efficace nel breve periodo può consentire di sfruttare il consenso elettorale, o al contrario essere causa di dissenso da parte degli elettori.
Si tratta pertanto di situazioni nelle quali l'azione legislativa è caratterizzata da rapidità

[92] Art. 14 Cost. della Federazione russa: «1. La Federazione Russa è uno Stato laico. Nessuna religione può costituirsi in qualità di religione di Stato od obbligatoria. 2. Le associazioni religiose sono separate dallo Stato e sono uguali davanti alla Legge».

[93] *RUSSIA: USCIRF Condemns Enactment of Anti-Terrorism Laws*, in *United States Commission on International Religious Freedom*, 8 luglio 2016.

[94] *Imprisoned for Their Faith*, in *JW.ORG*, 7 settembre 2018; *Russia: Sweeping Arrests of Jehovah's Witnesses*, in *Human Rights Watch*, 28 giugno 2018.

[95] Reshenie Verhovnogo Suda RF ot 20.04.2017 N AKPI17-238.

di esecuzione, non sempre compatibile con il controllo e la serenità di giudizio che invece richiederebbero situazioni particolarmente delicate. La prevenzione necessiterebbe poi di adeguamento e miglioramento delle norme antiterrorismo nel medio-lungo periodo, in maniera tale da poter agire anche in contesti non emergenziali, quando le decisioni possono essere prese in momenti in cui l'aspetto emozionale ha un'influenza più limitata.

Proprio su questo elemento la legge francese pone un'importante clausola che merita una riflessione. Le misure antiterrorismo implementate sull'onda dei gravi attentati del 2015 e di quelli successivi, hanno fortemente scosso l'opinione pubblica sia francese sia europea. L'emotività ha fatto sì che *l'état d'urgence* venisse prorogato più volte per la durata complessiva di due anni. Una misura che sarebbe dovuta rimanere temporanea ed eccezionale e che è ben presto divenuta abitudinaria, votata in un contesto di unità nazionale, con procedure accelerate (una sola lettura per ogni Camera) e approvata all'unanimità. Una decisione che è servita a mostrare ai cittadini la fermezza e la capacità decisionale dello Stato.

Tuttavia, la legge *SILT* ha previsto una "clausola di autodistruzione" nel 2020. Questa clausola, introdotta in origine dal *Sénat*, prevedeva la decadenza degli articoli relativi alle perquisizioni e all'obbligo di residenza trascorsi quattro anni dall'entrata in vigore. La durata è stata poi ridotta a tre anni dall'Assemblea Nazionale, e allargata a tutte le misure ispirate dallo stato d'urgenza: perimetri di protezione (art. 1), chiusura dei luoghi di culto (art.2), misure individuali di controllo amministrativo e di sorveglianza (art.3), visite domiciliari (art.4). Si prevede implicitamente una "sperimentazione" delle misure che decadranno il 31 dicembre 2020, termine entro il quale saranno sottoposte a un controllo rinforzato del Parlamento[96]. La clausola mette in rilievo un aspetto importante, introducendo un principio di valutazione nel medio periodo delle misure antiterrorismo intraprese. Ne consegue dunque che la legge *SILT* non si presenta più come disciplina eccezionale, ma ordinaria. La minaccia terroristica viene quindi considerata come permanente, in quanto «connaturata all'attuale stato dei rapporti della comunità internazionale»[97]. Pertanto «non potrà più essere dichiarata con un atto straordinario del Consiglio dei Ministri»[98].

I maggiori limiti della legislazione francese restano pertanto legati ai problemi nozionistici di definizione del "terrorismo". Formulazioni vaghe, che le hanno rese suscettibili ad un'applicazione più ampia rispetto alla sola prevenzione del terrorismo. Un esempio è stata l'applicazione alla regolazione dei flussi migratori, come avvenuto nel caso del Porto di Dunkerque[99].

In conclusione, la legislazione francese ha agito a posteriori, in un contesto emer-

[96] Il Presidente della Commissione legislativa e relatore del testo al Senato, Philippe Bas, ha evidenziato l'importanza di questa clausola affermando che: «Una valutazione annuale ci informerà circa l'utilità marginale di queste misure. Se saranno valutate come inutili allora il Parlamento non le rinnoverà».

[97] G. De Vergottini, *op. cit.*, 1196.

[98] G. De Minico, *Terrorismo: emergenza, promesse (mancate?) del presidente Macron*, in *Affari Internazionali*, 2 novembre 2017.

[99] J. Callon-D. Lévy-B. Oudet-M. Padis-Y. Trotignon, *Etat d'urgence, terrorisme et sécurité intérieure. Comment trouver la sortie ?*, in *Terra Nova*, 2018. Per un'analisi dettagliata dell'applicazione delle misure di polizia amministrativa prese all'interno del quadro degli articoli 1-4 della Legge *SILT* si veda il sito

genziale, dove l'azione dell'Esecutivo, per ragioni di rapidità ha scavalcato quella del Parlamento. Se certamente il Governo è l'organo costituzionale più adatto ad affrontare questo tipo di difficoltà nel breve periodo, aspetti delicati come le disposizioni antiterrorismo che vanno ad incidere sui diritti fondamentali quali la libertà e la tutela della privacy dei cittadini richiederebbero una condivisione quanto più ampia possibile. A questo proposito, l'organo meglio preposto a garantire la condivisione delle norme, e non solo dunque destinato ad approvare un testo governativo è il Parlamento. La clausola di revisione può rappresentare uno strumento estremamente funzionale anche sotto questo aspetto. Esso infatti ha il privilegio di non intaccare la rapidità assicurata dall'azione dell'Esecutivo nel breve periodo, ma consente nel medio periodo di poter valutare le misure, la loro efficacia e di regolare le disposizioni all'interno del Parlamento.

I cittadini russi hanno certamente risentito dell'ondata emotiva degli attentati che hanno colpito sia le grandi città sia le regioni periferiche del Caucaso. Il terrorismo ceceno ha rappresentato una delle sfide più difficili per il Governo centrale, che ha faticosamente avuto la meglio sui territori indipendentisti con due guerre[100]. La capacità del potere centrale di mettere fine all'escalation terroristica è stato poi uno degli aspetti decisivi per la crescita e il consolidamento del consenso del Presidente Putin a partire dai primi anni 2000.

L'approccio legislativo russo si discosta in parte da quello francese ed europeo, come testimonia il "Pacchetto Yarovaya", estremamente incisivo nel regolamentare le piattaforme web, evidenziando come il delicato equilibrio tra tutela del diritto alla privacy e alla sicurezza dei cittadini possa essere facilmente compromesso.

Va anzitutto premesso che non esistono valide motivazioni per dubitare della buona fede del legislatore e delle autorità russe nel combattere il terrorismo e nella loro ferma volontà di tutelare la sicurezza dei cittadini russi. D'altro canto, va sottolineato come la Federazione russa sia diventata nel tempo un Paese sempre più autoritario[101], e che pertanto, in contesti scarsamente democratici, le legislazioni antiterrorismo si prestino più facilmente ad essere strumentalizzate per fini diversi rispetto a quelli per cui sono state disegnate[102]. Tenendo in considerazione questo aspetto, la legislazione antiterrorismo può rappresentare un perfetto escamotage legislativo facente leva su un bene primario dei cittadini come la tutela della sicurezza per poter disciplinare altri settori sensibili avvantaggiando una parte politica a scapito di un'altra, favorendo quella al potere. Disposizioni legislative restrittive e di controllo delle piattaforme internet possono prestarsi ad essere un metodo invisibile di controllo dei cittadini e della società civile per veicolarne l'informazione, osservarne le posizioni politiche ed eventualmente agire in maniera repressiva.

L'aspra contesa tra Russia e Corte EDU non facilita di certo la disciplina di questi aspetti. Se infatti la legislazione incontra difficoltà nel trovare un equilibrio tra la garan-

dell'Assemblea Nazionale.

100 Prima Guerra di Cecenia: 1994-1996; Seconda Guerra di Cecenia: 1999-2009.

101 M. Volpi, *Libertà e autorità: la classificazione delle forme dello Stato e delle forme di governo*, Milano, 2016, vol. 4; *Nations in transit 2018: Russia*, in *Freedom House.*

102 G. de Vergottini, *op. cit.*, 1190.

zia della sicurezza e la tutela dei diritti,, la sentenza n. 12-P/2016[103] emessa dalla Corte costituzionale russa che riafferma il principio secondo il quale la Federazione russa non è obbligata a dare esecuzione a quelle sentenze della Corte EDU che constatano la violazione della CEDU da parte di norme della legislazione russa giudicate conformi alla Costituzione, e la Legge federale n. 7-FZ 2015 che ha conferito alla Corte stessa il compito di pronunciarsi su tale questione dietro ricorso dell'autorità esecutiva federale competente per la tutela degli interessi della Federazione russa nelle controversie dinanzi a un organo internazionale in materia di protezione dei diritti umani e delle libertà, hanno ridotto le tutele e i controlli anche sulla legislazione antiterrorismo[104]. La Legge infatti autorizza le autorità a ignorare le decisioni degli organismi internazionali a cui la Russia ha aderito se queste "violano i principi e le norme fondamentali della Costituzione russa" [105]. In particolare, l'accusa mossa dal Presidente Putin alla Corte EDU è quella "di non regolare i rapporti giuridici, non proteggere i diritti, ma di svolgere semplicemente una funzione politica" [106].

Ad oggi, gli sforzi per contrastare il terrorismo possono essere la perfetta scusa per i regimi, sia democratici sia autoritari, per restringere la libertà di espressione e cercare di controllare l'accesso all'informazione. Se infatti è essenziale che i governi contrastino la violenza e l'incitamento al terrorismo, il rischio di intaccare la libertà di espressione è certamente alto.

Il caso russo assume poi particolare importanza se si considera che la forma di stato e di governo della Federazione russa ha rappresentato e rappresenta tutt'oggi un modello per i Paesi ex URSS europei (Bielorussia e Ucraina) e dell'Asia Centrale[107], dove si è sviluppata in contesti ancora più arretrati[108]. Sarà pertanto importante analizzare eventuali effetti di *spill-over* legislativo in questi contesti, valutando se la legislazione antiterrorismo russa sia divenuta un prodotto da esportazione.

La regolamentazione dell'utilizzo delle piattaforme internet da parte degli Stati rappresenta una delle sfide più interessanti che gli ordinamenti nazionali (e internazionali) dovranno affrontare in futuro. Se infatti la lotta al terrorismo da parte dello Stato richiede una disciplina del web, ogni eventuale limitazione potrà ritenersi legittima solo

---

[103] Judgment of 14th July, 2015 No. 21-П/2015 the Constitutional Court gave appraisal of constitutionality of the provisions of Article 1 of the Federal Law "On Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocols thereto", Items 1 and 2 of Article 32 of the Federal Law "On International Treaties of the Russian Federation", Sections 1 and 4 of Article 11, Item 4 of Section 4 of Article 392 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation, Sections 1 and 4 of Article 13, Item 4 of Section 3 of Article 311 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation, Sections 1 and 4 of Article 15, Item 4 of Section 1 of Article 350 of the Administrative Judicial Proceedings Code of the Russian Federation and Item 2 of Section 4 of Article 413 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation.

[104] L. Mälksoo, *Russia's Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights: Constitutional Court of the Russian Federation Judgment of 14 July 2015, No 21-П/2015*, in *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, 377 ss.

[105] OSCE, *Joint Declaration on Freedom of Expression and Countering Violent Extremism*, 4 maggio 2015.

[106] *"Putin: vyhod Rossii iz-pod jurisdikcii ESPC hvozmozhen, no vopros na povestke ne stoit"*, in *TACC*, 14 aprile 2014.

[107] L. Tayler, *Interview: How not to fight terrorism in Kyrgyzstan*, in *Human Rights Watch*, 17 settembre 2018.

[108] M. Volpi, *op. cit.*, 178.

se proporzionale, e dunque dopo un attento confronto tra i costi e i benefici. Tuttavia, nell'assicurare l'equilibrio tra la tutela della privacy e il diritto alla sicurezza, va tenuto sempre ben presente che il beneficio della sicurezza è futuro e incerto, mentre la limitazione delle libertà resta attuale e certa.

Fair Trial in the Digital Era. English and Italian standpoint*

Marco Canepa - Douglas Mark Ponton

Abstract

England and Italy have, in principle, the same criminal procedure model, known as the adversarial system. One of its central ideas is that a fair trial requires the complete 'cognitive virginity' of the person passing judgment on facts relating to the crime (jurors in England, professional judges in Italy). The evidence is presented to these decision-makers by counsels for the prosecutor and defence, and the verdict must be based solely on the grounds of evidence properly admitted at trial. Other knowledge could jeopardize the impartiality of jurors/judges, thus vitiating the legal process. In the digital era, new media, social networks and extensive external sources of information pose a fundamental threat to this assumption of cognitive virginity, and 'trial by media' may impinge on what goes on in court.

In the English system, this is a matter of major concern. At the outset of the trial, jurors are warned by the judge that they must not discuss the case with anybody, read newspapers, check issues or points of law on the internet, post on social media, etc. In the Italian system, even though the phenomenon of trial by media is extremely frequent, there are no similar provisions to guarantee impartiality.

This paper compares the two legal systems, and analyses the Criminal Practice Directions (2015) produced by the Royal Courts of Justice. Jurors are told that they must 'disregard any media reports on the case', but in an age where most citizens are exposed to diverse forms of multimedia input, this is easier said than done. As for the Italian context, the judicial authorities have yet to take the first step towards finding a solution, i.e., to recognise that new media do indeed constitute a problem.

Sommario

1. The power of the Net. – 2. New challenges to a fair trial. – 3. The tenets of the adversarial system. – 4. A decision shielded from external non-judicial sources at a time of information overload. – 5. The judicial decision maker in England and in Italy. – 6. English concerns and directions aimed to preserve jurors' impartiality. – 7. The balance between freedom on social media and integrity of justice in England. – 8. In Italy. – 9. Coming to terms with different traditions. – 10. In conclusion

Keywords

Social Media, Trial by media, Fair Trial, Criminal Justice, Criminal Procedure

* Su determinazione della direzione, in conformità al regolamento della Rivista, l'articolo non è stato sottoposto a referaggio.

1. The power of the Net

Before the digital era, there was a popular saying that read: "today's newspaper is tomorrow's fish 'n' chip wrapper"[1]. Nothing more wrong when it comes to the new Media and Social Networks. Once in the Net, a piece of information is there to stay and sometimes can spread virally up to the smartphone of the judge or the jurors. This is the power of the Internet and the new threat to the judicial independence.

2. New challenges to a fair trial

Undoubtedly, the Net and Social Media play a fundamental role in the everyday lives of both individuals and professionals. We are living in a digital world in which new Media are replacing the old newspapers and, as a whole, the way we used to catch up with the news and, as judges and lawyers, the way we used to look up in paper books specific laws and precedent Court decisions.
Nowadays, a good lawyer and a modern professional or technical judge need to be very skilled in the use of legal Apps and search engines when it comes to finding the right rule and precedent decisions suitable to the case.
Yet, the Net and New Media, at the same time, put at stake the common idea of a fair trial and pose legal and ethical challenges to the core principles of the criminal procedure system called "adversarial".

3. The tenets of the adversarial system

Even though the adversarial system derives from common law tradition, both the English and the Italian criminal legal system are, on principle, adversarial. In fact, in 1988 Italy changed its criminal procedure rules and its previous inquisitorial model derived from civil law tradition in favour of an adversarial one. The main feature of the latter is that the person or the panel who is going to make the judgment about the guilt of the defendant and render a verdict of conviction or acquittal (the *jury* in the English and Welsh Crown Court, the *judge* in Italy: thereafter, the *judicial decision-maker*) should base the decision only on judicial evidence. All the evidence, proofs, circumstantial evidence and expert opinions are displayed by the prosecutor and by the defensive counsels before this person or panel, who will pass the judgment only on the ground of these findings. Therefore, every different knowledge of the facts could be prejudicial to the impartiality.
Unlike the inquisitorial model, where the judge plays a role also in the investigation and, as a consequence, they already have, at trial, a deep grasp of evidence and facts regarding the case handled, in the adversarial system investigations are generally carried out by the police and the prosecutor takes over the case at trial so that the judicial decision-maker has no previous opinion or knowledge regarding matter of

[1] *Media as pillory: the power to 'name and shame' in digital times, in The Conversation,* 8 August 2013.

fact related to the case. Furthermore, they must not take into account any different source of information other than the evidence displayed by the defensive and prosecutor counsels during the trial and properly admitted. In this way, the parties (defence and prosecutor) play a key role in bringing evidence into the trial, in examining and cross-examining witnesses, in presenting to the judge or jurors their side of the truth and, at the same time, challenging the other party's version of events. In a nutshell, the adversary model is based on the idea of two opposing sides stating their case to an impartial body which will render a conviction verdict only if the prosecution case is proved according to a certain standard. In England and Italy this standard, that is the measure of the prosecution burden of proof, is *beyond any reasonable doubt*.

Therefore, the formal legal truth comes out from this two-sided struggle, that is from the effort, on the one hand, to state a version of the events (the parties have the burden of production and the burden of persuasion) and, on the other hand, to argue and mystify this statement, in accordance with trial court procedure and rules of evidence. This formal legal truth can diverge from substantive truth but the divergence is merely the price we pay for having a complex multi-purpose system in which actual truth, and what legally follows from it, comprise but one value among a variety of important values competing for legal realization[2].

It is important to point out that, even though the Italian code of criminal procedure embraced an adversarial system and its tenets, these principles were basically undone by the Constitutional Court that placed a very high value on the research for substantive truth at trial[3], the so called "real truth".

In this way, the role of the Judge is more active and quite inquisitorial as they are allowed to ask witnesses questions and to undertake further investigation at the end of the trail. The consequence is that also the role of other judicial actors and the way witnesses' examination is carried out might take on a whole different meaning.

4. A decision shielded from external non-judicial sources at a time of information overload

Everybody agrees that the judicial decision maker should be independent and impartial. But the key question is what the real significance of judicial impartiality looks like in the digital era and whether or not the Internet is a serious breach of their impartiality.

Surely, they must be independent from government, prosecutor, police, and jurors must be independent from the judge itself. Besides, they must not be biased by inappropriate outside pressure. But experience shows that nowadays they are often subjected to different kinds of pressure. In particular, new media, social networks, blogs, and extensive external inputs can be a source of information beyond proper

[2] R.S. Summers, *Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification*, in *Cornell Law Faculty Publications*, 1978, 1194 ss.

[3] W. T. Pizzi-M. Montagna, *The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy,* in *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004, 429 ss.

judicial findings, can be unconscious pressures, acting like real "opinion-makers", can prejudice or interfere with the judicial process, carrying out a parallel form of trial, the so called trial by media, jeopardizing the due process of law and the right of the defendant to a fair trial, keeping at stake the principle of presumption of innocence until proven guilty beyond any reasonable doubt on the basis of evidence properly admitted at trial.
For example, did the #MeeToo movement play a role in the conviction of Bill Cosby in April 2018 for sexual assault after his first trial, in the spring of 2017, ended in a hung jury[4]? Between these two trials the revelations against Harvey Weinstein came out and the #MeeToo movement gained momentum.

5. The judicial decision maker in England and in Italy

While in the Italian system the activity of passing a judgment is up to the judge (a single one or a three-judges-panel, according to the seriousness of the offence), in the English model (trial before the Crown Court) it is the jury that decides if a defendant is guilty or not guilty and, accordingly, delivers a verdict.
In the Italian system there is no provision similar to the jury. Actually, there is an eight-judges-panel called "*Corte di assise*" that mainly handles murder cases in which six lay judges sit with two professional ones but they are not a jury because they work jointly making decisions (lay and professionals judges) about every point of law and of fact, including the verdict and the penalty. They decide by simple majority (in case of equality the vote of the president prevails).
On the contrary, in a trial-by-jury model as in the English and Welsh Crown Court the twelve jurors attend the trial, listen to the evidence and finally return a verdict. This decision is based, like in every adversarial system, on the evidence displayed. The Judge has no say in their decision.
In the Crown-Court-model the Judge plays a completely different role, mainly makes decisions about the sentence (penalty) that is to be imposed upon the defendant after the conviction or after a guilty plea.
Furthermore, during the trial the judge decides about all the matters of law arisen during the trial. The principle is that the law is for the judge, and the facts are for the jury. The latter is the trier of the fact.

6. English concerns and directions aimed to preserve jurors' impartiality

The English and the Italian system have a completely different approach to the issue of the so- called "cognitive virginity" of the judicial decision-makers.
While in the former this is a matter of major concern, with a set of rules aimed to keep jurors safe from external influence and New Media, oddly enough, in the latter

[4] T. Williams, *Did the #MeToo Movement Sway the Cosby Jury?*, in *The New York Times,* 26 April 2018.

there is no similar concern and there is no provision that prevents the judge from surfing the Net or reading articles regarding the cases handled.
In this way, the English model is much fairer with regard to paying great attention to following the rules of the real adversarial model.
Thus, in England and Wales, the Criminal Procedure Rules (2015) provide detailed guidance on the appropriate directions by Judge to jurors. In particular,
In the phase of empanelling a jury, the judge can excuse a would-be-juror from a particular case where the potential juror has awareness of any publicity that the case has received in the local or national media. For the same reasons, there is the possibility of exercising challenges by either party aimed to stand down a juror.
At the start of the trial, judges should instruct the jury about[5]:
-the prohibition on internet searches for matters related to the trial, issues arising or the parties;
-the importance of not discussing any aspect of the case with anyone outside their own number or allowing anyone to talk to them about it, whether directly, by telephone, through internet facilities such as Facebook or Twitter or in any other way;
-the importance of taking no account of any media reports about the case;
-the jury must try the case only on the evidence and arguments they hear in court.
From this it follows that throughout the trial each juror:
-must disregard any media reports on the case;
-must not discuss the case at all with anyone who is not on the jury, for example with friends or relatives, whether by face to face conversation, telephone, text messages, chat-lines or social networking sites such as Facebook or Twitter;
-must not carry out any private research of their own with a view to finding information which is or might be relevant to the case, for example by referring to books, the internet or search engines such as Google, or by going to look at places referred to in the evidence;
-must not share any information which is or might be relevant to the case and which has not been provided by the court; and must not give anyone the impression that he or she does not intend to try the case on the basis of the evidence presented.
These instructions are given for good reasons:
-they aim to prevent the jury being influenced by opinions expressed by people who have not heard to the evidence;
-in fairness to the jury they should be aware from the beginning that if they do not follow the instructions they may well be guilty of a criminal offence and at risk of a sentence of imprisonment;
-they must never discuss or reveal what took place in the privacy of their jury room, whether by talking or writing about it, for example in a letter, text message or other electronic message such as on Twitter or Facebook.
During the trial, when an issue of law arises, the Judge asks the Jury to leave the Courtroom in order to discuss freely the issue along with the prosecutor and the defence counsels. This is because it is of paramount importance, as mentioned above,

[5] D. Maddison – D. Ormerod – S. Tonking – J. Wait, *The Crown Court Compendium*, Judicial College, May 2016.

to preserve jurors from every knowledge of the facts other than the evidence shown during the trial.
At the end of the trial, jurors are warned by the judge that they must consider only facts emerged during the trial and, if needed, they can draw inferences, using their common sense and their experience, but must not speculate, that is think about facts that are not known. In this activity, they are helped by the closing speeches of the prosecutor and defence counsels and by the so called "summing-up" of the Judge, in which they point out the framework of their decision. In particular, the Judge gives an explanation of the points of laws that have to be weighed and a refreshment of the evidence upon which the decision should be based. Sometimes, they hand jurors a list of questions to follow during the decision process, with their directions.
According to the Criminal Procedure Rules (2015) it is vitally important that such guidance is followed in order to reduce the risk of jurors engaging in behaviour which may jeopardise the fairness of the trial, lead to being discharged and, moreover, charged with the offence of contempt of court and a criminal offence under the Criminal Justice and Courts Act 2015.

7. The balance between freedom on social media and integrity of justice in England

Rightly, media and the freedom of press and expression is regarded as one of the pillars of democracy. Surely, the significance of a public trial, provided in an adversarial system, stems from the assumption that media are a safeguard against judicial abuse.
Yet, when it comes to Social Media there is something more than the old idea of freedom of press. It is the right for everybody to comment on news, to post their own opinion following a media report, to share information and opinions with friends but also, "virally", with thousand or million of people over the Internet. So, the question is how these new media are consistent with the idea that judicial decision-makers must be shielded from every knowledge of the case handled, apart from evidence properly admitted at trial.
This media coverage goes so far that sometimes a real process out of the Court is carried out, so called trial by media. This is surely an undue interference affecting the mind of the judicial decision makers and a prejudice to the right to a fair trial.
Following this idea, in the English system prejudicial publication can be a criminal offence, that is contempt of the Court (contempt by publication).
The Contempt of Court Act 1981 -section 4(2)- sets out what can be published before and during a trial. It is contempt of court to publish anything that creates a «substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced, even if there is no intent to cause such prejudice». The Court itself, where needed to avoid a risk of prejudice to the administration of justice, may order that the publication of any report of the proceeding be postponed. In doing so, the judge should weigh in, on the one hand, the right to the freedom of press, of expression and the right of the public to be properly informed, and, on the other hand,

the risk of interference in the authority of the judiciary.
Having said that, the rule is surely intended for traditional media. But what about new media, social networks, comments posted on Facebook and the like?
In this regard, on September 2017 the English Attorney General, Jeremy Right QC, stated that «our contempt of court laws are designed to prevent trial by media. However, are they able to protect against trials by social media? I am looking for expert evidence on whether the increasing influence and ubiquity of social media is having an impact on criminal trials and, if so, whether the criminal justice system has the tools it needs to manage that risk».
«We have to keep a balance between the principle of freedom of speech and the integrity of the trial process», he explained. «What I want to see is how broad the concerns are, then we can start to think about the issues. I want to see whether judges have the tools required or whether they are crying out for some new powers or changes in the law». For these reason, he set up a public consultation to find out whether reported restrictions needed to be increased during criminal cases and whether the «risks posed by social media to the administration of justice are greater than five years ago».
This statement followed a popular criminal trial, the *Wrightson* case, in which there were legal challenges over what could be published about the trial concerning two young school girls, aged 13 and 14, charged with the crime, and eventually convicted of brutally attacking, beating and murdering Angela Hartlepool in 2014.
These challenges followed the cancellation of the first trial by the judge who ordered a retrial due to the flood of social media comments which might have been prejudicial to a fair trial, including those of a number of media organisations.
Moreover, the judge, Sir Henry Globe QC, asked the media to «remove all links from [their] websites to other websites, including social media sites» and to «refrain from issuing or forwarding tweets relating to the trial».
The BBC appealed against the order on the principle of open justice in British courts. But both the prosecution and defence argued there was now a «real risk that the defendants could no longer have a fair trial». Mr Justice Globe agreed and rejected the appeal.
Similarly, in September 2017 the conviction of a man chasing women and exposing himself was quashed because residents of the little village had shared his images and gossiped about him on Facebook.
According to the defensive counsel, Ms. Genevieve Reed, «this circumvented all of the safeguards of (the Police and Criminal Evidence Act 1984) and fundamentally undermined the identification process». For these reasons, the appellate Judge quashed the conviction.

8. In Italy

On principle, in Italy there is the same adversarial system resting on the idea that the decision-maker (in Italy the judge) will decide only on the ground of evidence brought into trial by parties with equal powers and in equal position and properly admitted.

As mentioned above, the judge has a more active and quite inquisitorial role compared to the English model due to the idea that the final goal of criminal trial is researching substantive truth, the so called "real truth". Yet, also in Italy the judge should base their decision only on judicial findings.
Hence, it should be appropriate for the judge's impartiality to shield the decision-maker from external information because they might be biased in their decision.
Nevertheless, in Italy this is not a matter of major concern and there is no provision whatsoever aimed to keep the judge safe from external influence.
-Moreover, should the judge have even a detailed knowledge of the case, as a consequence of specific procedural occurrence, there are no procedural consequences. For instance, the Supreme Court stated[6] that the judge who has got full knowledge, before the trial, of all the investigative records regarding the case in order to decide whether or not the so called speedy trial proceeding ("*rito abbreviato*") are admissible, if they do not make any decisions about it, they are not incompatible to the trial. Even more noticeably, the judge in charge of the case who makes decisions about the custody of the defendant during the trial is not incompatible regardless of the opinion expressed about the guilty and the knowledge of the case.
-Even at a deontological level, the judge has no duty to refrain from reading media reports, comments on social media, TV programmes debating the case and the like.
As a result, the judge might well have a deep grasp of the case besides judicial findings. Surely, they should not take into any account this further information but it is hard to believe that they are not influenced at all by extensive media coverage which sometimes come along with the judicial trial.
-When it comes to the so called "trial by media", in Italy the focus is on the right of the parties, mainly the defendant, not to be shamed by the pillorying effect of media reports on judicial trials. In this way, politicians involved in investigation claim the presumption of innocence for what is published also before a metaphorical "media conviction" as if there were a real trial carried out by the media and ask for provisions aimed to limit the possibility for the media of "naming and shaming", sometimes using wiretapped conversation or other pieces of trial or pre-trial evidence.
In the same way, not only is pre-trial secrecy aimed to safeguard ongoing investigations, but it is now intended for the purpose of private interest protection.
Thus, In Italy, and in Continental Europe, there is a shift in the fundamental right protection, included presumption of innocence and pre-trial secrecy, from a public level to a private prerogative, requiring the defendant and other parties not to be prosecuted in the public eyes and, in case, enabling to seek compensation for damages[7].
Conversely, protecting judicial impartiality is not perceived as a value requiring limitation in the media reports or even only self-restraining attitude by the judge in approaching external source of information. In continental Europe, only in Austria and in France there is a criminal offence of contempt of the Court by publication, requiring a limitation of the freedom of expression before and during the trial. Yet, this rule

[6] Italian Supreme Court, Criminal Division, IV Chamber, 30 October 2001, no. 39944; Joined Cambers, 27 October 2004, no. 44711.

[7] A. Fusaro, *Tendenze del diritto private in prospettiva comparatistica*, Turin, 2014; G. Resta, *Trial by Media as*

is rarely applied.
Arguably, allowing the judge to get exposed to external information, opinions, pressures, comes down to diminishing the key role of the real actors in an adversarial system, namely the parties. These should be the only source admitted to build, at trial, the foundation of the verdict.
Media can be unconscious pressure but also an intentional threat to an impartial judge. For instance, media campaign pro-defendant or pro-plaintiff but also statements to the media from the parties, criminal reports or wiretapped conversation leaked from officials in charge of the investigation can interfere with the judicial process and result in a denial of a fair trial.
For example, in the famous murder case against Anna Maria Franzoni (charged and in the end convicted of killing her baby), her lawyer Carlo Taormina declared and set up a strategy to use the media "to counter" the widespread impression his client was guilty[8], strategy which included taking part in popular chat shows like the *Maurizio Costanzo show*. Or in the popular murder case against Amanda Knox and Raffaele Sollecito, where the media all around the world took hold of the story before any evidence was even collected. Amanda was named one of the top newsmakers of 2008 by countless Italian news organizations, alongside U.S. President-elect Barack Obama. It was not simply the fact that Amanda was receiving media attention, it was the amount of negative attention she received. The press declared Amanda "a devil with an angel's face". She was called a she-devil, a diabolical person focused on sex, drugs and alcohol. Her MySpace page was dissected. Photos that would be normally found on any twenty-year-old's MySpace account were looked at as sexual. A picture of her laughing while handling a machine-gun in a museum during a vacation with her sister was used to show Amanda as being a violent and unstable woman[9].
In the analysis of these extensive media coverages, the focus was always on the shaming and pillorying effect of the media, never on their pressure on the judge.

9. Coming to terms with different traditions

The lack of any provision to keep decision-maker safe from external knowledge or opinions may be, in Italy, the consequence of a number of reasons.
First, justice is, mostly, up to a professional and/or technical judge who, in theory, should be able to be unbiased also in case of strong media pressure and to distinguish judicial evidence and opinion expressed by defensive and prosecutor counsels from other information and opinion.
Arguably, this is true only to a certain extent because of the strong psychological conditioning deriving from the media.
Therefore, the question is whether or not legal training and experience prevents judges from being biased by outside pressure and inadmissible information or opinions

a Legal Problem. A Comparative Analysis, Rome, 2008.

[8] R. Carroll, *Italy agog at tale of mother and murdered son*, in *The Guardian,* 24 July 2002.

[9] http://www.injusticeinperugia.org/media.html

that should be disregarded.
Some studies have suggested that this is not always the case[10], proving that professional judges are often unable to disregard inadmissible evidence and this information has a negative impact on both judge's and juror's decisions. In these experiments, the instruction to ignore these pieces of information failed to be followed also by professional triers.
Second, as mentioned above, the basic idea behind the Italian trial is to find out the "real truth" (substantive truth). This comes along with more investigative power of the judge at trial and less concern, perhaps a kind of acceptance, about their exposure to external information.
This is how the adversarial system has come to terms with different traditions.
It is surely easier, as it happens in England, to trust the decision-maker and pay great attention to the procedural rules. In a jury-by-trial model there is no possibility of challenging the verdict with regard to the weight of evidence and yet people consider this process fair because it provides them with the fundamental right to be tried by a jury of peers following a model that dates back centuries and is rooted in principles laid down in the Magna Charta and in the re-interpretation of it given in the 17th century.
On the contrary, in Italy ascertainment of the "real" truth requires great effort, detailed reasoning judgment to get the verdict understood, long time, multiple judicial reviews and, at the end of the day, less trust towards the judge and sometimes harsh critics about the decision. This is the consequence of a system that provides a "top-down" decision, from judge to people, not a peer to peer one.

10. In conclusion

So, the key question is: does the Italian system have something to learn from the English one?
Certainly, Italy embraced, on principle, an adversarial procedural system and, as mentioned above, external knowledge and pressures undermine the core principle of the system, the way it is designed for introducing information and building opinions through the parties' activity, with equal opportunities, the key role of these trial actors, the prosecutor's duty regarding the burden of proof, the consequences of the lack of evidence in accordance of a required standard of proof, the impartiality of the judge and the fairness of the trial. The cognitive virginity of the decision-maker is the ground of their impartiality before the real actors of a fair trial, that is the parties. At present, the Italian model has little to do with this.
The Italian system is a compromise in which the judge, in theory, should not have any knowledge but, as a matter of fact, may well have a deep grasp of the case. For instance, in many procedural occurrence, i.e. in case of requests about the custody of the defendant, or even from external sources, press, social media and the like. All of this creates an undue knowledge and an unconscious pressure on the decision makers.

[10] N. Vidmar, *The Psychology of Trial Judging*,in *Current Directions in Psychological Science,* 20, 2011, 58 ss.

Strangely enough, also at a deontological level, the judge is not requested to refrain from reading media reports about the case or researching information on the Net. Arguably, this would be a minimal but important safeguard to the core values of the adversarial system.

Conversely, preventing the media from reporting on the case handled at trial would be a real challenge because freedom of press and expression overtakes, from the Italian standpoint, the value of the judge's cognitive virginity in the criminal procedural system. Having said that, surely there are situations of extreme media coverage, sometimes intentional pressure, in which there should be a limit to report and comment on a case during the trial.

What strikes the most is the lack of awareness about these shortcomings regarding the core values of the adversarial system.

At the end of the day, in Italy law makers pretended to have embraced an adversarial system but, actually, the result was a compromise which has little to do with common law model.

Contenuti audiovisivi sportivi e accesso transfrontaliero*

Gianluca Campus - Alessandro Coni

Abstract

L'attenzione del presente elaborato si concentra su alcuni profili del rapporto esistente tra media e sport. Esiste, infatti, una relazione indissolubile tra i mezzi di comunicazione e le competizioni sportive. Gli eventi sportivi sono denotati da una particolare forza evocativa, che li rende al contempo dei momenti di intrattenimento e coesione sociale per le singole comunità. Le gare sportive si sono così imposte come contenuti audiovisivi con alta capacità di polarizzare il pubblico, sebbene le inclinazioni e preferenze di fruizione tendano a variare a seconda del Paese, se non dell'area e mercato territoriale preso in considerazione. Il modo di vivere lo sport è quindi un riflesso della cultura di una data popolazione. Il sistema di distribuzione territoriale tradizionalmente invalso si confronta però oggi con reti di comunicazione, che abbattono progressivamente limiti e confini. In questo ambito è intervenuto recentemente anche il legislatore europeo con il regolamento sulla portabilità dei servizi di contenuti on line, confermando i modelli di commercializzazione basati sulla distribuzione territoriale ma riconoscendo anche talune possibilità di accesso transfrontaliero in portabilità ai contenuti sportivi.

The present paper analyses certain aspects of the intertwined relationship existing between media and sport. Competitions entertain people and, at the same time, they constitute a moment of social cohesion. This means that the communication of sport events gathers a large audience, even though the actual interest and taste may vary from a territory to another, since different sports establish their selves as premium in each country. Nowadays, following the new media scenario, as paved by the digital networks, where services overcome certain limits and boundaries, the common distribution system based on a territorial basis seems to be challenged. In this area, the European Legislature has recently confirmed the grounds of the territorial exploitation of sport events in the context of the new on cross-border portability of online content services, nevertheless has recognized special cases when the cross-border access to audiovisual contents in portability should be granted.

* Il testo riprende la relazione svolta al convegno "Media e Sport tra unità, pluralismo e mercato" svoltosi presso l'Università di Padova il 10 maggio 2018. L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

Sommario

1. Eventi sportivi, vocazione universale e dimensione territoriale. - 2. Il nuovo orizzonte tecnologico. – 3. La tutela giuridica degli eventi sportivi. – 4. Il regolamento sulla portabilità dei servizi di contenuti on line e il principio di territorialità. – 5. Conclusioni.

Keywords

Media, Diritti Audiovisivi Sportivi, Mercato Unico Europeo, Geo-blocking, Portabilità

1. Eventi sportivi, vocazione universale e dimensione territoriale

Lo sport si inserisce tra le forme di intrattenimento moderno più diffuse. In esso convivono almeno tre componenti essenziali. Una è quella competitiva, scaturente dalla sfida atletica, che innerva l'evento di una carica di puro agonismo. L'altra è più propriamente commerciale, collegata all'allestimento e alla esibizione di uno spettacolo, che appassiona e attrae il pubblico. Infine, vi è una dimensione culturale, che si radica nella indubbia capacità identitaria che contraddistingue lo sport, la quale unisce, amalgama, ma in certi casi può divenire anche divisiva.

La gara esalta il desiderio di confronto ed è in grado di farsi portatrice di messaggi, che trovano nella metrica sportiva un linguaggio universale, immediatamente percepito e comprensibile dalla massa.[1] Al contempo, il fenomeno sportivo presenta una distintiva capacità di segnare un'epoca, una generazione, un luogo, una comunità, fino a sublimarsi in qualcosa percepito come leggendario.[2] Ciò ha un chiaro riflesso sociale. A seconda delle zone e delle latitudini taluni sport si sono quindi affermati rispetto ad altri, per ragioni di tradizione e cultura. Talune discipline sono, infatti, in grado di inserirsi intimamente nel tessuto di una data comunità, fino a divenirne un simbolo, un patrimonio ed una forma di espressione dell'identità popolare.

La possibilità di partecipare agli eventi sportivi costituisce spesso una pre-condizione per essere coinvolti nel dibattito pubblico e per sentirsi parte di una data collettività. Ciò concerne tanto le grandi manifestazioni che coinvolgono un'ampia gamma di

[1] Non a caso nel tempo lo sport è stato utilizzato per veicolare messaggi di pace e di coesione sociale. Tuttavia, non sono mancati casi in cui la capacità evocativa dello sport sia stata usata per sostenere regimi o per nasconderne i crimini. D. Bolz, *Sport and Fascism*, in A. Bairner - J. Kelly - J. Woo Lee (eds.), *Routledge Handbook of Sport and Politics,* London, 2016; F. Izzo, *Eventi, destination marketing, capitale sociale*, in E. Bonetti - R. Cercola - F. Izzo - B. Masiello (a cura di), *Eventi e strategie di marketing territoriale: Gli attori, i processi e la creazione di valore*, Milano, 2017, 111 ss.; A. Cordolcini, *Pallone desaparecido. L'Argentina dei generali e il mondiale del 1978*, Ivrea, 2011; V. Savasta - F. Turco, *Filadelfia. Storia di un territorio e del suo stadio*, Ivrea, 2017; D. Zirin, *Game Over, How the politcs has turned the sports world upside down*, New York, 2013, 11 ss.; J. Carlos - D. Zirin, *The John Carlos story*, Chicago, 2011, 77 ss.

[2] Sul punto si veda T. Collins, *The invention of sporting tradition: national miths, imperial pasts and the origins of Australian rules football*, in S. Wagg (eds.), *Myths and Milestones in the History of Sport*, Hampshire, 2011, 9 ss., in cui l'A. ripercorre la storia dello sport anglosassone con particolare attenzione all'esperienza austrialiana.

persone, quanto le discipline atletiche cosiddette minori, le quali godono comunque di un intenso, sebbene non numeroso, seguito. Il desiderio di seguire l'andamento degli incontri, conoscere i risultati e guardare le immagini è alimentato da questa esigenza di partecipazione sociale. In questo senso la visione dello sport si intreccia con le libertà dell'individuo, in particolare quella di informare ed essere informati attraverso una comunicazione adeguata ed equilibrata.[3]

In tale prospettiva lo sport, sebbene in origine fosse rivolto alla ristretta cerchia degli spettatori presenti intorno al terreno di gioco, oggi si rivolge ad un pubblico ben più vasto, che vi accede potenzialmente ovunque. Le riprese degli eventi sportivi sono, infatti, abitualmente rese disponibili e distribuite attraverso un numero crescente di mezzi e dispositivi. Se la gara esaurisce la sua carica di interesse principalmente nell'arco del suo stesso svolgimento, le possibilità di seguire lo sport si sono, invece, nel tempo moltiplicate. Lo sviluppo tecnologico ha fortemente influenzato il modo in cui gli spettatori possono seguire le gesta dei loro atleti preferiti.[4] La tecnologia impiegata per diffondere i contenuti è diventata un fattore determinante nella comunicazione al pubblico dello sport ed offre una variegata gamma di strumenti, grazie alla larga disponibilità di *device* potenzialmente impiegabili. L'evento si è trasformato in una *commodity* il cui confezionamento oggi presenta gradi crescenti di originalità.

La tendenziale convergenza dei mezzi trasmissivi li rende potenzialmente intercambiabili, offrendo al pubblico la possibilità di scegliere attraverso quale accedere al contenuto.[5] Durante il giorno, i siti internet forniscono informazioni e immagini. I social, da parte loro, consentono un dialogo ininterrotto e diretto tra i protagonisti dello sport e i loro fan. Emittenti radio, podcast e canali tematici sostengono la narrazione in modo continuativo, tramite aggiornamenti e commenti,[6] fino al momento culminante rappresentato dalla gara, per poi rilanciare nuovamente il medesimo ciclo da capo, fino alla partita successiva, in un processo continuo e idealmente illimitato, che viene sostenuto da un'infrastruttura tecnologica che non conosce confini e da una industria dei media che si alimenta di contenuti potenzialmente illimitati.

La presente analisi intende esplorare un aspetto specifico della distribuzione dei contenuti audiovisivi sportivi, ossia quello territoriale, osservato alla luce di alcune novità legislative. Il territorio assume un valore centrale nel mondo dello sport, che nasce essenzialmente come un fenomeno fortemente radicato a livello locale. Al contempo, però, lo sport, anche come prodotto del mondo della comunicazione, ha acquisito una dimensione transfrontaliera. Nei media si riflette una caratteristica precipua dello sport, ossia quella di identificarsi con un fenomeno universale. L'evento sportivo non è altro che un evento il cui svolgersi segue delle regole ben precise, conosciute da ambo i lati, quello di chi quella attività la esegue e quello di chi quella attività la osserva.

---

[3] G. E. Vigevani, *Il diritto di cronaca e di critica*, in Aa. Vv. (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 47 ss.

[4] Per una panoramica più ampia su come la digitalizzazione abbia influito sulla cultura degli utenti si veda P. Mezei, *Digital Technologies – Digital Culture*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 2010.

[5] B. Kerschberg, *How Digital Disrupts Operations*, *Business Processes and Customer Experience*, in *Forbes*, 1 marzo 2017.

[6] G. Capon, *How social and OTT platforms are changing sport consumption*, in *Digitalsport.com*, dicembre 2017.

Atleti e pubblico condividono quindi il medesimo set di regole e sulla base di questo instaurano una relazione diretta sulla gara in atto. I gesti e le azioni in campo seguono principi ben determinati, che gli spettatori sanno decifrare e comprendere.

Proprio perché è un fenomeno globale, lo sporta travalica i confini nazionali. Come contenuto è quindi suscettibile di essere fruito al di fuori del contesto locale. Del resto, la crescente disponibilità di contenuti concessa dai mezzi tecnologici attira l'interesse del pubblico, alimentando la domanda di nuovi sport.[7] Talune competizioni sono quindi divenute prodotti da esportazione, per un numero sempre crescente di mercati. Cionondimeno, lo sport rimane pur sempre un fenomeno culturale. La prospettiva sociale degli eventi sportivi rende quindi il loro interesse potenzialmente eterogeneo da un luogo ad un altro. Sicché alla crescente disponibilità di sport a livello internazionale fa da contraltare una inclinazione alla consumazione di sport che resta influenzata da preferenze strettamente locali. Tale differenza, lungi dall'essere un elemento di contraddizione è, invece, un aspetto da considerare in tutta la sua rilevanza, poiché rispecchia la matrice culturale di un dato Paese. Ancora oggi osservando la lista degli eventi che gli Stati membri della UE ritengono debbano essere necessariamente trasmessi in chiaro, si possono rintracciare le differenti radici e le peculiarità di ogni singola nazione.[8]

Vieppiù, il concetto di territorialità assume altresì un ruolo centrale in un settore del diritto, quale quello dei diritti audiovisivi, che è strettamente legato al diritto d'autore, rappresentando quest'ultimo anche lo strumento privilegiato intorno al quale spesso ruota la riflessione relativa alla tutela giuridica dello sfruttamento e della trasmissione degli eventi sportivi. Ebbene, il diritto d'autore nasce con una dimensione specificamente territoriale,[9] in quanto consistente in un monopolio regolato, che sussiste e si estende entro i confini dettati dalla legge e quindi all'interno dell'alveo nel quale si propaga l'autorità legislativa, di per sé necessariamente confinata dal punto di vista territoriale.[10]

Il presente elaborato vuole quindi svolgersi lungo un asse ideale su cui si trovano in sequenza l'elemento tecnologico, il diritto d'autore, il principio di territorialità e l'evento sportivo. Vedremo nel corso di questo breve contributo che l'elemento tecnologico (inteso essenzialmente come accessibilità transfrontaliera dei contenuti tramite *cloud services*) condiziona sempre più la legislazione in materia di diritto d'autore, creando delle tensioni con il principio di territorialità, anche se sinora il legislatore comunitario sembra aver voluto contenere questa tensione entro un ambito molto specifico (e

---

[7] In ragione del processo di digitalizzazione, il costo della produzione e distribuzione dei contenuti si è drasticamente ridotto. Ciò ha consentito un incremento nella quantità di competizioni per le quali vengono prodotte e distribuite le immagini. Allo stesso tempo, sono aumentate le ore dedicate allo sport nella programmazione degli operatori, sia quelli tradizionali sia i new media. *Amplius* in T. Mattei, *Innovazione digitale nella sport industry*, in *Nielsen.com*, ottobre 2017.

[8] Si veda sul punto l'art. 14 della Direttiva SMAV e le collegate liste adottate finora da dieci Stati membri.

[9] La natura territoriale del diritto d'autore è stata definita come un "*quasi-acquis communautaire*", cfr. J. Gaster, *Das urheberrechtliche Territorialitätsprinzip aus Sicht des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *ZUM*, 1, 2006, 9.

[10] Si veda anche R. Matulionyte, *Enforcing Copyright Infringements Online: In Search of Balanced Private International Law Rules*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and ECommerce Law,* 2015.

probabilmente privo di impatto sistematico). Questa evoluzione si riflette anche sulla comunicazione degli eventi sportivi, che sono soggetti a limiti evidenti di circolazione transfrontaliera per ragioni attribuibili al sistema di diritto d'autore, pregiudicando uno degli aspetti peculiari dell'evento sportivo, cioè quello di essere basato su un linguaggio comunicativo potenzialmente universale.

2. Il nuovo orizzonte tecnologico

Si vuole partire allora proprio dall'elemento tecnologico, concentrando l'attenzione sulle forme di comunicazione radiotelevisiva. Vi è stato un tempo in cui la tecnologia analogica, la connessa scarsità di spettro e gli alti costi di ingresso nel settore audiovisivo influivano sul mercato, caratterizzandone i lineamenti. In particolare, si poteva contare su pochi mezzi di trasmissione, si registrava un basso indice di progresso nei *device* commercializzati ed inoltre si osservava un ridotto numero di operatori attivi, oltre ad una stabile centralità del servizio pubblico[11]. Specularmente, l'ordinamento giuridico si riservava una supervisione centralizzata, volta a proteggere e mantenere ben saldi i valori e interessi ritenuti essenziali, come l'informazione, l'ordine pubblico, il buon costume e la tutela della proprietà.[12]

Il passaggio al sistema digitale terrestre e, soprattutto, alla comunicazione via satellite, ha invece comportato un'automatica espansione della capacità di trasmissione, cui è da aggiungere l'impatto della convergenza tecnologica.[13] Un canale precedentemente utilizzato per trasportare un singolo servizio analogico ora può trasportare una pluralità di servizi digitali via satellite, cavo, digitale terrestre o Internet. A questa aumentata capacità segue la possibilità di offrire servizi, come la pay-per-view, il video-on-demand, le guide elettroniche ai programmi, le funzioni interattive. Il tutto si muove in un contesto nel quale i confini tra i settori delle telecomunicazioni e delle trasmissioni di contenuti sono divenuti meno netti, in quanto si avvalgono di infrastrutture analoghe per la diffusione di contenuti digitali. Dati, suoni, voce e immagini non utilizzano una infrastruttura dedicata, ma possono essere trasmessi su ogni rete. L'orizzonte che si dischiude appare contraddistinto da una maggiore decentralizzazione e da ristretti margini di supervisione, ma al contempo sembra arricchito da una evoluzione costante dei mezzi tecnologici e da una pluralità di soggetti attivi a vario livello all'interno del mercato.

La tecnologia ha quindi imposto una incredibile accelerazione al cambiamento delle forme di comunicazione.[14] Con queste sono mutate anche le inclinazioni del pubblico.[15] La televisione, nelle sue varie modalità di fruizione continua ad essere il prin-

[11] A. Preta, *Economia dei contenuti: l'industria dei media e la rivoluzione digitale*, Milano, 2007.

[12] Si veda sul punto P. Keller, *European and International Media Law: Liberal Democracy, Trade, and the New Media*, Oxford, 2011.

[13] Si veda anche Commissione UE, 1997, COM(97) 623, 3.

[14] Sul più ampio tema della digitalizzazione del sistema di comunicazione si può rinviare a M. Castells, *Communication Power*, Oxford, 2009.

[15] In passato guardare una gara in televisione era un'attività per lo più passiva, tanto rilassante quanto

cipale mezzo di comunicazione per l'utente medio[16], ma ad essa si è affiancata una serie di dispositivi tramite i quali i contenuti possono essere fruiti anche in mobilità. Cionondimeno, rimane indubbio che anche il servizio televisivo sia profondamente mutato nell'ultimo decennio.[17] Alle tradizionali forme di distribuzione dei segnali satellitari o digitali terrestri, si accompagnano ora la distribuzione multi-device in *home-delivery-network* dei set-top-box, i servizi IPTV e quelli OTT, ora fruibili anche in portabilità, le ritrasmissioni accessorie via IP in *simulcast* di emissioni lineari e le *app* per l'accesso ai contenuti lineari e non lineari. La gran parte di queste forme di distribuzione avviene appunto tramite sistemi *cloud based*[18], con un dispositivo, chiamato *client*, che si collega a un *server*, tipicamente una CDN (o *Content Delivery Network*) per richiedere la trasmissione di un contenuto.[19]

La digitalizzazione delle informazioni, la loro distribuzione mediante la rete e la correlata conservazione tramite *cloud services* influisce sensibilmente tanto sulla capacità delle norme esistenti di regolare il fenomeno quanto su quella di essere applicate (in termini di *enforcement*). In questo contesto di necessario adeguamento dell'ordinamento normativo, dovuto ad una sua insopprimibile lentezza nel recepire i cambiamenti repentini del fenomeno tecnologico, il principio di territorialità è tra gli aspetti più impattati, perché la versatilità delle forme trasmissive tende a far degradare i confini di ogni genere. [20]

---

sedentaria. Il rituale del tifoso seguiva le decisioni dell'emittente in termini di contenuti offerti e di modalità di visione, Negli ultimi anni, invece, il pubblico consuma informazioni in modo ben più interattivo, esigendo sempre più spesso contenuti e servizi a supporto della trasmissione, quali opzioni per osservare angolazioni diverse, la possibilità di accedere ad informazioni aggiuntive, forum separati per commentare, il *simulcast* di eventi che si svolgono contemporaneamente. Il cambiamento non è soltanto quelle tecnico o delle preferenze del pubblico, bensì anche normativo. La legge ha preso atto del mutato orizzonte del mercato e ha adeguato il suo linguaggio e le sue regole. Si pensi alla introduzione della nuova direttiva sui servizi di media audiovisivi (direttiva 2007/65/CE) che copre ora i cosiddetti servizi "*on demand*" o "non lineari", nonché i programmi televisivi, sebbene occorra segnalare come si stato preferito un sistema a doppio binario che mantieni le due tipologie di servizio distinte, in termini di set di regole loro applicabili. Ovvero si pensi al dibattito sulla nuova riforma del mercato audiovisivo che prende specificamente in considerazione gli operatori OTT, ai fini della declinazione degli obblighi imposti agli operatori del settore. Sul modo in cui si sono propagati gli effetti della digitalizzazione a seconda dei Paesi e delle classi sociali si veda l'opera di J. Palfrey - U. Gasser, *Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives*, New York, 2008.

16 Si veda a riguarda il Rapporto sul consumo di informazione a cura di AGCOM, 2018.

17 J. Naughton, *Our changing media ecosystem*, in E. Richards - R. Foster - T. Kiedrowski (eds.), *Communications: The Next Decade,* London, 2006. Del resto, come sottolineato da altri autori perché si possa continuare a competere sul mercato digitale è necessario un continuo sforzo per rimanere al passo con lo sviluppo nell'area del software, hardware e della loro configurazione. Si veda anche M. A. Cusumano*, Staying Power: Six Enduring Principles for Managing Strategy and Innovation in an Uncertain World*, Oxford, 2010.

18 Per un'ampia disamina delle problematiche giuridiche legate ai sistemi *cloud based* si veda M. Franzosi - O. Pollicino - G. Campus (a cura di), *Il Digital Single Market e i Cloud Services*, Roma, 2018.

19 Si veda anche M. Helveston, *Regulating Digital Markets*, in *NYU Journal of Law & Business*, 2016; B. Danaher - S. Dhanasobhon - M. D. Smith - R. Telang, *Understanding Media Markets in the Digital Age: Economics and Methodology*, in *NBER Working Paper n. w19634*; L. Chiou - C. E.Tucker, *Content Aggregation by Platforms: The Case of the News Media*, in *NET Institute Working Paper,* n. 11-18, 2015.

20 Si può discutere se la digitalizzazione comporti necessariamente lo svanire dei confini o se invece ne comporti solo la sostituzione. Come affermato dall'allora Segretario di Stato degli U.S.A. Hillary Clinton: «*Even as networks spread to nations around the globe, virtual walls are cropping up in place of visible*

Se l'innovazione facilita l'accesso ai contenuti, compresi quelli sportivi, tuttavia la possibilità di disegnare i nuovi confini di questa accresciuta disponibilità dipende anche da alcuni fattori giuridici.

3. La tutela giuridica degli eventi sportivi

Punto focale di queste brevi riflessioni è la tutela giuridica dell'evento sportivo, tema al lungo dibattuto e non estraneo a considerazioni legate allo sviluppo editoriale dello sport. In questo esiste un connubio ineludibile tra sport e media. Per fare un semplice esempio evocativo, all'inizio del secolo scorso, nel pieno dell'era della stampa, editori interessati ad entrare o crescere nel mercato puntavano sullo sport. Ad esempio, il Tour de France deve la sua creazione proprio al lancio di una nuova testata sportiva,[21] che non a caso veniva stampata su carta gialla, colore che oggi identifica il leader della corsa. In una realtà in cui il *medium* principale è tuttora la televisione, lo sport continua ad essere un *asset* di cui gli operatori si avvalgono per competere all'interno del mercato. Anzi la rivoluzione televisiva ha permesso di compiere un passo definitivo per la trasformazione della gara sportiva in un vero e proprio contenuto di intrattenimento, come tale proiettato ad essere distribuito su mezzi e piattaforme diverse.[22] Al contempo, è possibile prevedere che lo sport costituirà una delle leve maggiormente impiegate per lo sviluppo delle nuove tecnologie di comunicazione a fini di intrattenimento.
Nonostante il suo indubbio valore, quello sportivo è un contenuto che, dal punto di vista giuridico, è tuttora relegato ad una sorta di limbo. Alla base manca una configurazione compiuta di cosa sia una gara. Sappiamo che dottrina e giurisprudenza hanno lungamente dibattuto sul tema della sua natura giuridica.[23] In particolare, in Italia l'approfondimento ermeneutico si è diviso tra due tesi. Vi è chi ha ritenuto che nelle partite fosse possibile rintracciare un bene oggetto di diritti assoluti, in quanto accostato all'opera autoriale,[24] ovvero perché considerato il frutto dell'attività imprenditoriale dell'organizzatore, a sua volta meritevole di vedersi attribuito il controllo sul risultato del suo investimento. La tesi opposta ha ritenuto che sull'evento potesse essere van-

walls». Cfr. H. Clinton, *Remarks on Internet freedom*, The Newseum, Washington, DC, 21 gennaio 2010. Il problema è semmai chi sia incaricato di ergere queste nuove barriere, se gli Stati siano in grado ancora di farlo o se invece sia un compito ormai assunto da enti privati, che in virtù della loro attività all'interno della rete si pongono in una posizione più agevole dalla quale effettuare controlli on line. Tali riflessioni possono essere messe in correlazione con le affermazioni di un altro leader politico, l'allora presidente della Francia Nicolas Sarkozy, il quale durante il G8 del 2011 ha affermato rivolgendosi ai colossi dei servizi Internet «*the universe you represent is not a parallel universe. Nobody should forget that governments are the only legitimate representa- tives of the will of the people in our democracies. To forget this is to risk democratic chaos and anarchy*», citato così in D. J. Harvey, *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Internet Age*, Oxford, 2017.

[21] J.F. Mignot, *The History of Professional Road Cycling*, in D. Van Reeth - D. J. Larson (eds.), *The Economics of Professional Road Cycling*, New York, 2016, 7.

[22] «*The marriage between professional sports industry and the emerging new media technologies has been a textbook example of mutually beneficial synergy*». Cfr. W. Fisher, *Nothing but internet*, in *Harvard Law Revies*, 110(5), 1997.

[23] P. Auteri, *Diritti esclusivi sulle manifestazioni sportive*, in *AIDA*, 2003, 183

[24] Basti citare il contributo di R. Borruso, *La tutela dello spettacolo sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1966, 16 ss.

tato solo un diritto relativo, di credito,[25] scaturente dal rapporto negoziale esistente, a vario titolo, tra colui che dispone della sede di gara e il pubblico che accede a questa.[26] Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha offerto la propria lettura sulla questione. Nel caso *Premier League*[27], si è affermato che gli eventi sportivi non possono essere qualificati come opere proteggibili ai sensi della normativa sul diritto d'autore, almeno in una prospettiva di diritto comunitario. La decisione comunque non nega, ma anzi prende espressamente atto del fatto che intorno all'evento sportivo ruotino diversi interessi meritevoli di tutela. Pertanto, la sentenza della Corte fa comunque salva la previsione da parte della legislazione nazionale di norme più favorevoli a tutela degli eventi sportivi.[28]

Nonostante la posizione di chiusura rispetto ad un pieno accoglimento dello spettacolo sportivo all'interno dell'alveo del diritto d'autore, lo sport non può certo dirsi privo di tutela.[29] Taluni ordinamenti (come quello italiano) hanno scelto di prevedere espressamente una disciplina a salvaguardia dello sfruttamento degli eventi sportivi.[30] Altri ordinamenti (come quello tedesco), pur rinunciando a formulare una normativa positiva, riconoscono comunque che sull'evento sportivo si concentrino taluni diritti di valore economico meritevoli di tutela.[31] In entrambi i casi l'attenzione dell'ordinamento si concentra prevalentemente sulla dimensione audiovisiva dello sport, perché sebbene la trasmissione delle immagini costituisca solo uno dei possibili canali di sfruttamento commerciale,[32] tuttavia è quello più rilevante in termini economici, con-

[25] L'ipotesi della ricostruzione di un diritto assoluto veniva esclusa già in A. Giannini, *Sulla tutela delle manifestazioni sportive*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1958, 258 ss. La lettura è stata poi ribadita in Cass. civ., sez. I, 29 luglio 1963, n. 2118, in *Foro it.*, I, 1963, 1631 ss., e in Pret. Roma, 18 settembre 1987, in *Dir. inf.*, 1988, 132 ss., con nota di F. Morese, *Manifestazione sportiva: diritti dell'organizzatore e diritto di cronaca.*

[26] D. Pettiti, *In tema di riproduzione cinematografica della gara sportiva,* in *Riv. dir. comm.*, II, 1963, 488 ss. Si veda anche la dottrina tedesca in merito al c.d. *Hausrecht* riconosciuto al proprietario della sede dell'evento. Sul punto R. Hilty - F. Henning-Bodewig, *Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter?*, Stoccarda, 2007.

[27] CGUE, C-403/08, *Football Association Premier League Ltd e altri contro QC Leisure* e altri (2011) e C-429/08, *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd* (2009).

[28] Allorché chiamata ad intervenire, la Cassazione ha negato al "fatto organizzativo" di una manifestazione qualsiasi protezione ai sensi del diritto d'autore, rifiutando espressamente che l'evento costituisca una forma di espressione in cui si estrinseca l'opera di ingegno. Cfr. Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 1988, n. 1264, in *Foro it.,* 1, 1988, 1554 ss.

[29] Si veda B. Van Rompuy - T. Margoni, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, disponibile su www.ssrn.com, febbraio 2014.

[30] Sul d.lgs. 9/2009, si veda *ex pluribus* per uno spunto critico V. Zeno Zencovich, *La statalizzazione dei diritti televisivi sportivi*, in *Dir. inf.*, 6, 2008, 695 ss.

[31] D. Ray, *Sports Broadcasting Laws in Various Jurisdictions: A Comparative Analysis*, pubblicato su www.ssrn.com, aprile 2014.

[32] Secondo la Corte d'Appello di Parigi il diritto sull'evento sportivo dovrebbe comprendere ciascuna e tutte le attività economiche volte a generare un profitto, che non esisterebbero senza far leva sull'evento sportivo medesimo. Court d'Appel de Paris, Arret del 14 ottobre 2009, 08/19179 (*Unibet Int. v Federation Francaise de Tennis*). La giurisprudenza italiana si esprime in modo più didascalico includendo «Tra le forme di sfruttamento economico del servizio-spettacolo può includersi, insieme alla vendita dei biglietti o alla locazione di spazi pubblicitari, anche la cessione a terzi della facoltà di riprendere le immagini degli incontri sportivi e di ritrasmetterle». Trib. Catania, 20 ottobre 1988, in *Riv. dir. comm.,* II, 1990, 249 ss.

siderati i valori che contraddistinguono il mercato della vendita dei diritti televisivi.[33] Per tale ragione, le considerazioni sulla tutela dell'evento sportivo spesso coincidono con quelle pertinenti la protezione delle trasmissioni televisive.[34]

La normativa italiana laddove ha inteso tutelare gli eventi sportivi si è concentrata sullo sfruttamento televisivo delle partite dei campionati professionistici,.[35] In tal senso, il d.lgs. 9/2008 relativo a "Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse" riconosce che la Lega professionistica e i club sono contitolari dei diritti audiovisivi relativi alle partite. Soluzioni analoghe, in modo più o meno esplicito, sono rintracciabili anche in altri ordinamenti.[36] Alla base di tali esperienze vi è l'attenzione volta a creare una posizione di esclusiva,[37] che consenta d'un lato di ricavare profitti mediante le licenze trasmissive e dall'altra di proteggere tale indubbio valore economico da forme di appropriazione e sfruttamento non autorizzate.[38] Il risultato è che sebbene alla base non vi sia un'opera autoriale né un bene immateriale in senso proprio, cionondimeno taluni eventi sportivi, una volta considerati come oggetto di ripresa e trasmissione, si avvalgono

[33] Il Parlamento europeo ha espressamente sottolineato la relazione biunivoca che sussiste tra media e sport, affermando che i «*media rights are the primary source of income for professional sport in Europe, income which is inter alia, also reinvested in grass-roots training, facilities and community projects, and sport events are a popular source of content for many media operators*». Cfr. Commissione europea, *White Paper on Sport*, Bruxelles, 11 luglio 2007, COM (2007), 391.

[34] In merito alla tutela dei *broadcaster* si veda L. Guibault - R. Melzer, *The legal protection of broadcast signals*, in *IRIS Plus*, 10, 2004, 2 ss.

[35] Il che quindi riduce l'attenzione del legislatore alle serie maggiori dei campionati di calcio e basket.

[36] La soluzione offerta dalla dottrina tedesca parte dal concetto di *Hausrecht*, per cui il diritto di sfruttamento economico discende automaticamente dal diritto dominicale. Cfr. Olg Frankfurt, 15 dicembre 1998, *SpuRt*, 1999, 200 ss.

[37] Viene alla mente un caso affrontato dalla giustizia statunitense, tra l'Associazione cestitisca Americana (NBA) e la società di tecnologie mobile Motorola. Il caso verteva sulla contestazione di NBA avverso un servizio (Sportrax) di Motorola che forniva informazioni 'live' sulle partite della NBA (il servizio non si limitava a dare l'aggiornamento del risultato, ma forniva costantemente statistiche e dettagli della partita, coniugano l'indicazione dei punti, rimbalzi e dei minuti mancanti, con allarmi sonori che scandivano l'andamento delle fasi della partita. Secondo la lega di basket i diritti su quelle informazioni erano di sua proprietà e non potevano essere utilizzati per creare un nuovo prodotto da parte di una azienda diversa. *In nuce*, l'azione di NBA si fondava sulla considerazione che un simile aggiornamento continuo dell'andamento delle partite implicava l'appropriazione dell'essenza stessa della competizione, ovvero l'attenzione del pubblico verso i risultati. Nelle parole del giudice si tratta di una «*misappropriation of the essence of NBA's most valuable property, the excitement of an NBA game in progress*». Cionondimeno la Corte non ha riconosciuto un pieno diritto di copyright sulla competizione, ma ha ritenuto che quella della NBA, lungi dall'essere l'affermazione di un diritto proprietario sull'evento, costituisce la pretesa di chi, avendo effettuato investimenti nella creazione del campionato, esercita una legittima pretesa volta a prevenire sfruttamenti non autorizzati. Cfr. *National Basketball Association and NBA Properties, Inc. c. Sports Team Analysis and Tracking Systems, Inc., d/b/a Stats, Inc. e Motorola Inc., d/b/a Sportstrax*, 96 Civ. 1615 (LAP), United States District Court for the Southern District of New York, 1996 U.S. Dist. LEXIS 10262.

[38] Si pensi al rapporto conflittuale tra radio locali e club che ha conosciuto un acceso conflitto negli anni '80. La giurisprudenza affermava già allora che «Va accolta la richiesta di provvedimento d'urgenza, avanzata dalla Lega calcio in nome e per conto di società sportive (ad essa affiliate), titolari del diritto esclusivo di sfruttamento economico degli incontri da loro organizzati, per inibire la cessione di filmati o registrazioni delle partite ad emittenti televisive private, da parte di soggetto che tale diritto non aveva acquistato dai titolari». Così Pret. Roma, 3 luglio 1981, in *Foro it.,* I, 1981, 2314 ss.

di strumenti tipici delle norme sulla proprietà intellettuale.[39] D'altra parte, come pure riconosciuto a livello comunitario l'emissione televisiva va protetta in quanto tale, indipendentemente dal fatto che questa emissione includa o meno contenuti protetti[40]. In questo senso il *broadcaster* gode di un diritto connesso sulle proprie trasmissioni. Al contempo, come già rilevato dalla Corte di giustizia nel caso *Premier League,* l'emissione televisiva dell'evento sportivo comporta tipicamente la diffusione, e quindi lo sfruttamento, di elementi accessori, e chiaramente tutelati da diritti di proprietà intellettuale, come gli inni e i loghi delle squadre e delle manifestazioni sportive.

In aggiunta a quanto precede, la qualificazione dell'evento sportivo non può tralasciare il fatto che alle trasmissioni di talune competizioni viene conferito il profilo dei cd. contenuti *premium*.[41] Si tratta di prodotti audiovisivi che svolgono un ruolo primario per i broadcaster in quanto esercitano una specifica forza attrattiva verso il pubblico. Il loro inserimento nel palinsesto è in grado di differenziare l'offerta commerciale del broadcaster che ne detenga i diritti trasmissivi rispetto a tutti gli altri competitor.

Come anticipato le trasmissioni degli eventi sportivi, come ogni altro contenuto audiovisivo, sono coinvolte nel processo di digitalizzazione audiovisiva, cui si accompagna quello di convergenza dei mezzi di comunicazione e il conseguente e più facile superamento delle frontiere. Tuttavia, il sistema di commercializzazione dei diritti di trasmissione si è sviluppato, storicamente, stanti i sistemi televisivi principalmente interessati da questo tipo di sfruttamento e i rispettivi sistemi di regole, secondo uno schema basato su licenze territoriali, geograficamente limitate ai confini nazionali di un Paese, in cui il titolare dei diritti offre quindi il proprio prodotto rivolgendosi agli operatori attivi in ogni singolo Paese. Questo modello è speculare a quello tradizionalmente seguito per le opere cinematografiche e musicali. Tale struttura garantisce maggiori possibilità di monetizzazione, nonché una migliore capacità di adattarsi alle preferenze del pubblico nazionale, che non fruisce dello sport nello stesso modo in tutti i Paesi.

Nell'ambito della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi la questione dei confini è emersa prepotentemente, come del resto avvenuto anche con riguardo ad altre tipologie di contenuti. La questione preminente concerne la compatibilità tra il sistema tradizionale di distribuzione dei prodotti audiovisivi e i principi dell'Unione europea. Il primo si è sviluppato seguendo un'impronta marcatamente ispirata alla segmentazione dei mercati, individuandone tendenzialmente uno per ciascuno Stato. Ad ogni Paese corrisponde così ad un distinto territorio di sfruttamento, che disegna i suoi confini ricalcando quelli geografici. L'impostazione si pone così in linea con la territorialità del diritto d'autore, nonché con una naturale quanto tradizionale impostazione commerciale, in virtù della quale in ciascuno Stato esistono distributori, emittenti ed operatori nazionali, i quali spesso detengono l'infrastruttura e il know-how necessari.

---

[39] R. Arnold, *Copyright in Sporting Events and Broadcasts or Films of Sporting Events after Norowzian*, in *The Yearbook of Copyright and Media Law*, 2001/2002, 51 ss.

[40] Si veda l'art. 8, par. 3, della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

[41] *UEFA Champions League* (Case COMP/C.2-37.398) Commission Decision (2003) OJ L 291/25, §§ 73-75.

Tuttavia, la commercializzazione su base nazionale comporta evidentemente che il mercato unico continui ad essere diviso, impedendo un pieno dispiegarsi della libertà di movimento e di prestazione e circolazione dei beni e servizi,[42] in contrasto, per esempio, con i principi di unità economica, che contraddistinguono il progetto europeo. Riflettendo proprio sull'esperienza comunitaria, la compressione di tali istanze non costituisce necessariamente una pratica da censurare, ma può considerarsi giustificata solo qualora sia funzionale alla promozione di interessi ritenuti meritevoli. Non a caso, la distribuzione su base nazionale è stata oggetto di indagine da parte della Corte di giustizia già nel caso *Coditel*, in cui si è riconosciuta la specificità del settore cinematografico.[43]

Successivamente, con la sentenza nel caso *Premier League*, la Corte è tornata nuovamente sul punto stabilendo che le restrizioni previste negli accordi di licenza tra fornitori di contenuti e emittenti, che impongano un'esclusiva territoriale assoluta, sono contrarie al diritto comunitario. Il licenziante non può richiedere all'emittente di rifiutare la fornitura dei propri servizi rispetto a richieste, non sollecitate, che provengano da utenti al di fuori del territorio autorizzato. Analogamente, la legislazione nazionale che vieta l'importazione, la vendita e l'uso di dispositivi di decodifica da un altro Stato membro è da considerarsi in violazione della libera circolazione dei servizi.

La decisione citata non ha messo in discussione il sistema delle licenze territoriali, ma ha tentato di limitare la creazione di segmentazioni assolute del mercato, motivate esclusivamente dal tentativo di estrarre un extra-profitto dalla commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi. La posizione espressa dalla Corte ha avuto poi seguito in un successivo intervento della Commissione, che ha aperto un'indagine sul meccanismo di licenza in essere tra le major cinematografiche americane e i broadcaster europei.[44]

Le considerazioni espresse in passato sono poi confluite nel progetto di riforma promosso dalla Commissione europea e denominato *Digital Single Market Strategy*.

Tra gli obiettivi di modernizzazione del copyright assunti la Commissione europea si è prefissata di porre fine all'imposizione di sistemi di c.d. *geo-blocking* - almeno laddove reputata ingiustificata[45] - considerando tale pratica discriminatoria ed ispirata esclusi-

[42] La creazione di un mercato pan-europeo fa parte della strategia EU2020. Cfr. Comunicazione della Commissione europea, Europe 2020 – A European strategy for smart sustainable and inclusive growth, Bruxelles 3 marzo 2010, COM(2010).

[43] La Corte si è pronunciata affermando «*The characteristics of the cinematographic industry and of its markets in the community, especially those relating to dubbing and subtitling for the benefit of different language groups, to the possibilities of television broadcasts, and to the system of financing cinematographic production in Europe serve to show that an exclusive exhibition licence is not, in itself, such as to prevent, restrict or distort competition*». Cfr. CGUE, C-262/81, *Coditel v. Ciné Vog Films et al. (Coditel II)* (1982), § 16.

[44] L'indagine è stata avviata nel gennaio 2014. L'allora Commissario Joaquin Almunia a commento dell'apertura dell'indagine nei confronti delle major cinematografiche ha affermato «*we are not calling into question the possibility to grant licenses on a territorial basis, or trying to oblige studios to sell rights on a pan-European basis*». Si veda il comunicato stampa disponibile *online*.

[45] Per una ricostruzione dell'utilizzo degli strumenti *geo-blocking* a fini di massimizzazione dello sfruttamento dei diritti d'autore e connessi e per un'analisi dell'evoluzione dell'utilizzo di questi strumenti nel contesto della Digital Single Market Strategy si veda G. Campus, *Legal implications of geo-blocking measures and the EU draft Regulation on Portabily*, in M. Franzosi - O. Pollicino - G. Campus (a cura di), *The Digital Single Market Copyright*, Roma, 2016. Si noti peraltro che il legislatore comunitario è intervenuto a regolare il *geo-blocking*, anche se per aspetti che esulano dal diritto d'autore e diritti connessi, con il

vamente a ragioni commerciali. All'esito del dibattito sulla riforma del mercato digitale, tra i primi provvedimenti adottati vi è stato proprio il regolamento 2017/1128/UE sulla portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti on line (d'ora in avanti, il "Regolamento Portabilità").[46] Sebbene il regolamento non bandisca la pratica del *geo-blocking* all'interno del mercato audiovisivo, infrange però il sistema di licenza tradizionale, aprendo ad un mercato dove, a talune condizioni, i confini geografici vengono meno all'interno della UE.

4. Il regolamento sulla portabilità dei servizi di contenuti on line e il principio di territorialità

Si può ora verificare quali siano i rapporti tra sistemi *cloud*, comunicazione al pubblico di contenuti audiovisivi in forma digitale e impatti sul principio di territorialità. Il Regolamento Portabilità introduce un primo elemento di accessibilità *cross-border* dei contenuti audiovisivi. Anche la proposta di regolamento su alcune ritrasmissioni on line di servizi radiotelevisivi[47] ove approvata, introdurrebbe un concetto più ampio, ancorché limitato a servizi molto specifici (i.e. servizi di *simulcast* di canali televisivi/radiofonici trasmessi online, accanto alla radiodiffusione tradizionale via satellite, via cavo o terrestre, servizi di catch-up TV e podcast), di accesso transfrontaliero ai contenuti distribuiti via *cloud*.

Il Regolamento Portabilità introduce nell'ordinamento comunitario, con diretta applicabilità in tutti gli Stati Membri, il diritto per gli utenti di servizi di contenuti on line fruibili in portabilità di accedere ai contenuti anche quando sono temporaneamente

regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE. Questo regolamento mira ad evitare che gli operatori attivi in uno Stato membro blocchino o limitino l'accesso alle interfacce online, come i siti Internet e le applicazioni, a clienti di altri Stati membri che desiderano effettuare transazioni transfrontaliere o applichino condizioni generali diverse di accesso ai propri beni e servizi ai clienti di altri Stati membri, sia online che offline.

[46] Regulation (EU) 2017/1128 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017on cross-border portability of online content services in the internal market, Official Journal of the European Union L 168 of 30 June 2017, come emendato da Corrigendum to 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, Official Journal of the European Union L 198/42 of 28 July 2017. Cfr. G. Campus, *EU Regulation 2017/1128/EU on the cross-border portability of online content services: a first analysis*, disponibile su www.copyrightblog.kluweriplaw.com, 7 dicembre 2017; A. Pohl, *Cross-border portability of online content services in the internal market*, Faculty of Law of the University of Oslo, 2017. Con riferimento ai lavori preparatori del Regolamento Portabilità, G. Campus, *Recent developments on the EU Proposal for a Regulation on cross-border portability*, in www.copyrightblog.kluweriplaw.com, 19 dicembre 2016; K.N. Peifer, *The Proposal of the EU Commission for a Regulation on Ensuring the Cross-Border Portability of Online Content Services in the Internal Market*, in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, 2016, 163 ss.

[47] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici, 14 settembre 2016, COM(2016) 594 final.

residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui è stato sottoscritto l'abbonamento al servizio e in cui i contenuti sono abitualmente fruiti. Il regolamento è entrato in vigore l'1 aprile 2018 ed ha impatto su popolari piattaforme di *video-on-demand* (come Netflix, HBO Go, Amazon Prime, Mubi, Chili TV), servizi televisivi on line (come Now TV di Sky, Viaplay di Viasat Voyo), servizi di *streaming* musicale (come Spotify, Deezer, Google Music) o *game online marketplaces* (come Steam, Origin). Secondo la Commissione europea[48], le nuove norme sulla portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti on line riflettono i nuovi modi in cui gli europei godono dei servizi culturali e di intrattenimento. Nel 2016, il 64% dei cittadini dell'Unione utilizzava Internet per giocare o scaricare giochi, immagini, film o musica. Lo hanno fatto sempre più attraverso i dispositivi mobili. In un'indagine condotta dall'UE nel 2015, un europeo su tre desiderava la portabilità transfrontaliera. Per i giovani questa possibilità era ed è ancora più importante. La metà delle persone di età compresa tra i 15 ei 39 anni pensava che la portabilità e l'accesso al servizio a cui erano abbonati quando viaggiavano in Europa fosse importante. Il legislatore comunitario peraltro riconosce, al considerando 5, che anche gli eventi sportivi sono tipicamente influenzati nelle loro potenzialità di comunicazione transfrontaliera dalle problematiche di diritto d'autore che affliggono la portabilità dei servizi di contenuti on line, pur essendo controversa la loro soggezione alla tutela autoriale[49].

Il Regolamento Portabilità è una delle prime iniziative della Commissione nell'ambito della Strategia per il Mercato Unico Digitale ("DSMS"), volto a favorire un migliore accesso ai contenuti digitali (§ 2.4 DSMS) e a prevenire pratiche di geo-blocco ingiustificate (§ 2.3 DSMS). Una pratica comune nel settore della distribuzione di contenuti on line è la prevenzione dell'accesso ai servizi audiovisivi on line dall'estero mediante l'identificazione dell'indirizzo IP che richiede l'accesso ai servizi audiovisivi, impedendo in tal modo l'accesso sia per i consumatori che richiedono l'accesso da un altro Stato Membro che per i consumatori che risiedono abitualmente nello Stato membro in cui sono distribuiti i servizi audiovisivi, ma che risiedono occasionalmente in un altro Stato membro.

Con il Regolamento Portabilità il legislatore comunitario ha inteso garantire che i consumatori possano fruire di servizi di contenuti on line portabili non soltanto nel loro

[48] Cfr. Commissione europea, *Cross-border portability of online content services*.

[49] Così il considerando 5 del Regolamento Portabilità, con riferimento alle pratiche che limitano la portabilità dei servizi di contenuti on line, precisa che «Lo stesso vale per contenuti, come gli eventi sportivi, che non sono protetti dal diritto d'autore ovvero da diritti connessi a norma del diritto dell'Unione, ma che potrebbero essere protetti dal diritto d'autore ovvero dai diritti connessi ai sensi del diritto nazionale o in virtù di altra normativa nazionale specifica e che spesso sono anche concessi in licenza dagli organizzatori di tali eventi o offerti da fornitori di servizi di contenuti online su base territoriale. Le trasmissioni di tali contenuti da parte di organismi di diffusione radiotelevisiva sono protette dai diritti connessi che sono stati armonizzati a livello dell'Unione. Inoltre, le trasmissioni di tali contenuti includono spesso elementi protetti dal diritto d'autore, quali musica, grafica o sequenze video di apertura o di chiusura. Ancora, alcuni aspetti di trasmissioni con tale contenuto, specialmente quelle relative a eventi di diffusione radiotelevisiva di particolare rilevanza per la società nonché di brevi estratti di cronaca su eventi di grande interesse pubblico sono stati armonizzati dalla direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. I servizi di media audiovisivi ai sensi della direttiva 2010/13/UE comprendono infine servizi che forniscono accesso a contenuti quali eventi sportivi, notiziari o programmi di attualità».

Stato membro di residenza ma anche quando sono temporaneamente presenti in un altro Stato membro per motivi di svago, viaggio, lavoro o studio. I servizi in questione sono essenzialmente i c.d. Over The Top (OTT), fruibili via Internet e che prevedono il caricamento dei contenuti su una o più CDN (Content Delivery Network). Questi servizi offrono sostanzialmente funzionalità di *cloud storage* di contenuti audiovisivi, che poi sono oggetto di richieste di accesso (o delivery) da parte di dispositivi in genere portabili, come smartphone e tablet (di qui il concetto di "portabilità").

Ovviamente questi servizi di accesso a contenuti audiovisivi via *cloud* si prestano per loro natura a un accesso transfrontaliero, visto che i contenuti sono "residenti" su CDN che possono essere localizzate ovunque[50]. Il legislatore comunitario, nella consapevolezza di questa caratteristica della comunicazione via *cloud* e per rendere possibile la fornitura di questi servizi *cross-border*, in deroga al principio di territorialità degli atti di sfruttamento delle opere protette dal diritto d'autore, introduce una *fictio iuris* con cui l'atto di sfruttamento dei contenuti on line si considera avvenuto in Italia, ad esempio, anche se questo in realtà avviene in altro Stato membro[51].

Sembra significativo notare che il considerando 23 del Regolamento Portabilità prevede la possibilità per il fornitore del servizio di consentire all'abbonato l'accesso ai contenuti forniti legittimamente dal fornitore che opera nello Stato membro in cui l'abbonato è temporaneamente presente[52]. E questo sembrerebbe in aggiunta (e non in alternativa) alla portabilità del contenuto e all'operare della *fictio iuris* di cui all'art. 4 del Regolamento. Come a dire, Netflix potrebbe consentire ai suoi clienti italiani temporaneamente residenti nel Regno Unito di accedere in portabilità al Netflix "italiano" e/o di accedere direttamente al Netflix "inglese" (si consideri che spesso i contenuti sono disponibili in più lingue o con più sottotitoli). Da questo considerando n. 23 sembra potersi ricavare un aspetto di sicuro interesse per l'interpretazione del regolamento. Si tratterebbe, infatti, di un indice del fatto che il legislatore comunitario mira al c.d. *effetto*

[50] La distribuzione di contenuti tramite Content Delivery Network (CDN) si presta per sua natura all'accesso transfrontaliero, dal momento che i contenuti sono ospitati su server centralizzati e la distribuzione avviene via Internet in modalità c.d. *unicast*, cioè tramite dispositivi *client* (ormai tipicamente dispositivi in portabilità) che inviano una richiesta di accesso alla CDN facendosi identificare tramite un indirizzo IP. La comunicazione si dice in questo casi "da punto a punto", in quanto parte da un server centralizzato presso la CDN e arriva al *client* richiedente l'accesso, a differenza delle forme tradizionali di distribuzione dei contenuti c.d. *broadcast*, in cui i contenuti sono irradiati da un'unica fonte a tutti gli apparecchi in grado di ricevere (coì avviene la distribuzione via satellite e via digitale terrestre). Per evitare che l'accesso *unicast* avvenga da paesi diversi da quelli di residenza abituale degli utenti, in cui tipicamente sono sottoscritti gli abbonamenti, le CDN devono essere programmate per filtrare gli indirizzi IP riconosciuti come provenienti da Stati diversi da quello di residenza, impendendo in questi casi l'accesso *unicast* ai contenuti.

[51] Regolamento Portabilità, art. 4, "Localizzazione della prestazione di servizi di contenuti online, dell'accesso agli stessi e della loro fruizione": «La prestazione di un servizio di contenuti online a norma del presente regolamento a un abbonato che sia temporaneamente presente in uno Stato membro, nonché l'accesso a tale servizio e la sua fruizione da parte dell'abbonato si considerano come avvenuti esclusivamente nello Stato membro di residenza dell'abbonato».

[52] Regolamento Portabilità, considerando 23: «Il presente regolamento, e in particolare il meccanismo giuridico mediante il quale la fornitura di un servizio di contenuti online, l'accesso allo stesso e la sua fruizione, sono considerati come avvenuti nello Stato membro di residenza dell'abbonato, non limita un fornitore dal consentire all'abbonato anche l'accesso ai contenuti forniti legittimamente dal fornitore e la loro fruizione nello Stato membro in cui l'abbonato è temporaneamente presente».

utile sul consumatore, a prescindere dalle modalità per superare i limiti dell'odierno sistema incentrato sulla territorialità dello sfruttamento delle opere protette da diritto d'autore. Questo aspetto può essere reso ancora più evidente se letto in congiunzione con il considerando 12 del Regolamento Portabilità, dove è esplicitato l'obiettivo di «adattare il quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e diritti connessi […] offrendo pertanto ai consumatori un mezzo supplementare per accedere legittimamente a contenuti online senza compromettere l'elevato livello di protezione garantito dal diritto d'autore e dai diritti connessi nell'Unione, senza modificare i modelli esistenti per la concessione di licenze, tra cui le licenze territoriali». Da tali indici sembra doversi ricavare una certa cautela nell'inferire l'introduzione nell'ordinamento comunitario di modifiche sistematiche all'impianto normativo di diritto d'autore, e in particolare alla regola della territorialità, dovendosi ancora rimarcare la differenza tra un "mezzo supplementare" come la regola della portabilità, basata su una *fictio iuris*, e la regola (tuttora in discussione) sull'accesso transfrontaliero ai contenuti distribuiti via Internet, che invece richiederebbe un più ampio ripensamento del quadro normativo comunitario[53].

Alla luce di questa ricostruzione sembrano pertanto esservi concreti indici per sostenere che con il Regolamento sulla Portabilità il legislatore comunitario non abbia mirato tanto a riscrivere le regole di diritto d'autore e a sovvertirne i principi bensì a porre sui fornitori di servizi di contenuti on line degli obblighi – giustificati in chiave di tutela del consumatore – volti a consentire ai servizi sul *cloud* di operare secondo le loro effettive potenzialità transfrontaliere, a prescindere dai limiti propri del diritto d'autore E al fornitore sembrerebbe essere lasciata una scelta: offrire al consumatore l'accesso al servizio dello Stato membro in cui il consumatore si trova anche temporaneamente (l'esempio dell'italiano abbonato a Netflix in Italia che accede al servizio Netflix UK quando è temporaneamente nel Regno Unito) – rispettando così formalmente il principio di territorialità del diritto d'autore ma cambiando il modello di business su base territoriale del fornitore – oppure offrire all'abbonato italiano l'accesso al Netflix "italiano" in portabilità anche quando è temporaneamente nel Regno Unito – in questo caso con una *fictio iuris* che deroga al principio di territorialità del diritto d'autore ma senza modificare il modello di business su base territoriale del fornitore.

Quanto esposto sembra dimostrare come il Regolamento Portabilità evidenzi delle tensioni tra la volontà di adattare il quadro normativo comunitario a forme di comunicazione dei contenuti audiovisivi che tipicamente avvengono tramite servizi *cloud* - e quindi per loro natura hanno un carattere transfrontaliero – e una certa cautela ad affrontare il nodo centrale del principio della territorialità del diritto d'autore – ricorrendo quindi a strumenti di vario genere per conseguire l'effetto utile per il consumatore, dalla *fictio iuris* sul luogo di sfruttamento dell'opera fino all'offerta di modalità di accesso ai contenuti formalmente rispettose della territorialità ma di fatto aperte a utilizzatori che siano solo temporaneamente presenti in uno Stato membro.

Con la proposta di regolamento sulle ritrasmissioni on line la Commissione UE (vedi

[53] Si veda P.B. Hugenholtz, *Making the Digital Single Market work for copyright. Extending the Satellite and Cable Directive to content services on line*, in M. Franzosi - O. Pollicino - G. Campus (a cura di), *The Digital Single Market Copyright*, cit.

nota 47) sembrerebbe proporre un passaggio ulteriore verso l'accesso transfrontaliero ai servizi di contenuti audiovisivi, introducendo, seppur un ambito limitato, il principio del paese d'origine per gli atti di comunicazione al pubblico che avvengano via Internet che quindi sarebbero considerate come aventi luogo esclusivamente nello Stato membro in cui si trova la sede principale dell'organismo di diffusione radiotelevisiva e dovrebbero essere autorizzate dai titolari dei diritti in un solo Stato Membro, per essere poi accessibili in tutta l'Unione europea[54].

Gli organismi di diffusione radiotelevisiva trasmettono quotidianamente un elevato numero di notiziari, documentari, programmi culturali, politici o di intrattenimento e, appunto, eventi sportivi, le cui licenze vengono acquistate presso terzi. Ciò richiede una complessa gestione dei diritti tra una moltitudine di titolari. Spesso, i diritti devono essere acquisiti in un breve arco di tempo. Al fine di rendere disponibili i propri servizi al di là delle frontiere, gli organismi di radiodiffusione devono disporre dei diritti necessari per i pertinenti territori, il che aumenta la complessità dell'acquisizione dei diritti. Per la radiodiffusione via satellite l'acquisizione dei diritti è stata agevolata dall'applicazione del principio del paese di origine sancito dalla direttiva sulla trasmissione via satellite e via cavo (direttiva 93/83/CEE), che consente alle emittenti di acquisire i diritti soltanto in uno Stato membro. La suddetta direttiva non si applica quando un'emittente acquisisce i diritti per i propri servizi online. La Proposta intende promuovere anche la fornitura transfrontaliera di servizi online accessori alle trasmissioni e agevolare la ritrasmissione digitale su reti chiuse di programmi radiofonici e televisivi di altri Stati membri mediante l'adeguamento del quadro giuridico dell'Unione.

Si tratterebbe evidentemente di una seconda *fictio iuris*, dopo quella del Regolamento sulla Portabilità che porrebbe seriamente in discussione la forbice tra regola ed eccezione in materia di diritto d'autore quanto al principio di territorialità e sarebbe il segnale di un *trend* legislativo decisamente orientato a favorire la più ampia circolazione dei contenuti, anche transfrontaliera, a livello comunitario, in un contesto ovviamente che garantisca la diffusione di contenuti lecitamente trasmessi e tuteli le forme di remunerazione di tutti gli sfruttamenti delle opere protette.

[54] Si veda la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radiotelevisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici, 14 settembre 2016, COM(2016) 594 final. Art. 2, "Applicazione del principio del "paese d'origine" ai servizi online accessori": «Le azioni di comunicazione al pubblico e di messa a disposizione che hanno luogo quando un servizio online accessorio è fornito da un organismo di diffusione radiotelevisiva o sotto il suo controllo e la sua responsabilità, nonché le azioni di riproduzione necessarie per la fornitura, l'accesso o l'utilizzo del servizio online accessorio sono, nell'ambito dell'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi pertinenti per tali azioni, considerate come aventi luogo esclusivamente nello Stato membro in cui si trova la sede principale dell'organismo di diffusione radiotelevisiva. Nel fissare l'importo del pagamento da effettuare per i diritti soggetti al principio del paese d'origine quale stabilito al paragrafo 1, le parti contraenti tengono conto di tutti gli aspetti del servizio online accessorio quali le caratteristiche del servizio, il pubblico e la versione linguistica». Sul punto di un più ampio ricorso nell'ambiente della comunicazione via Internet al principio del paese d'origine, si veda più ampiamente ancora P.B. Hugenholtz, *Making the Digital Single Market work for copyright. Extending the Satellite and Cable Directive to content services on line*, in M. Franzosi - O. Pollicino - G. Campus (a cura di), *The Digital Single Market Copyright,* cit.

5. Conclusioni

Alla luce di queste brevi riflessioni sembra pertanto difficile stabilire dove si collocherà il punto di equilibrio tra unità e pluralismo culturale nel settore sportivo, in particolare con riferimento alla dimensione transfrontaliera dalla comunicazione degli eventi sportivi. Sembra potersi evidenziare tuttavia una linea di tendenza – anche a livello normativo - in cui l'evento sportivo accentua la sua natura di contenuto audiovisivo destinato alla comunicazione. Un siffatto inquadramento induce a sua volta i soggetti economici che investono maggiormente nella produzione dei contenuti audiovisivi a ricorrere allo strumentario proprio della proprietà intellettuale. Questo, infatti, appare maggiormente aderente alle esigenze sollevate dal mercato. L'utilizzo degli strumenti tipici della proprietà intellettuale, applicati al settore sportivo, potrebbe limitare la circolazione transfrontaliera dell'evento sportivo inteso come contenuto audiovisivo. E tuttavia proprio l'armonizzazione degli strumenti tipici della proprietà intellettuale all'evoluzione tecnologica può bilanciare questa tendenza a limitare il pluralismo culturale nella sua dimensione di comunicazione. Anche il diritto d'autore sta evolvendo, seppur in modo ancora parziale e sulla base di regole eccezionali, in un senso che mira a favorire alcune forme di accesso transfrontaliero agli eventi sportivi.

Eppure, si può discutere sul fatto che vi possa essere pluralismo laddove si cavalchi il processo di affievolimento dei confini. Il venir meno della segmentazione del mercato apre le strade a soggetti dalle dimensioni sempre più grandi e multinazionali. Una struttura di mercato oligopolistica a livello continentale rischia di assorbire ogni margine di differenziazione nazionale in ossequio ad obiettivi di efficienza e a logiche di economia di scala. Un simile processo rischia così di agevolare una omologazione dei contenuti, anche a discapito del pluralismo e delle diversità culturali.

Note a Sentenza
Sezione Italia

L'effetto affievolitivo del decorso del tempo rispetto ai fattori di cronaca

Aurora Vesto

Corte di Cassazione, sez. III civile, ord. 26 giugno – 5 novembre 2018, n. 28084

Il bilanciamento del diritto di cronaca, posto al servizio dell'interesse pubblico all'informazione, e del diritto all'oblio, posto a tutela della riservatezza della persona, costituisce una tematica che ha formato oggetto, diretto o indiretto, di alcune decisioni della Prima e della Terza Sezione della Corte di Cassazione. La relazione fra questi due diritti, che presuppone una ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale, sia dell'ordinamento interno che di quello sovranazionale, ha determinato la remissione della questione alle Sezioni Unite.

Keywords

Dati personali, Diritto di cronaca, Libertà di stampa, Utilità sociale dell'informazione, Diritto all'oblio.

Con l'ordinanza interlocutoria n. 28084/2018 la Cassazione ha demandato alle Sezioni Unite l'individuazione dei criteri di riferimento per delineare il bilanciamento delle due posizioni di interesse, alla informazione pubblica da un lato e alla riservatezza privata dall'altro, al fine di tracciarne la relativa prevalenza, in una riconsiderazione sistematica di tipo assiologico.

Il caso che ha condotto alla devoluzione dell'intervento delle Sezioni Unite, attiene alla rievocazione da parte di un quotidiano di un episodio di cronaca nera, avvenuto ventisette anni prima e terminato con una sentenza di condanna, a dodici anni di reclusione, che l'uomo condannato aveva espiato per essersi reso responsabile dell'omicidio della moglie.

L'uomo propone ricorso in Cassazione, avverso una sentenza della Corte d'Appello che (in conformità agli esiti del giudizio di prima istanza) aveva respinto la domanda proposta dal ricorrente nei confronti del quotidiano nazionale e della giornalista che avevano, rispettivamente, pubblicato e scritto l'articolo.

Specificatamente, il quotidiano aveva inserito l'episodio all'interno di una rubrica settimanale, dedicata agli avvenimenti più rilevanti della città accaduti negli ultimi trenta/quarant'anni; con questa rubrica, dunque, il giornale aveva inteso rievocare alcuni fatti di cronaca nera che, a causa di diverse ragioni (quali l'efferatezza del delitto, la giovane o giovanissima età della vittima o degli assassini, il particolare contesto nel quale era maturato e si era svolto l'omicidio, la straordinarietà della decisione giudiziaria), ave-

vano profondamente colpito e turbato la collettività della piccola città di riferimento.
A detta dell'attore, la rievocazione dell'episodio di cronaca nera, a distanza di così tanto tempo dall'accaduto, si poneva in violazione del suo diritto all'oblio, poiché una rievocazione siffatta realizzava "di per sé un trattamento disumano per qualsiasi persona (per quanto colpevole di un grave delitto)". In particolare, l'attore lamentava che da questa riproposizione dell'accaduto sorgeva in lui una nuova angoscia per essere nuovamente esposto alla "gogna mediatica".
I convenuti avevano contestato la domanda attorea rilevando, soprattutto, che la rievocazione dell'avvenimento a distanza di ventisette anni non integrava una violazione del diritto all'oblio dell'uomo, poiché la pubblicazione, collocata in una rubrica settimanale dedicata al ricordo di alcuni avvenimenti (non con lo scopo di riportare alla memoria una tragica vicenda di cronaca, ma per offrire ai lettori una riflessione su temi così delicati), accaduti nella stessa città negli ultimi trenta/quarant'anni, non presentava il carattere della illiceità; ed, infine, i convenuti facevano notare che l'attore aveva altresì promosso un procedimento contro il quotidiano davanti al Garante per il trattamento dei dati personali, ma che questo procedimento si era concluso con la mancata adozione di provvedimenti sanzionatori.
Sia in prima istanza che in appello, dunque la domanda del ricorrente è stata rigettata sul presupposto che, nel caso di specie, sia prevalente l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, in quanto la pubblicazione espletata in una rubrica volta a contenere casi circoscritti ma avvinti tra loro, sia per un determinato arco temporale (trenta/quarant'anni) e sia per la rilevanza negativa che il caso ha rappresentato per la cittadina coinvolta, non eccede il principio di continenza espositiva della notizia.
La fattispecie coinvolge il bilanciamento di due importanti e delicati diritti costituzionalmente garantiti. I diritti e le libertà costituzionali sono espressi come "principi" e, dunque, come tali essi presentano una elevata genericità, senza gerarchie o precedenze. Tuttavia, seppur in astratto questi principi non collidano fra loro, in concreto può accadere che, in una determinata situazione, si registri un contrasto tra due rispettivi diritti, costituzionalmente garantiti, che si ergono in modo diverso: questi diritti, infatti, sono incompatibili non su un piano astratto ma su quello riferibile alla loro concreta esplicazione, cioè alla conoscenza pubblica o alla riservatezza privata. Dunque, nella tensione dialettica dei due diritti, uno dei due subisce una limitazione a favore dell'altro; in questa spirale, perciò, le libertà costituzionalmente garantite subisco una "contrazione", che l'ordinanza interlocutoria pone in rilievo attraverso una ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale, in materia di bilanciamento del diritto di cronaca e del diritto all'oblio.
In molti casi è la stessa Costituzione ad indicare quando il diritto può essere limitato: si pensi alla libertà personale nell'elezione del proprio domicilio che è "inviolabile" (art. 14, c. 1, Cost.) a meno che le ispezioni, o le perquisizioni, o i sequestri siano giustificati da "casi e modi stabiliti dalle legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale" (c. 1): cioè "per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali" (art. 14, c. 2, Cost.).
La libertà di manifestazione del pensiero, espressiva di un ordinamento democratico, basato sul pluralismo ideologico, consente a qualsiasi soggetto di esprimere le proprie

opinioni. Recita, infatti, l'art. 21 Cost. che: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». Questa disposizione, soprattutto, legittima il comportamento professionale del giornalista, il cui fine è consentire alla collettività la fruizione di fatti e notizie socialmente rilevanti per l'opinione pubblica.

Il diritto alla cronaca, come evidenzia l'ordinanza in commento, «secondo l'unanime insegnamento della giurisprudenza di legittimità, è un diritto pubblico soggettivo, da comprendersi in quello più ampio concernente la libera manifestazione di pensiero e di stampa, sancito dall'art. 21 Cost., e consiste nel potere-dovere, conferito al giornalista, di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende interessanti la vita sociale».

Per l'operatività di questo diritto, l'ordinanza interlocutoria n. 28084/2018 richiama innanzitutto l'importante sentenza della prima sezione civile della Cassazione, del 18 ottobre 1984, n. 5259, che subordina la legittimità del diritto di cronaca alla sussistenza di tre condizioni: l'«utilità sociale dell'informazione»; la «verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato»; la «forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti».

Su questa posizione si colloca anche la giurisprudenza penale (tra cui si ricorda Cass. pen., sez. V, 22 maggio 2000, n. 8894) che individua tre limiti o condizioni che conferiscono al diritto di cronaca efficacia scriminante rispetto al reato di diffamazione: si tratta, nello specifico, del rispetto dei limiti della "verità" del fatto divulgato, della "pertinenza" che i fatti narrati devono presentare per l'opinione pubblica e, infine, della "continenza" dei fatti esposti. Quest'ultima condizione, dunque, presuppone da parte del giornalista un comportamento corretto dell'esercizio della sua professione, che non significa non esprimersi ma che limita il giornalista dall'utilizzo di tono sproporzionati o artificiosi o frutto di personali insinuazioni.

Orbene, questi tre criteri legittimanti il diritto di cronaca sono, altresì, funzionali nel dirimere le conflittualità esistenti tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio, facendo prevalere quest'ultimo ogniqualvolta che: non vi sia un'apprezzabile utilità sociale alla diffusione della notizia; ovvero la notizia sia diventata "falsa", giacché non aggiornata alla condizione *hic et nunc* della persona; infine, quando l'esposizione dei fatti non sia stata commisurata all'esigenza informativa, arrecando così un danno alla dignità del soggetto interessato.

Già con la sentenza n. 5525 del 5 aprile 2012 della Corte di Cassazione, sez. III civile, il diritto all'oblio non viene considerato solamente (in modo statico) come diritto alla cancellazione dei propri dati, ma anche come diritto ("dinamico") volto alla contestualizzazione, all'aggiornamento ovvero all'integrazione dei dati contenuti nell'articolo.

In modo evolutivo, in questa direzione, è importante ricordare l'intervento della prima sezione della Corte di Cassazione, avvenuto con ordinanza del 20 marzo 2018, n. 6919. Attraverso questa ordinanza la Corte, dopo aver richiamato i principali precedenti della giurisprudenza di legittimità, della Corte di giustizia UE (specialmente le sentenze del 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain* e 9 marzo 2017, C-398/15, *Manni*) e della Corte EDU (specialmente, la sentenza 19 ottobre 2017, *Fuschsmann c. Germania*), ha desunto, seppur "solo in presenza di specifici e determinati presupposti", una "compressione" del "diritto fondamentale all'oblio" "a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca". In particolare, l'importanza di questa sentenza deriva dal fatto che attraverso essa si conferisce particolare rilevanza a delle linee direttrici, che vengono richiamate al fine di dirimere le controversie in caso di bilanciamento tra il diritto di cronaca ed il diritto all'oblio. Specificatamente l'ordinanza n. 6919/2018 prevede che il diritto all'oblio può essere compresso solo se sussistono questi presupposti: «1) il contributo arrecato alla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali); 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica del Paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera, diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al pubblico».

Con l'ordinanza qui in commento, il Collegio ritiene che i presupposti indicati dalla Cassazione nel 2018 con l'ordinanza n. 6919 (nonostante ciò non si evinca dal testo), vadano interpretati e, quindi, richiesti "in via alternativa" e non "in via concorrente", poiché se tutti questi presupposti dovessero essere compresenti per determinare la prevalenza del diritto all'oblio rispetto al diritto di cronaca, allora sarebbero davvero residuali i casi di compressione del diritto di cronaca a favore del diritto all'oblio.

Non si può sottacere, a tal proposito, il nevralgico ruolo svolto dalla Carta di Nizza (artt. 7 e 8) e dalla CEDU (artt. 8 e 10), nel porre la protezione dei dati personali al vertice della gerarchia delle fonti, così di fatto contribuendo alla creazione di alcune basi funzionali al successivo intervento avvenuto con il Regolamento UE n. 2016/679 (entrato in vigore il 25 maggio 2018), sulla protezione dei dati "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali" (c.d. "GDPR"), che regola il diritto all'oblio che, per la prima volta, viene normativamente contemplato all'art. 17 rubricato "Diritto alla cancellazione («diritto all'oblio»)". La norma consente all'interessato di richiedere la rimozione dei dati personali che lo riguardano quando, per es., «i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati», «l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento (…)» o quando «i dati personali sono stati trattati illecitamente».

Del resto, il bilanciamento tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio, inteso come il

diritto della persona alla rettificazione di fatti e notizie diffuse in rete, al fine che la persona possa essere "rappresentata" all'esterno per quello che "è oggi" e non per ciò che "è stato ieri", rappresenta una fattispecie diversa dal diritto alla cancellazione di cui all'art. 17 GDPR, che consente all'interessato la sola cancellazione dei dati personali che lo riguardano e solo che non risulti prevalente il differente interesse legittimo del titolare a conservare quei dati.

Il diritto all'oblio, infatti, è volto a soddisfare l'interesse del soggetto affinché informazioni relative alla propria persona, ma riferite ad un passato non più pertinente, siano cancellate; l'affievolimento dell'interesse sociale alla rievocazione di determinati fatti personali, avvenuti molto tempo prima e resi di dominio pubblico, determina un rafforzamento della posizione dell'interessato alla mancata ripubblicazione della notizia.

Quanto fin qui esposto mostra la particolare importanza della rimessione della questione alle Sezioni Unite, per la necessità di ricevere univoci criteri di riferimento capaci di orientare gli operatori del diritto nella difficile contestazione dei due diritti costituzionalmente garantiti.

I requisiti per la nomina del *Data Protection Officer* e la certificazione Lead Auditor ISO 27001

Alida Cilona

Tar Friuli-Venezia-Giulia, 13 settembre 2018, n. 287

Il Tar per il Friuli-Venezia Giulia, con sentenza n. 287/2018 si è soffermato sui requisiti di competenza del Responsabile della Protezione dei Dati personali, nuova figura introdotta dal Regolamento Europeo n. 2016/679, analizzando, in particolare, l'idoneità della certificazione Lead Auditor/Auditor ISO 27001 a costituire requisito essenziale per la nomina del medesimo.

Sommario

1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. I requisiti del DPO ai sensi del GDPR. – 4. GDPR e certificazioni in materia di protezione dei dati personali. – 5. La certificazione ISO/IEC 27001:2013. – 6. Conclusioni.

Keywords

GDPR, DPO, Protezione dati personali, Certificazioni GDRP, ISO 27001

1. Premessa

Con sentenza n. 287/2018 depositata il 13 settembre 2018, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia si è pronunciato, tra i primi, sul tema dei requisiti per la nomina del responsabile per la protezione dei dati personali previsto ai sensi degli artt. 37 e seguenti del Regolamento (UE) 2016/679 ("GDPR").

2. Il caso

Il tribunale amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'avviso pubblico di un'Azienda Sanitaria finalizzato all'affidamento di un incarico di collaborazione professionale per il ruolo di Responsabile della Protezione dei Dati personali (o *Data Protection Officer* - DPO) con il quale l'ente disponeva la selezione per titoli, ed eventuale colloquio, di un esperto sulla normativa e sulla prassi in materia di protezione dei dati personali per l'impostazione e lo svolgimento nella fase di prima applicazione dei compiti di responsabile della protezione dei dati.

Con riferimento ai requisiti per la partecipazione, l'avviso richiedeva il possesso, in capo a ciascun candidato, del diploma di laurea in Informatica o Ingegneria Informatica, ovvero in Giurisprudenza o equipollenti, nonché la certificazione di Auditor/Lead

Auditor per i Sistemi di Gestione per la Sicurezza delle Informazioni secondo la norma ISO/IEC 27001.

L'avviso, unitamente al decreto con il quale ne era stata disposta la pubblicazione, veniva impugnato con ricorso da uno dei due soggetti candidatisi alla selezione, laureato in giurisprudenza ma privo della certificazione Auditor/Lead Auditor per i Sistemi di Gestione per la Sicurezza delle Informazioni secondo la norma ISO/IEC 27001, senza attendere la determinazione dell'Amministrazione relativamente alla propria domanda.

Chiedendo l'annullamento degli atti amministrativi per «violazione degli artt. 37 e 39 del Reg. UE n. 679/2016; eccesso di potere per violazione di atti di regolazione; eccesso di potere per violazione di atto presupposto; eccesso di potere per manifesta illogicità ed irrazionalità dei requisiti di partecipazione alla selezione; eccesso di potere per sviamento», il ricorrente contestava la pertinenza, rispetto al ruolo da ricoprire, della «certificazione Auditor/Lead Auditor ISO/IEC/27001» richiesta dall'avviso, ritenendo che tale titolo, oltre a risultare privo di attinenza riguardo alle mansioni specificamente richieste dal GDPR e agli stessi compiti enunciati nell'avviso (e, in particolar modo, a quei compiti complementari ivi testualmente indicati), avrebbe determinato un'indebita sperequazione ai danni dei soggetti titolari della laurea in Giurisprudenza, i quali, ove ne fossero stati sprovvisti, non avrebbero potuto partecipare alla selezione per difetto dei requisiti richiesti.

Il ricorrente censurava, peraltro, anche la riconducibilità delle competenze necessarie per l'incarico di DPO alla laurea in informatica o in ingegneria informatica, indicate in avviso quali titoli alternativi alla laurea in giurisprudenza.

L'Amministrazione si costituiva resistendo nel merito e, nelle more del procedimento, si esprimeva con verbale sulla selezione dei candidati ritenendo non ammissibile la domanda presentata del ricorrente, in quanto privo della certificazione ISO/IEC 27001, e valutando positivamente il curriculum dell'unico altro candidato. L'Azienda sanitaria provvedeva, con decreto del Direttore Generale, alla designazione del responsabile della protezione dei dati decidendo, tuttavia, di assegnare provvisoriamente l'incarico, stante la pendenza del contenzioso, ad un proprio dipendente di ruolo.

Con motivi aggiunti, il ricorrente censurava anche il verbale di selezione ed il decreto di designazione del DPO, ribadendo la contestazione circa l'attinenza della certificazione ISO/IEC/27001 rispetto al profilo oggetto dell'incarico, sicché il possesso di tale titolo non avrebbe potuto assurgere a requisito di ammissione.

Rigettate preliminarmente le eccezioni in rito formulate dall'Azienda resistente (inammissibilità dell'impugnativa per difetto di giurisdizione e per originaria carenza del ricorso e dei motivi aggiunti), il Collegio ha infine sancito, nel merito, la fondatezza dell'impugnazione in relazione alla contestata individuazione della certificazione di Auditor/Lead Auditor ISO/IEC 27001 quale requisito di ammissione alla procedura selettiva.

Il Tar ha, invero, rilevato che «la predetta certificazione non costituisce, come eccepito dal ricorrente, un titolo abilitante ai fini dell'assunzione e dello svolgimento delle funzioni di responsabile della sicurezza dei dati, nell'alveo della disciplina introdotta dal GDPR" e che "la minuziosa conoscenza e l'applicazione della disciplina di settore restano, indipendentemente dal possesso o meno della certificazione in parola, il nu-

cleo essenziale ed irriducibile della figura professionale ricercata mediante la procedura selettiva intrapresa dall'Azienda, il cui profilo, per le considerazioni anzidette, non può che qualificarsi come eminentemente giuridico».
La sentenza ha, pertanto, statuito che la certificazione di Auditor/Lead Auditor ISO/IEC 27001, di per sé, non può costituire requisito di selezione del responsabile per la protezione dei dati personali, in quanto essa non coglie appieno la specifica funzione di garanzia insita nell'incarico conferito, il cui precipuo oggetto non è costituito dalla predisposizione dei meccanismi volti ad incrementare i livelli di efficienza e di sicurezza nella gestione delle informazioni, ma attiene alla tutela del diritto fondamentale dell'individuo alla protezione dei dati personali indipendentemente dalle modalità della loro propagazione e dalle forme di utilizzo.

3. I requisiti del DPO ai sensi del GDPR

Il regolamento (UE) n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, noto come GDPR (*General Data Protection Regulation*), entrato in vigore il 24 maggio 2016 e pienamente applicabile nei Paesi membri UE dal 25 maggio 2018, ha introdotto la nuova figura del Responsabile della Protezione dei Dati personali o DPO (*Data Protection Officer*), come disciplinata dagli artt. 37 e seguenti.
Già, prima d'ora, presente in altri Stati membri dell'Unione (Germania, Austria, Francia), il *Data Protection Officer* previsto dal GDPR ha il ruolo di assistere il titolare ed il responsabile del trattamento nell'applicazione della normativa in tema di protezione dei dati personali, assolvendo ad un ruolo di garanzia della conformità al Regolamento europeo, e più in generale alla normativa in tema di *data protection*, delle attività di trattamento dei dati.
Il Responsabile della Protezione dei Dati personali deve essere obbligatoriamente designato dal titolare o dal responsabile del trattamento dei dati nei casi previsti dall'art. 37 del GDPR:

- il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali;
- le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala;
- le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10.

In ogni altro caso, il DPO può essere designato in via facoltativa.
La figura di cui agli artt. 37 e seguenti del GDPR può essere un dipendente del titolare o del responsabile del trattamento, oppure un soggetto esterno, anche persona giuridica, sulla base di un contratto di servizi.
Il DPO, comunque individuato, deve poter adempiere alle sue funzioni in piena in-

dipendenza e in assenza di conflitti di interesse (considerando 97 del GDPR) e deve poter disporre di risorse ed autonomia sufficienti a svolgere in modo efficace i compiti di cui è responsabile (art. 38 GDPR).

L'art. 39 del GDPR individua i compiti essenziali del Responsabile della Protezione dei Dati Personali attraverso un elenco non tassativo che può essere ampliato dal titolare o dal responsabile in funzione della specifiche necessità di assistenza e tutela dei dati personali trattati.

Il DPO ha la funzione di:

- informazione, consulenza ed assistenza nei confronti del titolare e del responsabile del trattamento circa gli obblighi derivanti dal Regolamento e dalla normativa nazionale ed europea in materia di protezione dei dati personali;
- sorveglianza dell'osservanza di questi obblighi da parte del titolare e del responsabile del trattamento;
- fornire, dove richiesto, un parere in merito alla valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali;
- cooperare con l'autorità di controllo e fungere da punto di contatto con essa.

Ai sensi dell'art. 37, par. 5, del GDPR, il responsabile della protezione dei dati è designato in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati, e della capacità di assolvere i compiti di cui all'art. 39.

Allo stato attuale, tale riferimento normativo è l'unico a fornire indicazioni circa i requisiti che debbano essere valutati dal titolare e dal responsabile del trattamento ai fini della designazione del DPO.

Non sono, invero, previsti, nel contesto nazionale od europeo, albi o altri organismi professionali che disciplinino i titoli od i percorsi formativi necessari per svolgere la funzione di Responsabile della Protezione dei Dati Personali, in ambito privato così come in ambito pubblico.

Attraverso le linee guida sui responsabili della protezione dei dati adottate il 13 dicembre 2016 ed emendate il 5 aprile 2017 (WP 243 rev.01), il Gruppo di Lavoro articolo 29 (*Article 29 Working Party*) ha fornito ulteriori indicazioni a titolari e responsabili del trattamento al fine di una corretta valutazione delle competenze del DPO designando. In particolare, secondo quanto indicato dall'*Article 29 Working Party* e rispetto ai requisiti indicati dall'art. 37 del GDPR:

- il livello di conoscenza specialistico richiesto deve essere proporzionato alla sensibilità, complessità e quantità dei dati sottoposti a trattamento;
- le qualità professionali devono attenere alla conoscenza della normativa e delle prassi nazionali ed europee in materia di protezione di dati, conoscenza che deve essere approfondita con riferimento al GDPR. È utile la conoscenza e familiarità del DPO con lo specifico settore di attività e struttura organizzativa del titolare, nonché con i sistemi informativi e le specifiche esigenze di sicurezza e protezione dei dati del caso specifico. Nel caso di un'autorità o organismo pubblico, il DPO dovrebbe possedere anche una conoscenza approfondita delle norme e procedure amministrative applicabili;
- la capacità di assolvere ai suoi compiti deve essere valutata sia con riferimento alle

qualità personali del DPO, anche in termini deontologici, sia con riferimento alla posizione del responsabile all'interno dell'azienda o dell'organismo.

È, pertanto, onere del titolare o del responsabile della protezione dei dati valutare compiutamente le conoscenze specialistiche del soggetto da designarsi, nonché la sua idoneità ad assolvere le funzioni previste dall'art. 39 del GDPR.

Va da sé che la designazione di un Responsabile della Protezione dei Dati personali che difetti delle qualità professionali, delle conoscenze e della capacità richieste per l'assolvimento dei compiti correlati alla funzione, non consentirebbe di ritenere assolto l'obbligo previsto dal Regolamento Europeo e comporterebbe l'applicazione delle sanzioni previste in caso di verifica da parte dell'Autorità di controllo.

4. GDPR e certificazioni in materia di protezione dei dati personali

L'art. 42 del Regolamento Europeo 2016/679 prevede che gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione Regolamento UE 2016/679 dispongano ed incoraggino l'istituzione di meccanismi per la certificazione della protezione dei dati personali, nonché di sigilli e marchi, allo scopo di dimostrare la conformità dei trattamenti effettuati dai titolari e dai responsabili del trattamento.

Ai sensi del GDPR, l'adesione ai codici di condotta o a un meccanismo di certificazione possono, invero, essere utilizzati come elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare o del responsabile del trattamento.

Ai sensi dell'art. 42 GDPR, la certificazione può essere rilasciata direttamente dal Garante ovvero da un organismo nazionale di accreditamento, che in Italia è rappresentato da Accredia (Ente Unico Nazionale designato dal Governo in base al Regolamento CE n. 765/2008), come disposto dall'art. 2-*septiesdecies* del d. lgs. n. 196/2003, come modificato dal d. lgs. n. 101/2018.

Allo stato attuale, non sono ancora stati pubblicati i criteri di accreditamento, i quali devono essere individuati dalle autorità di controllo o dal Comitato Europeo per la Protezione dei dati, né i requisiti per l´accreditamento degli organismi di certificazione.

Con un comunicato congiunto del 18 luglio 2017, il Garante per la protezione dei dati personali e Accredia hanno precisato che «[…] al momento, le certificazioni di persone, nonché quelle emesse in materia di privacy o data protection eventualmente rilasciate in Italia, sebbene possano costituire una garanzia e atto di diligenza verso le parti interessate dell´adozione volontaria di un sistema di analisi e controllo dei principi e delle norme di riferimento, a legislazione vigente non possono definirsi "conformi agli artt. 42 e 43 del regolamento 2016/679", poiché devono ancora essere determinati i "requisiti aggiuntivi" ai fini dell´accreditamento degli organismi di certificazione e i criteri specifici di certificazione».

Con riferimento, per quanto qui ci occupa, alla qualifica di *Data Protection Officer*, non risultano, quindi, essere stati ancora individuati dei meccanismi che consentano di certificare la conformità al Regolamento Europeo dei percorsi formativi, oggi variamente ed ampiamente diffusi sul mercato, finalizzati alla preparazione delle competenze spe-

cifiche che il Responsabile della Protezione dei Dati personali deve possedere ai sensi dell'art. 37 GDPR.

5. La certificazione ISO/IEC 27001:2013

La ISO/IEC 27001:2013 (comunemente, anche solo ISO 27001) è uno standard internazionale che definisce i requisiti e le regole per impostare e gestire un Sistema di Gestione della Sicurezza delle Informazioni (SGSI o ISMS dall'inglese Information Security Management System).
Lo standard, che trova applicazione per qualsiasi organizzazione che gestisca dati ed informazioni - quindi anche, e soprattutto, organizzazioni diverse da quelle aziendali - si compone di un insieme di requisiti che si prepongono l'obiettivo di garantire Riservatezza, Disponibilità e Integrità delle informazioni (c.d. RID), al fine di garantirne la sicurezza, intesa come la difesa delle caratteristiche delle stesse, nonché dei documenti che le contengono.
Tale obiettivo è perseguito applicando gli opportuni controlli ("*controls*"), annoverati nell'Annex A della norma, al perimetro fisico e logico dell'organizzazione che deve garantire la sicurezza delle informazioni da essa gestite.
L'applicazione di questi controlli (dichiarata nel documento di applicabilità *SOA - Statement Of Applicability*), la valutazione dei rischi (intesa come analisi delle probabilità di accadimento di eventi che possano compromettere una delle caratteristiche di sicurezza delle informazioni e del potenziale impatto degli eventi stessi), la definizione ed implementazione delle contromisure finalizzate alla loro riduzione e la valutazione del rischio residuo costituiscono i principali elementi caratterizzanti questa norma internazionale.
Tra i controlli di conformità sono annoverati anche quelli che fanno riferimento ai requisiti contrattuali e cogenti, come le normative ed i regolamenti, ivi compresa la normativa in materia di protezione dei dati personali (Controllo A.18.1.4 - Privacy e Protezione dei dati personali).
La certificazione di Auditor/Lead Auditor per i Sistemi di Gestione per la Sicurezza delle Informazioni – ISO/IEC 27001:2013 può essere conseguita in esito ad un percorso di formazione, finalizzato all'acquisizione della conoscenza dei contenuti e requisiti dello standard, ed un esame certificati secondo gli standard ISO.
Per via dei suoi contenuti, in larga parte sovrapponibili ai principi del GDPR in tema di sicurezza del trattamento, che richiedono al titolare ed al responsabile di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità dei dati e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento (art. 32 GDPR), è invalsa l'opinione che lo standard ISO/IEC 27001 possa rappresentare un esempio di *standard* da seguire ai fini della *compliance* al Regolamento Europeo 2016/679.

6. Conclusioni

Per espressa previsione del GDPR (art. 37), la funzione di Responsabile della Protezione dei Dati personali richiede una conoscenza specifica della normativa, nazionale ed europea, in tema di protezione dei dati personali ma anche delle prassi in materia di protezione dei dati personali.
Come sottolineato dalla sentenza in commento, il ruolo di garanzia che il GDPR affida al *Data Protection Officer (DPO)* richiede anzitutto un'approfondita conoscenza della disciplina giuridica in tema di *data protection*, a tutela del diritto fondamentale degli interessati alla protezione dei dati personali.
Sotto tale profilo, appare quindi condivisibile la conclusione cui è pervenuto il Tribunale, secondo cui la conoscenza di *standard* o *best practice* tecniche-organizzative di gestione e sicurezza delle informazioni, seppure approfondita e qualificata, non può essere, di per sé sola, considerata sufficiente a soddisfare appieno i requisiti di competenza del Responsabile della Protezione dei Dati personali.
Tale pronuncia non deve, tuttavia, portare gli interpreti a ritenere che la competenza richiesta al DPO possa prescindere da conoscenze di natura diversa da quella giuridica. Se un'approfondita conoscenza del Regolamento Europeo 2016/679 e dell'insieme di norme nazionali ed europee in materia di protezione dei dati personali costituisce il presupposto imprescindibile per l'espletamento del ruolo di garanzia affidato al Data Protection Officer, la competenza rispetto alle misure tecniche ed organizzative di protezione dei dati costituisce, nondimeno, un requisito essenziale per l'assolvimento dei compiti indicati dall'art. 39 del GDPR.
Ai sensi dell'art. 37 GDPR, il Responsabile della Protezione dei Dati personali deve essere individuato sulla base delle conoscenze specialistiche della normativa, ma anche delle prassi in materia di protezione dei dati personali; ed è proprio il riferimento alla conoscenza delle prassi a suggerire che il DPO debba possedere competenze anche rispetto al funzionamento dei sistemi informativi ed alle misure di sicurezza tecniche ed organizzative di protezione dei dati.
In difetto di competenze di tal natura, il DPO non potrebbe verosimilmente essere in grado di assistere il titolare nel rispetto degli obblighi in materia di protezione dei dati personali, né di sorvegliare compiutamente l'osservanza al GDPR.
Ed è proprio la multidisciplinarietà delle competenze che si richiedono al Responsabile della Protezione dei Dati che porta a ritenere che la designazione di tale figura dovrebbe, opportunamente, riguardare non un singolo soggetto ma, più realisticamente, un team di professionisti (se del caso, attraverso un fornitore esterno di servizi) in grado di offrire competenze nei molteplici ambiti di conoscenza richiesti dal Regolamento Europeo 2016/679, soprattutto laddove l'organizzazione del titolare o del responsabile del trattamento abbiano carattere di complessità.
In tale prospettiva, la certificazione di Auditor/Lead Auditor per i Sistemi di Gestione per la Sicurezza delle informazioni – ISO/IEC 27001:2013 può certamente essere valutata positivamente ai fini della designazione del *Data Protection Officer*, ferme restando le necessarie competenze giuridiche che non possono difettare nel profilo di funzione.
È auspicabile che, nell'attività di determinazione dei criteri e meccanismi di certificazio-

ne previsti dagli artt. 42 e 43 GDPR, le autorità di controllo pongano la loro attenzione anche sulla formazione e sulle qualifiche caratterizzanti la figura del *Data Protection Officer*, anche al fine di indirizzare correttamente i titolari ed i responsabili del trattamento nell'assolvimento dell'obbligo derivante dagli artt. 37 e seguenti del GDPR.

Note a Sentenza

Sezione Europa

Corte di giustizia dell'Unione europea

I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'*hosting* attivo

Tommaso Scannicchio - Nicola Alessandro Vecchio

Corte di giustizia dell'Unione europea, 7 agosto 2018, causa C-521/17, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. D.M.*

Gli artt. da 12 a 14 della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico") devono essere interpretati nel senso che le limitazioni di responsabilità che essi prevedono sono applicabili al prestatore di un servizio di locazione e di registrazione di indirizzi IP che consente di utilizzare anonimamente nomi di dominio Internet, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, purché tale servizio rientri in una delle categorie di servizi previste in tali articoli e soddisfi l'insieme delle condizioni corrispondenti, in quanto l'attività di tale prestatore sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, con la conseguenza che detto prestatore non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate dai suoi clienti, ed egli non svolga un ruolo attivo, permettendo a questi ultimi di ottimizzare la loro attività di vendita online, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sommario

1. Premessa. – 2. La vicenda interna. – 3. L'arresto della CGUE. – 4. Le questioni sottese. – 5. Conclusioni.

Keywords

Responsabilità ISP, Esenzione da responsabilità ISP, ISP attivo, Neutralità del provider, Nomi di dominio

1. Premessa

Nella sentenza in commento[1] la Corte di giustizia è intervenuta nuovamente[2] sul tema della responsabilità degli ISP (Internet Service Providers), ribadendo l'orientamento, ormai consolidato, secondo il quale il regime di responsabilità derogatorio disegnato

[1] Una sintesi dei contenuti della sentenza è rinvenibile anche in *I Contratti*, 5, 2018, 621-624.

[2] Fra gli ultimi arresti, v. CGUE, C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV e XS4ALL Internet BV* (2017), commentata da S. Scuderi, *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 30 luglio 2018.

dalla direttiva 2000/31 è limitato ai casi in cui l'attività del *provider* sia «di ordine meramente tecnico, automatico e passivo» (§ 47 decisione)[3].
Si tratta di *dictum* ormai pacifico, il quale, secondo diversi osservatori, confinerebbe al rango di eccezione le ipotesi di esenzione di responsabilità e si porrebbe in piena sintonia con la *policy* sottesa alla (recente) proposta di direttiva c.d. Copyright[4]. E tuttavia, l'uniformità della giurisprudenza europea non riesce né a fugare i dubbi, né a dissolvere le criticità connesse a una disciplina normativa ormai unanimemente ritenuta non più in grado di governare la multiforme e cangiante galassia di soggetti che si celano dietro la sigla ISP.

2. La vicenda interna

Nel caso *de quo*, a dolersi dell'operato di un (asserito) ISP era un'organizzazione con sede ad Amsterdam, volta ad assicurare una rappresentanza collettiva ai titolari di marchi (*i.e.* la Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A.), la quale si rivolgeva a un Tribunale estone (Harju Maakohus) per accertare e far cessare la violazione dei diritti di dieci dei suoi membri, nonché per la condanna al risarcimento dei danni patiti da questi ultimi, avverso il sig. D.M.. Quest'ultimo, nella prospettazione attorea, aveva registrato *domain names* con segni identici ai marchi registrati[5], «nonché siti Internet sui

[3] Celebre, in tal senso, è il *leading case* CGUE, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL c. Viaticum SA e Luteciel SARL* (C-237/08), *Google France SARL, Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, P.A.T., B.R. e Tiger SARL* (C-238/08) (2010), ove già si chiariva che «al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio … possa essere limitata ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31, occorre esaminare se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza» (§ 113). In senso analogo le pronunce successive, fra cui v. CGUE, C-484/14, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH* (2016); C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (2010); C-324/09, *L'Oréal SA e a. c. eBay International AG e a.* (2011) (in particolare § 123: «L'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31 deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle»).

[4] Si tratta dell'opinione espressa, proprio con riferimento alla sentenza qui in commento, da A. La Rosa, *Direttiva copyright: arrivano conferme dalla Corte di Giustizia*, 5 ottobre 2018, in www.previti.it. Sul punto, occorre ricordare che, al di là delle sintesi giornalistiche, la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD) non è ancora vigente, anche dopo il significativo passaggio costituito dall'approvazione del Parlamento europeo in data 12 settembre 2018 (l'iter dovrebbe concludersi, secondo i commentatori, intorno ad aprile 2019: sul punto v. A. Magnani, *Copyright, non è finita. La corsa a ostacoli per il sì alla direttiva*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 settembre 2018).

[5] I "nomi di dominio", in estrema sintesi, costituiscono delle stringhe separate da punti, che identificano un determinato sito all'interno della Rete Internet (ad esempio: it.wikipedia.org); inizialmente svolgevano un ruolo esclusivamente identificativo, configurandosi quali "indirizzi telematici", in analogia funzionale con i numeri telefonici (v. *ex aliis* Trib. Bari, ord. 24 luglio1996, in *Foro italiano*, I, 1997; l'impostazione originaria è richiamata anche da L. Marini, *Il sistema dei nomi per l'identificazione dei domini Internet*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 3, 2000, 631 ss.; nonché da C.M. Cascione, *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2008, 25 ss.). Successivamente, con l'evoluzione della Rete e lo sviluppo esponenziale dell'e-commerce, tali "nomi" si sono evoluti, venendo adoperati per promuovere l'attività commerciale degli utenti di Internet e

quali erano illecitamente vendute merci recanti tali segni» (§ 18). All'esito del giudizio

finendo quindi per assumere i connotati di veri e propri segni distintivi (si tratta dell'inquadramento ormai pacifico, seguito già da Trib. Milano, 10 giugno 997, in *Rivista di diritto industriale*, 2, 1998, nonché da Trib. Modena, 27 settembre 2004, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2005; in entrambe le sentenze i giudicanti si pronunciano in favore dell'affinità tra il nome di dominio e l'insegna, in quanto anche il primo è volto a indicare il "luogo", seppur virtuale e non fisico, ove l'imprenditore contatta il cliente al fine di concludere il contratto). Il mutamento, intervenuto a livello giurisprudenziale, è stato poi recepito in sede legislativa dal d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, (c.p.i.), con riferimenti nell'art. 12 («Non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni che alla data del deposito della domanda (…) b) siano identici o simili a un segno già noto come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio usato nell'attività economica»); nell'art. 22 («È vietato adottare come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio di un sito usato nell'attività economica o altro segno distintivo un segno uguale o simile all'altrui marchio»); nell'art. 118, c. 6 («Salva l'applicazione di ogni altra forma di tutela, la registrazione di nome a dominio aziendale concessa in violazione dell'articolo 22 o richiesta in mala fede può essere, su domanda dell'avente diritto, revocata oppure a lui trasferita da parte dell'autorità di registrazione»); nell'art. 133 c.p.i. («L'Autorità giudiziaria può disporre, in via cautelare, oltre all'inibitoria dell'uso nell'attività economica del nome a dominio illegittimamente registrato, anche il suo trasferimento provvisorio, subordinandolo, se ritenuto opportuno, alla prestazione di idonea cauzione da parte del beneficiario del provvedimento»). Già in precedenza, ad analoghi risultati si poteva giungere sulla base della legge marchi, in particolare dalla clausola aperta dell'art. 17 («marchio o segno distintivo di prodotto», senza specificarne natura o tipologia) e dal riferimento nell'art. 1-*bis*, c. 1, lett. *a*), all'"indirizzo"; come chiarito da recente giurisprudenza (Cass. civ., sez. I, 18 agosto 2017, n. 20189, con nota di G. Casaburi, *In tema di nomi a dominio Internet*, in *Foro italiano*, 10, 2017, 2986), tale norma «implicitamente lascia desumere che anche l'indirizzo può costituire marchio qualora ne ricorrano i presupposti e tale fattispecie appare di frequente ricorrenza nel caso dei nomi a dominio». In coerenza con l'attuale configurazione dei segni distintivi e del marchio in particolare, peraltro, anche i nomi di dominio non si limitano più a indicare la "provenienza" del prodotto o del servizio, ma svolgono una funzione pubblicitaria e suggestiva, attraendo il consumatore e inducendolo all'acquisto all'interno di un mercato di dimensioni globali. Tale qualificazione finisce poi per avere risvolti applicativi di non poco momento, in quanto il nome di dominio, in quanto segno di distinzione e non solo di identificazione, potrebbe confliggere con i classici segni distintivi propri delle imprese commerciali, come marchio, ditta, denominazione, insegna: a tal proposito il principio, pacificamente accolto dalla più recente giurisprudenza, è quello della c.d. unitarietà dei segni distintivi, in virtù del quale «la violazione di uno di essi (marchio, ditta, denominazione, insegna) è realizzata anche se effettuata tramite la contraffazione o l'utilizzazione di un segno abusivo diverso, come, ad esempio, nel caso di usurpazione di marchio a mezzo di un'insegna» (Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 2010, n. 24620, in *Giustizia Civile-Massimario*, 2010, 12). Difatti, sebbene ogni segno distintivo abbia una sua specificità (sia per i presupposti, sia per la tipologia di tutela esperibile), essi assolvono a una funzione comune, ossia distinguere i prodotti o l'attività dell'impresa titolare rispetto ad ogni altra operante sul medesimo mercato ovvero in concorrenza anche solo potenziale. A ciò si deve aggiungere che il sistema di registrazione dei *domain names* (le c.d. regole di *naming*) prevede l'intervento di una *Registration Authority* (in Italia, Registro.it), che svolge esclusivamente una funzione tecnica, limitandosi a rendere visibile e raggiungibile sulla Rete il nome registrato; non ha invece alcun obbligo di controllo rispetto alla preesistenza di un altro segno distintivo, con la conseguente possibilità che il nome di dominio venga registrato nonostante la preesistenza di un marchio. Dal combinato disposto di tali due fenomeni (principio di unitarietà dei segni distintivi e assenza di un obbligo di controllo di Registro.it), si ricava il rischio di conflitto tra più nomi di dominio ovvero tra nomi di dominio e altri segni distintivi, con applicazione del consueto criterio di risoluzione della priorità temporale («*first come, first served*»). Occorre tuttavia ricordare che, affinché si attivi la peculiare tutela in materia di segni distintivi, non è sufficiente ricorra l'identità o assimilabilità grafica o fonetica dei due segni; è invece necessario, in ossequio al principio di specialità del marchio (art. 20 c.p.i.), vi sia anche la c.d. "confondibilità" tra i prodotti, i quali devono essere identici o almeno affini, con ciò intendendosi, utilizzando le parole della Corte di Cassazione, quei prodotti che «per la loro natura, la loro destinazione alla medesima clientela o alla soddisfazione del medesimo bisogno, risultano in misura rilevante fungibili e pertanto in concorrenza». A tal fine non rileva l'appartenenza o meno alla medesima classe merceologica; ma la possibilità che un consumatore di media avvedutezza rischi di riferire un determinato bene o servizio a una diversa realtà imprenditoriale, concorrente con quella contrassegnata dal segno originariamente distinta (Cass. civ., sez. I, sent. 20189/2017, cit.; in senso analogo v. Trib. Roma, ord. 17 aprile 2018, confermata in sede di reclamo da Trib. Roma, ord. 9

di prime cure, tuttavia, la domanda veniva rigettata, in quanto si riteneva SBN-REACT priva della legittimazione attiva e non provata la responsabilità del sig. D.M., il quale, pur essendo intestatario dei relativi indirizzi IP, non aveva registrato né i *domain names*, né i siti oggetto del contendere, né, infine, aveva fatto uso degli stessi in termini illeciti e comunque contrastanti con i diritti sui relativi segni distintivi: egli aveva concesso in "locazione" i menzionati indirizzi IP a due società terze, non dando quindi luogo a una trasmissione di informazioni, ma semplicemente fornendo accesso a una rete di comunicazioni elettroniche.

SBN-REACT proponeva appello avverso la menzionata sentenza, rilevando, in particolare, che il sig. D.M. non poteva beneficiare di alcuna esenzione di responsabilità, in quanto non era un intermediario neutro, essendo a conoscenza dell'esistenza di violazioni e svolgendo un ruolo attivo nella loro realizzazione. La Corte di secondo grado (Tallinna Ringkonnakohus) interrogava quindi la Corte di giustizia, *ex* art. 267 TFUE, sia sulla legittimazione attiva di SBN-REACT, sia sull'applicabilità o meno degli artt. 12-14 della direttiva 2000/31 anche a un soggetto, come il sig. D.M., che, tramite il menzionato servizio di "locazione", consentiva alle società di operare anonimamente[6] e commettere, in tale (privilegiata) condizione, le censurate condotte di *infringement*.

3. L'arresto della CGUE

La Corte affronta, in primo luogo, l'ermeneusi dell'art. 4, lett. *c)*, direttiva 2004/48[7], rilevando che la legittimazione ad attivare le procedure della direttiva in commento, generalmente riconosciuta ai «titolari» degli IPRs (art. 4, lett. *a)*), è predicabile anche in relazione ad altri soggetti esclusivamente «se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime» (art. 4, lett. *b)-d)*). Mediante tale espressione, da intendersi comprensiva anche della normativa euro-unitaria e letta dal giudicante europeo in combinato disposto con il considerando 18 della medesima direttiva[8], si limita la facoltà in commento, ammettendosi tale peculiare legittimazione ad agire esclusivamente in favore degli organismi che abbiano un interesse "diretto" alla difesa dei diritti e siano già muniti di una legittimazione processuale generale per farli

luglio 2018, in relazione al "caso Isiamed"). Sul tema, che pone anche diverse questioni problematiche in chiave internazionalistica, v. poi il contributo di G.M. Ruotolo, *Il sistema dei nomi di dominio alla luce di alcuni recenti tendenze dell'ordinamento internazionale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2016, 33 ss.

[6] Sul rapporto tra anonimato e responsabilità dell'ISP v. G.M. Riccio, *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, in L. Nivarra-V. Ricciuto (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, 25 ss.

[7] «Gli Stati membri riconoscono la legittimazione a chiedere l'applicazione delle misure, delle procedure e dei mezzi di ricorso di cui al presente capo … c) agli organi di gestione dei diritti di proprietà intellettuale collettivi regolarmente riconosciuti come aventi la facoltà di rappresentare i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, se consentito dalle disposizioni della legislazione applicabile e conformemente alle medesime».

[8] «Il diritto di chiedere l'applicazione di tali misure, procedure e mezzi di ricorso dovrebbe essere riconosciuto non soltanto ai titolari dei diritti, ma anche alle persone direttamente interessate e legittimate ad agire nella misura in cui ciò è consentito dalla legge applicabile e conformemente ad essa, comprese eventualmente le organizzazioni professionali di gestione dei diritti o di difesa degli interessi collettivi e individuali di cui sono responsabili».

valere. In presenza di tali due condizioni, il cui esame compete al giudice domestico, vi può essere anche la legittimazione *ex* art. 4, lett. *c)*, direttiva 2004/48.

Volgendo poi lo sguardo al merito della questione, il giudice sovranazionale evidenzia che l'inquadramento dell'operato del convenuto nell'ambito dei "servizi della società dell'informazione" è operazione interpretativa demandata al giudice del rinvio e, nel caso di scrutinio positivo, ancora a quest'ultimo spetterà verificare se tale prestatore possa giovarsi delle limitazioni di responsabilità previste nella direttiva 2000/31 (artt. 12, par. 1; 13, par. 1; 14, par. 1)[9].

E' in quest'ultimo snodo argomentativo che si coglie il passaggio più interessante della pronuncia, giacché la Corte, allineandosi ai suoi più recenti approdi, afferma che i prestatori possono godere delle deroghe alla *liability* «esclusivamente» quando «detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi», connotandosi per un ruolo meramente passivo; diversamente, il prestatore sarà (sempre) pienamente responsabile laddove «svolga un ruolo attivo, consentendo ai suoi clienti di ottimizzare la loro attività di vendita online» (§§ 47-48). In ogni caso, poi, la Corte statuisce che, anche ove il giudice nazionale, esaminando la questione, concludesse che il "locatore" di indirizzi IP non possa ritenersi responsabile ai sensi della direttiva 2000/31, ciò non escluderebbe la possibile emanazione nei suoi confronti di ingiunzione per far cessare la violazione al diritto, in accordo con quanto stabilito nel caso *Mc Fadden*[10].

---

[9] Come noto, in un rapporto di proporzionalità crescente con l'aumento dell'area di responsabilità imputabile, le tre norme distinguono fra l'attività di semplice trasporto dei dati (o *mere conduit*: art. 12, con conseguente esenzione da responsabilità del prestatore che «a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse»); l'attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria (o *caching*: art. 13, con esonero nel caso in cui «a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, e e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso») e l'attività di memorizzazione (o *hosting*: art. 14, con esonero a condizione che il prestatore «a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso»).

[10] Nella già menzionata pronuncia (C-484/14, cit.), la Corte aveva infatti chiarito la reciproca autonomia tra ingiunzione e responsabilità, in sintonia con quanto era stato dedotto, in tal caso, dall'Avvocato Generale M. Szpunar (v. in particolare § 86 delle Conclusioni, depositate in data 16 marzo 2016, ove argomentava che «l'adozione di un'ingiunzione non può implicare una dichiarazione di responsabilità civile del prestatore intermediario, in qualsivoglia forma, per violazione del diritto d'autore commessa in ragione delle informazioni trasmesse»).

4. Le questioni sottese

La Corte di giustizia, dunque, perimetra ancora una volta i limiti dell'ISP "neutrale", proponendo una dialettica qualificatoria, sospesa fra ISP (pienamente) responsabile o meno, sciolta dal nostro formante giurisprudenziale nei (noti) termini dell'*hosting* c.d. passivo (tipizzato nel d.lgs. 70/2003, recependo la direttiva 2000/31) e dell'*hosting* c.d. attivo (figura di creazione pretoria)[11], che pare potersi avvicinare all'impostazione europea di un prestatore "attivo", che conosce e controlla le informazioni memorizzate e trasmesse e, argomentando *a contrario* sulla base del cons. 42 della direttiva[12], non è dunque meritevole di alcuna attenuazione della responsabilità (a differenza del suo omonimo, ma nella variante "passiva", responsabile, come visto, solo a determinate condizioni[13]).

Orbene, a voler ricercare le origini della figura dell'*hosting* c.d. attivo, si è rilevato che essa è nata in relazione al trascorrere degli intermediari da meri "depositari" di informazioni (in forme più o meno stabili) a portali più complessi, *i.e.* a sistemi di ricerca e di gestione automatizzata dei contenuti, caratterizzati da funzionalità interne di indicizzazione e meccanismi interni di segnalazione dei contenuti illeciti o non autorizzati, nonché di richiesta all'utente che carica il video di cedere il relativo diritto di sfruttamento dei contenuti immessi[14]. Tale *quid pluris* di attività escluderebbe per il *provider* l'operatività delle deroghe alla responsabilità contenute nella normativa (interna ed europea). Così ha sostenuto il giudice di prime cure nel celebre caso *Google c. Vividown*, prima della riforma in sede di legittimità[15]; ovvero nel caso Yahoo!, anch'esso molto

[11] Per una ricostruzione della (alterna) fortuna della creazione pretoria v. l'analisi di L. Bugiolacchi, *Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2015, 1261 ss.; sul tema v. anche R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2017, 638-639, nonché A. Zincone, *Hosting attivo e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'internet service provider*, in *Il diritto d'autore*, 2012, 149 ss.

[12] «Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

[13] V. *supra*, nota 7, per il riferimento all'art. 14 della direttiva 2000/31.

[14] In tal senso P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0.*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2010, 643, citando Trib. Roma, ord. 15 dicembre 2009, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 521 e Cass. pen., sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49437.

[15] Nella causa *Google c. Vividown*, una delle più famose controversie italiane (non solo per il tema che ci occupa, ma per lo stesso rapporto tra dritto e Rete), il giudice meneghino di primo grado (Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972) condannava il più importante motore di ricerca del Web (*i.e.* Google Inc.) per violazione della normativa sul corretto trattamento dei dati personali (art. 167, c. 1 e 2, per un trattamento in contrasto con gli artt. 23, 17 e 26 del d.lgs. 196/2003, nella formulazione vigente *ratione temporis*) in relazione ad un filmato di un ragazzo down che veniva ripreso mentre era schernito e deriso dai suoi compagni, circolato sul web tramite Google Video e divenuto uno dei video più scaricati della Rete. Secondo l'impostazione del giudicante di prime cure, l'ISP era da ritenersi responsabile non essendo un mero "intermediario", ma un «*hosting* attivo» o «*content provider*»; analoga qualificazione venne

noto, ove a smentire la figura è stata la Corte d'Appello di Milano[16]; o nel caso Delta Tv c. Google/Youtube, ove ad esprimersi in favore dell'*hosting* c.d. attivo è stato invece il Tribunale di Torino[17]; o, ancora smentendo la praticabilità di alcuna distinzione, il Tribunale di Roma[18]; o, infine, pur non inserendosi in questa scia, pare accogliere i risultati della differenziazione il Tribunale di Napoli Nord[19], nel (tristemente) celebre "caso Cantone"[20].

A fronte dell'uniforme quadro europeo, dunque, emerge un ben più frastagliato approccio della giurisprudenza domestica, talora incline ad accogliere la suddetta distinzione, altre volte recisamente contraria. A ben guardare, tuttavia, le stesse indicazioni della Corte di giustizia lasciavano (e lasciano tuttora) margini di incertezza non irrilevanti, fornendo argomenti, in pari misura, per sostenere le ragioni dell'una e dell'altra tesi: chi sostiene la ricostruzione, in particolare, muove dal considerando 42 e dall'ontologica diversità fra ISP, che renderebbe irrazionale applicare una medesima disciplina

poi confermata in sede di gravame, tuttavia culminato con esito assolutorio (App. Milano, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 8611, spec. 27, ove si evidenzia che «va escluso che Google Video, in quanto capace di organizzare e selezionare il materiale trasmesso dagli utenti, possa continuare ad insistere nella sua pretesa neutralità»). Assoluzione poi confermata dalla S. Corte italiana (Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, annotata, fra gli altri, da A. Ingrassia, *La sentenza della Cassazione sul Caso Google*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 febbraio 2014), ove però, smentendo la figura dell'*hosting* attivo, si aggiungeva che «il legislatore ha inteso far coincidere la capacità decisionale sul trattamento con il potere di concretamente incidere su tali dati», che invece Google Italia s.r.l. non conosceva, essendo «un mero Internet *host provider*, soggetto che si limita a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti possono liberamente caricare il loro video», in relazione al quale rimangono gli unici responsabili. Sul tema v. G.M. Riccio, *Google/Vividown: leading case o abbaglio giurisprudenziale?*, in *Vita notarile*, 2013, 609 ss.; dello stesso Autore v. Id., *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 7, 2003, 753; Id., *La responsabilità degli internet providers nel D. Lgs. 70/03*, in *Danno e responsabilità*, 12, 2003, 1157 ss.

[16] La sentenza di prime cure (Trib. Milano, 9 settembre 2011, *RTI c. Yahoo! Italia*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 364 ss.) veniva infatti riformata in Appello (App. Milano, sez. spec. imprese, 7 gennaio 2015, in *Corriere giuridico*, 2016, 811 ss., con nota di E. Bassoli): in quest'ultima sede, la Corte aveva in particolare evidenziato che il diritto europeo non consentiva la creazione di sotto-categorie ulteriori rispetto a quelle delineate dalla direttiva e che le funzioni implementate, essendo automatizzate, non implicavano alcuna discrezionalità nel gestire i contenuti caricati. La pronuncia è commentata, fra gli altri, da F. Cascella, *Dieci decisi no ad una scomposta sentenza della Corte di Appello di Milano, ed una via di uscita*, in *Vita notarile*, 2016, 29 ss.; da M. Castello, *Responsabilità del provider per violazione del diritto d'autore: la Corte d'Appello sconfessa anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto.it*, 6 febbraio 2015; da D. Mula, *La responsabilità del portale, commento a Corte App. Milano, sez. spec. impresa, 7 gennaio 2015*, in M. Bianca-A. Gambino-R. Messinetti (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks*, Milano, 2016, 73-80. Più di recente, il Tribunale di Milano ha tuttavia confermato l'adesione alla dialettica *hosting* attivo/passivo (Trib. Milano, ord. 8 maggio 2017, *Mediaset Premium S.p.a. c. Quasi Network Ltd. e a.*).

[17] Trib. Torino, 23 giugno 2014, in *Annali Italiani del Diritto d'Autore*, 2915, 1684 ss.; nonché Trib. Torino, 7 aprile 2017, n. 1928, in *Danno e responsabilità*, 1, 2018, 87 ss.

[18] Trib. Roma, 5 ottobre 2016, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2016, 720 ss., con nota di commento di P. Sammarco, *Brevi note sull'impiego non autorizzato di contenuti audiovisivi all'interno di un portale informativo*, 728-733.

[19] In tal senso opina R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook*, cit., 639, con riferimento a Trib. Napoli Nord, 10 agosto 2016.

[20] La pronuncia è commentata, *ex aliis*, dal già menzionato contributo di R. Bocchini, *ibidem*, 632; da L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'"hosting provider" tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2017, 536 ss.; da M. Montanari, *La responsabilità delle piattaforme on-line (il caso Rosanna Cantone)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2017, 254 ss.

a *providers inter se distantibus*; al contempo, però, chi contesta la figura dell'*hosting* c.d. "attivo" osserva che essa è frutto di uno sviluppo giurisprudenziale *praeter legem*, senza alcun dato positivo che riesca a chiarire i termini del *discrimen* rispetto al suo omologo "passivo"[21], con il rischio concreto di dar luogo a un'*interpretatio abrogans* della normativa vigente, essendo (quasi) sempre possibile rinvenire, nell'attuale modello di *provider*, quel *quid pluris* che neutralizzerebbe l'esonero di responsabilità. A ciò si aggiungono i dubbi connessi allo stesso campo applicativo di tale regime derogatorio di responsabilità, considerando le (note) criticità in ordine ai presupposti dell'obbligo di rimozione[22], obbligo che pone evidenti problemi ricostruttivi (sanzionando *ex post* l'apporto causale in relazione a un illecito già esauritosi)[23] e rimane irrimediabilmente sospeso fra la concreta non applicabilità e il rischio di un *provider* censore, designato (impropriamente) a rivestire il ruolo di «giudice della rete»[24].

---

[21] «… è ovvio che lasciare completamente all'interpretazione della giurisprudenza la differenza tra *hosting* attivi e passivi determina quell'incertezza giuridica contraria all'efficienza del mercato» (R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook*, cit., 639). L'Autore argomenta poi che la distinzione andrebbe rimeditata in senso dinamico-funzionale, non potendosi ritenere che la normativa operi «una differenziazione soggettiva del suo ambito di applicazione», giacché «non è […] l'attività peculiare e ulteriore rispetto alla mera resa del servizio di *hosting* che qualifica il *provider* come attivo»; la qualità in esame (*i.e.* di *hosting* c.d. attivo) è invece riferibile a tutti gli ISP, allorquando il *provider* «acquisisca la conoscenza del contenuto illecito presente sui server» e tuttavia «non agisce per rimuoverle», versando, a partire da tale frangente, nella dimensione dell'illiceità.

[22] Sul punto v. già G.M. Riccio, *La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Danno e responsabilità*, 12, 2003, 1162 ss., nonché Id., *La responsabilità civile degli Internet providers*, Torino, 2002; più di recente, L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione*, cit., 536.

[23] B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5, 2018, 253: «l'obbligo d'impedimento, sul quale si fonda il giudizio di responsabilità concorsuale, verrebbe in essere in un momento successivo a quello della consumazione del reato che è diretto ad impedire». A tal riguardo, R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook*, cit., 640-643 (e già in Id., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico-contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003) propone una peculiare soluzione del problema, affermando la sua natura di «illecito plurisoggettivo eventuale a formazione progressiva» o di «illecito plurisoggettivo permanente a cooperazione eventuale successiva»: l'intermediario, apparentemente responsabile solo per un «concorso successivo, sostanzialmente doloso, nell'illecito dell'utente tutte le volte che l'intermediario non rispetta gli obblighi di legge», in realtà coopera già ab origine al perfezionamento dell'illecito, essendo «l'autore della intermediazione che ha creato il presupposto necessario del fatto», il quale è quindi «in parte a lui attribuibile per aver posto in essere, attraverso la memorizzazione, la *condicio sine qua non* dell'illiceità»; il *provider* sarà poi responsabile *ex post* per non aver adempiuto alla rimozione «dal momento in cui siffatto obbligo è esigibile», momento che segna il passaggio dell'illecito «da monosoggettivo in plurisoggettivo» e «il tempo a partire dal quale l'intermediario può essere chiamato a rispondere»; diversamente, ove «abbia dolosamente eluso l'obbligo di rimozione in accordo con il destinatario del servizio … l'illecito parte dall'inizio plurisoggettivo». La ricostruzione, pur estremamente suggestiva, pone diversi dubbi interpretativi (e.*g.* la scissione fra commissione e illeceità, fondata sull'aporia di un fatto che "diventa" illecito).

[24] R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook*, cit., 632; si evidenzia poi in G. De Gregorio, *Il regime di responsabilità degli ISP alla luce della sentenza della Corte di Cassazione n. 54946/2016*, in www.medialaws.eu, 13 gennaio 2017, che «una valutazione preventiva del carattere diffamatorio» dei contenuti inseriti è «attività che non può essere compiuta da un soggetto esonerato per legge dall'obbligo di sorveglianza» e che il bilanciamento fra i diritti «può avvenire solo *ex ante* in sede legislativa o ex post in sede giudiziaria». Sul tema v. L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione*, cit., 548: «se infatti il *provider* continuerà ad essere tendenzialmente libero rispetto alla decisione sulla rimozione dei contenuti, è pensabile che la tendenza sarà quella verso un'espansione della censura al fine di evitare ogni responsabilità»; così anche D.K. Citron, *Extremist Speech, Compelled Conformity and Censorship Creep*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 2018, 1035, citato da F. Di Tano, *Prospettive de iure condendo sulla responsabilizzazione dei content provider*, in

5. Conclusioni

Già dai rapidi accenni contenuti nel paragrafo precedente, appare evidente che il tema della responsabilità dell'ISP, nonostante l'apparente assenza di oscillazioni nella giurisprudenza europea, risulta oggi dominato dall'incertezza. Diverse le ragioni di un tale stato di cose, qui evidentemente non argomentabili *funditus*; quel che emerge con maggior nitore, tuttavia, è la già menzionata inadeguatezza della regolazione positiva (direttiva 2000/31)[25], sorta al precipuo scopo di offrire ai grandi intermediari della Rete una struttura normativa *soft*, che garantisse agli stessi «il più fluido esercizio delle proprie attività, esonerandoli da stringenti e dispendiosi obblighi di controllo e prevenzione»[26] e «intesa principalmente ad evitare incriminazioni dal punto di vista penalistico»[27].
La siffatta impostazione a supporto di un modello di business che era, all'epoca della normativa, in fase di sviluppo[28] e che ricorda molto da vicino quella di tipo "giustificatorio" del giudice Easterbrook nel caso seminale *ProCD Inc. v. Zeidenberg*[29], è stata, tut-

Informatica e diritto, 1-2, 2017, 125, ove si dà conto del «serio rischio di sistematizzazione della censura: la rimozione dei contenuti segnalati potrebbe diventare l'azione di default adottata per troncare sul nascere ogni ipotetica controversia o attribuzione di responsabilità».

[25] Inadeguatezza segnalata anche in giurisprudenza: «Le attuali modalità di prestazione del servizio di *hosting* non sono più sovrapponibili a quanto tipizzato nella normativa comunitaria» (Trib. Roma, ord. 2 dicembre 2011, *RTI c. Google Inc.*, in motivazione, 5.

[26] F. Di Tano, *Prospettive de iure condendo*, cit., 119. Sul punto v. anche L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione*, cit., 537, il quale rileva che la normativa era spinta dall'intento «di incentivare l'ingresso sul nuovo mercato digitale di soggetti (gli ISP) ritenuti indispensabili per lo sviluppo della rete in un'ottica concorrenziale», pur nell'esigenza di bilanciare lo scopo promozionale con l'istanza di «evitare […] un totale esonero da responsabilità nelle situazioni lesive di diritti dei terzi».

[27] AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine conoscitiva*, 18.

[28] La questione relativa alle forme e ai limiti di responsabilità dell'ISP nel diritto italiano non può essere esaminata soltanto in ossequio alle problematiche, pur condivisibili, di coerenza sistematica dell'ordinamento nell'ambito del sistema della responsabilità civile. Essa investe una serie di scelte in materia di politica economica strettamente connesse, non solo allo sviluppo del business on-line, ma anche alla protezione di altri interessi fondamentali come, ad esempio, la libertà d'informazione. Si tratta di un problema, infatti, di carattere generale che ruota intorno al corretto bilanciamento di diritti che sono (allo stesso tempo) contrapposti e comunque meritevoli di una qualche forma di tutela. Se infatti è vero che, negli ultimi anni, l'avvento di modelli più dinamici di creazione della ricchezza attraverso le varie forme di business on-line ha esercitato pressione soprattutto sulla tutela storicamente accordata ai possessori di diritti di proprietà intellettuale, la scelta giuridica della creazione di uno spazio di *safe harbor* nel DMCA americano, non costituisce soltanto una risposta economica al tentativo di creare una «*legal platform for launching the global digital on-line marketplace*». La ragione fondamentale che ostacola l'imposizione agli ISP di attività di monitoraggio e filtraggio automatico sui contenuti degli utenti, non sta soltanto nei costi troppo onerosi che verrebbero imposti a società in fase di start-up operanti nel settore del web (problema certamente ben presente nei principi ispiratrici del DMCA). Essa sta anche, e forse soprattutto, nelle conseguenze che l'ampiezza di tali costi produrrebbe sul sistema economico in generale e sull'intero sistema delle relazioni sociali. Per questa (ed ulteriori) considerazioni, sia consentito il rimando a T. Scannicchio, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2012, 1210 ss.

[29] Nel Giudizio "*ProCD*" (*ProCD Inc. v. Zeidenberg,* 86 F. 3d 1447, 1449, 7th Circuit (1996)) il giudice Easterbrook motivò la sentenza spiegando che, poiché le circostanze pratiche del nuovo e frenetico mercato delle transazioni online rendevano, in qualche misura, "irragionevoli" i tradizionali requisiti della trasparenza dei termini contrattuali, la norma di diritto privato avrebbe dovuto essere "adeguata" nella pratica giurisprudenziale. Da quel momento in avanti, i tribunali USA (prima) ed europei (in un secondo momento) hanno utilizzato la visione contenuta in "*ProCD*" per interpretare i contratti stipulati

tavia, superata dalla realtà. La rapida evoluzione tecnologica ha fatto emergere le crepe di una disciplina positiva costruita in termini schematici[30], non in grado di cogliere le *nuances* e le interrelazioni dinamiche tra i diversi tipi di *providers*[31], nonché la difficoltà di applicare analogicamente le coordinate positive alle «smisurate piattaforme digitali» qualificate come UGC (*User Generated Content*)[32], ai SNS (*Social Network Sites*)[33] o, in generale, ai nuovi protagonisti della nuova "realtà" del Web 3.0 (e, a breve, 4.0); tutto ciò ha costretto la giurisprudenza (europea e nazionale) a implementare il testo delle norme, anche superandone il significato, con le conseguenti (e già segnalate) criticità[34]. V'è da chiedersi, quindi, se l'esenzione di tali intermediari, fondata sulla loro asserita "neutralità" – dopo numerose e contraddittorie sentenze in materia - costituisca ancora la soluzione regolatoria ottimale ovvero se sia opportuno prendere atto del suo superamento, modulando di conseguenza anche la relativa disciplina. E, del resto, giova rilevare che, come (oggi) non v'è assolutamente neutro, così mai neutre sono anche le scelte di *policy*: la costruzione normativa compiuta con la direttiva 2000/31, infatti, non rappresentava la constatazione di una realtà tecnologica, bensì l'espressione di un preciso *favor* per gli ISP, scegliendo di coniugare il generale esonero di responsabilità *ex ante* con un (minimale) meccanismo di *notice-and-take-down*, oggi probabilmente meritevole di venire riformato, come consentito dallo stesso testo della direttiva[35], anche sulla base di alcuni interessanti sviluppi delle normative di attuazione da parte degli Stati membri (*e.g.* la normativa tedesca)[36]. Più che inseguire la soluzione nello scarto (soven-

online ed hanno usato la "giustificazione" mercatista per proseguire l'evoluzione della dottrina assertiva, che valida una modalità negoziale di business che, ove sottoposta ad una analisi tradizionale nell'ambito della ricerca del consenso, ne fallirebbe il relativo test.

[30] Il quadro normativo, a parere di un'Autrice, «ben si sposava con la realtà telematica di quegli anni in cui i problemi legati alle operazioni legati alle operazioni online e alla responsabilità del prestatore di servizi informatici si trovavano ancora in uno stato "embrionale"» ritenendo che oggi la «figura del c.d. "*provider* passivo"» non può «più trovare spazio nella mutata realtà» del Web (S. Scuderi, *La responsabilità dell'internet service provider*, cit., 7 e 14).

[31] A titolo esemplificativo, nella direttiva non v'è traccia della distinzione, oggi fra le più evidenti, tra i c.d. SERPs (*Search Engine Result Pages*), fra i quali possono essere annoverati «i motori di ricerca come ad esempio Google, Bing o Qwant» e «i gestori dei siti sorgente – piattaforme online, come ad esempio Facebook e Youtube, che ospitano o trasmettono i contenuti organizzati e messi a disposizione» (B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo*, cit., 252).

[32] La citazione è tratta da L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione*, cit., 538; sul punto v. anche Id., *Evoluzione dei servizi di hosting provider: conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2012, 1997 ss.

[33] Sul tema, già indagato da G.M. Riccio, *Social network e responsabilità civile*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2011, 859 ss., v., da ultimo, M.R. Allegri, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali e particolarmente dei "social network provider" per i contenuti prodotti dagli utenti*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2017, 69 ss.

[34] R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook*, cit., 638: «L'inadeguatezza della normativa […] ha determinato un intervento di carattere integrativo della giurisprudenza».

[35] In particolare, l'art. 21 della direttiva 2000/31 prevede un meccanismo di "riesame" della normativa, citando fra i temi da rivedere periodicamente anche le procedure di "notifica e rimozione"; tuttavia, «come noto, dopo una prima relazione sullo stato di applicazione della direttiva avvenuto nell'ormai lontano 2003, tale procedimento di revisione non è mai stato attuato» (L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione*, cit., 547).

[36] Il riferimento è alla "Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network" (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*), entrata in vigore il 1° ottobre 2017, commentata da G. Giannone Codiglione, *La nuova legge*

te, solo nominalistico) fra *hosting* attivi e passivi, allora, è opportuno prendere atto che «il diritto non è mai neutrale», essendo, al contrario, «rottura della neutralità e decisione di una regola»[37], poiché concetto interpretativo[38] che comincia con una domanda e termina con una scelta tra i diversi significati possibili[39]. Una siffatta scelta risulta ormai indifferibile, al fine di evitare che il diritto si relazioni al mutare della realtà tecnologica similmente a chi appaia solo sul calare della sera, quando tutto si è già svolto, come il più noto volatile della storia della filosofia[40].

tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2017, 723, nonché, anche comparativamente rispetto alla normativa statunitense (*Digital Millenenium Copyright Act-DMCA*), da B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo*, cit., 258-259. Sulla base del modello tedesco risulta poi formulato, nel contesto italiano, l'articolato del Disegno di Legge S.3001, presentato il 14 dicembre 2017 e in attesa di assegnazione, contenente "Norme generali in materia di social network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle fake news", proposto su iniziativa del Senatore Luigi Zanda, contro-firmatario Senatore Rosanna Filippini. Nel nostro contesto ordinamentale è poi da segnalare anche la legge n. 71 del 29 maggio 2017, "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", che introduce un peculiare meccanismo di *notice-and-take-down* (analiticamente sul tema v. M. Alovisio-G.B. Gallus-F.P. Micozzi, a cura di, *Il cyberbullismo alla luce della legge 29 maggio 2011 n. 71*, Roma, 2017).

[37] N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1999, 11 ss.

[38] R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad. it., Milano, 1989, 380.

[39] R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996, 64.

[40] Il riferimento, com'è evidente, è alla celebre metafora della nottola di Minerva (G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1965, ed. or. Berlin, 1820, 14).

Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato tra gli interessi in gioco

Francesca Rotolo

Corte di giustizia dell'Unione europea, 18 ottobre 2018, causa C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*

In tema di bilanciamento tra diritti fondamentali, viola la disciplina comunitaria posta a salvaguardia dei diritti alla tutela della proprietà intellettuale e ad un ricorso effettivo, una normativa nazionale come quella tedesca, in forza della quale il titolare di una connessione Internet, attraverso cui siano state commesse violazioni del diritto d'autore, possa non essere considerato responsabile per dette violazioni, qualora indichi che alla suddetta connessione abbia accesso anche un suo familiare, pur senza fornire ulteriori precisazioni quanto al momento in cui la medesima connessione sia stata utilizzata da tale familiare e alla natura dell'utilizzo che quest'ultimo ne abbia fatto.

Sommario

1. Il caso. La decisione della Corte di giustizia - 2. Analisi della decisione. Il contesto normativo. - 3. Il diritto alla protezione della vita privata e il diritto alla tutela della proprietà intellettuale a confronto. - 4. Il bilanciamento tra diritti fondamentali. - 5. Considerazioni finali.

Keywords

Diritto d'autore e diritti connessi, Direttiva 2001/29/CE, Direttiva 2004/48/CE, Internet, Privacy

1. Il caso. La decisione della Corte di giustizia

La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame solleva la questione della necessaria conciliazione degli obblighi connessi alla tutela di diversi interessi fondamentali: da una parte, il diritto al rispetto della vita privata e, dall'altra, i diritti alla tutela della proprietà intellettuale e ad un ricorso effettivo.

La Bastei Lübbe è una società tedesca di produzione di fonogrammi, titolare dei diritti d'autore e dei diritti connessi su un audiolibro, che, l'8 maggio 2010, è stato condiviso su una piattaforma internet peer-to-peer, tramite una connessione internet di titolarità del sig. Michael Strotzer.

Dopo aver inutilmente intimato in via stragiudiziale la cessazione di tale violazione, la Bastei Lübbe ha agito in giudizio contro il sig. Strotzer dinanzi al Tribunale circoscrizionale di Monaco per far valere le proprie ragioni. Il giudice tedesco, preso atto delle difese del convenuto, ha respinto in primo grado, la domanda di risarcimento dei danni della Bastei Lübbe, in ragione del fatto che non si poteva ritenere il sig. Strotzer responsabile della violazione del diritto d'autore lamentata, avendo questi affermato che i suoi genitori potevano ugualmente esserne gli autori.
Giunta la questione in sede d'appello, dinanzi al Tribunale del Land di Monaco I, il giudice tedesco ha ravvisato la sussistenza di un peculiare filone interpretativo del *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia), secondo cui non sarebbe da ritenersi responsabile del presunto comportamento illecito il titolare di una connessione Internet mediante la quale è stata perpetrata una violazione dei diritti d'autore, ogniqualvolta egli indichi (senza doverne specificare ulteriori dettagli) che alla stessa connessione abbia accesso anche un suo familiare. In questi casi, secondo la giurisprudenza federale tedesca, infatti, l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, posto a tutela della vita privata e familiare, impedirebbe al soggetto leso di ottenere ulteriori precisazioni quanto alla modalità e ai tempi in cui tale connessione sia stata utilizzata.
Se si costringesse, infatti, il titolare della connessione internet a fornire dettagli aggiuntivi in merito alle modalità in cui è avvenuto l'accesso da parte dei suoi familiari, nell'ottica della Corte federale, si rischierebbe di ledere il diritto alla vita privata e familiare dello stesso.
Preso atto di tale indirizzo giurisprudenziale, il giudice d'appello tedesco ha, pertanto, ritenuto opportuno investire della questione la Corte di giustizia dell'Unione europea.
Quest'ultima, nella sentenza in esame, ha rilevato che la disciplina autoriale tedesca - così come interpretata dal giudice nazionale competente - sarebbe lesiva dei diritti fondamentali e dei principi sanciti nella direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e nella direttiva 2004/48/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), in quanto, come meglio si vedrà *infra*, una tale impostazione non garantirebbe a sufficienza la tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

2. Analisi della decisione. Il contesto normativo

Come si è detto, oggetto della questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte di giustizia, nel caso di specie, è la valutazione circa la compatibilità della normativa nazionale tedesca in materia di diritto d'autore e diritti connessi, con i principi sanciti nelle direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE e, più specificatamente, con i livelli minimi di protezione in essa garantiti per i diritti di proprietà intellettuale.
È, innanzitutto, opportuno premettere che le direttive europee - così come i trattati internazionali - sono fonti di importanza primaria in tale settore: la frontiera nazionale,

infatti, non ha mai costituito una barriera alla circolazione delle opere creative[1], la cui diffusione, per vocazione stessa dei prodotti dell'ingegno, ha spesso natura transfrontaliera, soprattutto nell'epoca del digitale.

Per meglio comprendere i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale in materia di diritti fondamentali, si deve necessariamente tener conto dell'ormai consolidato orientamento della Corte di giustizia, secondo cui, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle direttive europee, le autorità e i giudici degli Stati membri non solo devono interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle medesime direttive, ma «devono anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i suddetti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione»[2].

Con riferimento al caso di specie, l'obiettivo delle due direttive - così come si evince dal tenore letterario dei considerando in premessa alle stesse - è quello di ravvicinare le legislazioni nazionali e di «assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno»[3].

Infatti, la promozione di un alto livello di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi incentiverebbe la circolazione dei prodotti e dei servizi interessati e, dunque, in ultima analisi, favorirebbe «gli investimenti economici nella produzione culturale»[4].

In particolare, «[u]n quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro»[5].

È nel solco di queste premesse che si inseriscono gli articoli delle due direttive sulla cui interpretazione verte la domanda pregiudiziale in esame: si tratta dell'art. 3 della direttiva 2004/48/CE e degli artt. 8 e 3 della direttiva 2001/29/CE.

Dette disposizioni, da una parte, sanciscono un obbligo per gli Stati membri di definire le «misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari» ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; dall'altra, vincolano gli stessi Stati a prevedere adeguate sanzioni per i casi di violazione dei diritti.

---

1 G. d'Ammassa, *La legge sul diritto d'autore nell'era multimediale*, in G. Cassano-G. Scorza-G. Vaciago (a cura di), *Diritto dell'internet. Manuale operativo*, Padova, 2013, 380 ss.

2 CGUE, C-580/13, *Coty Germany* (2015).

3 Cfr. considerando 10 della direttiva 2004/48/CE.

4 G. d'Ammassa, *op. cit.*, 380; cfr., altresì, il considerando 2 della direttiva 2004/48/CE, ai sensi del quale «la tutela della proprietà intellettuale dovrebbe consentire all'inventore o al creatore di trarre legittimo profitto dalla sua invenzione o dalla sua creazione. Dovrebbe inoltre consentire la massima diffusione delle opere, delle idee e delle nuove conoscenze. Nello stesso tempo, essa non dovrebbe essere di ostacolo alla libertà d'espressione, alla libera circolazione delle informazioni, alla tutela dei dati personali, anche su Internet».

5 Cfr. considerando 4 della direttiva 2001/29/CE.

Ebbene, tra le «misure necessarie» cui fa riferimento la legislazione comunitaria, deve essere senz'altro rammentato l'obbligo dello Stato membro di agevolare, o quantomeno di non rendere irragionevolmente oneroso o inaccessibile, l'assolvimento da parte del soggetto leso (il creatore/l'inventore) dell'onere della prova[6]. Tale obbligo è strettamente connesso al diritto, di cui all'art. 47 della Carta di Nizza, ad una tutela effettiva delle proprie prerogative: garantire il diritto sotteso ad un'azione giurisdizionale, senza ragionevolmente tutelarne gli strumenti processuali, equivarrebbe a porre nel nulla la tutela sostanziale cui essi sono funzionali[7].

Alla luce di un quadro normativo così delineato, la Corte di giustizia ha rilevato che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti - come quelli del caso in esame - dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la cd. Carta di Nizza) debbano rispettare il «contenuto essenziale di detti diritti e libertà»[8].

È in quest'ottica che devono essere lette le norme di cui alla direttiva n. 2004/48/CE, che, proprio nel proposito di garantire il nucleo essenziale del diritto alla tutela della riservatezza e della vita privata, prevedono espressamente che la protezione dei diritti di proprietà intellettuale debba comunque garantire «la tutela delle informazioni riservate», nonché rispettare «le disposizioni che disciplinano la protezione e la riservatezza delle fonti informative o il trattamento di dati personali»[9].

Sulla base di tali preliminari considerazioni, la Corte di giustizia ha affermato che una misura che comporti la violazione grave di un diritto tutelato dalla Carta «deve considerarsi non conforme all'esigenza di garantire un giusto equilibrio». Essa ha, pertanto, concluso che non possa essere condivisa l'interpretazione fornita dal *Bundesgerichtshof* sull'art. 97 della legge tedesca a tutela del diritto d'autore, la quale, rendendo di fatto impossibile l'identificazione dell'autore dell'asserita violazione (e, in generale, l'assolvimento dell'onere della prova da parte del soggetto leso), comporterebbe una grave violazione dei diritti fondamentali di proprietà intellettuale e ad un ricorso effettivo, tutelati dalle direttive in questione.

3. Il diritto alla protezione della vita privata e il diritto alla tutela della proprietà intellettuale a confronto

I diritti rilevanti nel caso di specie sono, da un lato, il diritto alla protezione della vita

[6] Si veda, ad esempio, il considerando 20 della direttiva 2004/48, ai sensi del quale la prova deve essere considerata un elemento determinante per l'accertamento della violazione dei diritti di proprietà intellettuale ed è opportuno garantire che siano effettivamente messi a disposizione i mezzi per presentare, ottenere e proteggere le prove.

[7] È in quest'ottica che deve essere valutata la connessione funzionale tra l'art. 17 e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza) che tutelano, rispettivamente, il diritto di proprietà intellettuale (c. 2) e il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

[8] Cfr. art. 52, c. 1, della Carta di Nizza, che, a tal proposito, specifica che possono essere legittimamente apportate limitazioni ai diritti fondamentali purché sempre «nel rispetto del principio di proporzionalità» e «solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

[9] Cfr. artt. 6 e 8 della direttiva 2004/48/CE.

privata e della vita familiare di cui all'art. 7 della Carta di Nizza, dall'altro, i diritti di proprietà intellettuale - tra cui va rammentato il diritto d'autore[10] - e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, tutelati rispettivamente dall'art. 17 e dall'art. 47 della Carta di Nizza.

Si rammenti che, anche alla luce di una vasta giurisprudenza sul tema, tali diritti devono essere oramai considerati principi generali del diritto comunitario[11], in quanto espressione di "interessi superiori" della collettività, che trascendono dalla mera tutela del singolo[12].

In particolare, il diritto fondamentale alla tutela della vita privata e familiare, come sostenuto da autorevole dottrina[13], non si esaurirebbe nel c.d. diritto di essere lasciato in pace dai poteri pubblici, quale era originariamente inteso, ma implicherebbe anche il diritto di poter controllare le informazioni che circolano sul proprio conto. Esso, dunque, deve essere inteso come vero e proprio strumento di controllo e di riequilibrio del potere sociale, in quanto in grado di garantire la tutela della libera "costruzione" di un'identità personale e, dunque, di promuovere l'uguaglianza dei cittadini[14].

D'altra parte, la tutela dei diritti fondamentali di proprietà intellettuale - e del connesso diritto di agire in giudizio per far valere le proprie prerogative in sede giurisdizionale – lungi dall'essere mera espressione degli interessi economici dell'inventore e del creatore di un'opera, ha lo scopo di perseguire un interesse superiore dei cittadini: quello all'accesso e alla fruizione della conoscenza[15]. Come fa notare parte della dottrina, «l'espressione artistica [ ] è fortemente collegata alla possibilità di sviluppo individuale della persona ed al contempo alla crescita collettiva della società cui ciascun individuo appartiene»[16].

In entrambi i casi, dunque, attraverso la tutela della prerogativa del singolo si perseguirebbe un interesse collettivo[17].

Ne consegue che a tali diritti debba essere riconosciuta, quantomeno in astratto, pari dignità: di qui, l'importanza di effettuare un "giusto" contemperamento tra tutti gli interessi in gioco, ovvero un bilanciamento tra i diritti fondamentali in conflitto che sia ragionevole e ponderato.

---

[10] Cfr., in tal senso, CGUE, C-479/04, *Laserdisken* (2006).

[11] Cfr., in tal senso, rispettivamente, CGUE, C-154/04 e C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.,*(2005), nonché C-432/05, *Unibet* (2007).

[12] Non è un caso che essi abbiano rilevanza costituzionale in molti sistemi giuridici di *civil law*. Con riferimento al diritto alla protezione della vita privata, si veda, altresì, l'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e sulle libertà fondamentali, nonché l'art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo. Con riferimento al diritto alla tutela della proprietà intellettuale, si veda, invece, l'art. 27 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

[13] S. Rodotà, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Politica del diritto*, 1974, 24-28, secondo il quale il diritto alla protezione dei dati personali deve essere inteso come «sentinella della democrazia».

[14] *Ibidem.*

[15] A. Coni, *Il diritto penale d'autore alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale ed europea*, in G. Cassano-G. Scorza-G. Vaciago (a cura di), *op. cit.*, 2013, 529.

[16] *Ibidem.*

[17] C. Cost., 6 aprile 1995, n. 108.

4. Il bilanciamento tra diritti fondamentali

Sembra ormai indiscutibile che i diritti fondamentali contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nella cd. Carta di Nizza e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel corso degli ultimi decenni, abbiano perso la caratteristica "assolutezza" che hanno sempre avuto, quantomeno in termini astratti, come si evince dalla formulazione stessa delle disposizioni normative che li contemplano. A seguito delle numerose pronunce della CEDU e della Corte di giustizia dell'UE sul tema, infatti, essi devono essere re-intrepretati nel senso che possono trovare tutela soltanto fino a quando (e nei limiti in cui) non ledano altri interessi di pari rango e di uguale dignità: «per quanto assolute possano essere le proclamazioni dei diritti fondamentali in testi costituzionali o simili, l'applicazione concreta [...] dei diritti comporterà necessariamente l'esigenza di un loro contemperamento, di una loro armonizzazione, di un loro parziale sacrificio»[18].

Copiosa è la giurisprudenza in merito al necessario bilanciamento tra diritto alla protezione della vita privata e familiare con altri diritti fondamentali, anche di rilevanza politica, quali la libertà di manifestazione del pensiero o il diritto alla tutela della sicurezza dello Stato[19]: in entrambi i casi, come si evince dalle numerose pronunce della CEDU e della Corte di giustizia, l'equilibrio tra le varie prerogative in gioco è estremamente delicato, data la rilevanza pubblica degli interessi rilevanti e le gravi implicazioni che un loro sacrificio potrebbe determinare[20].

Tuttavia, come si è detto, anche la tutela delle opere dell'ingegno e di tutte le forme di espressione creativa ed artistica è di fondamentale importanza in una società democratica. Non bisogna, infatti, sottovalutare il valore sotteso alla tutela della proprietà intellettuale: proteggere l'arte e la scienza «equivale a salvaguardare l'espressione del pensiero e la personalità stessa del cittadino»[21] e, in ultima istanza, l'interesse generale della collettività alla cultura[22].

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che possano essere estese anche a questo settore le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza in tema di bilanciamento tra diritti fondamentali. Ci si riferisce, ad esempio, al cd. "test di proporzionalità"[23], ovvero a quel processo di valutazione tra tutti gli interessi coinvolti, che si sviluppa in tre fasi logico-consequenziali, la prima delle quali si identifica in un'analisi di «idoneità», a cui

[18] G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali», in Europa Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. Trujillo-F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, 7-10.

[19] Con riferimento al conflitto tra diritto alla protezione della vita privata e libertà d'espressione, cfr., tra le tante, CEDU, *Sunday Times v. UK*, ric. 6538/74 (1979); CEDU, *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, ric. 13778/88 (1992); CEDU, *Von Hannover v. Germany (n. 1)*, ric. 59320/00 (2004); *Rubio Dosamantes v. Spain*, ric. 20996/10 (2017); con riferimento al conflitto tra *privacy* e sicurezza nazionale, cfr. la storica sentenza CGUE, cause riunite C-293/2012 e C-594/2012, *Digital Rights Ireland Ltd.* (2014).

[20] Si pensi, ad esempio, a come una visione troppo restrittiva del diritto alla libertà d'espressione che potrebbe giustificare forme più o meno gravi di censura.

[21] A. Coni, *op.cit.,* 529.

[22] C. Cost., 6 aprile 1995, n. 108.

[23] G. Alpa-G. Resta, *Le persone e la famiglia. Vol. 1: Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Assago, 2006, 588.

si aggiunge un'analisi di «necessità», che è seguita, a sua volta, da un'analisi di «proporzionalità in senso stretto» o di «ponderazione»[24]. In quest'ottica, paradigmatici risultano i criteri di necessità e di ragionevolezza: la compressione di un diritto fondamentale sarebbe legittima solo se idonea e necessaria a salvaguardare un altro diritto fondamentale e se il sacrificio che essa comporta non è sproporzionato rispetto al vantaggio perseguito.

5. Considerazioni finali

Alla luce di quanto sinora esposto, non si può che condividere la decisione resa dalla Corte di giustizia dell'UE nel caso di specie[25].
Si ritiene, infatti, che i diritti di proprietà intellettuale della Bastei Lübbe siano stati irragionevolmente sacrificati a fronte di una tutela quasi assoluta della vita privata del sig. Strotzer. In particolare, l'interpretazione della giurisprudenza tedesca sulla normativa in questione, se sottoposta al vaglio del c.d. test di proporzionalità, non supererebbe il giudizio di ponderazione (o di "proporzionalità in senso stretto") in quanto eccessiva e sproporzionata risulterebbe la compressione del diritto alla tutela della proprietà intellettuale.
Sarebbe grave - se si tiene conto della ingente casistica di violazioni perpetrate tramite connessioni internet private e appartenenti a contesti familiari - aderire ad una interpretazione come quella offerta dalla Corte federale tedesca (cfr. *supra,* par. 1): sposare una siffatta ricostruzione finirebbe con tutta evidenza per rendere impossibile – o, comunque, eccessivamente oneroso – ai detentori dei diritti d'autore, far valere le proprie prerogative su un'opera.
A differenza di quanto avvenuto in altri casi ormai di rilevanza storica[26], la richiesta effettuata dalla società tedesca al fine di ottenere le informazioni relative ai *log* di accesso alla connessione internet di titolarità del sig. Strotzer è effettuata nel contesto di un procedimento giudiziario (a poco rileva che la tutela fatta valere nel caso di specie sia di

[24] Cfr., sul punto, R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *«Ars Interpretandi»*, 2002, 131-144, secondo cui per "idoneità" si intende l'effettiva attitudine del mezzo in concreto adoperato a realizzare lo scopo perseguito. Per "necessita" si intende, invece, l'infungibilità e l'indispensabilità della misura adottata rispetto all'obiettivo specifico - valutazione che presuppone sia già stato superato con esito affermativo l'esame circa l'idoneità della stessa. Il test di necessità implica che la misura impugnata sia la meno invasiva nei confronti del bene concorrente. La "ponderazione", invece, è lo strumento con cui si individua un equilibrio tra sacrificio imposto e vantaggio ottenuto.

[25] Cfr., per analogia, CGUE, *Coty Germany*, cit.; nonché, C-360/10, *Sabam* (2012) e C-70/10, *Scarlet Extended* (2011).

[26] Si pensi, ad esempio, al caso "Peppermint" che nel settembre 2006 suscitò grande dibattito in Italia. In detta occasione, infatti, il Tribunale di Roma concesse ad una società straniera di entrare in possesso, nell'ambito di un'indagine privata condotta al fine di individuare gli autori di alcune violazioni del diritto d'autore, di informazioni personali riguardanti quasi 4000 utenti delle più famose piattaforme di peer to peer. In quel caso, non era stata ancora intrapresa alcuna azione giudiziaria nei confronti degli utenti e il trattamento dei dati esperito era stato massivo. Si vedano, a tal riguardo, le riflessioni di G. Scorza, in Id., *Processo alla rete. Blog Anthology*, 2008.

natura civile e non penale)[27]. Inoltre, nel caso in esame, la rivelazione di dette informazioni risponderebbe ad una finalità specifica e predeterminata: quella di indagare, con le garanzie del giusto processo, sulle modalità di perpetrazione dell'asserita violazione e sull'identità del suo possibile autore.

Diverso sarebbe, se, per evitare un'ingerenza ritenuta inammissibile nella vita familiare, i titolari dei diritti potessero disporre di un'altra forma di ricorso effettivo, comunque idonea a tutelare le proprie ragioni. La valutazione in merito all'esistenza di sistemi alternativi di tutela è, però, come affermato dalla stessa Corte di giustizia, di competenza esclusiva dei giudici nazionali[28].

Se una tale tutela alternativa non fosse, invece, riconosciuta in capo ai familiari, il diritto alla protezione della vita privata finirebbe per divenire un mero pretesto per legittimare violazioni indiscriminate su diritti di pari rango, rischiando paradossalmente di perdere, agli occhi della collettività, il giusto rispetto che merita.

[27] CGUE, C-275/06, *Promusicae* (2008).

[28] La Corte, dunque, rimanda l'apprezzamento su tale punto al giudice tedesco che aveva originariamente sollevato la questione pregiudiziale.

Caso *Land Nordrhein-Westfalen*: La vittoria del copyright sulla "sfrenata" condivisione dei contenuti in rete.

Liliana Del Plato

Corte di giustizia dell'Unione europea, 7 agosto 2018, causa C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*

La nozione di "comunicazione al pubblico", ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, dev'essere interpretata nel senso che essa ricomprende la messa in rete su un sito Internet di una fotografia precedentemente pubblicata, senza restrizioni atte a impedire che venisse scaricata e con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, su un altro sito Internet.

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il contesto normativo e il caso. – 3. I precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia sulla comunicazione al pubblico. – 4. La decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 5. Profili comparativi e spunti critici.

Keywords

Copyright, Diritto d'autore, Comunicazione al pubblico, Direttiva Infosoc, Fair use

1. Introduzione

Con la sentenza in commento, la Corte di giustizia si inserisce, in apparente discontinuità con i precedenti della giurisprudenza comunitaria[1] di seguito esaminati, nella complessa ed attuale problematica del rapporto tra copyright e nuove tecnologie, in tema di circolazione e diffusione digitale delle opere.

La decisione, in particolare, delinea i confini interpretativi dell'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, il quale non precisa chiaramente il significato da attribuire alla nozione di "comunicazione al pubblico".

La domanda di pronuncia pregiudiziale, i cui tratti saranno delineati più nel dettaglio, è stata presentata dalla Corte federale di giustizia tedesca nell'ambito di una controversia

[1] Cfr. CGUE, C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 22 e giurisprudenza ivi citata; C-145/10, *Painer* (2011), § 94; C-301/15, *Soulier e Doke* (2016), § 34 e giurisprudenza ivi citata; C-160/15, *GS Media* (2016), § 45; C-466/12, *Svensson e a.* (2014); C-138/16, *AKM* (2017), § 22; C-527/15, *Filmspeler* (2017), § 31.

tra il Land Nordrhein-Westfalen e il sig. Dirk Renckhoff [2] e concerneva la necessità di chiedere una nuova ed ulteriore autorizzazione all'autore per pubblicare su un sito Internet la sua opera, già liberamente accessibile perché inizialmente pubblicata su un altro sito previo consenso dello stesso.

La Corte di giustizia, con la sentenza del 7 agosto 2018, nella causa C-161/17, considerato il contesto normativo e operando un bilanciamento tra i diritti dell'autore e quelli del fruitore di contenuti online, in ultima analisi, ha statuito che la nozione di comunicazione al pubblico «deve essere interpretata nel senso che essa ricomprende la messa in rete su un sito Internet di una fotografia precedentemente pubblicata, senza restrizioni atte ad impedire che venisse scaricata e con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, su un altro sito Internet»[3]; tale soluzione, se da un lato ha tenuto in debito conto la protezione che spetta al titolare dei diritti, dall'altro avrebbe dovuto parimenti dare rilievo alla necessaria elasticità nel valutare quando un determinato utilizzo che del contenuto fa l'internauta sia lecito ed è proprio in tal senso che appare quanto mai efficace il richiamo all'immagine del "cubo di Rubik", quale metafora della variegata realtà fattuale in rapporto alla moderna legge sul copyright[4].

2. Il contesto normativo e il caso

Il dinamismo nei contributi ermeneutici della Corte di giustizia è senz'altro dovuto alle profonde difficoltà che la legislazione comunitaria in materia di copyright dimostra – ormai sempre più frequentemente – nell'affrontare le conseguenze che le continue innovazioni tecnologiche hanno oggigiorno sulla protezione autorale.

Per meglio comprendere la questione da cui origina la controversia e la risposta fornita nel provvedimento in commento, giova preliminarmente muovere dal quadro normativo di riferimento. Più nel dettaglio, il contesto giuridico che si evince dalla direttiva 2001/29/CE, nel quale si inserisce la controversia in oggetto, è fortemente improntato alla garanzia delle quattro libertà – di circolazione dei capitali, delle merci, dei servizi e delle persone-, fulcro del mercato unico europeo[5].

In materia di diritto d'autore e di diritti connessi – la cui tutela risulta imprescindibile per incentivare le creazioni intellettuali – appare evidente che il primario obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva consiste, come si evince dai considerando 4, 9 e 10[6]

[2] Questione pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal *Bundesgerichtshof,* con decisione del 23 febbraio 2017, pervenuta in cancelleria il 31 marzo 2017.

[3] CGUE, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018).

[4] T. Synodinou, *The Renckhoff judgment: The CJEU swivels the faces of the Copyright Rubik's Cube (Part I and II)*, in www.copyrightblog.kluweriplaw.com, 27 September – 2 October 2018.

[5] Come previsto dal considerando 3 della Direttiva Infosoc, secondo cui «L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale».

[6] Considerando 4: «Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria

della stessa, nella realizzazione di un elevato livello di protezione in modo tale da assicurare agli autori – nonché agli artisti, interpreti, esecutori e produttori – un adeguato compenso per l'utilizzo delle proprie opere e garantire loro un apprezzabile remunerazione per la propria attività creativa e per gli investimenti effettuati[7].

Tenendo sempre presente che la finalità è quella di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi dei titolari e quelli dei fruitori dei contenuti protetti[8], sulla scorta di quanto finora detto, risulta chiaro come l'immediata conseguenza sia la necessità di intendere il concetto di "comunicazione al pubblico" in senso ampio; tale soluzione è suggerita espressamente dal considerando 23 della Direttiva Infosoc, secondo cui questa consiste «in tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine [e si sostanziano], quindi, in qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico […]»[9].

Tale nozione, centrale nella controversia di seguito analizzata, viene richiamata all'art. 3 della già citata Direttiva Infosoc, rubricato «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti», che ai suoi parr. 1 e 3, così dispone: «1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. [...] 3. I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo».[10]

Sotto un diverso profilo, tuttavia, come si avrà modo di capire nel prosieguo della trattazione, anche l'art. 5 della medesima direttiva, avrebbe potuto – o meglio, secondo

europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro».

Considerando 9: «Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà».

Considerando 10: «Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta ("*on-demand*") sono considerevoli. È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti».

[7] Sul tema, M. Fabiani, *Diritto d'autore e accesso a informazione e conoscenza*, in G. Ghidini-A. Stazi (a cura di) *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale. Libertà di espressione, libertà di concorrenza, proprietà intellettuale*, Roma, 2011, 267 ss.

[8] Nel rispetto di quanto previsto dalla direttiva del 2001 al considerando 31 secondo cui «Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti».

[9] V. considerando 23 della direttiva 2001/29/CE.

[10] Art. 3 della direttiva 2001/29/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

alcuni avrebbe dovuto – giocare un importante ruolo nella disamina fornita dalla Corte di giustizia; in particolare, questa disposizione, concernente le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, prevede al par. 3, lett. *a)*, che: «Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti: a) allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito».[11]

Un breve cenno, prima di passare alla descrizione del caso di specie, merita poi la normativa nazionale tedesca sul diritto d'autore (Urheberrechtsgesetz)[12]. Questa non solo – al pari di quella europea- si riferisce espressamente alla tutela delle opere fotografiche (Lichtbildwerke), ma, per quanto attiene alla presente analisi, al suo § 52 ha ad oggetto la comunicazione al pubblico.

Una volta descritto il quadro normativo, occorre passare all'esame della vicenda da cui è conseguito il rinvio alla Corte di giustizia. La questione pregiudiziale prende le mosse, come si accennava, da una controversia proposta innanzi alla Corte federale di giustizia tedesca (Bundesgerichtshof) e concerneva l'utilizzo, a titolo illustrativo ma non autorizzato, di una fotografia della città di Cordova realizzata dal fotografo Dirk Renckhoff, da parte di un'alunna della Gesamtschule di Waltrop; quest'ultima, nello svolgere un progetto scolastico di un laboratorio linguistico, aveva prima scaricato e poi pubblicato sul sito Internet del proprio istituto la fotografia oggetto del procedimento, già disponibile su un sito Internet dedicato ai viaggi, sul quale la stessa era stata inizialmente pubblicata con il consenso del suo autore.

Quest'ultimo, asserendo una lesione dei propri interessi e sostenendo di aver autorizzato l'utilizzo solamente sul primo sito Web, affermava che la messa in rete della fotografia sul secondo sito costituisse una violazione del suo diritto d'autore. Sulla scorta di queste motivazioni il sig. Renckhoff conveniva in giudizio in primo grado, anche se solo inizialmente, la Stadt Waltrop nonché il Land Nordrhein-Westfalen, da cui dipendeva l'istituto, al fine di impedire, pena sanzioni pecuniarie, la riproduzione e/o la messa a disposizione al pubblico dell'opera ed ottenere il conseguente risarcimento del danno.

Il parziale accoglimento del suddetto ricorso, invero, comportò la rimozione dell'immagine dal sito dell'istituto scolastico, nonché il pagamento del risarcimento, seppur in forma leggermente inferiore a quanto originariamente preteso. Il provvedimento, tuttavia, fu oggetto di appello innanzi al Tribunale Superiore del Land (Oberlandesgericht Hamburg), il quale, considerando irrilevante il dato che il titolare dei diritti sull'opera avesse autorizzato la pubblicazione online della stessa e non avesse posto restrizioni atte a impedire la fruizione tali da rendere il contenuto indisponibile, statuì che il *download* della fotografia sul *server* e la seguente messa a disposizione di questa sul sito della scuola erano da intendersi svincolate dalla pubblicazione consentita sul primo sito Web di viaggi, e perciò integranti una violazione del copyright.

[11] Art. 5 della direttiva 2001/29/CE, cit.

[12] Legge del 9 settembre 1965 (BGBl. I, p. 1273), più recentemente emendata il 1 ° settembre 2017 (BGBl. I p. 3346), "l'UrhG".

In tale contesto, la Corte Federale di giustizia tedesca, giudice di rinvio, poiché l'esito del giudizio era condizionato dalla portata interpretativa dell'art. 3, par. 1, della direttiva 2001/29, ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia formulando il seguente quesito: «Se l'inserimento in un proprio sito Internet accessibile al pubblico di un'opera, liberamente disponibile su un sito Internet di terzi per tutti gli internauti con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una messa a disposizione del pubblico ai sensi dell'articolo 3, par. 1, della direttiva 2001/29/CE, qualora l'opera venga prima copiata su un server e poi caricata sul proprio sito Internet»[13]. In altri termini, la richiesta sottintendeva la corretta interpretazione della Direttiva Infosoc, in particolare nella parte in cui l'art. 3, par. 1, della stessa consente all'autore il diritto esclusivo di autorizzare o di vietare la comunicazione al pubblico dell'opera, al fine di comprendere *in primis* se nella nozione di "comunicazione al pubblico" potesse effettivamente rientrare il caricamento su un sito Internet di una fotografia tratta da un diverso sito su cui era stata pubblicata con il consenso del titolare, senza che fossero predisposte restrizioni volte ad ostacolare il *download* dell'immagine e, in aggiunta, se il caricamento di questa online fosse da considerarsi una comunicazione nei confronti di un "pubblico nuovo", requisito, come a breve si vedrà, la cui necessità è stata a più riprese ribadita dalla giurisprudenza in materia[14].

3. I precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia sulla comunicazione al pubblico

Una volta delineato il contesto giuridico in cui la sentenza in epigrafe si inserisce e i principali elementi fattuali che caratterizzano il caso in esame, prima di esaminare quanto statuito dalla Corte di giustizia occorre preliminarmente analizzare gli orientamenti giurisprudenziali tramite cui i giudici di Lussemburgo hanno tentato di definire la tanto dibattuta nozione di "comunicazione al pubblico".

Premesso che, come si accennava, tale nozione deve essere letta coerentemente con gli obiettivi della Direttiva Infosoc[15], e che della stessa deve essere data un'interpretazione ampia[16], la Corte, nel provvedimento oggetto di analisi, ha messo in evidenza – richiamando quanto disposto nella sentenza *Painer* del 2011[17] – che il primo compito del giudice nazionale è quello di accertarsi che la fotografia sia oggetto di tutela autoriale e quindi che questa costituisca «una creazione intellettuale dell'autore, che ne rifletta la personalità e si manifesti attraverso le scelte libere e creative di quest'ultimo»[18].

In conformità con quanto stabilito nella sentenza *Soulier e Doke*[19], accertato che la foto-

[13] CGUE, C 161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018).

[14] CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), § 24; C-160/15, *GS Media* (2016), § 37; C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 28.

[15] CGUE, C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 21 e giurisprudenza ivi citata.

[16] *Ibidem,* § 22 e giurisprudenza ivi citata.

[17] V., in tal senso, CGUE, C-145/10, *Painer* (2011), § 94.

[18] CGUE, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 14.

[19] CGUE, C-301/15, *Soulier e Doke* (2016), § 34 e giurisprudenza ivi citata.

grafia sia protetta dal copyright, qualsiasi utilizzo di detto contenuto da parte di terzi, in assenza del consenso dell'autore, fatte salve le eccezioni e limitazioni *ex* art. 5 della direttiva, saranno da ritenersi lesive dei suoi diritti.

Nonostante il provvedimento in oggetto delinei un *iter* logico diverso da quanto stabilito in precedenza in ambito di *linking*, giova in questa sede brevemente ripercorrere la posizione della giurisprudenza sul rapporto tra comunicazione al pubblico e collegamento ipertestuale al fine di tracciarne il confine rispetto all'ipotesi in cui l'opera sia messa a disposizione su un sito diverso da quello iniziale senza un *link* che rinvii al sito Web in cui è stata pubblicata previa autorizzazione del titolare.

Come si vedrà più nel dettaglio, infatti, la Corte giustifica gli orientamenti precedenti, di qui a breve analizzati, secondo un criterio di specialità[20], fondato sull'indispensabilità dei *link* per una regolare fruizione di Internet, in quanto gli stessi permettono la trasmissione di enormi quantità di informazioni[21]. Per converso, la pubblicazione di un'opera su un diverso sito senza il consenso dell'autore non soddisfa la medesima esigenza, non risultando, di conseguenza, giustificata sulla scorta dello scopo appena richiamato. Ad una più attenta analisi, invero, appare evidente come il ragionamento della Corte di giustizia in materia di *linking* si fondi sulla prevalenza dell'interesse – di matrice pubblicistica- ad utilizzare e fornire informazioni online mediante collegamenti ipertestuali, che risulta evidentemente assente nel caso *Renckhoff- Land Nordrhein-Westfalen*.

In particolare, la giurisprudenza già nel caso *Svensson* del 2014[22] ha precisato, confermandolo poi in diverse occasioni, che la nozione di "comunicazione al pubblico" consta di due elementi cumulativi, consistenti l'uno in un atto di comunicazione e l'altro nel pubblico cui questa comunicazione deve essere indirizzata[23].

Per quanto concerne il primo dei due requisiti, per così dire, "oggettivi" della fattispecie, ossia l'esistenza di "un atto di comunicazione", è da considerarsi integrato ogni qualvolta il contenuto autoriale sia messo a disposizione in modo tale da renderlo accessibile ad un pubblico, essendo in ogni caso irrilevante che questi fruiscano o meno di tale opportunità[24].

Più nel dettaglio, il caso *Svensson* aveva ad oggetto la messa a disposizione di un contenuto tutelato ai sensi del diritto d'autore e già precedentemente pubblicato, senza misure atte a restringerne l'accesso, in un secondo sito Web; in tal caso, appariva evidente – secondo la giurisprudenza comunitaria- come si fosse concretizzata la fattispecie di comunicazione al pubblico di un'opera soggetta a copyright poiché, «in mancanza di questo intervento, i suddetti clienti non [avrebbero potuto], in via di principio, fruire

[20] Sul tema, T. Synodinou, *The Renckhoff judgment: The CJEU swivels the faces of the Copyright Rubik's Cube (Part II)*, in www.copyrightblog.kluweriplaw.com, 2 October 2018.

[21] CGUE, C-160/15, *GS Media* (2016), § 45.

[22] CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), § 16, che a sua volta richiamava la CGUE, C-607/11, *ITV Broadcasting e a.* (2013), punti 21 e 31.

[23] In tal senso anche CGUE, C-138/16, *AKM* (2017), § 22, e C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 24 e giurisprudenza ivi citata.

[24] CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), § 19 e C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 31 e giurisprudenza ivi citata.

dell'opera diffusa»[25].

Quanto al secondo degli elementi sopra richiamati, ossia il requisito che l'opera protetta sia effettivamente comunicata ad un "pubblico", dalla giurisprudenza della stessa Corte risulta che per "pubblico" debba intendersi un numero indeterminato di potenziali utilizzatori del sito Internet sul quale la messa in rete è effettuata, ossia un numero indeterminato e piuttosto considerevole di destinatari[26].

Inoltre, affinché si possa parlare di "comunicazione al pubblico" è indispensabile che la stessa sia effettuata secondo modalità tecniche specifiche, differenti da quelle precedentemente utilizzate o, in alternativa, sia rivolta ad un "pubblico nuovo", e cioè ad un pubblico che «non sia stato preso in considerazione dal titolare del diritto d'autore nel momento in cui ha acconsentito alla comunicazione iniziale della sua opera al pubblico»[27].

Tuttavia, giova sottolineare che se la sentenza *Svensson* – e qui viene in rilievo il punto di frattura con la decisione in questa sede esaminata – ha sancito che, nel caso di specie, il pubblico che avrebbe potuto accedere al contenuto mediante il collegamento cliccabile sarebbe da qualificarsi indeterminato perché potenzialmente composto da tutti gli utenti della rete. Sulla scorta di tali premesse, è stato quindi stabilito che l'utilizzo di un *link* ad un'opera lecitamente e liberamente accessibile in un sito Internet non sarebbe da ricomprendersi nella nozione di cui all'art. 3 della direttiva del 2001, dal momento che mancherebbe un pubblico non tenuto in considerazione dall'autore nel momento in cui ha prestato il proprio consenso all'iniziale comunicazione del contenuto[28]. In altri termini, si presuppone che il titolare del diritto, mettendo a disposizione la propria opera liberamente acconsenta a che questa sia fruita da chiunque utilizzi Internet[29].

Diverso, però, è il caso in cui il contenuto sia messo a disposizione solo di determinati soggetti. Nel caso *GS Media*, infatti, la Corte di giustizia precisa che tale ragionamento vale per le sole ipotesi in cui il *link* rimandi ad opere liberamente accessibili online, previo consenso dell'autore[30], mentre qualora il *link* dovesse indirizzare l'utente a un contenuto alla cui pubblicazione questi non ha acconsentito, si sarebbe senz'altro in presenza di una comunicazione al pubblico. Inoltre, in questa sede, la Corte ha poi chiarito che per poter parlare di "comunicazione al pubblico" si deve tener conto di taluni criteri, ulteriori e complementari a quelli finora riportati, quali quello del carattere intenzionale della condotta e dell'eventuale scopo di lucro.

Più nel dettaglio, non risulta irrilevante il c.d. "requisito soggettivo", e cioè la piena cognizione delle conseguenze del consentire ai propri utenti l'accesso ad un'opera sog-

[25] CGUE, C-527/15, *Filmspeler* (2017), § 31.

[26] CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), § 21, e C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 27 e giurisprudenza ivi citata.

[27] CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), § 24, C-160/15, *GS Media* (2016), § 37 e C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 28.

[28] Così, CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), §§ 24 e 31.

[29] Quanto stabilito nella sentenza *Svensson* è stato poi ripreso successivamente nel caso *BestWater International*, C-348/13 (2014) in cui, nella medesima ottica si chiarisce che la messa a disposizione di un contenuto tramite un collegamento ipertestuale, accessibile senza restrizioni in un sito gestito da terzi, non rientra nella nozione di "comunicazione al pubblico".

[30] Cfr. CGUE, C-160/15, *GS Media* (2016), § 41.

getta a copyright, di cui gli stessi non potrebbero, in via di principio fruire; se poi, il collegamento ipertestuale ad un contenuto protetto risulta effettuato senza scopo di lucro, bisognerà accertare se il soggetto è a conoscenza o non possa ragionevolmente essere a conoscenza del dato che l'opera sia stata pubblicata senza il consenso del titolare[31].
Una volta ripercorsa, seppur brevemente, l'evoluzione giurisprudenziale in materia di *link*, occorre rilevare che nella sentenza in commento, la Corte di giustizia, come si accennava, distingue nettamente le fattispecie finora descritte – concernenti la messa a disposizione di opere protette mediante *linking* -, precisando che se il titolare dell'opera volesse porre fine all'utilizzo delle stesse, eliminando il contenuto autorizzato dall'indirizzo Internet su cui questo era stato inizialmente caricato, nel caso di collegamento ipertestuale, con tale rimozione bloccherebbe ogni accesso all'opera, mentre non otterrebbe il medesimo risultato, qualora l'opera fosse stata messa a disposizione su un sito diverso da quello originario, come nel caso oggetto della presente analisi; anticipando quanto si dirà di qui a breve, infatti, se il contenuto autoriale messo a disposizione sul primo dei due siti Web dovesse essere rimosso per volontà dell'autore, l'opera risulterebbe ancora accessibile sul secondo sito su cui questa è stata successivamente messa in rete senza il suo consenso[32].

4. La decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea

La decisione della Corte di giustizia in commento, rispondendo al quesito sollevato statuisce che la nozione di "comunicazione al pubblico" abbraccia anche «la messa in rete su un sito Internet di una fotografia precedentemente pubblicata, senza restrizioni atte ad impedire che venisse scaricata e con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, su un altro sito Internet»[33]. Tale intervento giurisprudenziale va quindi a collocarsi nell'ambito dell'articolata problematica circa la portata massiva della condivisione di *file* in rete in relazione agli interessi degli autori che vedono sempre più spesso mutilati i propri profitti e lesi i propri diritti, e si riporta ai principi cardine che ancora oggi, in assenza di una adeguata legislazione in materia, si pongono a fondamento della regolamentazione dei contenuti digitali in rete.
Una considerazione di carattere preliminare, sulla scorta delle osservazioni esaminate nei precedenti paragrafi, appare certamente necessaria. Poiché *ex* art. 3 della Direttiva Infosoc, per poter riprodurre un contenuto è indispensabile l'autorizzazione del titolare dei diritti su questo, tale facoltà – sotto il profilo diametralmente opposto – sottende allo stesso tempo il potere di negare – o far cessare – la fruizione dell'opera da parte degli utenti. In altri termini, coerentemente con i precedenti orientamenti della giuri-

[31] Se, al contrario, il *linking* è avvenuto a scopo di lucro, secondo la Corte di giustizia, è legittimo ritenere che il gestore del sito, che mette a disposizione il collegamento cliccabile debba porre in essere tutte le verifiche del caso per accertarsi che l'opera sia o meno stata pubblicata illegittimamente. In tal senso, CGUE, C-160/15, *GS Media* (2016).

[32] CGUE, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 31. V., per analogia, CGUE, C-301/15, *Soulier e Doke* (2016), § 51.

[33] CGUE, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 47.

sprudenza comunitaria poc'anzi sommariamente descritti, la decisione sottolinea che gli autori possono avvalersi di «un diritto di natura precauzionale che consente loro di frapporsi tra eventuali utenti della loro opera e la comunicazione al pubblico che detti utenti potrebbero ritenere di effettuare, ciò al fine di vietarne la stessa»[34].

In particolare, se la fattispecie descritta non fosse considerata come rientrante nell'alveo della "comunicazione al pubblico", il titolare si vedrebbe nei fatti precluso l'esercizio dei propri diritti; invero, come si accennava, qualora questi decidesse di eliminare il contenuto dal sito Internet su cui era stato, con il suo consenso, caricato, a differenza di quanto accade nell'ipotesi del *linking* – in cui, rimuovendo l'opera autorizzata dal sito inziale , si impedirebbe completamente l'accesso al contenuto -, l'immagine rimarrebbe pienamente disponibile sul secondo sito su cui è stato messo a disposizione.

Il conseguente "principio di esaurimento del diritto di comunicazione" una volta pubblicata l'immagine in rete, che si verrebbe così ad avallare risulterebbe invero senza dubbio incompatibile con quanto previsto *in primis* dall'art. 3, par. 3, della direttiva 2001/29/CE – che prevede espressamente che «il diritto di comunicazione al pubblico non si esaurisce con un atto di comunicazione al pubblico»[35] – ed inoltre con la *ratio* e gli obiettivi della direttiva stessa, sopra richiamati. Da ciò, peraltro, ne discenderebbe paradossalmente l'impossibilità per il titolare copyright di richiedere, come espressamente previsto tanto dalla legislazione comunitaria – in particolare al considerando 10 - quanto da quelle nazionali, un adeguato compenso per l'utilizzo della sua opera[36].

Mette conto rilevare come, sotto un diverso profilo, la motivazione della Corte di giustizia, pare non considerare – contrariamente a quanto sottolineato dall'Avvocato Generale – l'assenza di misure atte a limitare la possibilità di fruizione della fotografia pubblicata da parte degli utenti della rete, fondando tale statuizione sul dato che l'autore, ai sensi dell'art. 3, par. 1, non può vedersi subordinato l'esercizio del proprio diritto ad alcuna formalità. In particolare, le conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate nell'aprile 2018, sottolineavano come, in primo luogo, l'assenza dell'indicazione del nominativo del fotografo giù sul primo sito di viaggi in cui la pubblicazione del contenuto era stata autorizzata, e, in secondo luogo, la mancanza di restrizioni all'utilizzo gratuito dell'immagine – che il titolare avrebbe potuto adottare utilizzando misure tecnologiche di protezione -, avrebbero «incoraggiato l'alunna e il suo insegnante ad assumere, ancora una volta in modo legittimo e senza bisogno di ulteriori indagini, che la fotografia fosse liberamente disponibile al pubblico»[37]. Si sarebbe, così, venuta ad ipotizzare un'eventuale negligenza da parte dell'autore nel preservare il proprio diritto rispetto ad un certo standard di condotta responsabile che ci si aspetta da un "autore professionista". Tuttavia, tali considerazioni appaiono certamente non compatibili, a parere dei giudici di Lussemburgo, con la necessità appena richiamata che l'esercizio della tutela autoria-

[34] *Ibidem,* §§ 29 e 30. V., in tal senso anche CGUE, C-117/15, *Reha Training* (2016), § 30; C-301/15, *Soulier e Doke* (2016), § 33, e C-610/15, *Stichting Brein* (2017), § 20 e giurisprudenza ivi citata.

[35] Art. 3, par. 3, della direttiva 2001/29/CE, cit.

[36] Nella stessa ottica, CGUE, C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a.* (2011), §§ 107 e 108.

[37] Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 25 aprile 2018, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 75.

le non sia condizionato a nessuna formalità, come invece accadrebbe se si obbligasse il titolare, affinché questo sia considerato "diligente", a riservare il proprio copyright ovvero a specificare che l'utilizzo del contenuto è illecito[38].

Giova, inoltre, precisare che la successiva messa a disposizione del contenuto è stata effettuata, nel caso in esame, attraverso le stesse modalità tecniche di quella iniziale, motivo per cui la Corte ha dovuto focalizzare il proprio accertamento, affinché si potesse parlare di "comunicazione al pubblico", sull'elemento del "nuovo pubblico", su cui le parti, nelle osservazioni scritte presentate, hanno giocato la propria partita.

Se il sig. Renckhoff ha affermato che la comunicazione dell'immagine mediante il caricamento in rete sul secondo dei due siti Web, senza il proprio consenso, doveva essere considerata come una "nuova comunicazione al pubblico", perché a seguito di tale nuova messa in rete, egli avrebbe più potuto esercitare il proprio potere di controllo sulla comunicazione dell'opera, il *Land Nordrhein-Westfalen* ha senza dubbio proposto un ragionamento antitetico. È stato, infatti, sostenuto che la questione non avesse ad oggetto alcuna "comunicazione al pubblico", poiché gli elementi richiesti dalla giurisprudenza comunitaria non risultavano sussistenti. Più nel dettaglio, secondo la difesa, non solo la studentessa e l'insegnante non hanno posto in essere la condotta in esame con piena consapevolezza degli effetti del proprio comportamento – come invece previso dalla sentenza *GS Media* [39]-, ma, inoltre, «la pubblicazione sul sito Web della scuola non offriva alcuna possibilità di accesso [alla foto] che non fosse già disponibile»[40] per gli utenti sul sito dedicato ai viaggi[41].

Nella stessa ottica, si inseriscono le riflessioni dell'Avvocato Generale. Questo ha, infatti, precisato che la fotografia – che, peraltro, non aveva un ruolo primario nel progetto scolastico – era stata caricata senza le restrizioni di cui sopra, e perciò era lecito desumere che la stessa, facilmente e legalmente accessibile a tutti gli internauti già sul primo sito, non fosse indirizzata ad un "nuovo pubblico". Anche su questo punto, però, la Corte di giustizia prende le distanze dalla ricostruzione dell'Avvocato Generale, sottolineando la distinzione sussistente tra il pubblico degli utenti del sito Web di viaggi, su cui la fotografia era stata lecitamente pubblicata e il "nuovo pubblico" degli utenti del sito Web dell'istituto scolastico tedesco[42].

A ciò si aggiunga che, nella fattispecie, la studentessa, riproducendo l'opera su un *server* privato prima di metterla nuovamente online, ha senza dubbio avuto un ruolo determinante nella comunicazione di detto contenuto a un pubblico che, a parere della Corte, l'autore non avrebbe preso in considerazione al momento in cui ha autorizzato

[38] Così, T. Synodinou, *The Renckhoff judgment: The CJEU swivels the faces of the Copyright Rubik's Cube (Part II)*, cit.

[39] Contrariamente a quanto richiesto dalla CGUE, C-160/15, *GS Media* (2016), § 35 e giurisprudenza citata.

[40] Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 39.

[41] A differenza di quanto sostenuto dal giudice del rinvio, il *Land* sostiene i precedenti orientamenti giurisprudenziali in tema di *link* debbano trovare applicazione al caso in esame; v. CGUE, C-160/15, *GS Media* (2016), § 52; CGUE, C-466/12, *Svensson e a.* (2014), § 18; C-348/13, *BestWater International* (2014), § 15.

[42] CGUE, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 35.

la comunicazione.

Si badi che tale soluzione non rappresenta un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, in quanto, nonostante la Corte, nel caso in esame, non condivida che un dato contenuto per il solo fatto di essere liberamente accessibile online, si presuma indirizzato alla totalità degli utenti della rete, i principi affermati nei casi *Svensson* e *GS Media* continuano ad applicarsi per quanto attiene al tema del *linking*.

Un ultimo profilo che, tra gli altri, merita di essere approfondito concerne il dato che la fattispecie oggetto di tale procedimento si colloca in un contesto educativo. Secondo l'Avvocato Generale, infatti, era preferibile un'interpretazione più elastica dell'eccezione sull'attività didattica di cui all'art. 5, par. 3, della direttiva 2001/29, che, nell'individuare un punto di equilibrio tra diritto d'autore e diritto all'istruzione, avrebbe concesso – anche agli studenti – di utilizzare le immagini ai fini di apprendimento[43].

La natura educativa, senza scopo di lucro, dell'attività posta in essere dall'alunna, è stata peraltro sottolineata anche dal Land Nordrhein-Westfalen che, nel corso del procedimento ha affermato che «accanto all'art. 17, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulla difesa della proprietà intellettuale, e all'art. 11 sulla libertà di espressione e informazione[44], una valutazione degli interessi contrastanti coinvolti deve tenere conto del diritto all'istruzione sancito dall'art. 14 della Carta»[45]; sulla base della tesi sostenuta, infatti, sarebbe stato da considerarsi senz'altro lecito l'utilizzo della fotografia per illustrare il proprio progetto non solo perché il contenuto era liberamente e gratuitamente disponibile online, ma anche perché tali attività potrebbero contribuire, al pari di quanto accade nell'ipotesi di *linking*, al corretto funzionamento di Internet.

Nonostante l'ambito di applicazione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore[46] debba senza dubbio essere interpretato in modo restrittivo, al fine di garantire comunque la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, in alcuni casi è consentito limitarli a condizione che le restrizioni attengano a (i) determinati casi speciali che (ii) non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera e che (iii) non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari del diritto[47], secondo quanto disposto dal *three-step test* di matrice internazionale.

A parere dell'Avvocato Generale, l'eccezione inerente alle finalità didattiche non può essere intesa in modo così restrittivo da riguardare solo il caso in cui gli insegnanti illustrino l'opera nel corso delle proprie lezioni ed è proprio secondo questa prospettiva che si dovrebbe quindi fornire «un'interpretazione che attribuisca maggior peso al

---

[43] Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 115.

[44] L'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, al primo comma, prevede che: «Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

[45] Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 40.

[46] Sul punto, T. Margoni, *Exceptions and Limitations to Copyright Law in the Internet*, in *Giurisprudenza Italiana*, 8-9, 2011, 1959 ss., spec. 2012.

[47] Cfr. CGUE, C-416/10, *Križan e a.* (2013), § 113, e C-347/03, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. ERSA* (2005), § 119 e la giurisprudenza citata.

diritto all'istruzione»[48], enfatizzando «il ruolo attivo, piuttosto che passivo, degli alunni, consentendo loro anche di usare le immagini protette da copyright per lo stesso scopo di insegnamento (o, nel loro caso, di apprendimento)»[49].

Brevemente, una volta verificate, sulla scorta del metodo fornito nel caso *Stichting Brein*[50], le condizioni di applicabilità dell'eccezione tramite il *three-step test*[51], si è passati a valutare la presenza dei due requisiti cui l'eccezione in esame risulta subordinata *ex* art. 5, par. 3. Più nel dettaglio, l'Avvocato Generale ha sostenuto che tanto l'indicazione della fonte, quanto la circostanza che l'utilizzo fosse nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito risultavano soddisfatti.

Sotto il primo profilo, la studentessa, nel pubblicare il contenuto sul portale scolastico, aveva fatto riferimento al nome della rivista di viaggi dal cui sito aveva tratto l'immagine (*Schwarzaufweiss*) nonostante non avesse riportato il nominativo del fotografo, la cui menzione era risultata in concreto impossibile perché assente già sotto l'immagine originariamente pubblicata[52]; per quanto attiene al secondo requisito, l'utilizzo che del contenuto è stato fatto nel caso di specie era senz'altro privo di qualsivoglia scopo lucrativo e giustificato da mere esigenze didattiche.

Tuttavia, la Corte di giustizia si è, ancora una volta, orientata in senso contrario a quanto finora riportato, sottolineando la prevalenza della circostanza che, a mezzo del sito scolastico, l'opera sia stata messa a disposizione di tutti gli utenti di quell'indirizzo, e quindi ad un "nuovo pubblico", prescindendo dalla «natura educativa o meno dell'illustrazione, da parte dell'alunna, del suo progetto scolastico»[53].

---

[48] Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 115.

[49] *Ibidem.* Tale posizione si spiega se si considera quanto disposto all'articolo 26 (2) della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (UDHR) e all'articolo 13 (1) della Convenzione Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (ICESCR), adottata dalle Nazioni Unite dal Generale Risoluzione dell'Assemblea 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, e in vigore dal 3 gennaio 1976, in un'ottica di pieno sviluppo della personalità umana. Sul tema, G. Cavani, *Le intersezioni con il diritto della concorrenza*, in A.M. Gambino-V. Falce (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009, 39 ss.

[50] Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, 8 dicembre 2016, C-610/15, *Stichting Brein*, §§ 73-81.

[51] Secondo quanto sostenuto dall'Avvocato Generale, mentre risultava insussistente il conflitto con il normale sfruttamento dell'opera, in ragione dell'assenza di uno scopo lucrativo della comunicazione, né sarebbe stata prospettabile una lesione dei diritti morali del fotografo, in quanto gli stessi non rientrano - ai sensi del considerando 19 - nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/29, maggiori perplessità vi erano circa i casi particolari cui l'eccezione deve attenere, in conformità alla prima fase del *test*. Tuttavia, secondo quanto prospettato dall'Avvocato Generale piuttosto che fondare la soluzione su criteri quantitativi, e quindi sull'ampio numero di studenti ed insegnanti coinvolti dall'esito del procedimento, risultava più adeguato considerare che «l'ambiente in cui (tali attività) si svolgono è sufficientemente ben definito per non entrare in conflitto con un normale sfruttamento delle opere e non irragionevolmente pregiudicare i legittimi interessi il titolare del diritto», risultando così giustificata l'applicazione dell'eccezione. In tal senso, Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), §§ 126 e 128.

[52] Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), §§ 118 e 119.

[53] CGUE, C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff* (2018), § 42.

5. Profili comparativi e spunti critici

In conclusione, tirando brevemente le somme del ragionamento sostenuto dalla Corte con il provvedimento in epigrafe, nonché della versione, a questo alternativa, proposta dall'Avvocato Generale, a prescindere dalle circostanze concrete che avrebbero, a parere di chi scrive, potuto giustificare un approccio meno rigido in ragione della natura educativa dell'attività, il provvedimento intende essere un *memorandum* per gli internauti che sempre più spesso trascurano il dato che i contenuti online, anche se liberamente accessibili - in mancanza di misure tecnologiche di sicurezza-, restano soggetti a copyright. La decisione sembra infatti voler essere un monito volto a impedire la miriade di pubblicazioni di contenuti in rete, delineando una nozione di "comunicazione al pubblico" al passo con il dinamismo dell'era digitale.

Un decisivo passo avanti, questo, per una maggiore tutela del diritto d'autore online -tanto sotto il profilo morale quanto economico- che, tuttavia, se per un verso riafferma i principi fondanti in materia di copyright, per un altro si pone in netta contrapposizione con i contemporanei orientamenti oltreoceano[54], i quali sembrano, al contrario, giustificare l'utilizzo di un'immagine tratta da un diverso sito, in base alla regola del "*fair use"* [55]. Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio il caso di specie recentemente presentato innanzi alla Corte federale dello Stato della Virginia, concernente l'utilizzo di una fotografia soggetta a copyright, ritagliata e caricata sul sito Web per il Northern Virginia Film Festival*,* ma ciò che rileva ai fini della presente trattazione è la conclusione cui i giudici americani giungono, totalmente divergente da quella di matrice europea, finora esaminata.

Nel provvedimento statunitense, seguendo un approccio certamente differente dal *three-step test*, perché fondato su una valutazione complessiva e discrezionale dei diversi fattori, il Giudice distrettuale della Virginia ha sottolineato come l'uso dell'immagine fosse privo di finalità commerciale e di carattere trasformativo; inoltre, l'utilizzo della fotografia, a scopo informativo più che espressivo, non aveva – secondo tale ricostruzione – alcun impatto sul mercato dell'opera e l'inconsapevolezza, o meglio, la "buona fede" dei gestori del sito su cui l'immagine è stata successivamente caricata, non avrebbe consentito loro di presumere che il contenuto fosse soggetto a copyright[56].

Se da un lato tale ricostruzione consente una maggiore flessibilità della tutela autoriale rispetto alle dinamiche ormai sempre più frequenti nell'era digitale, dall'altro, come è stato autorevolmente – e correttamente – sostenuto, tale approccio potrebbe «erodere seriamente le protezioni del copyright offerte ai fotografi»[57], autorizzando paradossal-

[54] Caso *Russell Brammer v. Violent Hues Productions*, LLC, No. 1-17-cv-01009 (E.D. Va. June 11, 2018)

[55] Negli Usa, ai sensi del 17 U.S. Code § 107, la regola del "*fair use*" che consente l'utilizzo di materiale protetto da copyright senza autorizzazione dipende dall'esistenza di quattro fattori: (i) lo scopo e il carattere dell'uso (compreso il ritocco, come il ritaglio della foto, sia per uso commerciale che non commerciale; (ii) la natura dell'opera protetta da copyright; (iii) la quantità dell'opera utilizzata; (iv) la misura in cui l'uso influisce sul mercato e/o sul valore dell'opera.

[56] Si badi, poi, che la portata del *fair use* è stata ampliata in ragione del dato che il contenuto era stato precedentemente pubblicato online, su diversi siti Internet, senza alcuna indicazione che fosse protetta da copyright.

[57] S. Carlisle, *Court Rules Photographs are "Factual Depictions"; Copying Them Is Fair use*, in www.copyright.

mente l'uso di immagini liberamente disponibili online, a condizione che i soggetti che ne fruiscano non sappiano se queste sono o meno soggette a copyright[58].

È tutt'altro che semplice comprendere quale dei due opposti orientamenti sia maggiormente condivisibile in un'ottica di bilanciamento tra i diritti dei titolari e quelli dei fruitori, né quali scenari futuri potrebbero prospettarsi se fattispecie simili, come è probabile, dovessero giungere nuovamente innanzi alle Corti. Invero, ciò che questa contrapposizione di vedute sul medesimo tema sottolinea è certamente la necessità di fornire agli operatori del diritto un quadro legislativo più dettagliato e completo, in modo tale da garantire una maggiore certezza giuridica sulla circolazione e diffusione digitale dei contenuti protetti da copyright.

nova.edu, 21 June 2018.

58 Critico sul tema, D. Kluft, *No, Virginia, You Can't Just Copy Stuff You Find On the Internet, Even if You Don't Notice the Copyright Notice*, in www.trademarkandcopyrightlawblog.com, 26 June 2018.

Nozioni di "professionista" e di "pratiche commerciali" nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Alfredo Aiello

Corte di giustizia dell'Unione europea, 4 ottobre 2018, causa C-105/2017, *Komisia za zashtita na potrebitelite c. Evelina Kamenova*

L'art. 2, lett. *b)* e *d),* della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, inerente alle pratiche commerciali sleali delle imprese in danno dei consumatori nel mercato interno, nonché, l'art. 2, n. 2, della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, devono essere intesi nel senso che una persona fisica che inserisce simultaneamente su un sito Internet una pluralità di annunci per l'alienazione di beni nuovi e d'occasione può essere qualificata quale "professionista" e tale attività può costituire una "pratica commerciale" allorché la suddetta persona agisca nell'ambito della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Sommario

1. L'antefatto. – 2. La vicenda. – 3. Le pronunce nazionali e la questione pregiudiziale. - 4. La sentenza della Corte di giustizia. – 5. Analisi della decisione. – 6. Conclusioni.

Keywords

Professionista, Pratiche commerciali, Tutela del consumatore, Direttiva 2011/83/UE, Direttiva 2005/29/CE

1. L'antefatto

L'acquisto di beni e/o servizi attraverso il Web è ormai un fenomeno di portata globale avendo assunto un'enorme rilevanza sicuramente connessa ai minori costi generali rispetto alla commercializzazione in forma tradizionale di analoghi prodotti.
Da qualche tempo tuttavia il c.d. *e-commerce* ha travalicato anche il consueto e tipico ambito di offerta imprenditoriale, di fatto svolgendosi tra persone fisiche private, ovvero, tra consumatori (c.d. C2C, ossia *consumer 2 consumer*), il che impone un'attenta disamina delle nozioni di "professionista" e di "pratiche commerciali".
Osservando infatti tale pratica da un punto di vista giuridico[1], appare evidente che

[1] Cfr. G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato Concorrenza Regole,* 2, 2015,

la stessa possibilità di offrire e acquistare prodotti e servizi come e da soggetti non professionali mina lo stesso presupposto della tutela consumeristica, venendo meno l'esistenza di uno squilibrio tra le parti che si sostanzia nella asimmetria informativa che separa e distingue il consumatore dal professionista[2].
Ci è di ausilio la recente sentenza in commento.

2. La vicenda

Un consumatore acquista un orologio d'occasione su una piattaforma di vendita *online*.
Dopo aver constatato che l'orologio non presentava le caratteristiche indicate nell'annuncio di vendita, esprime al venditore la propria volontà di recedere dal contratto.
Il venditore, tal Evelina Kamenova, rifiuta di riprendere il bene dietro rimborso del prezzo. Di conseguenza l'acquirente presenta un esposto presso la Commissione bulgara per la tutela dei consumatori (KZP).
Dopo aver consultato la piattaforma, la KZP constata che in data 10 dicembre 2014 otto annunci di vendita aventi ad oggetto vari prodotti erano ancora presenti su tale sito, sotto lo pseudonimo "eveto-ZZ", riconducibile alla signora Evelina Kamenova.
Con provvedimento del 27 febbraio 2015 la KZP accertava che la signora Kamenova aveva commesso una pluralità di illeciti amministrativi relativi agli oneri comunicativi che gravano sul professionista, e, le infliggeva varie ammende in virtù della legge nazionale sulla tutela dei consumatori che recepisce integralmente la normativa comunitaria in materia.

3. Le pronunce nazionali e la questione pregiudiziale

Avverso il detto provvedimento la signora Kamenova proponeva ricorso dinanzi al Rayonen sad Varna (Tribunale distrettuale di Varna, Bulgaria), deducendo di non avere la qualità di "professionista", con conseguente inapplicabilità delle norme alla stregua delle quali era stata sanzionata.
Con sentenza del 22 marzo 2016 l'adito Tribunale accoglieva la tesi difensiva della venditrice, annullando per l'effetto il provvedimento impugnato, non ritenendo potersi riconoscere in capo alla Kamenova, ai sensi della legge nazionale bulgara e della direttiva 2005/29/CE, la qualità di "professionista".
Contro la pronuncia del Tribunale distrettuale proponeva gravame la KZP dinanzi al giudice del rinvio, l'Administrativen sad - Varna (Tribunale amministrativo di Varna, Bulgaria), il quale, rilevato che su Internet viene compravenduta una quantità considerevole di prodotti di largo consumo e che la direttiva 2005/29/CE è senz'altro intesa

245 ss.

[2] C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto alla concorrenza*, in *Europa e Diritto Privato*, 2001, 703 ss.; E. Gabrielli, *Il consumatore e il professionista*, in E. Gabrielli - E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005, 24.

a garantire il più alto livello possibile di tutela del consumatore quale parte debole del rapporto sinallagmatico, decideva di sospendere il procedimento e nel contempo di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: «Se l'articolo 2, lettere b) e d), della direttiva 2005/29/CE debba essere interpretato nel senso che l'attività di una persona fisica, registrata su un sito Internet per la vendita di prodotti, e che abbia contemporaneamente pubblicato complessivamente otto annunci per la vendita di diversi articoli attraverso il sito Internet, integri l'attività di un professionista ai sensi della definizione giuridica di cui all'articolo 2, lettera b), costituisca una fattispecie di pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori a norma dell'articolo 2, lettera d), e ricada nell'ambito di applicazione della direttiva conformemente all'articolo 3, paragrafo 1».

4. La sentenza

La Corte preliminarmente precisa e ribadisce che secondo una propria costante giurisprudenza[3], nell'ambito della procedura di cooperazione tra giudici nazionali e la medesima Corte prevista dall'articolo 267 TFUE, compete a quest'ultima fornire al giudice nazionale indicazioni atte a dirimere la controversia sottoposta alla propria attenzione. Sempre per propria consolidata giurisprudenza[4] spetta altresì alla Corte, ove ritenuto necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte, e, pertanto, interpretare tutte le norme di emanazione europea che possano essere utili ai giudici nazionali al fine di dirimere le controversie di cui sono investiti, anche qualora tali norme non siano espressamente indicate nelle questioni ad essa sottoposte dai detti giudici.
Il meccanismo del rinvio pregiudiziale consente infatti ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte di giustizia in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione o alla validità di un atto dell'Unione. La Corte non risolve la controversia nazionale, spettando al giudice del rinvio risolvere la causa conformemente alla decisione della Corte, che risulterà egualmente vincolante per gli altri giudici nazionali chiamati a decidere problematiche analoghe.
Conseguentemente benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato il proprio quesito all'interpretazione di disposizioni della direttiva 2005/29/CE, la Corte ritiene di essere tenuta a trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale, e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi di diritto dell'Unione che richiedano un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia.
Conclusivamente la Corte ritiene che in relazione alla questione posta dal giudice del rinvio si debba prendere posizione sotto un duplice aspetto, e cioè, da un lato, se una persona fisica che pubblica su un sito Internet, contemporaneamente, un certo numero di annunci per la vendita di beni nuovi e d'occasione possa essere qualificato come

[3] CGUE, C-531/15, *Otero Ramos* (2017), § 39, nonché, conformemente, C-5/12, *Betriu Montull* (2013), § 40, e cause riunite C-512/11 e C-513/11, *TSN e YTN* (2014), § 32.

[4] CGUE, C-531/15, cit., § 40, nonché, conformemente, C-5/12, cit., § 41, e cause riunite C-512/11 e C-513/11, cit., § 33.

"professionista" ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 2005/29 e dell'articolo 2, punto 2, della direttiva 2001/83, e, dall'altro, se un'attività del genere costituisca una "pratica commerciale" ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 2005/29.
Dopo aver compiutamente delineato la nozione di "professionista", e, quella correlata ma antinomica di "consumatore", nonché, il concetto di "pratica commerciale", la Corte rende la pronuncia innanzi massimata.

5. Analisi della decisione

La pregevole sentenza in commento ha il merito di aver puntualizzato e precisato alla luce dell'intera normativa europea le nozioni di "professionista" e di "consumatore", nonché, di concetto di "pratiche commerciali", che possono essere sintetizzate come appresso.
E' "consumatore" qualsiasi persona fisica che, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale, e professionale.
E' invece "professionista" qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale e professionale e chiunque agisce in nome e per conto di un professionista.
Per "pratiche commerciali" deve poi intendersi qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compreso la pubblicità ed il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.
La Corte si sofferma particolarmente sulla qualificazione fulcro "di professionista", escludendo che il mero perseguimento di un lucro determini automaticamente siffatta figura ed evidenziando che la relativa nozione è definita in modo pressoché identico nella precedente direttiva 2011/83.
Infatti, risulta sia dal testo dell'art. 2, lett. *b)* della direttiva 2005/29 che dall'art. 2, n. 2, della direttiva 2011/83, che la persona interessata, sia essa fisica o giuridica[5], per poter essere qualificata come "professionista" deve agire nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, oppure in nome o per conto di un professionista.
All'uopo ribadisce l'ampiezza della nozione di "professionista", già espressa in precedenti proprie pronunce[6], non riconducibile ad una tipica e peculiare fattispecie, che andrà per contro riconosciuta in presenza di una serie di indici rivelatori quali l'effettuazione in modo organizzato delle vendite, la regolarità e continuità delle stesse, la tipologia ed omogeneità dei prodotti offerti, nonché, lo status giuridico e le competenze tecniche del venditore, da ritenersi non tassativi ed esaustivi, bensì da valutarsi caso per caso a cura dei giudici nazionali[7].

[5] CGUE, C-59/12, *Zentrale zur Bekampfung unlauteren Wettbewerbs* (2013), § 32.

[6] CGUE, C-147/16, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen* (2018) § 54; C-59/12, cit., § 33; C-89/91, *Shearson Lehman Hutton* (1993), § 22.

[7] CGUE, C-59/12, cit., § 35; C-147/16, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen* (2018), § 55; C-535/16, *Bachman* (2017), § 36.

Parimenti esteso risulta anche il concetto di "pratica commerciale", intesa come "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori", in relazione al quale la Corte, richiamando proprie precedenti pronunce[8], egualmente prende posizione precisa e circostanziata.

6. Conclusioni

L'iter logico - giuridico svolto dalla Corte nella sentenza in commento si appalesa ineccepibile.

Nel settore della *peer economy* le parti del contratto sono infatti considerate *pari*, senza che ci sia bisogno di verificare in concreto la presenza di eventuali posizioni di forza sul lato dell'offerta.

Il rapporto si presume altresì pienamente orizzontale, non governato da posizioni di gerarchia, di guisa che la dimensione del consumo torna a esprimere un rapporto tra eguali e sfugge a quel principio del diritto diseguale che, imponendo di verificare le disparità di fatto, ha contribuito a fondare il sistema consumeristico[9].

Quest'ultimo, infatti, è caratterizzato da uno squilibrio che riguarda, prima di tutto, il patrimonio di informazioni utile a concludere un accordo in maniera consapevole[10].

Nella *peer economy*, il problema di inquadramento è, quindi, genetico: mancando il professionista a cui, per definizione, imporre un obbligo di natura informativa.

Il senso e la portata della nozione di "professionista" va infatti necessariamente determinata in riferimento a quella di "consumatore".

Inoltre, per ritenere che un'attività costituisca una "pratica commerciale", il giudice nazionale dovrà verificare, caso per caso e sulla base di tutti gli elementi di fatto di cui dispone, che tale attività, da un lato, provenga da un "professionista", e dall'altro, che consiste in un'azione, omissione, condotta o dichiarazione, ovvero, comunicazione commerciale direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori, con l'ovvia conseguenza che se chi procede alla vendita non può essere qualificato come "professionista" non si realizzerà giammai una "pratica commerciale".

---

[8] CGUE, C-435/11, *CHS Tour Services* (2013), § 27; C-391/12, *RLvS* (2013), § 37; C-540/08, *Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag* (2010), § 17; C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft* (2010),§ 36; cause reunite C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB e Galatea* (2009), § 49.

[9] C. Granelli, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 731 ss.

[10] G. Alpa-A. Catricalà, *Diritto dei consumatori,* Bologna, 2016, 154.

Note a Sentenza

Sezione Europa

Corte europea dei diritti dell'uomo

Blasfemia e tutela della pace religiosa: i limiti alla libertá di espressione in un recente caso davanti alla corte europea dei diritti dell'uomo

Claudia Morini

Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 ottobre 2018, *E.S. c. Austria,* **ric. 38450/12**

Non è in contrasto con il diritto alla libertà di espressione, riconosciuto dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'esistenza nel codice penale di uno Stato membro di una norma che punisca la blasfemia in quanto reato. La libertà di espressione di un individuo può, infatti, legittimamente essere compressa qualora quanto espresso urti il sentimento religioso dei credenti. Nei casi in cui le affermazioni incriminate non contribuiscano a un serio dibattito pubblico sui fatti espressi, ma si limitino ad offendere ciò o colui che è oggetto di venerazione da parte di un gruppo religioso, il diritto alla libertà di espressione può subire restrizioni in virtù dell'esigenza di tutelare il sentimento religioso altrui e di garantire la pace religiosa in uno Stato membro.

Sommario

1. La blasfemia come condotta penalmente rilevante. – 2. La tutela del sentimento religioso dei singoli: l'intervento della Corte suprema austriaca. – 3. Il contributo al dibattito pubblico dell'oggetto della libertà di espressione. – 4. La libertà di espressione e il limite dell'incitamento all'odio religioso. – 5. Considerazioni conclusive: i rischi connessi alla "tutela della pace religiosa"

Keywords

Blasfemia, Islam, Libertà di espressione, Libertà religiosa, Pace religiosa

1. La blasfemia come condotta penalmente rilevante

La "blasfemia" consiste comunemente in una condotta che offende con parole o con atti ciò che per altri è considerato divino o sacro. Essa, invero, nel panorama europeo è ormai scevra da conseguenze di natura penale, ad eccezione di alcuni Stati, tra i quali l'Austria[1]. A distanza di 4 anni dai tragici fatti di matrice terroristica avvenuti a Parigi il 7 gennaio 2015 nella redazione di *Charlie Hebdo*, il dibattito sulla tutela della "pace religiosa" come limite alle manifestazioni di pensiero che possano essere connotate come

[1] Vedi M. Gatti, *La blasfemia nel diritto europeo: un «reperto storico»*, in Aa. Vv., *Blasfemia, diritto e libertà*, Bologna, 2016, 185 ss.

"basfeme", in quanto potenzialmente offensive del sentimento religioso di alcuni credenti, pare riaccendersi dopo l'emanazione di una sentenza resa dalla quinta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo il 25 ottobre 2018 nel caso *E.S. c. Austria*[2]. I giudici di Strasburgo hanno in proposito avuto modo di pronunciarsi sul bilanciamento tra la libertà di espressione, garantita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)[3], e la tutela del sentimento religioso ai sensi dell'art. 9 CEDU[4], proprio rispetto a una condanna penale per blasfemia.

Poiché a livello di opinione pubblica sussiste la tendenza a polarizzare il dibattito su due fronti estremi, per cercare di individuare le coordinate del discorso sono oggi necessarie ulteriori riflessioni. Il primo orientamento propugna la protezione *tout court* del sentimento religioso di una ben identificata comunità, partendo dall'assunto che tale "sentimento" sia talmente fondamentale nella vita dei fedeli da plasmarne l'identità. Questo approccio tende a voler legittimare e giustificare qualsiasi restrizione all'altrui libertà di espressione. Dall'altro lato vi è poi chi, portando anche la nozione di "laicità" alle sue estreme conseguenze, è fautore di una libertà di espressione illimitata, in quanto nessuna restrizione dovrebbe imporsi al fine di tutelare una religione o un credo qualsiasi.

Il recente caso testé richiamato, ha preso le mosse dal ricorso presentato il 6 giugno 2012 dalla sig.ra E.S., una donna austriaca che nel 2011 era stata dichiarata colpevole di aver "denigrato gli insegnamenti religiosi", dopo aver tenuto una serie di conferenze su *Grundlagen des Islam* (Informazioni basilari sull'Islam) presso il *Bildungsinstitut der Freiheitlichen Partei Österreichs,* un'accademia politica legata al partito di destra austriaco *Partito della libertà* (FPÖ), attualmente parte della coalizione di Governo.

In occasione dei seminari, un settimanale "di sinistra" aveva fatto infiltrare un suo giornalista tra i partecipanti affinché ne registrasse i contenuti. Successivamente, le trascrizioni dei seminari furono consegnate alla procura di Vienna in quanto attestanti la presunta commissione da parte della ricorrente del reato di incitamento all'odio (*Verhetzung*), punito in Austria ai sensi dell'art. 283 del Codice penale (*Strafgesetzbuch, StGB*). La parte dei discorsi incriminata, consisteva in un commento estemporaneo

---

[2] CEDU, *E.S. c. Austria*, ric. 38450/12 (2018).

[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. Sul rapporto tra libertà di espressione e libertà religiosa vedi P. Manzini, *Libertà di espressione e sentimento religioso nella civiltà giuridica europea*, in G. Gozzi-G. Bongiovanni (a cura di), *Popoli e civiltà. Per una storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, 2006, 123 ss.

[4] Sulla libertà religiosa ai sensi dell'art. 9 Cedu vedi, tra gli altri, A. Cannone, *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo,* 1996, 264 ss.; C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2001; S. Ferrari, *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, Bologna, 2012, 27 ss.; A. Guazzarotti, *Articolo 9*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (diretto da), *Commentario breve*, cit., 370 ss.; D. Loprieno, *La libertà religiosa*, Milano, 2009; J. Martínez-Torrón, *Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights,* in *Emory International Law Review*, 2005, 587 ss.; C. Morviducci, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, in S. Ferrari-T. Scovazzi (diretto da), *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, Padova, 1988, 41 ss.; R. Uitz, *La liberté de religion*, Strasbourg, 2008.

sul fatto che il Profeta Maometto fosse un pedofilo, poiché aveva sposato sua moglie Aisha quando lei aveva solo 6 o 7 anni e aveva consumato il matrimonio quando di anni ne aveva solo 9[5].

Il 15 febbraio 2011, la donna fu ritenuta colpevole di aver "denigrato gli insegnamenti religiosi di una religione legalmente riconosciuta", ai sensi dell'articolo 188 c.p. (denigrazione di dottrine religiose), in base al quale «[c]hiunque, nelle circostanze in cui è probabile che il suo comportamento susciti giusta indignazione, denigri pubblicamente o offenda una persona, o un oggetto che è oggetto di venerazione da parte di una Chiesa o di una comunità religiosa riconosciuta nel Paese, o un dogma, una consuetudine legittima o un'istituzione legittima di una tale Chiesa o comunità religiosa, sarà passibile di una pena detentiva fino a sei mesi o di una multa da calcolare su base giornaliera, fino a 360 giorni»[6]. L'iniziale accusa di incitamento all'odio, ai sensi dell'art. 283 c.p. era invece decaduta.

La Corte regionale austriaca, invero, aveva rilevato che quanto affermato dalla ricorrente avrebbe potuto indurre l'uditorio a non ritenere Maometto meritevole di venerazione in quanto il suo comportamento sarebbe oggi considerato deplorevole e finanche penalmente perseguibile[7]. Inoltre, un elemento centrale nella decisione era stato l'aver ritenuto le affermazioni della ricorrente dei meri giudizi di valore e non affermazioni basate su fatti comprovati. Quanto da lei asserito nel corso dei seminari, non avrebbe neppure contribuito al dibattito generale su temi sensibili e importanti quali quelli della pedofilia o del fenomeno delle spose-bambine, ma avrebbe avuto l'esclusivo scopo di denigrare il Profeta dell'Islam, offendendo così il sentimento religioso dei suoi fedeli[8].

La condanna consistette, oltre al pagamento delle spese processuali, nella richiesta di pagamento di una multa di 480 euro o, in alternativa, nella pena detentiva di 60 giorni di reclusione. La ricorrente impugnò la sentenza presso la Corte di Appello di Vienna (*Oberlandesgericht Wien*), ma la sua istanza fu rigettata il 20 dicembre 2011. Infine, la richiesta di un nuovo processo fu respinta dalla Corte suprema austriaca l'11 dicembre 2013.

---

[5] Le testuali parole pronunciate nel corso del seminario erano: «Un 56enne e una bambina di 6 anni? […] Come chiamarlo, se non pedofilia?» (§ 13). Secondo la ricorrente queste affermazioni trovano, invero, conforto nella maggior parte degli *hadith* (ovvero, raccolte dei detti e dei fatti della vita di Maometto).

[6] Tale norma è contenuta nella sezione 8 del Codice penale che, tra l'altro, elenca una serie di reati contro la pace religiosa.

[7] La Corte regionale asserì che il "contatto sessuale" tra Maometto e Aisha, non poteva essere considerato un atto di pedofilia, sebbene la giovane all'epoca avesse solo 9 anni, perché il matrimonio proseguì sino alla morte del Profeta. Pertanto, ciò dimostrava che Maometto non aveva alcun desiderio esclusivo nei confronti delle bambine ed era, invece, attratto anche da donne più grandi poiché Aisha aveva 18 anni quando egli morì, e le sue altre mogli erano tutte adulte.

[8] Nel suo ragionamento la Corte regionale "giustifica" comunque il comportamento di Maometto, ricordando in ogni caso che la pedofilia e il matrimonio con minorenni/bambine sono due cose diverse e che erano fenomeni non limitati al solo Islam ma, in passato, propri anche di alcune dinastie regnanti europee.

2. La tutela del sentimento religioso dei singoli: l'intervento della Corte suprema austriaca

La Corte suprema, pur ravvisando nella condanna subita un'interferenza con la libertà di espressione della ricorrente garantita anche dall'art. 10, par. 1, CEDU, richiamando proprio la giurisprudenza della Corte europea rilevante in materia[9], ha ritenuto lo scopo dell'interferenza, ovvero la tutela della pace religiosa e dei sentimenti religiosi degli altri, un motivo legittimo ai sensi del par. 2 dell'art. 10 CEDU.

Nel suo ragionamento la Corte suprema ha ricordato che la stessa Corte europea ha distinto le ipotesi nelle quali erano ravvisabili condotte espressamente e gratuitamente offensive negli altrui confronti o profane, da quelle che, invece, pur provocando *shock*, offendendo o essendo provocatorie non costituivano un attacco ingiurioso contro un gruppo religioso, rivolgendosi ad esempio contro un *leader* o un individuo venerato, come Maometto per l'Islam[10]. In questa ipotesi, invero, secondo la Corte incombe un obbligo in capo agli Stati membri di adottare misure volte a reprimere quelle condotte.

Al fine di verificare se le affermazioni ingiuriose arrivino a ledere il sentimento religioso altrui, provocando così "*justified indignation*", è necessario operare un'accurata valutazione del significato e del contesto nel quale sono state svolte le stesse, e se esse siano state fondate su fatti o su meri giudizi di valore.

Nel caso specifico, la Corte suprema ha rilevato che quanto espresso dalla ricorrente non aveva in alcun modo contribuito a un dibattito generale sul rapporto tra Islam e matrimoni con minorenni, ad esempio, ma che aveva avuto il solo fine di diffamare Maometto, accusandolo di pedofilia, screditandolo così agli occhi dei suoi fedeli, e offendendo il sentimento religioso di questi ultimi.

La questione qui evidenziata dell'offesa al sentimento religioso come elemento discriminante per l'inquadramento di una manifestazione delle proprie idee o del proprio pensiero nella categoria di una condotta penalmente sanzionabile richiama alla mente un altro caso deciso diversi anni fa dalla Corte europea: *İ.A. c. Turchia*. In quell'occasione, i giudici di Strasburgo avevano affermato che «*in the context of religious beliefs, [there] may legitimately be included a duty to avoid expressions that are gratuitously offensive to others and profane […] as a matter of principle it may be considered necessary to punish improper attacks on objects of religious veneration*» (§ 24). Si è trattato del primo caso in cui limiti alla libertà di espressione sono stati legittimati alla luce della necessità di tutelare il sentimento religioso dei fedeli, con specifico riguardo all'Islam. In particolare, qui l'editore era stato accusato di aver commesso, attraverso la pubblicazione dell'opera *Yasak Tümceler* ("*The forbidden phrases*"), il reato di blasfemia contro "Dio, la religione, il profeta e il Libro Sacro", sanzionato dal Codice penale turco[11].

---

[9] Vedi CEDU, *İ.A. c. Turchia*, ric. 42571/98 (2005); *Aydın Tatlav c. Turchia*, ric. 50692/99 (2006); *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ric. 13470/87 (1994), *Wingrove c. Regno Unito*, ric. 17419/90 (1996); *Giniewski c. Francia*, ric. 64016/00 (2006).

[10] In generale, sui diritti garantiti ai gruppi religiosi in seno alla CEDU, ci sia consentito di rinviare al nostro C. Morini, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, Bari, 2018.

[11] L'editore era stato riconosciuto colpevole e condannato, in via definitiva, a due anni di reclusione. In seguito, la pena detentiva era stata commutata in una sanzione pecuniaria. La frase contestata era la seguente: «*Muhammad did not forbid sexual relationship with a dead person or a live animal*». Nella sentenza

L'elemento della "offensività" delle affermazioni è stato poi al centro anche di un altro caso relativo all'Islam, che si era però concluso con un esito diverso. L'anno successivo, infatti, la Corte europea nel caso *Aydin Tatlav c. Turchia*, aveva rilevato che il passaggio del libro incriminato ("*The Reality of Islam*") sebbene contenesse un'aspra critica nei confronti della religione islamica, non aveva invero toni offensivi e, pertanto, la condanna penale subita dal ricorrente costituiva una violazione dell'art 10 CEDU[12]. Emerge, quindi, che nella valutazione della legittimità delle limitazioni statali alla libertà di espressione la Corte tiene in considerazione, oltre al contenuto in sé, anche il tono dello stesso: se questo non comporta la ridicolizzazione della religione o non è comunque volutamente offensivo, come può esserlo, ad esempio, nell'ipotesi di accostando di oggetti di venerazione a immagini di natura sessuale, allora le autorità statali possono essere ritenute responsabili di eccedere il margine di apprezzamento loro riconosciuto ai fini dell'applicazione dei limiti *ex* art. 10, par. 2, CEDU.

Infine, andando più indietro nel tempo, la tutela del sentimento religioso altrui, era stata oggetto anche della prima importante sentenza della Corte europea sul rapporto tra libertà di espressione e libertà religiosa: si tratta del noto caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*[13]. In quest'occasione, secondo la Corte europea, poi, vi era sì stata un'ingerenza rispetto al diritto garantito dall'art. 10 CEDU, ma questa, oltre ad essere prevista dalla legge, era anche legittima in quanto la misura nazionale mirava a tutelare i diritti e le libertà altrui, in particolare il diritto dei cittadini a non essere offesi nei propri sentimenti religiosi attraverso l'espressione pubblica delle opinioni altrui[14].

Quanto all'aspetto della necessarietà della misura in uno "Stato democratico", i giudici di Strasburgo avevano rilevato che era vero che l'art. 10 CEDU si prestava a tutelare non soltanto le notizie o le idee accolte favorevolmente o ritenute inoffensive o indifferenti dalla società in cui erano espresse, ma anche quelle che provocavano *shock*, offendevano o erano provocatorie. Ciò conformemente al principio del pluralismo, a quello della tolleranza e allo spirito di apertura che devono caratterizzare una società demo-

la Corte aveva affermato che quest'affermazione, come altre, di fatto oltrepassavano il limite di una legittima provocazione essendo, invece, un mero attacco abusivo a Maometto, attacco che le autorità turche potevano legittimamente perseguire ai sensi dell'art. 10, par. 2 CEDU (§§ 29-31).

[12] La Corte, in particolare, aveva qui evidenziato anche il possibile e deprecabile *chilling effect* che condanne penali irragionevoli avrebbero potuto avere sulla libertà di espressione, e di riflesso sul pluralismo in una società democratica, affermando che «*la peine de prison de douze mois fixée à l'encontre du requérant à été convertie en une amende modique […]. Toutefois, une condamnation au pénal, de surcroît comportant le risque d'une peine privative de liberté, pourrait avoir un effet propre à dissuader les auteurs et éditeurs de publier des opinions qui ne soient pas conformistes sur la religion et faire obstacle à la sauvegarde du pluralisme indispensable pour l'évolution saine d'une société démocratique*» (§30).

[13] V. in dottrina P. Wachmann, *La religion contre la liberté d'expression: sûr un arrêt regrettable de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, 44 ss.; R. Margiotta Broglio, *Uno scontro tra liberta: la sentenza Otto-Preminger-Institut della Corte europea,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 1995, 368 ss.

[14] In un caso simile, relativo alla censura preventiva della proiezione del film *L'ultima tentazione di Cristo* in Cile, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo è invece pervenuta a una soluzione diversa. Nella sentenza del 5 febbraio 2001 (caso *Olmeto Bustos e altri c. Cile*), ha infatti ritenuto che l'interdizione totale alla proiezione del film costituisse una misura in contrasto con la libertà di espressione garantita dall'art. 13 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo (stipulata il 22 novembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978). Nella norma della Convenzione americana, invero, la censura preventiva rispetto all'esercizio della libertà in oggetto è espressamente proibita.

cratica. Ciò nonostante, qualora le modalità con le quali tali idee venissero enunciate e diffuse mettessero a rischio quello stesso spirito di tolleranza, sia in ragione del tono con le quali sono espresse che del loro contenuto, allora esse potrebbero legittimamente essere considerate alla stregua di una violazione dell'altrui libertà di religione (§ 49).

3. Il contributo al dibattito pubblico dell'oggetto della libertà di espressione

Nel caso *E.S. c. Austria*, il governo e i tribunali interni hanno ritenuto che le affermazioni della ricorrente «*had not been part of an objective discussion concerning Islam and child marriage, but had rather been aimed at defaming Muhammad, and therefore had been capable of arousing justified indignation*» (§ 37). Sebbene il delicato e importante tema della condanna dei rapporti sessuali tra adulti e minori sia meritevole di essere oggetto di pubblico dibattito, l'accusa mossa dalla ricorrente nei confronti del Profeta dell'Islam, mancando di una sufficiente base probatoria ed essendo invece gratuitamente oltraggiosa nei confronti di Maometto, non poteva contribuire ad un «*objective public debate*» (§ 37).
Il contributo al pubblico dibattito di affermazioni che potrebbero urtare la sensibilità dei credenti e minare la pace religiosa in un determinato Stato può essere valutato, ad avviso della Corte, proprio attraverso un'attenta disamina sul contenuto stesso di tali affermazioni. In questo modo, la Corte si è posta nel solco delle decisioni nazionali le quali avevano evidenziato la necessità di tenere distinti i meri giudizi di valore da affermazioni oggettivamente fondate su fatti (§§ 47-48).
In passato la Corte aveva già affrontato la questione del contributo al pubblico dibattito. Nel già richiamato caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, la Corte aveva infatti affermato che in linea di massima, relativamente alle opinioni e alle convinzioni religiose, esiste un obbligo di evitare espressioni gratuitamente offensive per l'altrui sensibilità, in quanto queste «*do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs*» (§ 49).
Quest'obbligo, poi, rileva in modo ancora più stringente nel caso in cui l'evento durante il quale il messaggio o l'idea viene espressa rivesta un particolare carattere di "pubblicità". Qui, nel bilanciamento delle due libertà fondamentali in rilievo, ovvero quella religiosa *ex* art. 9 e quella di espressione *ex* art. 10 CEDU, e alla luce del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materie così sensibili e sulle quali non esiste una uniformità di vedute in seno ai membri del Consiglio d'Europa, la Corte ha ritenuto legittima e proporzionata la misura di sequestro del film adottata dalle autorità austriache[15].

[15] In particolare, secondo la Corte europea alla luce della situazione esistente a livello locale e in quel frangente storico, le autorità austriache non avevano ecceduto il margine di apprezzamento, avendo invece l'obbligo di proteggere la pace religiosa nella regione del Tirolo, composta per la maggioranza da cattolici, e dovendo impedire che alcuni tra essi si sentissero ingiustificatamente offesi nei loro sentimenti religiosi (§ 56). Vedi anche la sentenza resa nel caso *Wingrove c. Regno Unito,* cit., dove la Corte ha confermato che la protezione del sentimento religioso attraverso norme che vietino la blasfemia può rientrare nella finalità di protezione dei diritti altrui previsto nell'art. 10, par. 2, CEDU. Vedi, in dottrina, S. Palmer, *Blasphemy and the Margin of Appreciation*, in *The Cambridge Law Journal*, 1997, 469 ss.; C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, cit., 7 ss.

Successivamente, la questione del "contributo al dibattito pubblico" è stata ritenuta discriminante in altre decisioni della Corte. In proposito ricordiamo il caso *Gnievsky c. Francia*, in cui la Corte ha, invece, accolto il ricorso, accertando la violazione dell'art. 10 della Convenzione[16].

Oltre alla questione del "contributo al dibattito pubblico", anche l'elemento del carattere di "pubblicità" dell'evento durante il quale la manifestazione dell'opinione incriminata si concretizza richiamato nel caso *Otto-Preminger*, è riemerso nel caso *E.S. c. Austria* (§ 51). Tale elemento è stato preso in considerazione per contestare una delle motivazioni addotte a propria difesa dalla ricorrente, ovvero che ai seminari avrebbero preso parte solo alcune persone *like-minded* rispetto al tema oggetto del ciclo di seminari e che, pertanto, nessuno dei partecipanti, sapendo quale sarebbe stato il tenore degli stessi, si sarebbe potuto sentire in alcun modo offeso. Ad avviso della Corte però, così non era stato poiché chiunque avrebbe potuto registrarsi agli eventi pubblicizzati, tanto che era stato possibile per il giornalista partecipare, registrare il contenuto dei seminari e poi sporgere denuncia alle autorità austriache.

4. La libertà di espressione e il limite dell'incitamento all'odio religioso

L'iniziale accusa mossa alla ricorrente a livello statale, poi decaduta, era stata quella di incitamento all'odio religioso ai sensi dell'art. 283 c.p. austriaco.

Brevemente, a livello normativo europeo e internazionale è possibile ravvisare una comune condanna ad atteggiamenti o a discorsi che incitino all'odio su base, tra l'altro, religiosa. Rilevano, in proposito, strumenti quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 20, par. 2)[17], la Raccomandazione 1805 (2007) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa su "*Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*"[18], il Rapporto della Commissione di Venezia (Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto) denominato "*Report on the relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred*"[19], la Risoluzione del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite 16/18 su "*combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against,*

[16] CEDU, *Gnievsky c. Francia*, ric. 64016/00 (2006). Qui i fatti riguardavano un articolo intitolato "*L'obscurité de l'erreur*" e pubblicato su *Le quotidien de Paris* nel quale l'autore aveva sostenuto che alcuni passaggi dell'Enciclica papale *Veritatis Splendor* dimostravano la matrice antisemita della religione cristiana e la responsabilità della sua dottrina anche nello sterminio degli ebrei. La Corte ha però riconosciuto che la condanna in sede civile subita dal ricorrente era stata una restrizione illegittima ai sensi dell'art. 10 CEDU, sia perché il contenuto dell'articolo non poteva essere ritenuto un'offesa a tutta la comunità cristiana, sia perché, in una società democratica, esso era di fondamentale interesse pubblico.

[17] *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato a New York il 16 dicembre 1966. Il testo dei paragrafi rilevanti di questo e degli altri atti internazionali successivamente citati, sono richiamati nella sentenza oggetto di commento ai §§ 26-35.

[18] Adottata dall'Assemblea parlamentare il 29 giugno 2007.

[19] Adottata nel corso della 76ª Sessione plenaria (Venezia, 17-18 ottobre 2008).

persons based on religion or belief"[20], il "*General Comment No. 34 on freedom of opinion and freedom of expression*" del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite[21].

Da questi documenti emerge una condanna netta ai discorsi di incitamento all'odio e un richiamo alle responsabilità degli Stati affinché reprimano queste condotte. Parimenti, si rileva l'indicazione di attivarsi perché la semplice "blasfemia" venga depenalizzata ovunque e non venga reintrodotto il reato di blasfemia laddove già non esista più. La Commissione Venezia, ad esempio, ha ritenuto che la persistenza o la creazione di un "reato" di blasfemia negli ordinamenti dei Paesi membri sia da ritenersi non necessaria e neppure auspicabile. In tal senso si è espresso anche il Parlamento europeo, che nella risoluzione dell'8 settembre 2015 sullo stato dei diritti fondamentali nell'Unione europea si è detto preoccupato «*over the application of blasphemy and religious insult laws in the European Union, which can have a serious impact on freedom of expression, and urges Member States to abolish them; strongly condemns attacks against places of worship and urges Member States not to allow such offences to go unpunished*» (§ 40)[22].

Ritornando ora al contesto della Corte europea, essa ha spesso fatto leva sull'art. 17 CEDU per dichiarare irricevibili alcuni ricorsi nelle ipotesi in cui il contenuto contestato costituiva *ex se* una negazione dei diritti e dei valori fondamentali difesi dalla Convenzione[23]. In particolare, questa norma convenzionale è stata utilizzata anche per negare qualsivoglia tutela proprio ai discorsi di incitamento all'odio (c.d. *hate speech*), impedendo la ricevibilità dei relativi ricorsi. In materia di irricevibilità per incitamento all'odio religioso ricordiamo, ad esempio, il caso *Norwood c. Regno Unito,* deciso dalla Corte nel 2004[24], il caso *Pavel Ivanov c. Russia* deciso nel 2007[25], il caso *Hizb Ut-Tahrir e altri c. Germania*, deciso nel 2012[26] e, infine, il caso *Belkacem c. Belgio*, del 2017[27].

Nel caso *E.S. c. Austria* in esame, la Corte europea ha ricordato che quando attacchi impropri ed offensivi nei confronti di un soggetto o di un simbolo che gode di venerazione religiosa si spingono sino al punto di prendere le forme dell'incitamento all'o-

[20] UN Doc. A/HRC/RES/16/18, adottata il 24 marzo 2011.

[21] UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression*, adottato il 12 settembre 2011 (CCPR/C/GC/34).

[22] *European Parliament resolution of 8 September 2015 on the situation of fundamental rights in the European Union (2013-2014)* (2014/2254(INI))

[23] In dottrina vedi, tra gli altri, A. Terrasi, *Art. 17 Divieto dell'abuso di diritto*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve*, cit., 570 ss. e M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012, 150 ss. La norma riguarda il c.d. divieto di abuso di diritto: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, gruppo o individuo di esercitare una attività o compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni maggiori di quelle previste in detta Convenzione».

[24] CEDU, *Norwood c. Regno Unito*, ric. 23131/03 (2004). Qui, ad esempio, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che un attacco generalizzato contro un gruppo religioso volto a stabilire un legame tra l'intero gruppo e un grave atto terroristico fosse contrario ai valori convenzionali, tra cui la tolleranza, la pace sociale e la non discriminazione, incitando invece all'odio contro quel gruppo.

[25] CEDU, *Pavel Ivanov c. Russia*, ric. 35222/04 (2007).

[26] CEDU, *Hizb Ut-Tahrir e altri c. Germania*, ric. 31098/08 (2012).

[27] CEDU, *Belkacem c. Belgio*, ric. 34367/14 (2017). In dottrina vedi M. Castellaneta, *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di* hate speech, in *Diritti umani e diritto internazionale,* 2017, 745 ss.

dio religioso, che è la massima espressione dell'intolleranza religiosa, questi non solo possono legittimare interventi restrittivi da parte delle autorità nazionali, ma neppure godrebbero della protezione offerta dall'art. 10 CEDU (§ 43)[28]. Qui, dunque, la Corte da un lato non ha equiparato le affermazioni della ricorrente all'incitamento all'odio religioso, che a livello internazionale ed europeo risulta oggi essere la sola condotta meritevole di essere perseguita penalmente, ma ha, allo stesso tempo, legittimato come *proporzionata* una sanzione penale per una condotta, la blasfemia, che è, almeno negli ordinamenti della stragrande maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, ormai depenalizzata.

5. Considerazioni conclusive: i rischi connessi alla "tutela della pace religiosa"

Il governo austriaco, richiamando la nota esplicativa dell'art. 188 c.p., aveva sottolineato come lo scopo principale della norma interna fosse la protezione della "pace religiosa", che «*was to be understood as the peaceful co-existence of the various churches and religious communities with each other, as well as with those who did not belong to a church or religious community*». La "pace religiosa", inoltre, doveva essere tutelata anche in quanto elemento fondamentale della pace in generale nello Stato (§ 36).

La Corte, dal canto suo, ha accolto favorevolmente l'impostazione governativa, rilevando come la protezione della pace religiosa, così come la tutela del sentimento religioso altrui, siano scopi legittimi perseguiti dalla misura penale prevista dall'ordinamento austriaco e rientranti a pieno titolo nel limite della "protezione dei diritti altrui" di cui al secondo paragrafo dell'art. 10 CEDU. Inoltre, nel suo ragionamento sulla necessità in una società democratica di una misura restrittiva di quel tenore, ha ricordato che in capo agli Stati incombe l'obbligo di assicurare la pacifica coesistenza di tutte le religioni e anche dei non credenti in uno spirito di mutua tolleranza. Volendo "giustificare" queste conclusioni, si può ipotizzare che il *legitimate aim* della difesa della pace religiosa in Austria abbia assunto un peso rilevante in questa decisione anche, probabilmente, per il clima politico attuale nel Paese, retto come è noto da forze di destra che come programma di Governo hanno un approccio più restrittivo rispetto alla convivenza interetnica e interreligiosa. In particolare, il *Partito della libertà*, nella cui accademia politica sono state fatte le affermazioni incriminate, ha forti tendenze xenofobe.

La Corte, dunque, potrebbe aver voluto dare una sorta di "monito" alla società austriaca, sostenendo la posizione dell'autorità giurisdizionale nazionale che aveva agito "in contenimento" di azioni di esponenti di quelle forze politiche. Il lungo e impegnativo processo di integrazione che le autorità nazionali europee sono oggi chiamate a intraprendere potrebbe, infatti, essere messo a rischio da esternazioni, come quelle della ricorrente, che possano essere causa di tensioni e di violenze sociali e tra appartenenti a diversi gruppi religiosi. Queste circostanze spiegherebbero, in parte, la scelta della Corte di avallare la restrizione alla libertà di espressione della ricorrente ritenendo legittima e proporzionata una misura nazionale implicante una sanzione penale per la bla-

[28] I relativi ricorsi sarebbero, pertanto, dichiarati irricevibili.

femia, anche se a livello europeo il *trend* va nella direzione opposta[29]. Abbiamo scritto "in parte" perché, a nostro avviso, al seminario avevano partecipato solo una trentina di persone e pertanto, in questo caso, i rischi effettivi di un reale impatto sulla pace religiosa in Austria sarebbero stati quasi nulli. È stata, invece, la successiva denuncia a dare enfasi e maggiore eco alle esternazioni della ricorrente, giunte poi sino alla "cassa di risonanza" della Corte di Strasburgo.

Nel caso in esame, invero, il giornalista presente in sala avrebbe potuto, nel contesto del dibattito in corso, limitarsi a replicare immediatamente e contestare la veridicità delle affermazioni della ricorrente, contribuendo così alla creazione di una discussione aperta e plurale, anziché strumentalizzarle e denunciare la ricorrente.

Date le circostanze, difficilmente il contenuto dei seminari avrebbe potuto minare la pace religiosa e contribuire a creare quei problemi legati al mantenimento dell'ordine in una società democratica che, invero, legittimamente avrebbero richiesto e giustificato misure limitative della libertà di espressione[30]. La tutela del sentimento religioso altrui e della pace religiosa, infatti, richiederebbero misure tanto più incisive e limitative della libertà di espressione, quanto più facile fosse per un credente "subire" contenuti ritenuti offensivi senza avere la possibilità di un serio contraddittorio.

A nostro avviso, la Corte avrebbe dovuto prestare maggiore cautela nell'associare le esternazioni della ricorrente a possibili problemi legati al mantenimento dell'ordine nella società austriaca dovuti a una "interferenza" con la pace religiosa di quello Stato. Far assurgere la "crisi della sicurezza", che purtroppo e oggettivamente caratterizza le società contemporanee europee, a limite al godimento dei diritti individuali garantiti dalla Convenzione è rischioso e, quantomeno, inopportuno[31]. In questi casi, il ricorrere al criterio del *pressing social need* per giustificare la legittimità di restrizioni connesse all'esigenza di preservare la pace religiosa/sociale, invece che alla concreta esigenza di garantire l'altrui religiosità, espone la Corte anche al rischio di strumentalizzazione politica delle sue decisioni.

Seppure sia positivamente apprezzabile l'attenzione della Corte verso gruppi religiosi minoritari in un determinato contesto nazionale, le conclusioni cui è giunta la Corte in questo caso possono invero minare quel pluralismo, tanto difeso dalla Corte stessa, che deve caratterizzare le società democratiche europee.

Infine, sebbene nella giurisprudenza più recente in materia di bilanciamento tra libertà

---

[29] A fine ottobre, ad esempio, in Irlanda si è svolto un referendum per decidere se modificare la parte della Costituzione secondo la quale la blasfemia è un reato. L'esito è stato a favore dell'abolizione con il 64,85% dei voti. Cfr. *In Irlanda non ci sarà più il reato di blasfemia,* in *Il Post,* 28 ottobre 2018.

[30] Secondo il Governo austriaco, infatti, «*the applicant's criminal conviction had pursued the legitimate aim of maintaining order (protecting religious peace) and protecting the rights of others (namely their religious feelings)*» (§ 36).

[31] Vedi A. Lollo, *Blasfemia, libertà di espressione e tutela del sentimento religioso*, in *Consulta Online*, 3, 2017, 474 ss. Inoltre, condividiamo quanto espresso da altra dottrina quando ha affermato che «[l]egare la questione del bilanciamento tra libertà di espressione e rispetto dell'altrui religiosità ad esigenze di ordine pubblico è, inoltre, una deriva quanto mai pericolosa non solo perché può giustificare, sulla base della paura contingente e della percezione del rischio, eccessive restrizioni alla libertà di espressione, ma anche perché può contribuire, al contrario, ad identificare i fattori di rischio con una particolare comunità religiosa» (M. Orofino, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2016, 36).

di espressione e tutela del sentimento e della pace religiosi la Corte sembra aver adottato un atteggiamento più "rispettoso" nei riguardi della libertà di espressione, la cui protezione non può oggi essere separata dal contenuto delle informazioni o delle idee che si vogliono diffondere, essa dovrebbe prestare maggiore attenzione rispetto alla valutazione di altri elementi, quali l'effettiva risonanza delle affermazioni e la possibilità che esse siano contestate o confutate attraverso un dibattito pubblico, aperto e plurale, e non con la censura *ex ante* o *ex post* o infliggendo sanzioni penali. Il *case-by-case approach* proprio di quella giurisprudenza di Strasburgo che incide su temi particolarmente sensibili, dovrebbe dunque mirare al raggiungimento di soluzioni meno invasive della libertà di espressione dei singoli.

Bože, Zarja chrani! Political Protest and Incitement to Religious Hatred in Russia in the Light of the "Pussy Riot" ECtHR Case

Andrea Gatti

European Court of Human Rights, 17 July 2018, *M.A. v. Russia,* **app. 38004/12**

In the "Pussy Riot" case (*Mariya Alekhina and others v. Russia*, app. 38004/12, 17 July 2018), the European Court of Human Rights strengthens its pro political speech line of conduct. With the exception of a partly dissenting opinion, the Court found Russian authorities had overstepped their margin of appreciation in condemning the three applicants for the offence of hooliganism motivated by religious hatred and of propaganda of extremist materials. The present essay aims, by analyzing the Russian authorities conduct, to raise pertinent questions about European standards for anti-extremism legislation.

Summary

1. Introduction. - 2. The incriminating fact and the investigation: desecration of the throne and the altar. - 2.1. Trial and decisions of the national authorities. - 2.2. The ban of the "extremist" video on the Internet: out of sight out of mind. - 3. The findings of the Court: the "proceedings provisions" of the Convention. - 3.1 The violation of the freedom of expression. – 3.1.1. The offensive nature of the performance. – 3.1.2. The extremist nature of the uploaded video. – 3.2. The judicial dissenting opinion. - 4. Some considerations. - 4.1. More considerations: the controversial Russian anti-extremist legislation as limit for the freedoms. - 4.2 How to limit? Established criteria in order to adopt the extremist legislation at the European level. – 5. Final remarks.

Keywords

Freedom of speech, European Court of Human Rights, Political speech, Margin of appreciation, Pussy Riot

1. Introduction

In 2012, Ms Mariya Vladimirovna Alekhina, Ms Nadezhda Andreyevna Tolokonnikova and Ms Yekaterina Stanislavovna Samutsevich, members of the feminist punk group called "Pussy Riot", were condemned for the offence of hooliganism motivated by religious hatred and for posting extremist materials on *Youtube*. This case (so called *Pussy Riot* case) has been analyzed and sentenced by the European Court of Human Rights "*Pussy Riot*" case (*Mariya Alekhina and others v. Russia*, app. 38004/12, 17 July 2018).

The aim of the present essay consists at discussing the outcome of case in particularly with reference to the exercise of freedom of (political) expression and to the ban against what is considered "extremism" in Russia. The analysis will consider three main aspects: first, the right to participate effectively in the trial court proceedings and to receive practical and effective legal assistance; second, the interplay between the freedom of political expression and the protection of religious feelings in Europe; finally, the meaning of the concept of 'extremism', both in Russia and under the juridical framework of the European Convention of Human Rights

It is important to consider that nowadays Russia is characterized by an increasing alteration of the democratic regime. The mix between democratic and authoritarian elements which form the identity of the Russian government made the authors peak about a "different", "uncertain" or "incomplete" democracy[1]. Numerous reports carried out by international institutions outline the inefficiency and the undetermined independence of the Russian judiciary[2]. The European Court of Human Rights (ECtHR) has had the possibility to rule on Russian matters many times in the past years and to set up a specific and settled case-law on violation of fair trial proceedings, degrading treatments and breaching of the freedom of expression (see *infra*). However, the importance of the instant case lies in the attempt of the Russian authorities to achieve the repression of political speech by labeling it as mere hate speech and "social extremism." For the ECtHR, the main thrust of the case lies in the political dimension of free speech. The ECtHR considered the reasons given by the Russian government to be deficient and inadequate.

2. The incriminating fact and the investigation: desecration of the throne and the altar

The feminist group Pussy Riot has been founded in Russia in 2011. The group's main aim consists in staging unauthorized performances in order to bring to the fore public opinion on women, LGBT, or other minorities rights and, more generally, sensitive political matters. One of the biggest group's target is embodied in the Russian authorities' approach on fundamental and civil rights. In February 2012, in response to the public support and endorsement provided by Patriarch Kirill to Vladimir Putin policy, three group members decided to perform a protest song – called *Virgin Mary, Drive Putin Away* - in two different Orthodox churches. Few days later, on the 18th February, the action was carried out at the Epiphany Cathedral in the district of Yelokhovo in Moscow: «wearing brightly colored balaclavas and dresses, they entered the cathedral,

[1] On the features of the Russian semi-authoritarian regime and the subservient function of the judiciary, see, for the Italian academic community, R. Tarchi, *Sistema delle fonti e poteri normativi dell'Esecutivo in una forma di governo iper-presidenziale: il caso della Federazione Russa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, particularly 22 ss. See also M. Ganino *Appunti e spunti per una ricerca di diritto costituzionale su Paesi "altri"*, in M. D'Amico-B. Randazzo (eds.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milan, 2012, 830 ss.

[2] See R.J. Terrill, *World Criminal Justice Systems: A Comparative Survey*, London, 2012; Freedom House, *Democracy in Crisis* (Report 2018).

set up an amplifier, a microphone and a lamp for better lighting and performed the song while dancing» (§12 of the instant judgment). A few days later they decided to replay the protest in Moscow's Christ the Saviour Cathedral. No service had taking place during the performance but, unlike the previous action, few a moments after the performance began, Cathedral security staff arrived and pushed the artists out from the church building. On the same day, the deputy director general of the church's private security company reported the episode to the police complaining that both the song's lyrics and the church break-in itself represented outrageous and insulting behavior contrary to public order and insulted the feelings of the church's members.
The lyrics of the song:

«Virgin Mary, Mother of God, drive Putin away
Drive Putin away, drive Putin away
Black robe, golden epaulettes
Parishioners crawl to bow
The phantom of liberty is in heaven
Gay pride sent to Siberia in chains
The head of the KGB, their chief saint,
Leads protesters to prison under escort
So as not to offend His Holiness
Women must give birth and love
Shit, shit, holy shit!
Shit, shit, holy shit!
Virgin Mary, Mother of God, become a feminist
Become a feminist, become a feminist
The Church's praise of rotten dictators
The cross-bearer procession of black limousines
A teacher-preacher will meet you at school
Go to class - bring him cash!
Patriarch Gundyaev believes in Putin
Bitch, better believe in God instead
The girdle of the Virgin can't replace rallies
Mary, Mother of God, is with us in protest!
Virgin Mary, Mother of God, drive Putin away
Drive Putin away, drive Putin away».

The police began criminal proceedings on the 24th February 2012 and arrested the three group members the following day. The District Court, fully endorsed by the Moscow City Court (the Appeal Bench for the region of Moscow), decided, confirmed and repeatedly extended the custody of the women until the 12th of January 2013[3].

[3] Both the District and the City Court dismissed the arguments the applicants put forward pertaining to their family situation (the first two applicants had young children), the fragile health of the second applicant. In doing that, the district court also refused to accept personal written sureties given by fifty-seven individuals, including famous Russian actors, writers, film producers, journalists, businessmen, singers and politicians (see § 26 of the instant case).

Investigators ordered expert opinions to determine whether the video taken during the above-mentioned action was motivated by religious hatred or deemed an attack on the religious feelings of Orthodox believers. In the first two reports, commissioned by a State expert bureau and issued on the 2nd April and 14th May 2012 respectively, five experts answered in the negative. Specifically, the experts concluded that the applicants had not been violent or aggressive, had not called for violence in respect of any social or religious group nor had they targeted or insulted any religious group. A third expert opinion was subsequently requested by the investigators (with the likely intention to produce an entirely different response). This latter commission, indeed, concluded that the performance had been motivated by religious hatred (§ 29).

2.1. Trial and decisions of the national authorities

Outlining the progress of hearings and the conditions the women had been subjected on the days of the hearings is important in the case at hand, as it constitutes one of the main complaints from the applicants. Prison conditions, transport procedures, difficulty of communication and refusal of addressing the issue of confidential consultations between the women and their lawyers before, during and after the trial (§§ 36-46) were some of the complaints t brought to the attention of the European Court of Human Rights. During the trial the women were enclosed in a glass box: to communicate with the lawyers they used a small window; police officers were constantly positioned between the glass and the lawyers[4].

On the 17th of August 2012 the Khamovnicheskiy District Court found the three women guilty under Article 213 § 2 of the Russian Criminal Code for the crime of "hooliganism for reasons of religious hatred and enmity". In particular, the Russian court claimed that the women had offended the feelings of a large group of people and had «incited feelings of hatred and enmity and therefore violate the constitutional basis of the State» (§ 52, citing the District Court words). The Court also found that they committed the crime in a group and acted premeditatedly. The Court explicitly and categorically rejected the applicants' arguments that their performance had been politically rather than anti-religiously motivated on the argument that the performers did not make any explicit political statement. Witnesses (church attendants, worshippers and the third expert report[5] had been considered sufficient evidence to condemn them.

[4] After the trial the police took back in the prison the applicants at night, when all the visitors, including the lawyers, were not allowed (§ 33).

[5] The first and the second reports were rejected by the Court. The District Court refusal as well to hear different experts or the same experts who had drafted the incriminating reports. In § 50 is quoted a passage of the Russian Court's judgment that states: «[the first two expert reports] cannot be used by the court as the basis for conviction as those reports were received in violation of the criminal procedural law as they relate to an examination of the circumstances of the case in light of the provisions of Article 282 [and not Article 213]. Moreover, the expert opinions […] lack any reference to the methods used during the examinations, […] exceeded the limits of the questions put before them; they gave answers to questions which were not mentioned in the [investigators'] decisions ordering; […] do not provide a linguistic and psychological analysis of the lyrics of the song performed in Christ the Saviour Cathedral».

The witness evidence was hardly substantiated, nor was it open to dispute[6]. Given this finding, the group members were sentenced to two years imprisonment.
On the 10th of October 2012, the Moscow City Court decided on the appeals by upholding the judgment from the 17th of August 2012 as far as it concerned the first two applicants; however, it partially amended it in respect of the third applicant, who was released on probation.
On the 8th of November 2013 the Ombudsman submitted an application for supervisory review to the Supreme Court.
On the 4th of April 2014, following a Supreme Court order of reviewing the case, the Moscow City Court reviewed the case, but it upheld the findings. It only reduced each applicant's sentence to one year and eleven months jail.

2.2. The ban of the "extremist" video on the Internet: out of sight out of mind

Meanwhile the three women were condemned, a parallel procedure was instituted by the Zamoskvoretskiy Inter-District Prosecutor. The public Prosecutor ordered «to limit access to the material in question by installing a filter to block the IP addresses of websites where the recordings had been published» (§ 72). The accusation found her statement on the assumption of the extremist nature of the videos' contents.
According with the Russian Court, the Pussy Riot's video was deemed to achieve some actions listed in Sections 1, 12 and 13 of the Suppression of Extremism Act[7] and in Section 10(1) and (6) of the Federal Law on Information, Information Technologies and the Protection of Information[8], four in particular: 1) "the stirring up of social, racial, ethnic or religious discord"; (2) "propaganda about the exceptional nature, superiority or deficiency of persons on the basis of their social, racial, ethnic, religious or linguistic affiliation or attitude to religion"; (3) "violations of human and civil rights and freedoms and lawful interests in connection with a person's social, racial, ethnic, religious or linguistic affiliation or attitude to religion"; and (4) "public appeals to carry out the above-mentioned acts or the mass dissemination of knowingly extremist materials, and likewise the production or storage thereof with the aim of mass disse-

[6] The District Court found the expert report «detailed, well founded and scientifically reasoned [.] The defendants' hatred and enmity were demonstrated in the court hearings, as was seen from their reactions, emotions and responses in the course of the examination of the victims and witnesses» (The above Russian Court's declaration are cited in the §§ 51-52 of the present decision).

[7] Section 1(1) of Federal Law no. 114-FZ on Combatting Extremist Activity of 25 July 2002 defines, among the others way, as follows: «the stirring up of social, racial, ethnic or religious discord"; "the propaganda about the exceptional nature, superiority or deficiency of persons on the basis of their social, racial, ethnic, religious or linguistic affiliation or attitude to religion»; Section 13 of the same Act states that «The use of public communication networks to carry out extremist activity is prohibited».

[8] Section 10(1) and (6) of Federal Law no. 149-FZ on Information, Information Technologies and the Protection of Information of 27 July 2006, as in force at the material time, provided as follows: «The distribution of information directed towards propaganda for war, the stirring up of national, race or religious hatred and hostility and other information whose distribution is subject to criminal or administrative responsibility shall be banned».

mination". However, the court does not explain why the video can be placed in those categories. It simply accepts (and relies upon) the expert report and the prosecutor's argument. One the one hand, the scientific examination, defining the video as "extremist", basically provided, in essence, a legal qualification of it; on the other hand, the public accusation claimed that the dissemination of material of an extremist nature disrupts social stability and creates a threat of damage to the life, health and dignity of individuals.

Accordingly, the video content on the group web site (namely the video-recordings of 6 of their performances uploaded on it, of *Riot in Russia, Putin Wet Himself; Kropotkin Vodka*; *Death to Prison, Freedom to Protest; Release the Cobblestones* and *Punk Prayer – Virgin Mary, Drive Putin Away*) has been declared extremist.

3. The findings of the Court: the proceedings provisions of the Convention

On June 2012[9] the applicants pleaded before the Court of Human Rights to complain on the basis of a breach of their rights under Articles 3, 5 §3, 6 and 10 of the Convention. Article 3 (prohibition of torture or degrading treatments), Article 5 (right to liberty) specifically protecting, under § 3, the right to have a trial within a reasonable time or to be release pending the trial and Article 6 stating the right to fair trial, are all aimed to guarantee the respect of minimum proceeding standards of the trial.

The applicants contested in particular the condition of transport to and from the hearing room (no breakfast, delays, overcrowded police transport vans, impossibility to communicate freely and privately with the lawyers during and after the hearings, ecc.) and the use of a glass box during the hearing (see § 2 of the present essay). The ECtHR stated that ill-treatment did not fall within the scope of Article 3 of the Convention, as the treatment «must attain a minimum level of severity» (§ 141). In the actual case, the European judges, despite having taken into consideration the Government allegation that the practice of placing defendants behind special barriers exists in several European Countries[10], recognized the condition in the courtroom as degrading and considered that the concrete manner in which the inmates were publicly exposed (armed officers and police-dogs surrounding the box, etc.) overstepped the minimum level of severity required by the Convention (see *Yaroslav Belousov v. Russia*, nos. 2653/13 and 60980/14, 4 October 2016).

For the same reasons, the Court considered the effectiveness of the defense had been limited, in open violation of Article 6 §§ 1 and 2 of the Convention; in fact, both the *difficulty* to communicate effectively with the lawyer and the *impossibility* to challenge the

[9] The Government raised a plea of non-exhaustion with the respect to the complaints. The Court overcame the Government's objections finding that the rule of exhaustion of domestic remedies in this case cannot called. Basically, the Court found that the Russian legal system did not provide an effective remedy that could be used to prevent the alleged violation or its continuation and provide applicants with adequate and sufficient redress in connection with a complaint about inadequate conditions of detention (§§ 132, 165, 248).

[10] See *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, apps. 32541/08 and 43441/08 (2014).

incriminating expert reports represented restrictions neither necessary nor proportionate (§ 172)[11].
Finally, it was argued that there were no valid reasons to keep them in custody. The European Court of Strasburg believed that the Russian authorities failed to address specific facts to justify the imprisonment and did not consider valuable alternative preventive measures (§ 158)[12]. On the same violation of Article 5, para. 3, the Court provided a wide range of ECHR's precedents involving Russia[13].

3.1 The violation of the freedom of expression

The last complaint made by the applicants concerned the limitation of their freedom of expression. This is the substantial core of the case. Under Article 10, the inmates complained about the two different proceedings they had been involved in: on one hand, they criticize the decision to imprison for having performed. In this respect, they contested both the accusation (alleging that their action was not offensive) and the provisional detention (alleging that those measures had been illegitimate or at least excessive in relation to their conduct). One the other hand (b), only Ms Alekhina and Ms Tolokonnikova complained about the courts banning access to their videos on the Internet considered "extremist". Each aspect required its own exposition.

3.1.1 The offensive nature of the performance

Firstly, the Court accepted that a reaction to the applicants' performance on account of their breaching the rules of conduct in a place of religious worship might have been warranted; however, the judges reminded (once more) that, from a general point of view, Article 10 («one of the essential foundations of a democratic society») is applicable «not only to information or ideas that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those which offend, shock or disturb» (§ 197). The Court did not hesitate in defining the women's behavior as a sign of «their disapproval of the political situation in Russia» (§212) and by doing that it recognized a wider margin of operability to their actions.
As is known, in order for an interference to be justified under Article 10, it must be "prescribed by law", pursue one or more of the legitimate aims listed in the second

[11] Consistent with this opinion see, among other judgments, *Kudła v. Poland*, app. 30210/96 (2000), § 82 ss. and *Yaroslav Belousov v. Russia*, cited in the text above, § 125.

[12] The Government maintained that the decision of keeping the women in custody was carefully weighed with all the relevant factors, including, among the other, the applicants' personal characteristics, the gravity of the offences the difficult to locate their concrete residence and the attempt, made by the third applicant, to mislead the investigation by at first having provided a false name to the investigator.

[13] *Mamedova v. Russia*, app. 7064/05 (2006); *Pshevecherskiy v. Russia*, app. 28957/02 (2007); *Shukhardin v. Russia*, app. 65734/01 (2007); *Belov v. Russia*, app. 22053/02 (2008); *Aleksandr Makarov v. Russia*, app. 15217/07 (2009); *Logvinenko v. Russia*, app. 44511/04 (2010); and *Valeriy Samoylov v. Russia*, app. 57541/09 (2012).

paragraph of that provision and be "necessary in a democratic society". In that regard, the interference not only has to respond to a pressing social need, but it also has to be proportionate to the nature of the criminal act[14]. In the view of the judges, the domestic authorities failed to prove the third requirement. The lyrics of the incriminating song (*Virgin Mary, Drive Putin Away*) and the context of their performance were not aimed to incite violence or to justify violence, hatred or intolerance, purpose which would have been the only acceptable reasons, according to the international standards, for restricting the applicants' right to freedom of expression in the form of a criminal sanction (§ 223). In the view of the judges, the domestic authorities' statements were merely declarative and not relevant because they did not consider the whole context in which the performance was taking place: the applicants' manner of dress and the non-respectful behaviour have to be considered in the light of the real nature of the conduct. The latter has been considered «peaceful and non-violent» by the Court (§ 227).

Therefore, for the same reasons, the criminal sanction itself (namely the two-years imprisonment) was considered to be exceptionally severe in relation to their conduct and was therefore considered a sort of illegitimate deterrent effect on the exercise of their freedom of expression (§ 227)[15].

Accordingly, the Court concluded that the applicants' convictions had not been "necessary in a democratic society" and was therefore in violation of Article 10.

3.1.2 The extremist nature of the uploaded video

The second and crucial point of the case is represented by the judicial proceeding banning the applicants' video-recordings on the Internet. According to the applicants, the definitions of "extremism", "extremist activity" and "extremist materials" contained in the statutory basis for the interference (*i.e.* Section 1(1) and (3) and Section 13(3) of the Suppression of Extremism Act) were too broad. The Government, on the contrary, referred to a Russian Constitutional Court decision (Ruling no. 1053-O of 2 July 2013) which had refused to find the above-mentioned Sections unconstitutional for allegedly lacking precision in the definitions of "extremist activity" and "extremist materials" (§ 256).

After having found not manifestly ill-founded and admissible the women's application, the judges of Strasburg refused to stress whether the interference was "prescribed by law" within the meaning of Article 10, leaving the question open (and clearly avoiding the problematic). The judges preferred to dwell only on the concept whether the interference was "necessary in a democratic society" to justify their final decision

In that latter perspective, the Court stressed that the District Court condemned the

[14] On the importance of the nature and severity of the penalty in evaluating the proportionality of the interference, see *Ceylan v. Turkey*, app. 23556/94 (1999), § 37; *Tammer v. Estonia*, app. 41205/98 (2001), § 69; and *Skałka v. Poland*, app. 43425/98 (2003); *E.S. v. Austria,* app. 38450/12 (2018).

[15] On the danger to create a so-called chilling effect, the Court itself cites *Jersild v. Denmark*, app. 15890/89 (1994), § 34; *Brasilier v. France*, app. 71343/01 (2006), § 43; *Morice v. France,* app. 29369/10 (2015), § 176; and *Reichman v. France*, app. 50147/11 (2016), §73.

women by relying on the report made by the expert hired by the public accusation, lacking any analysis of that and any reasoning to specify which particular elements of the videos were problematic and why. The Russian judges, merely endorsing the overall linguistic experts' findings, «made no attempt to conduct their own analysis of the videos in question». Moreover, the report had gone far beyond language issues and had provided, in essence, a legal classification of the videos. This legal definition has been utilized *sic et simpliciter* by the Court. In the ECtHR words: «domestic court can never be in a position to provide "relevant and sufficient" reasons for an interference with the rights guaranteed by Article 10 of the Convention without some form of judicial review based on a weighing up of the arguments put forward by the public authority against those of the interested party» (§ 267).

3.2 The judicial dissenting opinion

The judgment found a partly dissenting opinion. Judge María Elóseguia agreed on the violation of Article 5, para. 3, Article 6, para. 1, Article 6, para. 3, as well as Article 10 (on account of the extremist nature of the banned material), but she disagreed both on violation of Article 3 (in her view the special control measures adopted during the trial were justified) and of Article 10 (she believed the women did abuse of the freedom of expression by offending the religious feeling of the Orthodox believers and for that reason their conduct did not deserved protection under this Article). Although she recognized that the action could not be classified as incitement to religious hatred, she outlined its provocative and disrespectful im. The latter did not justify the means they used to express their political opinion (invasion of a church) and therefore it did harm the dignity of the Christian believers. She reasoned that, even if «the domestic courts failed to adduce relevant and sufficient reasons to justify [in terms of proportionality] the criminal conviction and prison sentence imposed», «these facts could have been punished by means of an administrative or civil sanction».

4. Some considerations

The need to interfere at the lowest level in the margin of appreciation of a Member State is a coherent way to proceed, particularly in the most sensitive topics such as the present one. Instead of "speaking their mind" fully and debating the merit of the case, the judges, in order to reach their specific outcomes, employ technical arguments. However, this approach did not hold them back from facing some relevant questions, even if mostly in form of *obiter dicta*.
Firstly, the Court outlined the political nature of the performances (§§ 205 and 212)[16]

[16] Where, respectively, it stated «In the case at hand, the applicants, members of a punk band, attempted to perform their song *Punk Prayer – Virgin Mary, Drive Putin Away* from the altar of Moscow's Christ the Saviour Cathedral as a response to the ongoing political process in Russia» and «The applicants wished to draw the attention of their fellow citizens and the Russian Orthodox Church to their disapproval of the political situation in Russia».

in order to recognize a broader margin of operability for the women's actions. In fact, the protection afforded by the European Court of Human Rights (ECtHR) for restrictions on political speech or debates on questions of public interest is broader than those applied for mere commercial, scientific or artistic expression, a *Weltanschauung* or a simple individual value judgment[17].

Secondly, it has been remarked that the political freedom of expression can be expressed though artistic conducts as well[18].

This approach strips any legal basis from the Russian authorities' assessment that insisted on the hate crime theory. The bias-motivated offense is, in fact, a crime where a perpetrator targets a victim because of his (or her) membership in a certain social group, race, religion, etc. The abuse of political utterance is, by its very nature, hardly ascribable to a hate crime, where conduct requires the existence of some very specific, both objective and psychological, elements[19]. The symbolic *ethos* at the base of the reasons of these two expressions are ultimately very different: from one part an attempt (albeit illegal) to restore pluralism, from the other part a value, intolerant judgment.

This approach seems to reflect the general ECtHR « policy » on the matter: according with recent case-law, «*L'inclusion dans le discours de haine d'un acte qui, comme celui reproché en l'espèce aux requérants* [*i.e.* burning a picture of the Spanish royal family], *est l'expression symbolique du rejet et de la critique politique d'une institution et l'exclusion qui en découle du champ de protection garanti par la liberté d'expression impliqueraient une interprétation trop large de l'exception admise par la jurisprudence de la Cour*»[20]. This conclusion seems to suggest that political expression, even when it is an abuse of the right itself, does not fall within the scope of the incitement to hatred.

4.1 More considerations: the controversial Russian anti-extremist legislation as a limit for the freedoms

From a general point of view, it is how fundamental liberties are entrenched and limited which reveals the very essence of the interplay between the State and its citizen.

[17] See, *Baka v. Hungary,* app. 20261/12 (2016), § 159; *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy*, app. 931/13 (2017), § 167; *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, app. 69317/14 (2018), § 73; *ES v. Austria*, app. 38450/12 (2018), §§ 37 and 42, which all outlined that if the statements touch a matter of indisputable public interest in a democratic society and (potentially) can give rise to a public debate, the limits of acceptable criticism are wider.

[18] See *Tatár and Fáber v. Hungary*, apps. 26005/08 and 26160/08 (2012), § 36; *Murat Vural v. Turkey*, app. 9540/07 (2014), §§ 54-56.

[19] On the relationship between hate crime and terrorism A.H. Cordesman, *Terrorism and Hate Crimes: Dealing with All of the Threats from Extremism*, Center for Strategic and International Studies; A.T. Turk, *Sociology of terrorism,* in *Annual Review of Sociology*, 30, 2004, 271 ss.; B. Perry, *In the Name of Hate. Understanding the Hate Crimes*, London, 2001. *Contr*a, C.E. Mills-J.D. Freilich-S.M. Chermak, *Extreme Hatred: Revisiting the Hate Crime and Terrorism Relationship to Determine Whether They Are "Close Cousins" or "Distant Relatives"*, in *Crime & Deliquency Journal*, 63(10), 2015, 1191 ss., who conclude that hate crime and terrorism may be more akin to close cousins than distant relatives. In any case the two phenomena are not alike.

[20] See *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, app. 51168/85 and 51186/15 (2018), § 38, released in French.

The degree of extension (or compression) of the freedom of expression - cornerstone of democracy and of all other fundamental liberties - may be taken as a marker of the nature of the Constitutional design it is enshrined in. Therefore, discussing how the freedom of expression is enforced in Russia, led us to outline how Russian authorities are particularly active in defining a specific idea of the society's *ethos*. This *ethos* is particularly characterized by the limits to the traditional Constitutional freedoms.

It is well known that not every impediment is - *per se* - an infringement of liberty. On the contrary, the idea of absolute liberty is inconsistent with the aim and the spirit of liberty itself. Liberty foresees "duties and responsibilities" for its own implementation[21]. Every fundamental rights protection system envisages internal pathological dynamics and therefore limitation criteria to its liberties that are consistent and, as far as possible, pragmatic. However, in Russia these limitations are often a tool to limit the State ideological opponents' freedom of expression[22]. The problem of a selective and seemingly arbitrary enforcement of the extremist legislation, is openly discussed in an international context[23]. The legal basis for that restriction is the already-mentioned *Federal Law on Combating Extremist Activity* ("Extremist Act" or also "the Law"), enacted in 2002, in order to respond to (alleged) escalating problems of ethnic and nationalist violence[24]. This statute, amongst other things, codifies a definition of "extremism," prohibits advocacy of extreme political positions, and imposes liability on organizations that do not disavow the "extremist" statements of their members. However, extremism in the Russian legislation is a blurry concept. The Extremist Act does not set down general characteristics of extremism as a concept. Instead, the Law lists a very diverse array of actions that are deemed to constitute "extremist activity" or "extremism". Some of these definitions, whose content is recognized to be too vague, are providing the authorities and the judges the necessary power to persecute extreme views and actions which simply diverge from social norms and rules and there are not associated with violence.

A critic of the Russian law on extremism has been conducted, among other institu-

[21] This formula, contained in the second part of Article 10, is commonly recalled in every decision regarding the freedom of expression, see, among other, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, app. 13470/87 (1994); *Murphy v. Ireland*, app. 44179/98 (2003); *İ.A. v. Turkey*, app. 42571/98 (2005); *Sekmadienis v. Lithania,* cit. Among these obligations, in the context of religious beliefs, the ECtHR case law has included the «duty to avoid expressions that are gratuitously offensive to others and profane» The anti-extremist legislation in Russia principal targets are ideological opponents

[22] A. Verkovsky, *Inappropriate Enforcement of Anti-Extremist Legislation in Russia in 2017*, in *SOVA*, April 2018. The Russian government is currently waging a campaign to allow the authorities to have broader margin of appreciation in judging freedom of speech matters. See N. Duffy, *Internet freedom in Vladimir Putin's Russia: The noose tightens*, in *American Enterprise Institute*, January 2015.

[23] J. B. Gross, *Russia's War on Political and Religious Extremism: An Appraisal of the Law "On Counteracting Extremist Activity*", in *BYU Lawyer Review*, 2, 2003, 717 ss., in particular 735, notes «Ironically, while the rise in neo-Nazi violence served as the most visible justification for the adoption of the Extremism Law, law enforcement appears to have partnered up with members of such nationalist movements in certain instances in order to fight other groups which are arguably extremists**»**. See again A. Verkovsky, *Inappropriate Enforcement of Anti-Extremist Legislation in Russia*, cit.

[24] In 2017, Russian anti-extremist and anti-terrorist legislation was supplemented with new norms that restricted the rights of offenders convicted under the relevant articles of the Criminal Code. Those changes, for obvious legal reasons (*tempus regit actum*), don't concern the object of the present essay.

tions, by the Venice Commission which in its Opinion no. 660/2011 on the *Draft of the Federal Law on Combating Extremist Activity of the Russian Federation* considered the Law "problematic", on account of its broad and imprecise wording. The Commission is particularly concerned by the basic notions defined by the Law (such as the definition of "extremism", "extremist actions", "extremist organizations" or "extremist materials") that give too wide discretion in its interpretation and application, thus leading to arbitrariness. The definitions contained in the legal provision «too broad, lacking clarity and open to different interpretations» as well as «rather imprecise» (see §§ 31 and 49 of the Opinion)

Besides, the definition does not require "violence" as a reference and that is inconsistent with the international conventions guidelines[25].

4.2. How to limit? Established criteria in order to adopt the extremist legislation at the European level

For what concerns the allegation of extremism in this particular circumstance (which affected the possibility to share six Pussy Riot's videos on the Internet), it is important to remark that, in the perspective of safeguarding the State margin of appreciation, the ECtHR avoided both to determine whether the interference was in "accordance with the law" and whether the legal prevision itself was in accordance with international standards. It also did not explicitly establish whether the nature of the behavior should have been considered as extremist. The Court decided to «leave the question open» (§ 258) and simply noted that the domestic courts had failed to *justify* the measure. The European Court pursued the "easiest path" and avoided a narrower one[26]. However, in many passages some interpretative questions - although at the abstract level – has been highlighted in order to find reasonable guidelines in the matter. Therefore, this sentence seems to translate the general principle into clear and consistent evaluation parameters to frame whether one may lawfully apply the anti-extremist legislation.

First, the legal provisions cannot be vague in order for the norm to be accessible to the person concerned and foreseeable - to a reasonable degree - as to its effects[27]. No need to foresee specific cases where requested, but definition must be consistent and,

[25] The Shanghai Convention on Combating Terrorism, Separatism and Extremism of 15 June 2001, at Article 1 § 3 provides the following definition of Extremism: «Extremism is an act aimed at seizing or keeping power through the use of violence or at violent change of the constitutional order of the State, as well as a violent encroachment on public security, including the organization, for the above purposes, of illegal armed formations or participation in them and that are subject to criminal prosecution in conformity with the national laws of the Parties».

[26] A very similar question has been posing at the Court one month later, in *Ibragim Ibragimov and Others v. Russia*, apps. 1412/08 and 28621/11 (2018). The case concerned anti-extremism legislation in Russia and a ban on publishing and distributing Islamic books considered extremist. As the Court did in the present case, also in Ibragimov found the Russian courts had not justified why the ban had been necessary and avoided to rule on the consistency of legal provisions with the Convention (see §§ 80-86).

[27] See, among the major authorities, *Gawęda v. Poland*, app. 26229/95 (2002), § 39; *Maestri v. Italy*, app. 39748/98 (2004), § 30; and *Delfi AS v. Estonia*, app. 64569/09 (2015), § 120. See also Venice Commission, Opinion app. 660/2001 (mentioned above).

as much as it possible, precise.

Secondly, any speech or behavior is deeply dependent on the context in which it is considered. Any assessment shall be conducted taking into account the specific context in which the utterance has taken place. In the case on the hand, the Government, in its defense, basically emphasized the video-performance's manners, explaining that the Pussy Riot's raid had not been deemed extremist for the ideas or opinions that it might have been seeking to impart, whether political or religious, but for the form in which that had been done. On the contrary, in its judgment, the Court seemed to consider more relevant the context than the content of the (musical) speech (§ 226: «no analysis was made of the context of their performance»). The General Policy Recommendation no. 15 on Combating Hate Speech adopted by the European Commission against Racism and Intolerance (8 December 2015) contains some examples of specific circumstances in order to determine the context evaluation: (a) whether or not there are already serious tensions within society to which this hate speech is linked): (b) the capacity of the person using the hate speech to exercise influence over others (such as by virtue of being a political, religious or community leaders); (c) the nature and strength of the language used (such as whether it is provocative and direct, involves the use of misinformation, negative stereotyping and stigmatisation or otherwise capable of inciting acts of violence, intimidation, hostility or discrimination); (d) the context of the specific remarks (whether or not they are an isolated occurrence or are reaffirmed several times and whether or not they can be regarded as being counter-balanced either through others made by the same speaker or by someone else, especially in the course of a debate); (e) the medium used (whether or not it is capable of immediately bringing about a response from the audience such as at a "live" event); and (f) the nature of the audience (whether or not this had the means and inclination or susceptibility to engage in acts of violence, intimidation, hostility or discrimination). All these circumstances, in the view of the Court, have to be weighted in the final judicial outcome.

The third main criterion is represented of the necessity that the action called, directly or indirectly, for violence or that represented a justification of violence, hatred or aggressive intolerance. We already mentioned the critic to the Russian *Extremist Law* drafted by the Venice Commission which deplored the absence of "violence" as a qualifying element of "extremism" or "extremist activity" (see §§ 31, 35 and 36 of the Opinion). According with the ECtHR's case-law to define extremism is not to be considered the mere "aim" of the action/speech, as an element from the context, but also the tools, the way to pursue that aim. Something that reminds the Hoffmansthal's "way" in dealing with the matter of life: «in the How, there lies the whole difference»[28]. This three law-drafting and interpretation rules - it is easy to argue – pursue the main scope to avoid to qualified certain forms politically or ideologically motivated offences to be classified as extremist.

[28] In the von Hoffmansthal Rosenkavalier's piece (I Act), one of his character - the Marschallin - claims: «in dem "Wie", da liegt der ganze Unterschied».

5. Final remarks

In the present brief essay, we aimed to outline how easy is in Russia to classified "political motivated speeches or actions" under the label of "disregarding of (Orthodox) religious feelings". The Pussy Riots's aim was not to hit the Church, but to hit, only indirectly, the political power which was explicitly supported by that. We think, however, that the dissenting opinion question is still pending: whether the action context and concrete aim of the women could have justified the complete sacrifice of another fundamental right, as the freedom of religion.

Strike a fair balance between, on the one hand, the protection of religious feelings and, on the other hand, the right to the freedom of expression could be a difficult task. In Putin's Russia, where sacred and profane are strictly connected, this challenge can be even more complicated. Where the protection of a fundamental right (the freedom of expression) goes to infringes another fundamental right (the freedom of religion), the judgment would require strong reasons to entirely abdicate one of the clashing right. Amongst these reasons the Court clearly contemplate the severity of the Russian Courts decisions and its risk to disincentive this kind of protests by creating a chilling effect[29]. This gave the ECtHR the justification to emphasize the value of the freedom of expression and to overshadow the right to the Orthodox believers not to feel harmed in their belief[30]. Once again, that demonstrated the importance for the ECtHR to take in consideration extra-juridical factors in its own "policy of law".

[29] Namely the inhibition or discouragement of the legitimate exercise of our natural and legal rights by the threat of legal sanction See L. Kendrick, *Speech, Intent and Chilling Effect*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 54, 2012-2013, 16 ss.

[30] It's important to remark that the ECtHR case law is not always consistent. An opposite conclusion, fors instance, has been reached in the very recent *E.S. v. Austria,* cit. Basing from a very similar applicant's motivation, a much less invasive applicant's conduct and a complete absence of recognized offended victims, the Court stressed that called Mohammed a "paedophile" had no impact on public debate and constituted a disparage of Islam. See A. Gatti, *Freedom of Expression and Protection of Religious Peace in Europe: Considerations on E.S. v. Austria ECHR case law*, in *Revista General de Derecho Publico Comparado*, 24, 2018.

Cronache

Libertà d'espressione e pluralismo 2.0: i nuovi dilemmi

Antonio Nicita

Keywords
Pluralismo, Fake news, Agcom, Free speech, Confirmation bias

La recente affermazione di Jeff Bezos[1], Ceo di Amazon, che internet, nella sua attuale incarnazione, sia una macchina che conferma i pregiudizi è l'ultima di una serie di posizioni critiche[2], da parte di *kingmaker* digitali.
Il pregiudizio di conferma (*confirmation bias*)[3] è la nuova spina nel fianco di *browser* e *social network*.
Negli ultimi anni, si sono moltiplicati, a livello mondiale, studi empirici, tra i quali quelli del Prof. Walter Quattrociocchi e del suo team, che documentano la forza trainante dell'attenzione selettiva degli utenti del web, esclusivamente diretta verso quei soli contenuti che confermano i propri apriori e cancellano, dimenticano, sottovalutano tutto ciò che li falsifica. Un atteggiamento amplificato da fenomeni di *groupthink* e conformismo on-line[4] rispetto agli 'amici' sui social dei quali inseguiamo e cerchiamo i 'like'.
Il risultato, anch'esso misurabile e misurato, è la crescente polarizzazione[5] pressoché su ogni argomento. Una sorta di ritorno delle ideologie, private tuttavia, nell'epoca del post-modernismo[6] e della post-verità[7], dei tipici riferimenti socio-economici e culturali novecenteschi e più simile al tifo da stadio, con urla, striscioni, provocazioni, rivincite, risse (non solo digitali). Una polarizzazione che, come ripetutamente ci aveva avvertito Cass Sunstein[8], si trasforma, nel tempo, nelle *fighting words* dell'estremismo, alla frontiera mobile tra *free speech* e *hate speech*.
Una recente ricerca Pew[9] mostra come le distanze tra repubblicani e democratici,

[1] AGI, *I social ci stanno portando al tribalismo. Parola di Jeff Bezos,* 17 ottobre 2018.

[2] M. Rovelli, *Tim Berners-Lee, il creatore del web: «Troppo potere nelle mani di società come Facebook e Google»*, in *Corriere.it,* 12 marzo 2018.

[3] R.S. Nickerson, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises,* in *Review of General Psychology,* 2(2), 1998, 175 ss.

[4] M.E. Turner, *Twenty-Five Years of Groupthink Theory and Research: Lessons from the Evaluation of a Theory*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes,* 73(2-3), 1998, 105 ss.

[5] A. Nicita, *Meno plurali e sempre più polarizzati. La fotografia di Antonio Nicita*, in *Formiche.net*, 15 aprile 2018.

[6] Cfr. M. Kakutani, *La morte della verità*, Milano, 2018.

[7] A. Nicita, *Tra post-verità e informazione emotiva,* in *Repubblica.it,* 23 ottobre 2017.

[8] Cfr. C. Sunstein, *Going to Extremes. How Like Minds Unite and Divide,* Oxford, 2009.

[9] Pew Research Center, *Republicans, Democrats See Opposing Party as More Ideological Than Their Own,* 13 settembre 2018.

nell'ultimo anno di presidenza Trump, abbiano ormai raggiunto dimensioni inedite. Con buona pace dell'elettore mediano "neutrale"[10], che non solo non è più decisivo nell'alternanza bipartisan, ma gode ormai di pessima salute.

Insomma, l'oceano-web nato per soddisfare la nostra libertà di ricerca, per navigare liberamente sul mare delle idee, si rivela pieno di banchine, rotte prestabilite, approdi e porti che sono, allo stesso tempo, il risultato della nostra libertà e il confine delle nostre scelte.

Ci appare così lontanissima quell'epoca iniziale di fiducia ottimistica nella rete per la quale Lawrence Lessig[11] poteva affermare che con internet gli Stati Uniti avrebbero esportato il primo emendamento - e la sacralità del *free speech* - in tutto il mondo. Inteso, nella tradizione del giudice Holmes[12], non soltanto come tutela della libertà di espressione ma come strumento[13] per far conseguire, a chi ascolta, nel *marketplace of ideas*, la verità. Ma il punto è che quella nozione di libertà di espressione era, in qualche misura, dimezzata.

L'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo caratterizza il diritto alla libertà di opinione anche con riferimento al diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo. Si tratta di una libertà piena di rivolgere la propria espressione a un pubblico indistinto ma anche di ricevere, in quanto pubblico indistinto, le libere espressioni altrui. D'altra parte, lo diceva già Montaigne che "la parola è per metà di chi parla e per metà di chi ascolta". Non a caso, in una interessante *dissenting opinio*n nel caso *Kleindienst v. Mandel*[14] (1972), il giudice della Corte Suprema Usa, Thurgood Marshall aveva opportunamente osservato che «*[t]he freedom to speak and the freedom to hear are inseparable; they are two sides of the same coin*». Tesi peraltro coerente con le due famiglie interpretative[15] del Primo emendamento: sia con quella sopra richiamata del giudice Holmes e quindi con l'impostazione milliana della (tutela della) libertà di espressione come strumento di conoscenza pubblica, sia con quella di Ronald Dworkin[16] della tutela della libertà di espressione (con particolare attenzione alle minoranze) come strumento di legittimazione democratica delle maggioranze.

Il punto è che, secondo l'art. 19 della Dichiarazione universale [«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»], quella libertà di espressione ha una connotazione "sociale". Essa cioè non dovrebbe manifestarsi solo come libertà positiva (nel digitare ciò che voglio), ma anche nella consegna della mia espressione all'indistinto *public domain,* libero da ostacoli, per chi ascolta e che si manifesta non solo nel ricevere (tutte) le informazioni, ma nel riceverle senza filtro (di contenuto, *ran-*

[10] C.D. Smidt, *Polarization and the Decline of the American Floating Voter,* in *American Journal of Political Science,* 61(2), 2017, 365 ss.

[11] L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace,* New York, 1999.

[12] *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

[13] A. Nicita, *È possibile il libero scambio nel mercato della verità?*, in *Il Foglio,* 15 gennaio 2017.

[14] *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

[15] T.G. Ash, *Free Speech. Ten Principles for a Connected World*, Yale, 2017.

[16] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1978.

king, *framing*) da parte di terzi. L'art. 21 della Costituzione italiana esordisce così: «tutti hanno diritto di *manifestare liberamente* il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». "Manifestare", qui, non significa solo esprimere, ma appunto, "rendere noto" al pubblico. Non c'è solo la libertà di esprimere il proprio pensiero (libertà positiva), ma di esprimerlo senza vincoli (libertà negativa) rispetto alla destinazione a un pubblico indistinto.

D'altra parte, nessuno di noi crederebbe tutelata la propria libera *manifestazione* di pensiero, se ci fosse concesso di esprimerla solo in un'isola deserta o solo ad alcuni, scelti a caso. Se la parola è per metà di chi parla e per metà di chi ascolta, anche la libertà di parola è piena solo se capace di unire, almeno in potenza, quelle due metà[17]. Quando pregiudizialmente rivendichiamo la libertà d'espressione solo come libertà positiva, rischiamo di eliminare, dall'orizzonte della tutela, quella libertà negativa che pure la caratterizza con riferimento a chi ascolta. Insomma quella libertà di manifestare il proprio pensiero non ha che fare con la solitudine. Nessun uomo è un isola, se è un uomo che parla. E così, quando discutiamo di regole, di limiti, di condizioni non basta chiedersi se essi intacchino la libertà positiva. Bisogna anche valutarne l'impatto sulla libertà negativa e sul loro reciproco bilanciamento.

Un recente esperimento condotto in Argentina dalla *WWW Foundation*[18], mostra quanto sensibile sia il *news feed* di un social network a variazioni marginali dei nostri comportamenti on-line: non solo nel selezionare le informazioni, ma nel determinare quale sottoinsieme di informazioni ci verranno mostrate. Non è cioè detto che io venga raggiunto da chi desideri parlare anche a me, se l'algoritmo ritiene che io non desideri ascoltare quella voce, selezionando un sotto-insieme di contenuti con maggiore probabilità di attrarre la mia attenzione e la mia condivisione (anche nel senso di *on-line sharing).*

Ora, questa natura 'reciproca' (o pubblica o politica) della libertà di espressione finisce per esser diluita, se non compromessa del tutto, nel duplice combinato disposto della *confirmation bias* da un lato e della profilazione algoritmica delle piattaforme digitali dall'altro, che assorbe, alimenta e potenzia proprio quella distorsione cognitiva. Gli algoritmi, infatti, sono efficienti se, grazie a ciò che imparano dall'elaborazione dei dati profilati, riescono a massimizzare il *matching* tra domanda e offerta di informazioni, riducendo varianza e rumore.

Il problema è che ciò che rende efficiente l'algoritmo di una piattaforma digitale, nello scambio di beni e servizi (e che rende il dato profilato un valore[19] per gli inserzionisti pubblicitari) è esattamente ciò che mina, fin dalle fondamenta, la natura reciproca della libertà di espressione e il pluralismo.

Ecco il dilemma del *pluralismo 2.0*. Efficienza economica (dell'algoritmo nelle piattaforme digitali) e informazione pluralistica sono antitetici per il lavoro delle piattafor-

[17] S.V. Shiffrin, *Speech Matters On Lying, Morality, and the Law,* Princeton, 2014.

[18] *The invisible curation of content. Facebook's News Feed and our information diets,* in *WWW Foundation,* 22 aprile 2018.

[19] AGCOM, Servizio economico-statistico, *Big data*, Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS.

me *matchmakers*[20]: una punta a soddisfare al massimo le nostre preferenze, l'altro punta a fornirci una rappresentazione del mondo plurale e quindi (anche) diversa dalla nostra. Quando le espressioni sono mediate dall'algoritmo, la nostra espressione non è più destinata a un pubblico indistinto ma viene filtrata solo verso coloro che, in base al loro profilo, la condivideranno. E viceversa: le informazioni che verosimilmente mi saranno offerte in una data piattaforma sono già state filtrate, in base al mio profilo. E così, tantissimo mondo informativo sparisce in questo *matching* tra domanda e offerta. Ne consegue che anche il pluralismo inteso come c*ounterspeech* viene meno, se non in quella forma polarizzata del *trolling,* del *bullismo on-line,* dell'*hate speech* che serve solo a serrare i ranghi tra chi non si parla e chi non si ascolta, nell'*overconfidence*, nel rifiuto delle *élite*, nella ignoranza di *non* sapere ciò che *non* sappiamo[21].

C'è da chiedersi, allora, come questa natura reciproca della libertà di espressione (quella di chi parla e del pubblico indistinto che la possa in potenza ricevere) possa sopravvivere in un mondo nel quale la mediazione algoritmica è tanto più efficiente quanto più elimina il l"unfitted', l'inatteso, il 'rumore', quanto più, cioè, distingue, seleziona, filtra nel dominio pubblico delle idee. Un problema che si è intrecciato talvolta con la richiesta di introdurre *discoverability rules* per siti informativi, social media e *browser.*

Che ne è del pluralismo in un mondo nel quale la nostra propensione alla conferma, unita all'efficienza algoritmica, rende meno plurali le informazioni che inviamo e quelle che riceviamo?

Soprattutto: come si fa a distinguere tra la profilazione (e la conseguente selezione delle informazioni che riceviamo) a fini commerciali e quella a fini di propaganda politico-sociale? Porre queste domande significa comprendere, innanzitutto, che la tutela della libertà d'espressione on-line non riguarda solo la sua offerta, come si tende ad equivocare, ma anche la sua domanda, ovvero la sua diffusione e la sua ricezione da parte di un pubblico indistinto. Nei media tradizionali, per molto tempo, abbiamo pensato che il pluralismo esterno, nella forma della concorrenza dal lato dell'offerta, servisse allo scopo di far circolare le idee più diverse, nella convinzione che la domanda fosse neutra, capace di assorbire le informazioni più diverse.

Ma, come hanno rilevato Genzkow e Shapiro[22], se l'informazione diventa essa stessa un prodotto di mercato, l'offerta tende a segmentarsi e a specializzarsi nell'offrirci solo ciò che desideriamo. E la concorrenza alimenta questa tendenza. Non basta poter accedere allora a tante informazioni 'concorrenti' per avere pluralismo, se poi quelle informazioni le scartiamo per scegliere solo ciò che soddisfa le nostre preferenze. Il pluralismo non è un tema di *matching* perfetto. Anzi, con ogni probabilità è il suo contrario. Il pluralismo è l'irrompere, nel comodo e tiepido conformismo, dell'indesiderato, dell'inatteso, così tipici della nascosta verità secondo Eraclito.

Si comprende allora perché un simile contesto sia naturalmente fertile e predisposto alla diffusione di strategie di disinformazione basate su notizie false e messaggi polarizzanti. Nelle notizie e informazioni che cerchiamo e che ci pervengono 'su misura'

[20] Cfr. D.S. Evans-R. Schmalensee*, Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms,* Boston, 2016.

[21] A. Nicita, *I populisti, la guerra alle élite e il rifiuto degli esperti*, in *Formiche.net*, 9 giugno 2018.

[22] M. Gentzkow-J.M. Shapiro, *Competition and Truth in the Market for News*, in *Journal of Economic Perspectives*, 22(2), 2008, 133 ss.

viene meno, come direbbe Hannah Arendt, quell' "elemento di sorpresa"[23] che è una delle principali caratteristiche della verità fattuale.

D'altra parte, basta chiedere a ciascuno di noi se siamo ugualmente soddisfatti di essere profilati sia per fini commerciali che per fini di propaganda politica. La risposta, per fortuna, è asimmetrica. Una recente indagine[24] del Pew Research Institute mostra che gran parte dei cittadini americani intervistati (di diverso orientamento politico) cambia atteggiamento circa l'uso dei propri dati ai fini di profilazione sui social media, quando si passa dai 'suggerimenti' commerciali a quelli politici.

Il superamento della vecchia tv, del palinsesto per tutti, ci ha fin qui portato maggiore libertà ma, paradossalmente, minore pluralismo e maggiore polarizzazione[25]. Certo, dipende da ciascuno di noi. Dalla volontà e dalla capacità di distinguere, cercare, verificare. Dal tempo che dedichiamo a reperire informazioni ulteriori rispetto al *matching* che ci viene proposto e alla discussione aperta con altre tribù digitali. Dall'istruzione, dalla *digital literacy*. Dall'esercizio di capacità critica e autonomia di giudizio.

Nel frattempo, un'altra risposta possibile, con tanti caveat, è quella dell'autoregolazione delle piattaforme. Ma il tema è assai complesso perché quanto più tiriamo la coperta dal lato dell'"inatteso" pluralismo on-line, tanto più rendiamo meno efficiente il *matching* delle piattaforme e viceversa. E dunque se, giustamente, è impensabile ogni forma di (auto)regolazione dei contenuti, è sul tema del *matching* e della profilazione algoritmica che bisogna lavorare, sulla trasparenza della profilazione, ma anche su meccanismi di *opt-in* e *opt-out* che consentano di aumentare il rumore, finché cessi di essere rumore, disturbo e prenda la forma della diversità, della varietà, del mondo plurale, appunto. Naturalmente, l'esposizione alla diversità è solo una precondizione per un pluralismo effettivo, cioè per un pluralismo che sia accolto dal lato di chi ascolta, o "della domanda". Se non vi è da parte di chi ascolta la predisposizione all'apertura, al dubbio, alla verifica, o meglio, alla falsificazione dei propri *bias* cognitivi, non si va molto lontano, perché, come dimostra uno studio recente[26], lo scontro estremo tra chi è portatore di pregiudizi alimenta la polarizzazione. E qui entra in campo la trasparenza, l'*education*, ma anche la costruzione di un abitudine al dialogo, fuori da elitismi ed etilismi da bar virtuale.

L'Agcom ci prova con una serie di iniziative di studio, indagine empirica e di autoregolazione: dall'indagine conoscitiva sui Big Data[27] (avviata congiuntamente con l'Antitrust e il Garante privacy), a quella sulle piattaforme digitali[28], al recente rapporto sull'analisi quantitativa della disinformazione in Italia[29]. Infine Agcom ci prova soprattutto con

---

[23] H. Arendt, *Verità e politica. La conquista dello spazio e la statura dell'uomo,* (1967) e (1963), Milano, 1999, trad. it. a cura di V. Sorrentino.

[24] Pew Research Center, *Algorithms in action: The content people see on social media,* 16 novembre 2018.

[25] M. Gentzkow, *Polarization in 2016*, Stanford University.

[26] C.A. Baila-L.P. Argyleb-T.W. Browna-J.P. Bumpusa-H. Chenc-M.B.F. Hunzakerd-J. Leea-M. Manna-F. Merhouta-A. Volfovskye, *Exposure to opposing views on social media can increase political polarization*, in *PNAS*, 115(37), 2018, 9216 ss.

[27] ACOM, Servizio economico-statistico, *Big data*, cit.

[28] AGCOM, All. A alla delibera n. 165/16/CONS, recante "Indagine conoscitiva concernente lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica", maggio 2016.

[29] AGCOM, Servizio economico-statistico, *News vs. fake nel sistema dell'informazione,* Interim report

l'iniziativa 'volontaria' in un campo non coperto da un presidio normativo e sanzionatorio: un tavolo tecnico di autoregolamentazione contro le strategie di disinformazione on-line[30] aperto a tutti gli *stakeholders* e che ribadisce alcuni principi successivamente confermati anche dall'approccio europeo che ha promosso un codice di autoregolazione contro la disinformazione[31]. Ma molto dipenderà dalla volontà degli operatori di condividere dati e informazioni[32], di rinunciare, cioè, a parte di ciò che sono. E che, paradossalmente, è efficiente che siano in un mondo nel quale "*data is king*"[33].
La sfida è tutta qui. E riguarda tutti noi.

indagine conoscitiva del. 309/16/CONS.

[30] AGCOM, Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali (delibera n. 423/17/CONS), rapporto tecnico "Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake", novembre 2018.

[31] Commissione europea, *Code of Practice on Disinformation*, 26 settembre 2018.

[32] R. Mieli, *Social network e algoritmi, perché l'Agcom vuol vederci chiaro. Parla Nicita,* in *Formiche.net,* 29 ottobre 2018.

[33] ACOM, Servizio economico-statistico, *Big data*, cit.

Il *Code of Practice on Disinformation* dell'UE: tentativi *in fieri* di contrasto alle *fake news*

Matteo Monti

Keywords
Commissione europea, Disinformazione, Fake news, Internet, Social network

Il problema delle fake news e dell'impatto dirompente che stanno assumendo all'interno delle democrazie occidentali[1] non è sfuggito all'Unione Europea, che dopo aver sponsorizzato il report denominato *"A multi-dimensional approach to disinformation"*,[2] ha emanato la comunicazione "*Tackling online disinformation: a European approach*"[3], di cui il *Code of Practice on Disinformation*[4] è diretta propagazione.

Partendo dagli obiettivi della comunicazione succitata, il Codice riunisce su base volontaria alcuni dei più importanti attori del mondo digitale (si veda l'Annex I "*Signatories*") e tenta di delineare una serie di principi comuni che possano orientare l'azione di questi soggetti privati nel contrasto alla diffusione di fake news: a ogni sottoscrittore è rimessa l'applicazione dei principi contenuti nel Codice nel modo più consono al proprio "strumento"[5]. Vi è, inoltre, piena libertà per ogni firmatario di ritirare la propria adesione al Codice o ad ogni suo specifico impegno, mediante notifica alla Commissione e agli altri firmatari. Parimenti, vi è piena libertà per nuovi attori di aderirvi e ogni modifica del Codice deve essere approvata all'unanimità.

Il Codice illustra, innanzitutto e in linea con i precedenti interventi europei, una definizione di fake news che contribuisce a dissipare alcune problematiche che dalla stessa potrebbero sorgere. Nella complessa intersezione di definizioni e concetti[6], il Codice ha l'indubbio merito di chiarire che cos'è una fake news[7]: ossia una informazione "verificabilmente falsa o fuorviante" ("*verifiably false or misleading information*"), creata, presentata e diffusa per motivi economici o con l'obiettivo di disinformare. Si tratta dunque di una definizione che sembra incentrata sul concetto di "notizia", che viene arricchita dall'esclusione di fattispecie salvaguardate dalle disposizioni costituzionali

[1] Si veda il numero monografico della rivista *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, 1, 2017.

[2] Consultabile *online.*

[3] Consultabile *online*.

[4] Consultabile *online*.

[5] "The Signatories recognize that because the various Signatories operate differently, with different purposes, technologies and audiences, the Code allows for different approaches to accomplishing the spirit of the provisions herein". *Code of Practice on Disinformation*, p. 2.

[6] C. Wardle, *Fake news. It's complicated*, in *medium.com*, 16 February 2017.

[7] *Code of Practice on Disinformation*, 1 ss.

ed eurounitarie tutelanti la libertà d'espressione. Il concetto si lega, infatti, nella visione datane a una definizione ritagliata "in negativo", escludendo che possano essere considerate fake news: la satira, gli errori giornalistici o le comunicazioni politiche[8]. Proprio su queste ultime tipologie di pensiero e di espressione il discorso si fa più scivoloso e si può apprezzare appieno il *discrimen* compiuto dal Codice: il "falso" nella comunicazione politica rientra appieno in quel concetto di libertà di manifestazione del pensiero che è proprio di ogni ordinamento democratico occidentale[9], mentre il falso come informazione no. Se, infatti, appare legittimo agire sui mezzi di comunicazione che *online* non si conformano – nella veste delle Internet Platforms – alle regole etiche e deontologiche del giornalismo e della stampa, al contrario è necessario prestare particolare attenzione a non incentivare indirettamente forme di "censura privata" sul pensiero politico. Questo a maggior ragione in considerazione della pervasività delle Internet platforms nell'ecosistema dell'informazione[10] e della comunicazione politica.
La definizione di fake news è, infine, ulteriormente arricchita "in positivo" da un elemento di "pericolosità" che si estrinseca in concetti piuttosto generici quali «*threats to democratic political and policy making processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security*». Il richiamo alla comunicazione "*Tackling online disinformation*" della Commissione sembra rendere necessaria una sua lettura al fine di consentire un'interpretazione autentica di questo passaggio.
Le finalità (c.d. "*purposes*") a cui è etiologicamente orientato il Codice sono specificamente definite e vengono di seguito elencate: i) la lotta alla disinformazione; ii) il miglioramento dei meccanismi di controllo nell'assegnazione delle pubblicità; iii) la trasparenza sulla targetizzazione degli utenti a cui sono rivolti i contenuti informativi; iv) la promozione di policies anti *misrepresentation*; v) la chiusura degli accounts falsi e la regolamentazione dell'attività dei bots; vi) l'attenzione rinnovata agli sforzi contro i diffusori di fake news; vii) investimenti in tecnologie per favorire la ricerca e l'indicizzazione delle informazioni affidabili, senza tuttavia cedere a pressioni governative o censure basate sulla mera "falsità" dei contenuti; viii) la garanzia della trasparenza delle informazioni ricevute dagli utenti in relazione alla loro affidabilità e all'identità delle fonti da cui provengono; ix) il disincentivo della disinformazione rispetto all'informazione affidabile; x) l'aumento delle possibilità e della capacità degli utenti di trovare informazioni con diversi orientamenti e punti di vista; xi) il favor per le attività di "fact checking".
Le suddette finalità non appaiono, però, sempre coerenti fra loro rispetto alle soluzioni a cui potrebbero condurre e come specificato dal Codice non sono ostative allo svilup-

[8] Sulla necessità di distinguere la fattispecie della "bufala" da quella di altri contenuti espressivi, relativamente all'ordinamento italiano, si permetta di richiamarsi a quanto scritto in altra sede: M. Monti, *Le "bufale" online e l'inquinamento del public discourse*, in P. Passaglia - D. Poletti (a cura di), *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Pisa, 2017, 182 ss.

[9] Se si pensa all'utilizzo di fake news fatto dai movimenti populisti nell'ambito della comunicazione politica, serve rilevare che difficilmente si potrebbe pensare o incentivare forme di censura su soggetti politici: M. Monti, *The New Populism and Fake News on the Internet: How Populism Along with Internet New Media is Transforming the Fourth Estate*, in *StalsResearchPaper*, 4, 2018.

[10] Si veda il capitolo "Comunicazione e media" del 52° Rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese/2018.

po di *policies* differenti[11].

Gli impegni (c.d. "*commitments*") che si legano ai suddetti fini concernono i vari campi dell'attività delle Internet platforms. In sintesi si auspica che nel campo dello "*Scrutiny of ad placements*" si disincentivi la creazione di disinformazione, impendendone la monetizzazione e promuovendo la "corretta" informazione mediante marchi di affidabilità di qualità, tramite collaborazioni dirette con *fact checkers* o aiutando l'allocazione ottimale delle pubblicità sui siti dalla buona reputazione o comunque ritenuti affidabili. Nel settore del "*Political advertising and issue-based advertising*" si auspica di rendere consapevole l'utente delle informazioni cosiddette targettizate e che, contestualmente, le Internet platforms si impegnino ad assicurare una particolare protezione del discorso pubblico nei periodi elettorali, mediante la garanzia della conoscibilità della natura politica di alcuni contenuti proposti e financo della provenienza dei contenuti sponsorizzati. Per quanto riguarda, invece, la "*Integrity of services*" si ritiene necessaria una regolamentazione dell'uso dei bots e dell'AI nell'ambito della diffusione di informazione. Inoltre, in relazione all'"*Empowering consumers*", si richiede che le Internet Platforms non cedano a richieste provenienti da governi o autorità politiche per la rimozione di contenuti leciti tacciati di essere "falsi", ma le si sollecitano a favorire informazioni affidabili e disvelare l'identità dei diffusori delle informazioni, incentivando anche la ricezione di informazioni diversificate e incrementando un pensiero critico nei propri utenti. A questo impegno si affianca, infine, l'"*Empowering the research community*" che impegna i firmatari a non impedire e anzi a favorire le attività di ricerca sulla disinformazione *online*.

Oltre allo sviluppo di *policies* che siano coerenti con i *commitments* esposti, il Codice richiede la preparazione di report annuali che registrino le strategie intraprese dai firmatari e i risultati ottenuti: i reports devono esplicare i livelli di trasparenza raggiunti, oltre che i vari obiettivi nei singoli campi di intervento. Il Codice incoraggia, con la stessa cadenza, incontri fra le parti con la possibilità di incrementare le strategie attuate o discuterne di nuove. In questa dinamica le Internet platforms s'impegnano anche a cooperare con la Commissione UE, rendendo fruibili informazioni su richiesta, informandola sulle nuove adesioni o su eventuali ritiri, rendendosi disponibili a rispondere alle domande o a partecipare alle consultazioni della Commissione, discutendo le valutazioni e i reports effettuati e invitando la Commissione agli incontri di cui sopra.

L'Annex II delinea come punto di partenza le attuali migliori pratiche poste in essere da alcuni dei firmatari del Codice (Facebook, Twitter, Youtube, Google, Mozilla etc.).

Nel complesso novero di approcci alla tutela della democrazia e dei suoi valori *online* (*digital governance, digital ethics* o *digital regulation*[12]) il Codice appare ascrivibile alla categoria della autoregolamentazione, anche se in parte eterodiretta. Senza pervenire alla forza discreta ma intrusiva del c.d. *Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio online* dell'Unione Europea[13], lo strumento in esame traccia tuttavia precise

[11] «*This Code is without prejudice to other initiatives aiming at tackling Disinformation on platforms*». *Code of Practice on Disinformation*, 4.

[12] L. Floridi, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 3.

[13] Consultabile *online*. Per un'analisi sulla genesi del Codice si veda: D. Keats Citron, *Extremist Speech and Compelled Conformity*, in *Notre Dame Law Rev.*, 93, 2018, 1040 ss.

linee d'azione e illustra diverse buone pratiche che i soggetti privati risultano liberi di attuare e/o implementare.

Il Codice, come strumento di soft law, esplicita che esso non si sovrappone in alcun modo alle legislazioni vigenti (proponendone una diversa interpretazione o rimpiazzandole) [14]. La previsione è molto simile a quella prefigurata dalla Commissione per il Codice "anti-hate speech"[15], ma in maniera similare a quest'ultimo, che finisce per delegare alle Internet platforms forme di bilanciamento della libertà di espressione online[16], una deriva analoga potrebbe configurarsi anche per questo nuovo strumento.

Il "Codice" sembra, inoltre, delegare interamente alle Internet platforms i tentativi di regolamentare e contrastare la diffusione della disinformazione *online*, rinunciando a qualsiasi tipo di controllo sulla sua efficienza e correttezza. Da questo punto di vista, un'attività pervasiva delle Commissione in relazione alle richieste di informazioni, alle interrogazioni e allo studio dei reports, potrebbe in futuro essere prodromica a una azione normativa, che possa limitare l'arbitrio nella lotta alle fake news da parte dei suddetti soggetti privati. La fiducia nel paradigma delle *Good Samaritan platforms*[17] tipica del sistema statunitense sembra, infatti, aver attecchito in questo campo, a cui si affianca, in parallelo, una diffidenza verso le autorità governative e il conseguente contestuale invito rivolto alle Internet platforms a non cedere a richieste arbitrarie da parte degli stati.

Se appare sicuramente giustificato o comprensibile il timore che dietro il contrasto alle fake news si possano celare tendenze autoritarie, appare allo stesso tempo opinabile affidarsi *in toto* alle Internet platforms. A tale proposito torna in mente il paragrafo "Autoregolazione versus regolazione: è possibile trovare un equilibrio?" di un saggio di Giovanni Pitruzzella[18]. In tale scritto l'Autore si poneva la suddetta domanda: «Ma è possibile affidare ad un manipolo di compagnie multinazionali, ciascuna dotata di un enorme potere economico e di un'incredibilmente vasta capacità di influenza, il monopolio in ordine al controllo dell'informazione sulla rete (una sorta di censura privata)?». «Agli interventi che fanno leva soltanto sull'autoregolazione delle tech companies ed agli interventi di terze parti, pure private, si dovrebbe affiancare, in una logica collaborativa e sussidiaria, un insieme di regole che specifichino meglio quali sono

[14] «*The Code shall apply within the framework of existing laws of the EU and its Member States and must not be construed in any way as replacing or interpreting the existing legal framework, and, in particular*». *Code of Practice on Disinformation*, 2.

[15] «*The balance between freedom of speech and what is prohibited illegal hate speech is set out in European case law, starting with the Jurisprudence of the European Court of Human Rights [..] It is neither a privatisation of justice nor is it excessive to ask all companies to do the same when they are notified about the existence of illegal content on their services*». *Code of Conduct – Illegal online hate speech, Questions and answers*, 2016, consultabile *online*.

[16] Il Codice «*puts companies – rather than the courts – in the position of having to decide the legality of content*». Article 19, *Eu: European Commission's Code Of Conduct For Countering Illegal Hate Speech Online And The Framework Decision*, 14 giugno 2016, 16. Cfr. H. Zhen Gan, *Corporations: The Regulated or the Regulators - The Role of IT Companies in Tackling Online Hate Speech in the EU*, in *Colum. J. Eur. L.*, 24, 2017, 118.

[17] Cfr. K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harv. L. Rev.*, 131, 2018, 1606-1607.

[18] G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. Pitruzzella-O. Pollicino-S. Quintarelli, *Parole e potere: libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 94. Anche in *questa Rivista*, 1, 2018, 25.

gli obblighi nella rete, le responsabilità delle piattaforme, e che prevedano, in caso di conflitto, un rapido intervento di istituzioni terze rispetto alle parti. Seguendo questa seconda prospettiva, avevo ipotizzato [...] l'introduzione di Istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di parte e in tempi rapidi»[19]. E forse una partnership pubblico-privata appare la soluzione più auspicabile anche per poter riflettere su una evoluzione del Codice che possa assicurare una corretta informazione e, contestualmente, il pluralismo informativo, scongiurando i rischi della privatizzazione della censura.

[19] G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 26.

Obsolescenza programmata. L'AGCM sanziona Apple e Samsung

Guido d'Ippolito - Alessandro Re

Sommario

1. Introduzione. – 2. I provvedimenti dell'Antitrust. – 3. Rilevanza di una corretta informazione del consumatore sulla vita utile del prodotto. – 4. L'obsolescenza programmata in ambito internazionale. – 5. Rimedi. – 6. Conclusioni.

Keywords

Antitrust, Concorrenza, Obsolescenza programmata, Apple, Samsung

1. Introduzione

Con due provvedimenti del 25 settembre 2018, pubblicati in data 24 ottobre[1], l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato con il massimo edittale[2] le società del gruppo Apple[3] e del gruppo Samsung[4] per pratiche commerciali scorrette *ex* artt. 20, 21, 22 e 24 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del Consumo"). Tali pratiche riguardano il rilascio di alcuni aggiornamenti del *firmware* dei loro dispositivi che ne hanno provocato gravi disfunzioni e ridotto in modo significativo le prestazioni, in tal modo accelerando il processo di sostituzione degli stessi.

Con questi provvedimenti, l'AGCM prende posizione riconoscendo un fenomeno che da tempo e sempre più è avvertito dai consumatori come lesivo dei loro diritti, quello della c.d. obsolescenza programmata.

L'obsolescenza programmata può essere definita come quella pratica posta in essere dal produttore di un bene di consumo diretta a parametrate il ciclo di durata dello stesso in un periodo inferiore rispetto al suo normale deterioramento.

L'obsolescenza programmata ha dunque lo scopo di «instillare nell'acquirente il desi-

[1] AGCM, *PS11009-PS11039 - Apple e Samsung sanzionati, aggiornamenti software hanno procurato gravi inconvenienti e/o ridotto le funzionalità di alcuni cellulari*, 24 ottobre 2018.

[2] L'Autorità ha sanzionato i gruppi Samsung e Apple per 5 milioni di euro con riferimento alla pratica commerciale scorretta consistente nell'aver indotto i consumatori ad installare aggiornamenti su dispositivi non in grado di supportarli, senza fornire adeguate informazioni, né alcuna possibilità di ripristino delle originarie funzionalità dei prodotti (c.d. *downgrading*). Il gruppo Apple è stato inoltre sanzionato con altri 5 milioni di Euro con riferimento a una seconda pratica commerciale scorretta relativa al non aver fornito adeguate informazioni circa alcune caratteristiche essenziali delle batterie al lito e come conservare la piena funzionalità dei dispositivi.

[3] Il testo del provvedimento relativo al gruppo Apple è disponibile sul sito dell'Autorità.

[4] Il testo del provvedimento relativo al gruppo Samsung è disponibile sul sito dell'Autorità.

derio di comprare qualcosa di appena un po' più nuovo e un po' prima di quanto sia necessario»[5]. Con riferimento soprattutto ai prodotti elettronici, il produttore spinge il consumatore a sostituire il bene prima del normale tempo di usura degradando le funzionalità dello stesso e aumentandone progressivamente i problemi nell'utilizzo.
Gli effetti di questa tendenza sono, da un lato un vantaggio per l'industria, dall'altro l'alterazione dell'autonomia contrattuale e della libera scelta del consumatore, costretto a sostituire un bene prima di quanto pensasse, in considerazione di una comune ma purtroppo erronea valutazione della qualità e durata del *device*, nonché danni in termini di inquinamento (causato dalla complessità nello smaltimento dei dispositivi elettronici) e di consumo di risorse materiali e energetiche necessarie per costruire beni di poco migliori rispetto a quelli sostituiti.
L'obsolescenza programmata è quindi il risultato di diversi fattori. La tendenza alla vendita di sempre nuovi dispositivi fa leva sulla naturale inclinazione al consumismo della società. Per sostenere la domanda di prodotti nuovi ad intervalli di tempo sempre più ridotti si è arrivati quindi a forzare l'acquisto di tali beni riducendo la funzionalità di quelli al momento sul mercato, non potendo infatti aspettare il loro normale deterioramento. Ancora, si osserva spesso che il deterioramento dei dispositivi si inizia a percepire una volta scaduto il periodo di garanzia legale di conformità stabilito per i prodotti elettronici[6]. In questo modo la riduzione di funzionalità e i malfunzionamenti dei dispositivi non sarebbero a carico del produttore ma si tradurrebbero in un ulteriore esborso del consumatore.

2. I provvedimenti dell'Antitrust

I due provvedimenti "gemelli" con cui l'Autorità Antitrust italiana ha sanzionato Apple e Samsung per pratiche commerciali scorrette riguardano la proposizione e l'installazione di aggiornamenti software che hanno causato notevoli malfunzionamenti nei dispositivi interessati[7].

[5] Citazione attribuita a Clifford Brooks Stevens. Cfr. Brooks Stevens Biography, Milwaukee Art Museum.

[6] Tale circostanza è stata rilevata dall'AGCM secondo la quale, con riferimento al caso Samsung: «Samsung avrebbe infatti sollecitato, in prossimità dello scadere della garanzia legale, l'esecuzione di aggiornamenti software che avrebbero determinato una riduzione della funzionalità dei propri apparecchi cellulari e in alcuni casi il guasto di un importante componente hardware, senza segnalare le possibili conseguenze in termini di ridotta funzionalità o lentezza nelle prestazioni che gli stessi erano idonei a determinare». In particolare ai §§ 45 e 46 si legge che: «L'istruttoria è stata avviata sulla base di numerose segnalazioni di consumatori pervenute dal settembre 2017, nelle quali si lamenta che la generalità degli esemplari del prodotto Note 4, proposto da Samsung a partire dalla fine del 2014 come il proprio *smartphone* di punta e contraddistinto da caratteristiche qualitative e di prezzo di fascia alta, avrebbe perso la propria capacità di funzionamento all'incirca dopo due anni di utilizzo, indipendentemente dall'uso fatto e dalla cura prestata dal consumatore, dapprima con continui rallentamenti e riavvi automatici per poi finanche giungere allo spegnimento totale. Quasi tutti i consumatori facevano riferimento ad una presunta "obsolescenza programmata" del prodotto, rilevando che il bene sarebbe divenuto inutilizzabile all'incirca al termine della durata biennale della garanzia legale di conformità». Si vedano anche i §§ 64 ss. AGCM, Provvedimento sul caso *Samsung*, spec. 4 e 13 ss., 21 ss. oppure Provvedimento sul caso *Apple*, § 143.

[7] Si tratta rispettivamente del sistema operativo iOS 10 e successivi aggiornamenti per gli iPhone

Tali pronunce mostrano subito il loro rilievo innovativo, potendo fungere da preludio a un'interpretazione evolutiva delle norme del Codice del Consumo e a una riflessione sull'opportunità di una riforma di alcuni punti della normativa consumeristica.
Il percorso argomentativo svolto dall'AGCM trova il suo avvio nella considerazione del carattere aggressivo degli aggiornamenti insistentemente proposti dalle due compagnie ai possessori dei modelli di *smartphone* oggetto dell'istruttoria.
In particolare, le modalità con cui detti aggiornamenti sono stati prospettati ai consumatori vengono qualificate come indebito condizionamento nei confronti dell'utenza. Secondo l'Autorità, le opzioni a disposizione del consumatore in occasione del lancio di un nuovo *upgrade* – ossia la scelta tra la possibilità di installare subito o più tardi l'aggiornamento – non lascerebbero scelta a coloro che valutassero «non opportuno passare alla nuova versione del *firmware* […] per cui il consumatore è costretto a svolgere continuamente un'azione positiva per rimandare il *download* o l'installazione»[8].
Inoltre, viene contestato alle due multinazionali l'omissione informativa in danno degli utenti.
Gli aggiornamenti *firmware* rilasciati hanno cagionato nei dispositivi interessati malfunzionamenti consistenti in spegnimenti improvvisi, rallentamenti e deterioramento delle batterie. Il fenomeno, secondo quanto si legge nei provvedimenti, è da addebitare all'impatto della nuova versione del sistema operativo sull'*hardware*. L'Antitrust rileva infatti che: «l'installazione di un nuovo *firmware* su un *hardware* inferiore a quello di ultima generazione – ancorché compatibile – e con alcuni componenti chiave usurati può dunque determinare una riduzione, anche significativa, delle prestazioni dell'apparecchio»[9], cosa che si è verificata nel caso di specie. Orbene, ciò che l'AGCM addebita ad Apple e Samsung è il non avere informato gli utenti circa le possibili conseguenze negative degli aggiornamenti sulla funzionalità degli *smartphones*.
Riguardo al comportamento che ci si sarebbe atteso dai professionisti, l'Autorità sancisce alcuni importanti principi. In primo luogo, qualora un aggiornamento possa influire in senso peggiorativo sulle prestazioni dell'apparecchio, il professionista ha l'onere di «non soltanto individuare dei modelli astrattamente compatibili con un certo aggiornamento *firmware*, ma anche valutare l'impatto degli aggiornamenti rilasciati per i dispositivi già in uso, tenendo conto del possibile stato dell'*hardware* sul quale il medesimo potrà essere installato»[10]. Ciò alla luce del fatto che la notevole asimmetria informativa con l'impresa impone al consumatore di affidarsi alla reputazione del professionista per valutare l'utilità e la necessità dell'aggiornamento.
In secondo luogo, viene affermata la necessità di un delicato bilanciamento tra l'esigenza di garantire la sicurezza dell'utente e la risoluzione di *bug* e il diritto del possessore del dispositivo di «utilizzare il prodotto con le funzionalità che erano state promesse e che risultavano presenti al momento dell'acquisto»[11].

6/6plus/6s/6splus e degli aggiornamenti per il Samsung Galaxy Note 4 basati sulla versione *Marshmallow* di Android.

[8] Cfr. il § 154 del provvedimento *Apple* e 141 del provvedimento *Samsung*.

[9] Cfr. il § 123 del provvedimento *Apple* e 118 del provvedimento *Samsung*.

[10] Cfr. il § 130 del provvedimento *Apple* e 129 del provvedimento *Samsung*.

[11] Cfr. il § 130 del provvedimento *Samsung*.

In considerazione della circostanza che non sempre gli aggiornamenti *firmware* apportano un effettivo miglioramento del funzionamento del prodotto, rientra nello *standard* di diligenza richiesto al professionista non solo informare i consumatori dei possibili rischi, ma anche individuare la configurazione *hardware* che consenta di minimizzare simile rischio, al fine di porre il consumatore nella condizione di scegliere consapevolmente se effettuare o meno l'aggiornamento.
Pertanto, non pare giustificabile un compromesso «non scelto consapevolmente dal consumatore sulla base delle proprie preferenze e dopo essere stato messo in condizione di valutare se il dispositivo sia in grado di fornire tali prestazioni – che sacrifichi la funzionalità attuale del prodotto in cambio di una innovazione tecnologica potenziale»[12]. Sotto tale aspetto, rileva altresì l'impossibilità di effettuare un *downgrade*, unica soluzione atta a porre rimedio a eventuali malfunzionamenti conseguenti al *download* dell'aggiornamento[13].
Si perviene, infine, al nucleo centrale dei provvedimenti: ossia la correlazione tra le condotte di Apple e Samsung e la politica di sostituzione degli apparecchi.
Il concetto può essere così sinteticamente riassunto: le evidenze istruttorie dimostrano la coincidenza temporale tra il rilascio degli aggiornamenti contestati e un picco delle richieste di assistenza da parte dei possessori dei modelli interessati, non giustificabile – per la sua entità numerica e temporale – con l'usura degli apparecchi. A fronte di simili problematiche, riscontrate in prossimità o poco oltre il decorso del termine biennale di garanzia del prodotto, l'Autorità sottolinea come i professionisti abbiano subordinato la riparazione dei dispositivi a costi eccessivamente elevati rispetto al valore residuo del bene. Conseguentemente, si è incentivato un processo di sostituzione con diversi modelli del medesimo produttore.
L'Antitrust pertanto giunge a qualificare i comportamenti di Apple e Samsung come pratiche commerciali scorrette, in violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo.

3. Rilevanza di una corretta informazione del consumatore sulla vita utile del prodotto

Come anticipato, la pubblicazione dei due provvedimenti in commento è l'occasione per svolgere riflessioni sulla vita utile del prodotto e sull'interpretazione delle norme in materia di garanzia di conformità.
Le decisioni dell'AGCM pongono l'accento sull'aspetto informativo relativo alla vita utile del prodotto, intesa come il periodo lungo il quale è lecito attendersi che il bene conservi intatte le sue funzionalità originarie. L'informazione relativa a tale profilo è necessaria a consentire al consumatore di poter assumere le proprie decisioni in modo

[12] Cfr. il § 132 di entrambi i provvedimenti.

[13] In quest'ottica giova menzionare il caso di HP, che nel 2016 è stata costretta a consentire ai propri clienti di effettuare il downgrade dopo l'installazione di un aggiornamento *firmware* di alcune stampanti che bloccava il funzionamento delle cartucce compatibili. Le proteste dei consumatori indussero il professionista a tale clamorosa decisione. Si veda in proposito: TonerMarket.it, *Stampanti HP – nuovo aggiornamento del firmware che consente l'utilizzo di cartucce compatibili*, 26 settembre 2017.

consapevole.
Pertanto, fra gli obblighi incombenti in capo all'impresa nei confronti degli utenti rientra anche quello relativo alla corretta informazione circa il periodo di tempo entro il quale il prodotto cesserà di funzionare secondo le specifiche progettuali e produttive adottate per la sua realizzazione.
Si potrebbe opporre che il decorso del termine di garanzia biennale esoneri il produttore da ogni responsabilità se il bene risulti inutilizzabile dopo questo lasso di tempo, già decorso in relazione a molti dei dispositivi interessati dall'aggiornamento.
Ebbene, i provvedimenti Apple e Samsung impongono di pensare alla *ratio* delle disposizioni del Codice del Consumo in tema di garanzia di conformità e la funzione stessa dell'istituto, alla luce di un parallelo con le disposizioni codicistiche.
Gli artt. 1490 ss. c.c. tutelano il compratore nell'ipotesi in cui il bene presenti dei vizi che lo rendano inidoneo all'uso cui è destinato, con la previsione a suo favore delle c.d. azioni edilizie volte a ottenere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, entro stringenti termini decadenziali (otto giorni dalla scoperta per la denuncia del vizio e un anno dalla consegna per l'esercizio dell'azione)[14].
Ebbene, l'inidoneità all'uso normale di regola dipende da difetti di costruzione ed è data perciò generalmente da deficienze, da imperfezioni, che rendono il prodotto inidoneo all'uso a cui è destinato.
Pertanto, i brevi termini decadenziali stabiliti dal Codice Civile non rappresentano certo il tempo nel quale, in genere nell'uso comune, il compratore si attende di utilizzare il bene, bensì piuttosto il tempo entro il quale deve poter discernere i vizi per ottenere dal venditore un prodotto privo da difetti e/o imperfezioni di costruzione e poterne poi usufruire come il mezzo per ottenere i servizi ed in genere l'utilità che normalmente se ne attende.
Del tutto simile a quella del Codice Civile è la tutela offerta al compratore consumatore dal Codice del Consumo, che ne ha esteso e specificato il contenuto, alla luce dell'evoluzione del contesto socio-economico e delle asimmetrie informative che caratterizzano la posizione del consumatore in un'economia a capitalismo maturo.
La presenza di tali asimmetrie informative con le imprese potrebbe, peraltro, consentire alle stesse di realizzare ed offrire prodotti aventi caratteristiche diverse da quelle che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche di prodotto di fascia alta anche sotto il profilo della lunghezza del suo ciclo di vita.
Consapevole di tali criticità, il legislatore europeo ha introdotto l'istituto della garanzia legale di conformità e il legislatore italiano lo ha recepito agli artt. 128 ss. del Codice del Consumo, nei quali si prevede che il venditore sia tenuto a rispondere per i difetti che si palesino entro i due anni dalla consegna e che l'acquirente abbia due mesi dalla

[14] Il motivo di una disciplina tanto stringente è chiaramente evincibile dal par. 670 della Relazione al Codice Civile: «La statistica impressionante di liti in questo settore ed i riflessi gravi sull'economia stessa del contratto, hanno indotto ad affrontare e risolvere il problema in modo unitario circa i termini e le condizioni per l'azione […]. Il nuovo sistema, racchiuso nelle norme degli articoli da 1490 a 1497, si può così riassumere: i vizi apprezzabili e non facilmente riconoscibili e i difetti di qualità non tollerabili, per quanto diano luogo a due diverse azioni […] sono unificati nell'ulteriore trattamento perché entrambi devono essere denunciati entro otto giorni a pena di decadenza e fatti valere in giudizio entro il termine prescrizionale di un anno».

scoperta del vizio per far valere il diritto alla riparazione o alla sostituzione[15].
Anche in questo caso, i termini brevi stabiliti dal Codice del Consumo non rappresentano certo il tempo nel quale il consumatore si attende di utilizzare il bene, bensì piuttosto il tempo entro il quale deve poter discernerne i difetti di conformità[16] per ottenere dal venditore un prodotto privo da difetti e/o imperfezioni di costruzione e per poterne poi usufruire come il mezzo per ottenere i servizi ed in genere l'utilità che normalmente, nell'uso comune, se ne attende.
Le norme del Codice del Consumo in tema di garanzia presentano, dunque, una *ratio* che le pone in linea di continuità con le disposizioni codicistiche.
Conseguentemente, anche la finalità dell'art. 132 del Codice del Consumo è quella di fissare un momento certo entro il quale riscontrare e porre rimedio a difetti di conformità della cosa riconducibili alla sua realizzazione.
In altri termini, il decorso dei due anni dalla consegna non equivale al periodo oltre il quale il prodotto potrà essere inservibile. Lungi dal generalizzare la facoltà di consentire la progettazione di beni destinati al rapido deterioramento, il legislatore ha voluto solo fissare un termine dopo cui – al contrario – la vita utile della *res* dovrebbe essere la più lunga possibile. Trascorsi due anni senza che nulla accada, invero, è evidente che il bene fosse immune da vizi che lo rendano difforme dalla descrizione fatta nel contratto e dalle aspettative legittimamente nutrite dal consumatore.
Tale conclusione è, peraltro, insita nell'interpretazione letterale delle disposizioni in esame, il cui testo fa riferimento ai «vizi della cosa venduta» e alla «garanzia legale di conformità»; non certamente, invece, a una garanzia di vita utile del prodotto.
Pertanto, gli artt. 128 ss. del Codice del Consumo non esauriscono le obbligazioni gravanti sull'impresa relativamente alle qualità del bene, in quanto il professionista è tenuto a fornire un'informazione chiara e completa nel caso in cui adotti una pratica consistente nel realizzare beni destinati a una breve vita utile.
Conseguentemente, il trascorrere del termine biennale dalla consegna del dispositivo non vale a rendere lecita una condotta che favorisca – per mancanza di diligenza o in ossequio a una strategia commerciale – un processo forzato di sostituzione degli apparecchi, che invece la maggior parte dei consumatori si attendano di poter utilizzare per

[15] In tale rinnovato regime normativo i tradizionali rimedi dalla risoluzione e della riduzione del prezzo potranno farsi valere solo in casi residuali, contemplati dall'art. 130, c. 7, del Codice del Consumo. Nel caso in cui i difetti si manifestino entro sei mesi dalla consegna vige una presunzione *iuris tantum* per la quale si ritiene che gli stessi esistessero già in tale data «a meno che tale ipotesi non sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità». Tale presunzione risponde al principio di vicinanza della prova. Cfr. CGUE, C-497/13, *Faber* (2015).

[16] Sono infatti definiti dall'art. 129 del Codice del Consumo come privi di difetti di conformità i beni che:
a) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;
c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura;
d) sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti.

un lasso di tempo molto maggiore di due anni. Nel caso di specie, la mancanza di una chiara e completa informazione circa l'impatto che gli aggiornamenti software avrebbero avuto sui dispositivi, alterandone le caratteristiche originarie, viene fatto rientrare nel divieto di pratiche commerciali scorrette e segnatamente di omissioni ingannevoli *ex* art. 22 del Codice del Consumo.

4. L'obsolescenza programmata in ambito internazionale

I procedimenti istruttori condotti dall'Antitrust e le pronunce commentate si pongono nel solco di un dibattito sovranazionale che vede al centro la nozione di obsolescenza programmata e che va dai casi americani[17] fino ai diversi approcci europei.
Le istituzioni dell'Unione europea hanno da tempo evidenziato la necessità di immettere in circolazione beni di consumo durevoli. Per esempio, nel Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema, dal titolo «Per un consumo più sostenibile: la durata di vita dei prodotti industriali e l'informazione dei consumatori per ripristinare la fiducia», si raccomanda di:

«indicare la durata di vita o il numero di utilizzazioni stimate dei prodotti, in modo che il consumatore possa decidere del suo acquisto con piena cognizione di causa. Per incitare all'acquisto di prodotti duraturi, esso raccomanda di sperimentare, su base volontaria, l'uso di prezzi espressi in termini di costo annuo in funzione della durata di vita stimata. La speranza di vita indicata andrebbe in questo caso controllata per evitare che il consumatore sia vittima di abusi. Il consumatore potrebbe così acquistare prodotti più cari, ma più ammortizzabili nel tempo e le imprese europee non potrebbero che essere incitate a produrre oggetti più duraturi»[18].

Inoltre, recentemente il Parlamento europeo nell'ambito dei suoi poteri di indirizzo verso la Commissione ha presentato una proposta di risoluzione intitolata «Una vita utile più lunga per i prodotti: vantaggi per consumatori e imprese»[19]. L'atto prende le

[17] Negli USA diversi e famosi sono gli esami di "*planned obsolescence*". Negli ultimi anni la Apple è stata infatti al centro di alcune vicende legali: A. Sarhan, *Planned Obsolescence: Apple Is Not The Only Culprit*, in *Forbes*, 22 dicembre 2017; M. Murphy, *Apple faces lawsuits after admitting to slowing down older iPhones*, in *The Telegraph*, 22 dicembre 2017.

[18] Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Per un consumo più sostenibile: la durata di vita dei prodotti industriali e l'informazione dei consumatori per ripristinare la fiducia» (parere di iniziativa), 2014/C 67/05, GU C 67, 6 marzo 2014.

[19] Proposta di risoluzione del Parlamento europeo, *Una vita utile più lunga per i prodotti: vantaggi per consumatori e imprese (2016/2272(INI))*, 9 giugno 2017. Questa invita la Commissione a promuovere i prodotti riparabili: garantendo e agevolando misure che rendono l'opzione della riparazione attraente per il consumatore o incoraggiando i fabbricanti a sviluppare la tecnologia delle batterie al fine di garantire una maggiore corrispondenza tra la durata di vita delle batterie e quella prevista del prodotto. Ancora, esorta gli Stati membri ad esplorare incentivi adeguati che promuovano prodotti durevoli, di elevata qualità e riparabili, a incoraggiare la riparazione e la vendita di seconda mano e a introdurre formazioni per la riparazione.
L'atto si fonda, fra l'altro, anche su uno studio promosso nel 2016 dalla commissione parlamentare per il mercato interno e la protezione dei consumatori dal titolo "*A longer life time for products: benefits for consumers*

mosse dalla necessità di promuovere politiche di ampio respiro per favorire un periodo dei prodotti più lungo, combattendo il fenomeno dell'obsolescenza programmata. Fra le proposte formulate meritano attenzione quella di introdurre un criterio di resistenza minima ed estendere la durata della garanzia. L'accento viene posto altresì sulla possibilità di introdurre un'etichetta europea che indichi la durabilità del prodotto, standardizzando le informazioni contenute nei manuali quanto a durata, possibilità di *upgrading* e riparabilità del prodotto. Infine, si fa riferimento ad apposite misure per contrastare l'obsolescenza programmata adottando adeguate misure dissuasive.

In terzo luogo, diverse iniziative legislative intraprese in altri Stati europei, nonché in Italia[20], rivelano come il sistema si stia evolvendo verso un rafforzamento della disciplina vigente anche in tema di garanzia.

Per esempio, in Svezia, dove il termine di garanzia legale è esteso a tre anni, mentre nel Regno Unito e in Irlanda a sei anni. In Finlandia, invece, non esiste un periodo di tempo prestabilito ma questo dovrà valutarsi sulla base della ragionevole durata della vita del prodotto[21].

Particolarmente interessante, infine, il caso della Francia che disciplina espressamente la fattispecie dell'obsolescenza programmata come illecito penale. L'art. L. 441-2 del *Code de la consommation* la definisce come «l'insieme delle tecniche grazie alle quali un operatore sul mercato cerca di ridurre deliberatamente la durata di vita di un prodotto per aumentarne il tasso di sostituzione». La condotta così descritta è punita con la reclusione fino a due anni per l'amministratore delegato e un'ammenda da 300.000 euro fino al 5% del fatturato per l'impresa.

In applicazione di tale normativa, un procedimento penale nei confronti di Apple è stato già avviato dinnanzi al Tribunale di Nanterre, in seguito alla denuncia dell'associazione di consumatori "HOP" ("*Stop Planned Obsolescence*")[22].

Sebbene l'esperienza francese sia foriera di notevoli suggestioni, pare tuttavia oggettivamente complesso l'accertamento di una siffatta condotta nell'ambito del procedimento penale, anche per via dell'elevato standard probatorio richiesto dalla norma e delle garanzie che devono presidiare il processo.

Pare dunque preferibile l'adozione di misure volte da un lato a rafforzare i poteri delle Autorità amministrative preposte alla tutela dei consumatori e dall'altro a fornire quest'ultimi di idonei rimedi da azionare sul piano civilistico.

and companies".

[20] Tre proposte di legge sono state presentate in Italia nella XVII legislatura: C. 1563 del 10 settembre 2013, Lacquaniti ed altri: "Disposizioni per il contrasto dell'obsolescenza programmata dei beni di consumo"; C. 3404 del 4 novembre 2015, Ricciatti ed altri: "Disposizioni per il contrasto dell'obsolescenza programmata dei beni di consumo"; C. 2849 del 27 gennaio 2015, Della Valle ed altri: "Modifiche al codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e altre disposizioni per il contrasto dell'obsolescenza programmata dei beni di consumo".

[21] Cfr. Ecc-Net, *La garanzia legale in Europa*.

[22] Apple, *Epson face French legal complaints over allegedly shortening life of products*, Reuters, 28 dicembre 2017.

5. Rimedi

In considerazione di quanto sopra si potrebbe cercare di identificare qualche rimedio al fenomeno dell'obsolescenza programmata. Oltre a quanti ritengono che bisognerebbe esplicitamente vietare per legge tali pratiche o magari sanzionarle penalmente come fa l'ordinamento francese, altre strade sembrerebbero percorribili.

Poiché il fenomeno dell'obsolescenza programmata è spesso rinvenibile una volta scaduto il termine della garanzia legale di conformità, un primo rimedio sembrerebbe quello di aumentare il periodo di garanzia legale oltre gli attuali due anni. Ciò fornirebbe anche ad utenti e interpreti un sicuro appiglio interpretativo per inquadrare tali fattispecie

Ciononostante sembrerebbe possibile evidenziare anche un'altra strada, più rispettosa del ruolo che tanto l'AGCM quanto le istituzioni europee, come sopra accennato, hanno riconosciuto alla corretta informazione al consumatore, al ruolo del professionista e alla comune aspettativa di vita di un prodotto da parte del consumatore.

Proprio valorizzando il ruolo dell'informazione si potrebbe introdurre e rendere obbligatorio un nuovo parametro di informazione – e quindi di concorrenza – per far sì che siano gli stessi consumatori tramite le loro scelte a modificare le tendenze del mercato.

In concreto, si potrebbe quindi prevedere che professionisti e produttori di beni elettronici e di consumo debbano specificare (nelle etichette come previsto dalla risoluzione europea, ma anche nelle campagne pubblicitarie, nelle specifiche tecniche relative ai prodotti sui siti del produttore, nei manuali di istruzioni, ecc.) il periodo di durata minimo stimato del prodotto.

Oltre alle specifiche tecniche o alle tanto declamate nuove funzionalità dei *device* sarebbe opportuno obbligare i produttori a specificare anche in quanto tempo il prodotto si usurerà perdendo in tutto o in parte le proprie funzionalità. Sembrerebbe questa una misura relativamente più agevole per orientare il mercato verso comportamenti più virtuosi, responsabilizzando i produttori e rafforzando i consumatori.

Lo strumento sarebbe quindi la disponibilità di un'informazione in più per il consumatore e il fine la possibilità di questo di fare scelte più consapevoli e, nel libero gioco del mercato, premiare quel produttore che dichiari (e quindi si impegni a garantire) una durata più ampia del proprio dispositivo.

Si introdurrebbe così, prima dell'acquisto, un elemento attualmente sempre taciuto ma che influisce profondamente sull'utilizzabilità del bene[23]. Allo stesso tempo si permetterebbe una comparazione dei vari beni sotto un ulteriore profilo che non potrà che diventare un nuovo elemento di concorrenza tra i produttori. Questi sarebbero infatti costretti, per vendere, ad allungare i tempi di vita dei loro dispositivi riducendo così il fenomeno dell'obsolescenza programmata.

Gli effetti auspicati di tale proposta sarebbero: la modifica delle attuali dinamiche che spingono i produttori a sabotare i loro stessi prodotti velocizzandone il deterioramento; la valorizzazione del comportamento e del ruolo del consumatore che vede così

[23] Come riportato anche dall'AGCM nel provvedimento *Samsung*, § 46: «Nelle segnalazioni i consumatori lamentavano, inoltre, che Samsung non avrebbe dato nelle sue comunicazioni commerciali nessuna indicazione su eventuali limiti prevedibili della durata di vita o del numero di utilizzazioni del prodotto».

aumentare gli elementi a sua disposizione per scegliere, riducendo l'asimmetria informativa che tradizionalmente lo affligge; un nuovo elemento su cui fondare la tutela del consumatore, laddove la dichiarazione mendace o la non conformità tra quanto dichiarato dal produttore sulla durata del dispositivo e la sua vita effettiva sarebbe ulteriormente sanzionato dall'AGCM come ulteriore pratica commerciale scorretta in quanto ingannevole.

6. Conclusioni

All'esito di questa veloce disamina, al di fuori di ipotesi *de iure condendo*, non si può non rilevare l'importanza delle pronunce ad oggetto che aprono le porte a nuove e ulteriori valutazioni sul punto da parte di soggetti istituzionali e giudiziari.
Sebbene le pronunce dell'AGCM siano riferite a un particolare modello di *smartphone* delle multinazionali sanzionate, in relazione a un particolare tipo di sistema operativo e relativo aggiornamento, i principi espressi ben possono essere oggetto di analisi dottrinale ed eventualmente ripresi per valutare futuri casi.
Tanto più che il dibattito sul tema dell'obsolescenza programmata, appena iniziato, non sembrerebbe ancora concluso. Oltre a eventuali *class action* che dalle pronunce dell'AGCM potrebbero prendere le mosse, ulteriori spunti sul tema saranno certamente rinvenibili anche dai giudici amministrativi se, come annunciato, le due società sanzionate faranno ricorso avverso le sanzioni.
Insomma, il dibattito giuridico sul tema, una riflessione corale e potenzialmente coinvolgente tutti i soggetti dell'ordinamento, dal legislatore al giudice, sembrerebbe (ci si augura) appena iniziato. All'AGCM il merito di aver rotto il ghiaccio.

Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass-media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)

Sabrina Peron

Keywords
Diffamazione, Danni non patrimoniali, Liquidazione equitativa, Criteri e entità, Libertà di informazione

1. Premessa

I mass-media – inteso come macro insieme di giornali, riviste, televisione, radio e reti telematiche (con tutto ciò che vi sta dentro in termini di riviste on-line, blog, social network, etc. etc.) permeano la visione e comprensione del mondo in cui viviamo, tanto da portesi affermare che veniamo a contatto con il mondo sostanzialmente attraverso la mediazione dei mezzi di comunicazione di massa e, quindi, della visuale che, di volta in volta, ci propongono[1].
Sia a livello individuale che a livello collettivo, venivamo costantemente "bombardati" da messaggi provenienti da una moltitudine di fonti, dove un'informazione caccia via l'altra, amplificandola, confondendola, obliandola, in una girandola di notizie vere, inchieste, interviste, notizie strillate, bufale (più o meno) innocue e fake news che influenzano attitudini, opinioni e stati d'animo, alimentano polemiche e discorsi d'odio e, *last but not least*, promuovono prodotti.

2. La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di informazione

La libertà di manifestazione del pensiero è una libertà nella cui natura ancipite è connaturato sia l'aspetto di diffondere liberamente delle informazioni e/o esprimere delle

[1] Si veda in proposito T. Gitlin, *Media e società contemporanea*, in *Treccani online* : «veniamo a contatto con il mondo attraverso i media a tal punto che non possiamo avere realmente accesso a un mondo che non sia mediato. Il mondo in cui viviamo non è solo saturato dai media ma è dentro e fra i media, un mondo che è sostanzialmente costruito attraverso immagini e suoni che lo ampliano».

opinioni, sia l'aspetto di ricevere liberamente tali informazioni e/o opinioni. Essa è, altresì, una libertà che si declina negativamente, ossia come libertà che non dovrebbe subire compressioni da indebiti vincoli esterni[2].

I vantaggi e gli svantaggi che questa libertà inevitabilmente reca con sé, rappresentano il tema fondamentale dell'individuazione del perimetro dei suoi limiti. Perimetro che si tenta di tracciare tenendo conto che, nelle sue radici, la libertà di manifestazione del pensiero «talvolta è inseparabile dalla fede, dall'arte, dall'esercizio della democrazia, dalla difesa dei diritti»[3], giovando al «progresso delle conoscenze e del vivere civile». In altri casi, invece, è «fine a sé stessa non recando alcun apporto a valori universalmente condivisisi o fatti propri dall'ordinamento»[4]. In altri casi ancora, infine, reca addirittura apporti potenzialmente negativi, si pensi alle fattispecie diffamatorie e/o di *hate speech*.

Ai fini della disagevole e delicata individuazione dei (mobili) limiti della libertà di manifestazione del pensiero, soprattutto nella sua declinazione di libertà di informazione, vengono com'è noto in rilievo due norme fondamentali: l'art. 10 CEDU e l'art. 21 Cost.

In estrema sintesi, l'art. 10 CEDU viene interpretato nel senso che eventuali interferenze da parte degli Stati alla libertà di manifestazione del pensiero, «devono comunque sempre essere: **i)** proporzionate allo scopo legittimo perseguito ai sensi del secondo comma dell'art. 10; **ii)** giustificate da decisioni giudiziarie che offrono motivazioni pertinenti e sufficienti»[5] e, soprattutto, fondate sul principio generale che la libertà di espressione, garantisce la non solo la circolazione di «idee e di opinioni largamente condivise nella società», ma anche la circolazione di idee e opinioni che urtano e «contrastano con il sentire di una parte più o meno ampia della popolazione dello stato»[6].

L'art. 21 Cost. viene interpretato nel senso che la libertà di informazione (intesa nel senso della libertà di diffondere attraverso i mass-media notizie e commenti), dev'essere controbilanciata con il rispetto dei diritti individuali della persona riconosciuti dall'art. 2 Cost. Ne segue che, la libertà di manifestazione del pensiero, in linea di principio, dovrebbe esercitarsi senza offese all'onore o la reputazione e senza lesioni all'immagine o alla riservatezza altrui.

Da queste contrapposte necessità di tutelare adeguatamente e paritariamente diritti e libertà fondamentali, i limiti della libertà di parola vengono definiti attraverso la verifica di quelli che ne sono i presupposti legittimanti, ossia: *a)* l'utilità sociale dell'informazione; *b)* la verità (oggettiva, o anche soltanto putativa, ma in questo caso risultato di un lavoro di ricerca serio e diligente); *c)* la forma civile dell'esposizione dei fatti e/o della loro valutazione, ovvero in una forma non eccedente rispetto allo scopo informativo

[2] Cfr. F. Azzarri, *Il sensibile diritto*, in *Resp. civ. prev*., 2012, 168 ss., secondo cui si declinano negativamente tutte le «libertà connesse alla manifestazione del pensiero, come la libertà di corrispondenza, la libertà di stampa, la libertà di opinione politica e sindacale, la libertà religiosa e di coscienza, la libertà dell'arte e della scienza, la libertà della ricerca scientifica e dell'insegnamento».

[3] A. Bevere – A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006, 18-19.

[4] *Ibid.*

[5] Si veda il caso CEDU, *Aleksey Ovchinnikov v. Russia,* ric. 24061/04 (2010).

[6] In proposito si vedano: CEDU, *Müller v. Svizzera,* ric. 10737/84 (1988), in *Riv. dir. internaz*., 1989, 78 ss.; Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2007, n. 27339; Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2007, n. 25138, in *Resp. civ. prev.,* 2007, 2544 ss., con nota di S. Peron. *La critica giudiziaria tra fatti e opinioni.*

da conseguire e tale da escludere un deliberato intento denigratorio[7].
L'assenza di uno dei sopradescritti criteri determina che il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (solitamente declinato nella forma del diritto di cronaca o del diritto di critica), non è più coperto dalla scriminante del suo legittimo esercizio, con conseguente non scriminata lesione (e, in quanto tale, punibile e risarcibile) dei diritti della persona che sono stati violati. Viceversa, la presenza dei sopramenzionati criteri rende lecita la condotta ed esclude qualsivoglia forma di punizione e/o di risarcimento di ipotetici danni.

3. Il risarcimento del danno

Il termine danno indica il pregiudizio arrecato da un'altrui azione illecita, sia essa contrattuale o extracontrattuale. Anche qui, brevemente, si ricorda che secondo autorevole dottrina il danno «si specifica in tre distinte nozioni: come evento lesivo, come effetto economico negativo, come liquidazione pecuniaria dell'effetto economico negativo»[8]. Come evento lesivo, il danno è «risultato materiale, o giuridico, in cui si concreta la lesione di un interesse giuridicamente apprezzabile». Dopodiché, in ragione della «natura patrimoniale o non patrimoniale dell'interesse leso, il danno può essere patrimoniale o non patrimoniale»[9].
Nel codice civile disciplinano il danno, l'art. 1223 («il risarcimento del danno da inadempimento o da ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta») e l'art. 2043 («qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»). Secondo l'insegnamento della Cassazione, il danno ingiusto, *ex* art. 2043 c.c., è un danno *non iure* (ossia, generato da un comportamento non conforme o non giustificato dal diritto) e *contra ius* (ossia, un danno che ha leso un interesse riconosciuto e tutelato dall'ordinamento)[10]. Inoltre, sulla parte che si asserisce lesa, grava l'onere di provare (*ex* artt. 2043 e 2697 c.c.) i fatti che costituiscono il fondamento della sua azione e, in particolare, la sussistenza di un nesso di causalità – immediata e diretta - tra l'azione (o l'omissione) ed il danno ingiusto da questa derivato, nonché l'imputabilità soggettiva dello stesso.

[7] Si vedano tra le più recenti: Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2357; Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2016, n. 27948 e Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2014, n. 23168. Anche nel caso della satira, vista come «modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica», se è vero che non si assoggetta «all'obbligo di riferire fatti veri, in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su di un fatto»; è altrettanto vero che è pur sempre «soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito. Conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato», così da ultimo, Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919.

[8] M. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2011, 123.

[9] *Ibidem*.

[10] Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Resp. civ. Prev.*, 1971, 67 ss.

Ciò posto, con riferimento al risarcimento danno da diffamazione tramite mass-media, occorre svolgere due ordini di considerazioni:

- da un lato, occorre considerare la diffusa la tendenza dei pretesi diffamati a preferire l'azione civile di risarcimento del danno (in luogo della querela per diffamazione), con la quale richiedere risarcimenti nell'ordine di svariate migliaia di euro[11];
- dall'altro lato, occorre considerare che qualsiasi analisi del risarcimento danno da diffamazione, non può prescindere dalla storica decisione resa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione in data 11 novembre 2008, n. 26972 (di contenuto identico ad altre tre sentenze, tutte depositate contestualmente)[12], che ha rivisto i presupposti ed il contenuto della nozione di «danno non patrimoniale» di cui all'art. 2059 c.c. Quest'ultimo, oggi viene interpretato come una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva e nel quale confluiscono «tutte le voci afferenti la dimensione personale dell'individuo.

In forza dei principi espressi dalle citate Sezioni Unite:

- il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: a) le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso, (ad es., nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato); b) le ipotesi in cui la risarcibilità del danno, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata all'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione. Dunque, la lesione del diritto all'onore, alla reputazione, all'immagine, all'identità personale, etc. «fa sorgere in capo all'offeso il diritto al risarcimento del danno, a prescindere dalla circostanza che il fatto lesivo integri o meno un reato, sicché, ai fini risarcitori, è del tutto irrilevante che il fatto sia stato commesso con dolo o con colpa»[13].
- il danno non patrimoniale - anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona - costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e

[11] Al riguardo si rinvia alla ricerca pubblicata su New Tabloid, 3, 2013, 32 ss., sulle sentenze emesse dal Tribunale di Milano, sezione civile, nel biennio 2011 – 2012, dalla quale è emerso - su un campione di 112 parti attrici - un'entità media di richieste risarcitorie pari a € 766.511,93 (v. p. 35).

[12] Le pronunzie le Sezioni Unite sono state variamente annotate, *ex multis* da P.G. Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale,* in *Resp. civ. prev.*, 1, 2009, 56 ss.; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali,* ivi, 63 ss.; D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali,* ivi, 76 ss.; P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, ivi, 94 ss.; M. Franzoni, *Cosa è successo al 2059 c.c.?,* in *Resp. civ.*, 2009, 20 ss.; F. Bilotta, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008*, ivi, 45 ss.; F. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2009, 97 ss.; P. Cendon, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2009, 71 ss.; M. Di Marzio, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, ivi, 117 ss.; G. Ponzanelli, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, ivi, 90 ss.

[13] Cass. civ., 16 giugno 2018, n. 15742; Trib. Roma, 1 giugno 2017, n. 11103; Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2008, n. 25157: «ogni qualvolta risulti integrata la fattispecie normativa di cui all'art. 2043 c.c., e quindi anche fondata sulla sola colpa (ed addirittura una delle fattispecie specifiche di responsabilità oggettiva, ad esempio artt. 2049, 2051, art. 2054 c.c.), se l'evento lesivo attiene ad un valore della persona costituzionalmente tutelato, il danno-conseguenza non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., è risarcibile, anche se tale fatto o non è proprio previsto dalla legge come reato o non integra reato».

provato; attenendo il pregiudizio (non biologico) ad un bene immateriale. Peraltro, il ricorso alla prova presuntiva, è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri[14].

Tanto premesso, nelle fattispecie diffamatorie:

- quanto ai danni patrimoniali, quasi mai viene raggiunta la prova dell'esistenza di un danno emergente o di un lucro cessante, eziologicamente connesso alla diffusione della notizia lesiva;
- quanto ai danni non patrimoniali, vengono per lo più riconosciuti «limitatamente al danno morale soggettivo, inteso come sofferenza interiore (turbamento, disagio, imbarazzo, ancorché transitorio) patita a seguito della diffusione dello scritto diffamatorio»[15]. In quest'ipotesi, la prova del danno, si «risolve nella dimostrazione di due condizioni, cioè l'esistenza di un fatto produttivo di conseguenze pregiudizievoli e l'idoneità del medesimo ad ingenerare una ripercussione "dolorosa" nella sfera personale del soggetto leso»[16]. Peraltro, tale secondo presupposto può ritenersi provato con il ricorso al notorio e tramite presunzioni semplici[17].

Con riferimento, invece, alla liquidazione dei danni non patrimoniali questi «non possono che essere liquidati in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., e nella loro unitarietà, evitando duplicazioni di voci»[18]. Tale liquidazione equitativa «non è censurabile in Cassazione, sempre che i criteri seguiti siano enunciati in motivazione e non siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l'esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto»[19]. Inoltre, per quanto, in questa materia la liquidazione equitativa del danno sia inevitabilmente sottratta alla necessità di una giustificazione puntuale dei valori economici liquidati, non basta che la Corte di merito effettui un mero richiamo ai "*criteri equitativi usualmente utilizzati*", senza ulteriori indicazioni dei criteri concretamente applicati, risolvendosi in questo caso in una motivazione apparente e, come tale, non idonea a palesare le ragioni che la sostengono[20].

---

[14] Tra le più recenti pronunzie in questo senso: Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2018, n. 7594; Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2014, n. 24474.

[15] Trib. Roma, 3 agosto 2017, n. 15743.

[16] Trib. Milano, 21 agosto 2018, n. 8738.

[17] Cass. civ., sez. III, 26 ottobre 2017, n. 25420 e Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2017, n. 13153.

[18] Trib. Roma, 21 marzo 2018, n. 6052.

[19] Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2017, n. 13153.

[20] Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2018, n. 16908: «la liquidazione equitativa del danno sia inevitabilmente sottratta - nella presente materia - alla necessità di una giustificazione puntuale dei valori economici liquidati, la Corte di merito non avrebbe potuto limitarsi a sottolineare l'esigenza di una "parità di trattamento" e a richiamare genericamente "i criteri equitativi usualmente utilizzati da questa Corte nelle ipotesi della diffamazione" da "adottare, seppure solo quali linee guida", senza precisare in quali termini l'importo liquidato fosse conforme agli anzidetti criteri e tale da assicurare la parità di trattamento (anche alla luce della peculiarità del caso, non riconducibile propriamente ad un danno da diffamazione): al riguardo la motivazione risulta pertanto apparente e, come tale, non idonea a palesare le ragioni che

4. I criteri orientativi per la liquidazione del danno da diffamazione – Edizione 2018

L'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano al fine di individuare i criteri omogenei di orientamento per la liquidazione equitativi del danno da diffamazione, ai quali parametrare le somme da riconoscere caso per caso, ha analizzato 89 sentenze emesse, nel quadriennio 2014 – 2017, da vari tribunali in materia di diffamazione[21].
Il risultato della ricerca – dopo essere stato sottoposto all'esame degli Osservatori di altre sedi - è stato reso noto a metà marzo 2018 ed è possibile trovarlo e scaricarlo *online*[22].
Con riferimento all'individuazione dei parametri utilizzati dai giudici di merito per determinare la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, il risultato al quale è pervenuta la ricerca dell'Osservatorio è per lo più sovrapponibile a quanto emerso in analoghi lavori di ricerca svolti negli anni passati[23]: il che conferma l'esistenza di un orientamento oramai costante e consolidato da parte della giurisprudenza di merito.

---

la sostengono».

[21] Il campione ha riguardo per di più i tribunali di Milano (41 sentenze analizzate) e Roma (26 sentenze analizzate). Le restanti 22 sentenze analizzate, sono state emesse dai tribunali di Bologna, Monza, Firenze, Brescia, Asti, Livorno, Cagliari, Padova, Salerno, Taranto, Bari e Ferrara.

[22] Così premette l'Osservatorio alla diffusione dei dati del suo lavoro di ricerca gli «elaborati sono il risultato di una riflessione comune svolta negli anni dal 2015 al 2017, riflessione partita dall'analisi della giurisprudenza al fine di proporre criteri omogenei utilizzabili in via equitativa anche per questi particolari casi di liquidazione di danno non patrimoniale: i vari gruppi di lavoro dell'Osservatorio milanese si sono confrontati in decine di riunioni, alle quali hanno partecipato oltre 120 componenti, avvocati, giudici togati e onorari, medici legali, professori universitari, tirocinanti, cultori della materia. Le proposte dell'Osservatorio milanese sono state poi sottoposte all'esame di tutti gli Osservatori di altre sedi, in particolare nelle Assemblee nazionali degli Osservatori sulla giustizia civile (2016 Milano, 2017 Roma) ed hanno trovato sostanziale condivisione da parte degli Osservatori di Bologna, Catania, Firenze, Genova, Reggio Calabria, Reggio Emilia, Rimini, Roma, Salerno, Torino e Verona. Le "Tabelle Edizione 2018" e gli altri elaborati sono in corso di trasmissione ai magistrati del Tribunale e del Distretto e agli Ordini professionali del Distretto da parte del Presidente del Tribunale di Milano e da parte della Presidente della Corte d'appello di Milano».

[23] In particolare, ci si riferisce ai dati emersi dalle seguenti pubblicazioni: S. Peron, *Diffamazione tramite mass-media: un biennio di giurisprudenza ambrosiana*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1857 ss., che ha riguardato l'analisi di 157 sentenze emesse dal Tribunale civile di Milano nel biennio 2011 - 2012; S. Peron – E. Galbiati, *Diffamazione tramite mass-media: i nuovi orientamenti dei giudici di merito tra prova del danno e liquidazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1502 ss., che ha riguardato l'analisi di 83 sentenze di primo grado emesse, in sede civile, negli anni 2010, 2011, 2012; S. Peron – E. Galbiati, *Diffamazione e risarcimento del danno tra principi consolidati e contrasti giurisprudenziali*, in *Giur. merito*, 2011, 720 ss., che ha riguardato l'analisi di un panorama di sentenze (quasi tutte inedite) emesse dalle corti di merito di fori differenti (Torino, Monza, Milano, Roma, Lecce, Bari, Palermo) nel biennio 2009 – 2010.
Per altre analoghe ricerche si rinvia a: V. Zeno-Zencovich, *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*, in *Dir. inf.*, 2014, 405 ss.; L. Gaudino – F. Randi, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 938 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Analisi di 320 sentenze sulla lesione della personalità rese dal Tribunale di Roma,* in *Dir. inf.*, 2009, 263 ss.; S. Peron – E. Galbiati, *La giurisprudenza della Corte d'appello civile di Milano in materia di diffamazione nel triennio 2003-2005*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2254 ss.; S. Peron – E. Galbiati, *La diffamazione a mezzo stampa nelle sentenze del Tribunale civile e penale di Milano nel quadriennio 2001-2004*, in *Dir. inf.*, 2006, 57 ss.; V. Zeno-Zencovich – R. Bitetti, *Analisi di 286 sentenze sulla lezione della reputazione rese dal Tribunale di Roma (1997 – 2000)*, in *Dir. inf.*, 2002, 109 ss.; A. Scarselli – V. Zeno Zencovich, *Analisi di 200 sentenze sulla lezione della reputazione rese dal Tribunale di Roma*, in *Dir. inf.*, 1998, 823 ss.; A. Scarselli - V. Zeno-Zencovich, *Analisi di 170 sentenze sulla lezione della reputazione rese dal Tribunale di Roma (1988 – 1994)*, in *Dir. inf.*, 1995, 701 ss.

Di seguito una tabella comparativa di sintesi dei dati emersi nelle ricerche svolte in questi anni.

	2018[24]	**2013**[25]	**2012**[26]	**2011**[27]
CRITERI				
Diffamante	Notorietà		Popolarità e/o l'autorevolezza del giornalista	
Diffamato	Carica pubblica Ruolo istituzionale Ruolo professionale	Ruolo istituzionale all'epoca dei fatti Correlazione tra le notizie diffamatorie e l'esercizio delle pubbliche funzioni della carica	Qualità soggettive della persona danneggiata Ruolo ricoperto	Notorietà Ruolo istituzionale Presumibili ricadute negative sulla reputazione professionale / sociale Grado di disagio che ne è conseguito per la funzione svolta
	Risonanza mediatica	Eco della notizia		Clamore / risonanza delle notizie diffuse
	Natura e entità delle conseguenze sulla professione / vita diffamato	Discredito che ne è derivato Conseguenze sulla professione / vita diffamato		Presumibili ricadute negative sull'onore del diffamato
	Limitata riconoscibilità			
	Reputazione già compromessa			

[24] Fonte Osservatorio Giustizia Civile.

[25] Fonte: S. Peron, *Diffamazione tramite mass-media: un biennio di giurisprudenza ambrosiana*, cit.

[26] Fonte: S. Peron – E. Galbiati, *Diffamazione tramite mass-media: i nuovi orientamenti dei giudici di merito tra prova del danno e liquidazione del risarcimento*, cit.

[27] Fonte: S. Peron – E. Galbiati, *Diffamazione e risarcimento del danno tra principi consolidati e contrasti giurisprudenziali*, cit.degli importi liquidati».

	Ampio lasso temporale tra fatto e domanda			
	Pubblicazione rettifica Spazio a dichiarazioni del diffamato Rifiuto del diffamato dal rilasciare dichiarazioni		Richiesta o meno di rettifica Pubblicazione di una lettera contenente ampie dichiarazioni del diffamato	
Condotta				
	Intensità elemento psicologico: animus diffamandi, dolo eventuale, etc.	Intensità dell'elemento psicologico	Intensità elemento psicologico, con proporzionale sofferenza morale del diffamato	Maggiore, o minore, intensità del dolo o della colpa
	Natura della condotta diffamatoria, ossia **se** colpisce la sfera personale e/o professionale, **se** violi verità e/o continenza e/o pertinenza **se** sia circostanziata o generica **se** utilizza espressioni ingiuriose, denigratorie dequalificanti **se** fa uso del turpiloquio **se** ha un possibile rilievo penale	Natura del fatto falsamente attribuito Gravità espressioni utilizzate	Attribuzione di fatti gravi Attribuzione fatti con rilievo penale Attribuzione di fatti non veri	Portata gettivamente offensiva dei *pezzi* giornalistici Contenuto della forma espositiva Utilizzo di espressioni oggettivamente e gravemente ingiuriose
	Condotte reiterate Campagne stampa	Campagna stampa		

	Collocazione dell'articolo Collocazione dei titoli Spazio che la notizia occupa	Rilievo complessivo dell'articolo attraverso l'uso di - immagini - titoli - box di richiami Rilievo dato alla notizia all'interno dell'articolo	Risalto della notizia pubblicazione: articolo in prima pagina articolo a più colonne articolo su più pagine, uso di immagini enfatizzazione dei titoli reiterazione in altri numeri ripetizione articolo nelle pagine di cronaca nazionale e in quelle regionali	
Mass-media				
	Mezzo utilizzato per la diffamazione Diffusione *on-line* Diffusione nazionale o locale **Ma** escludendo l'automatica equiparazione tra minor tiratura e minor danno e valutando se la diffusione meramente locale ma di elevata diffusione abbia avuto ripercussioni sulla vita di relazione del danneggiato	Tipologia dei mezzi di comunicazione utilizzati Diffusione sul territorio nazionale o locale Diffusione telematica (sito *web* ; archivio *on-line* con accesso limitato) Destinazione del periodico ad un pubblico qualificato	I fatti riportati erano già stati oggetto di pubblicazione anche da parte di altri mass-media con attenuazione degli effetti lesivi	Ampiezza (o meno) della diffusione cartacea Diffusione radiofonica o televisiva Diffusione *on-line* (in uno con la facile recuperabilità e leggibilità dell'articolo *on-line* anche a distanza di tempo)

Ciò posto, vediamo che l'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, propone sulla base dei criteri sopra enucleati, cinque diverse tipologie di diffamatorietà crescente alle quali applicare range di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, oscillanti tra un importo minimo ed uno massimo.

1) diffamazioni di tenue gravità, individuabile dalla presenza dei seguenti indici:

- limitata / assente notorietà del diffamante
- tenuità dell'offesa considerata nel contesto fattuale di riferimento
- minima/limitata diffusione del mezzo diffamatorio
- minimo/limitato spazio della notizia diffamatoria
- assente risonanza mediatica
- tenue intensità elemento soggettivo
- intervento riparatorio / rettifica del convenuto

condanna in via equitativa al pagamento di una somma parametrabile tra € 1.000,00 e € 10.000,00

2) diffamazioni di modesta gravità, individuabile dalla presenza dei seguenti indici:

- limitata/modesta notorietà del diffamante
- limitata diffusione del mezzo diffamatorio (1 episodio diffamatorio a diffusione limitata)
- modesto spazio della notizia diffamatoria
- modesta/assente risonanza mediatica
- modesta intensità elemento soggettivo

condanna in via equitativa al pagamento di una somma parametrabile tra € 11.000,00 e € 20.000,00

3) diffamazioni di media gravità, individuabile dalla presenza dei seguenti indici:

- media notorietà del diffamante
- significativa gravità delle offese attribuite al diffamato sul piano personale e/o professionale
- uno o più episodi diffamatori
- media/significativa diffusione del mezzo diffamatorio (diffusione a livello nazionale/significativa diffusione nell'ambiente locale di riferimento)
- eventuale pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale e professionale
- natura eventuale del dolo

condanna in via equitativa al pagamento di una somma parametrabile tra € 21.000,00 e € 30.000,00

4) diffamazioni di elevata gravità, individuabile dalla presenza dei seguenti indici:

- elevata notorietà del diffamante,
- uno o più episodi diffamatori di ampia diffusione (diffusione su quotidiano/trasmissione a diffusione nazionale)
- notevole gravità del discredito e eventuale rilevanza penale/disciplinare dei fatti attribuiti al diffamato
- eventuale utilizzo di espressioni dequalificanti/denigratorie/ingiuriose
- elevato pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale, professionale e istituzionale
- risonanza mediatica della notizia diffamatoria
- elevata intensità elemento soggettivo

condanna in via equitativa al pagamento di una somma parametrabile tra € 31.000,00 e € 50.000,00

5) diffamazioni di eccezionale gravità: l'Osservatorio propone una condanna in via

equitativa al pagamento di una somma in misura superiore a € 50.000,00.

Da ultimo, per completezza, con riguardo alla media degli importi liquidati a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale si riporta di seguito in una tabella comparativa, quanto emerso nelle più recenti tra le sopracitate ricerche.

Ricerca	**Campione**	**Media danni liquidati**
Osservatorio Giustizia Civile Milano 2018	89 sentenze Anni 2014 – 2017 Tribunali diversi	€ 26.290,00
Dir. inf. 2014, 405 Zeno-Zencovich, *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*	228 sentenze Anno 2013 T. Roma	€ 19.300,00[28]
Resp. civ. prev. 2013, 1857 Peron, *Diffamazione tramite mass-media: un biennio di giurisprudenza ambrosiana*	157 sentenze Anni 2011-2012 Trib. Milano	€ 27.828,21
Resp. civ. prev. 2012, 938 Gaudino – Randi, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*	56 sentenze Anni 2008-2012 Tribunali diversi	€ 29.961,13
Dir. inf. 2009, 263 Zeno-Zencovich, *Analisi di 320 sentenze sulla lesione della personalità rese dal Tribunale di Roma*	320 sentenze Anni 2004 – 2009 T. Roma	€ 29.000,00

5. La sanzione pecuniaria

Per i soli casi di diffamazione commessa col mezzo della stampa[29], ai sensi dell'art. 12 della l. 47/1948, può disporsi – su richiesta del diffamato - una «somma a titolo di riparazione che non rientra nel risarcimento del danno né costituisce una duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma integra una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge, che come tale può aggiungersi al risarcimento del danno»[30].

[28] Per completezza si noti che ricerca svolta da Zeno-Zencovich ha individuato un importo minimo di € 2.000,00 ed uno massimo di € 65.000,00 e che nel comparare i risultati con la precedente ricerca pubblicata nel 2009, ha constato una «forte riduzione delle sentenze di accoglimento» e un «livellamento verso il basso degli importi liquidati».

[29] Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2011, n. 10214: «l'art. 12 l. n. 47/48, nel prevedere una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata per la diffamazione a mezzo stampa, non è suscettibile di applicazione analogica a casi diversi da quelli espressamente contemplati; conseguentemente, in mancanza di un espresso richiamo alla suddetta disposizione da parte della l. n. 223/90, che disciplina i reati commessi con il mezzo televisivo, non è applicabile a questi ultimi». Per i medesimi motivi, la giurisprudenza ne esclude l'applicazione anche per i casi di diffamazione *online*.

[30] Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2017, n. 29640.

È solitamente posta a carico del giornalista, con esclusione della società editrice e del direttore responsabile la cui responsabilità sia stata individuata solo in termini di omesso controllo[31].
Per quanto riguarda i criteri adottati per la determinazione dell'ammontare degli importi dovuti per la sanzione pecuniaria la giurisprudenza pacificamente ammette il ricorso a criteri equitativi analoghi a quelli enucleati per la liquidazione dei danni.
Infine, dalla ricerca effettuata dall'Osservatorio della Giustizia Civile di Milano, l'entità media della sanzione pecuniaria, è risultata «tendenzialmente calcolata in una percentuale tra 1/8 e 1/3 del danno liquidato». Anche tale dato pare non discostarsi dai dati rilevati nelle precedenti ricerche nelle quali la sanzione pecuniaria stata liquidata in una misura media oscillante tra 4 / 5 mila euro[32].

6. Conclusioni

I parametri di liquidazione del danno proposti dall'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano, appaiono utili ad orientare non solo gli organi giudicanti, ma anche le parti del processo.
In particolar modo, l'auspicio è che possano fungere da guida per la parte attrice all'atto della formulazione della domanda. Difatti se è pur vero che, è disagevole individuare un importo che sia ristorativo dei danni non patrimoniali sofferti dalla parte, trattandosi di danni difficile ponderazione nella loro effettiva portata. E' altrettanto vero che, può essere inutile o inefettivo, se non addirittura controproducente, formulare istanze risarcitorie nell'ordine di svariate centinaia di migliaia di euro, tanto da potersi reputare «esorbitanti e prive di qualsiasi *self restaint*».
Tutte le ricerche svolte hanno difatti sottolineato la grande «distanza fra quanto chiesto e quanto ottenuto»[33]. Con la conseguenza che anche in caso di accoglimento della domanda attorea, l'accoglimento avviene per importi largamente ridimensionati[34]. Per contro, invece, la «ragionevolezza della richiesta, figura apprezzata e forse premiata dal giudice, con l'accoglimento integrale o quasi della somma reclamata dall'attore»[35].

[31] Trib. Roma, 3 agosto 2017 n. 15743, Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2007, n. 17395.

[32] L. Gaudino – F. Randi, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, cit., 950; S. Peron, *Diffamazione tramite mass-media: un biennio di giurisprudenza ambrosiana*, cit., 1858.

[33] L. Gaudino – F. Randi, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, cit., 950.

[34] S. Peron, *Diffamazione tramite mass-media: un biennio di giurisprudenza ambrosiana*, cit., 1856, ha evidenziato come «l'entità media delle condanne di risarcimento dei danni non patrimoniali disposta a favore di ciascun attore (campione 104 parti) è stata di € 27.828,21, ossia meno del 4% della media di quanto richiesto (€ 766.511,93)». Mentre, «l'entità media delle sanzioni pecuniarie liquidate è stata pari a € 4.330,00 (a fronte di una richiesta, in media, pari a € 147.818,22)» (p. 1858).

[35] L. Gaudino – F. Randi, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*, cit., 950.

Recensioni

Recensione a Gian Luca Conti-Marina Pietrangelo-Francesco Romano (a cura di), *Social media e diritti. Diritto e social media*, Edizioni scientifiche italiane, 2018

Paola Marsocci

Stiamo assistendo, come facilmente è stato prevedibile, a un progressivo aumento di attenzione specifica al tema dell'impatto che l'uso della Rete Internet ha sull'ordinamento giuridico. Ugualmente, in rapido aumento è il numero di insegnamenti universitari e di altri spazi scientifici di riflessione (questa rivista lo testimonia con successo) che scelgono di proporre anche questo taglio monografico. Immaginabile era poi che ci sarebbe voluto del tempo perché la scienza giuridica discutesse della Rete non solo in quanto nuovo mezzo di informazione e comunicazione, ma come tecnologia utile all'esercizio di molteplici diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti.

Nella prospettiva giusprivatistica, di questo uso è analizzato tutto ciò che è connesso – nel mercato digitale – all'impresa, alla tutela del diritto d'autore e alla tutela del consumatore, ma anche alle nozioni civilistiche di identità ed eredità digitali. Nella prospettiva di chi studia il diritto pubblico, si tratta di evidenziare e studiare come pressoché tutti i diritti di libertà – e la loro struttura, ossia oggetto, contenuto, limiti e mezzi-strumenti – si "riplasmino" di fronte alle peculiarità specifiche della Rete. In sintesi, occorre analizzare lo "spazio" che la Rete (o, se si preferisce, il cyberspazio creato con l'uso di questa infrastruttura tecnologica) occupa nel costituzionalismo contemporaneo.

Questo volume collettaneo offre un efficace quadro di questa complessità, trattando questioni che vanno da quella urgente e delicatissima di come l'uso del *web* – la principale tra le applicazioni di Internet – influisca e caratterizzi la circolazione delle idee e delle notizie (dunque la manifestazione del pensiero e il diritto di cronaca, ma anche la comunicazione istituzionale), a quella di come siano ridiscusse le garanzie dei diritti sociali (scuola, lavoro), passando per quella di come stia cambiando l'impresa (copyright e marketing), fino a lambire il complesso tema della redistribuzione del potere e delle ricchezze (lavoro implicito) che l'uso a fini economici di dati e metadati personali determina. Questione quest'ultima molto cara a Stefano Rodotà, al quale il volume è dedicato.

L'oggetto comune di indagine sono i social media. Nonostante non sia presente un saggio che esplori il dibattito su quale sia la nozione giuridica di social media (tenuto conto della loro storia e dell'evoluzione del loro ruolo nel mercato, non solo delle idee), molte delle riflessioni contengono a questo riguardo preziosi spunti, a partire dall'*Introduzione* dei curatori del volume, Marina Pietrangelo, Francesco Romano e Gian Luca Conti.

Mentre ancora è viva la discussione sulla natura dello spazio, pubblico o anche comune, messo a disposizione dall'uso della Rete (qualcuno ricorderà la proposta di assegnare "Il Premio Nobel per la Pace a Internet", avanzata nel 2010 dalla rivista *Wired* per movimentare la discussione pubblica su questi temi), i curatori avvertono in apertura, condivisibilmente, che «Non altrettanto può osservarsi per i social media, i quali a ben vedere crescono e si diffondono entro recinti particolari e come prodotti commerciali…appare quasi scontato ricordare che essi non solo non offrono sevizi gratuiti, ma che – al contrario – l'accesso al servizio ha un costo elevatissimo, seppure non dichiarato né concordato» (13).

Altrettanto condivisibilmente, in più parti del libro si osserva poi come il "prezzo" rispetto al loro uso sia anche collettivo e vada considerato misurando la tenuta delle garanzie dei diritti (in primo luogo politici), in un contesto di democrazia costituzionale. L'opinione pubblica è del resto oggi pienamente informata di tali rischi, vista la vasta eco che il caso *Facebook-Cambridge Analytica* e ormai molti altri analoghi stanno avendo. In sintesi, i curatori ricordano che i social media agiscono *nel* mercato e che il mercato – anche quello sovranazionale – in democrazia va disciplinato e non solo regolato, come auspicano i sostenitori della *soft law* per Internet. Sono inoltre contesti-contenitori in cui le idee e le notizie circolano proprio perché immesse dagli stessi utenti, ma nei modi e con l'intensità determinata da chi gestisce le piattaforme (nel volume si parla molto anche delle *policy* delle piattaforme private e della loro adeguatezza passata e conformità presente rispetto al Regolamento Ue 2016/679, in materia di protezione dei dati personali; cfr. spec. il contributo di Mauro Alovisio e Cinzia Borciu).

Non è solo dunque la libertà di espressione che viene messa in discussione, ma a risultare «violata (è) insomma la libertà di autodeterminarsi, prima che in Rete, nella vita reale, mediante un meccanismo predefinito di induzione alle scelte (e al consumo) e all'interpretazione della realtà, condizionato da dati diffusi ad arte o artefatti. Un sistema forse antico e noto, che tuttavia i social media replicano ed esaltano» (M. Pietrangelo, 17; sul tema anche il contributo di Alessia Schiavon).

Ecco, così, prospettato il tema della profilazione (con tanto di *filter bubble*!) ed ecco così proposto il legame con gli studi giusprivatistici sulla libertà di impresa e sul marketing (saggio di Fabio Dell'Aversana e di Jacopo Ciani e saggio di Massimo Tavella), anche degli enti pubblici, basti pensare all'uso istituzionale dei social media, non ancora obbligatorio, ma sostanzialmente già ritenuto indispensabile strumento di attuazione dei principi di pubblicità, efficacia ed efficienza delle P.A. (alla amministrazione sono dedicati i saggi di Fernanda Faini; di Matteo Falcone; di Elio Guarnaccia; di Saulle Panizza; un'attenzione doverosa ai diritti sociali legati a istruzione e salute si trova nei contributi di Luisa Lodevole e di Luigi Rufo).

L'attenzione si sposta così su un tema cruciale: la configurabilità di un diritto alla autodeterminazione informativa in Rete. Ricorda uno dei curatori, riprendendo uno spunto di Maria Romana Allegri, che «I social media non sono nati sapendo come avrebbero gestito i contenuti. Forse non sono nati nemmeno sapendo che sarebbero diventati dei *content media provider*, diversamente orientati. Sono nati dall'idea di gestire connessioni fra le persone e di fare in modo che il mondo fosse più vicino restando il più possibile lontano» (G. Conti, p. 30).

Mentre questo accadeva, anche l'esercizio del diritto di cronaca – che costituisce una

delle facoltà riferite alla libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta e garantita dall'art. 21 della Costituzione italiana, così anche esplicitamente dalla Carta di Nizza e da altri trattati internazionali – andava assumendo nuove forme.
Da quando è possibile avvalersi del web, ognuno ha realisticamente la possibilità di diffondere una notizia a un pubblico vasto e indistinto, concorrendo al complesso quanto delicato circuito della formazione dell'opinione pubblica; chiunque può farlo però – è molto urgente sottolinearlo – senza i vincoli normativi e deontologici dei giornalisti professionisti, ma entro i (soli) limiti che in generale valgono per la manifestazione del pensiero, spesso agendo in parallelo con le testate giornalistiche e, a volte, con il deliberato intento di bypassare o fare a meno del ruolo di intermediazione offerto dai mass media tradizionali. Si pensi ai rappresentanti delle istituzioni o ai politici che di fatto propongono i propri messaggi già preconfezionati – video su Facebook, tweet, ecc. – che i media, colpevolmente, si limitano troppo spesso a diffondere, ritrasmettendoli tal quali, senza nessuna possibilità di interlocuzione e mediazione professionale. Su questo nodo il libro offre alcuni spunti al dibattito scientifico (ad esempio nel contributo di Francesco di Tano) che, temo, sia ancora piuttosto lacunoso.
Continuando sul tema della cronaca e più in generale su quello dei meccanismi della formazione dell'opinione pubblica, sottolinea nel suo contributo Maria Romana Allegri (p. 71) «I social network provider non si limitano a svolgere un'attività di hosting neutrale, ma intervengono direttamente nell'organizzazione, nella gestione e talvolta anche nell'editing dei contenuti, al fine di aumentare i ricavi derivanti dalla raccolta pubblicitaria.», comportandosi in sostanza come redazioni giornalistiche.
Ma «I social media non conoscono il giornalismo investigativo…Sono il luogo in cui emerge una delle forme più striscianti di censura… Il meccanismo del *notice and take-down*» (Gian Luca Conti, p. 32).
Tali argomentazioni portano insomma, opportunamente, a notare che la sorveglianza esiste, ma è a opera di privati – e dei loro algoritmi – su altri privati, tramite piattaforme di loro proprietà; inoltre, nel caso della diffusione di notizie, le garanzie sono diminuite dalla circostanza che tali piattaforme non sono sottoposte al regime previsto per le testate giornalistiche (autorizzazione, registrazione, indicazione direttore responsabile ecc.), né a codici deontologici e di autodisciplina. Del resto, di questi delicatissimi temi si discute da tempo in Europa, e negli USA, dove al momento non si sono equiparati i SNP agli editori (il saggio di M.R. Allegri offre un contributo utilissimo, riportando la giurisprudenza).
Rispetto a un passato anche recente, ora si può senza tema di smentite sostenere che la consapevolezza che questi attori del mercato hanno di questi importanti cambiamenti non può non dirsi acquisita. Come sempre più acquisita o almeno acquisibile è la consapevolezza del funzionamento di questi meccanismi da parte di tutti noi, non solo studiosi, ma utenti di questi servizi. E ancora, è piena (come deve essere) la consapevolezza delle istituzioni e del legislatore nazionale ed europeo.
Non c'è da chiedersi insomma se Google – o meglio la *holding Alphabet* – sia buona o cattiva, ma a quale regime di responsabilità sia soggetta o assoggettabile.
Non a caso, la prima sezione del volume è rubricata «Responsabilità». Ci si riferisce appunto a quelle degli intermediari digitali, e particolarmente a quella dei *social network provider* (saggio di M. R. Allegri), ma anche a quella degli utenti-autori dei contenuti

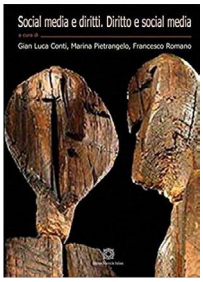
(saggio di Francesco Di Tano). In tal modo, il filo rosso prosegue nelle altre sezioni dedicate a «Politica e partecipazione», «Pubbliche amministrazioni», «Minori», «Impresa e diritto d'autore».

In questo senso, la tracciabilità nelle reti sociali degli autori di contenuti, da problema tecnico, diviene questione giuridica assai rilevante (saggio di Carlo Marchetti e Giancarlo Solone), in quanto prerequisito per prevenire e reprimere gli abusi, gli illeciti e i crimini (quali alcune fattispecie legate al cyberbullismo, all'*hate speech*, alla apologia di reato, all'organizzazione a fini malavitosi o di terrorismo; cfr. saggi di Fulvia Abbondante; di Pietro Maria Sabella; di Riccardo Michele Colangelo; di Mimma Rospi; di Giorgio Pedrazzi).

Non certo meno importante è poi capire chi movimenta dati e notizie di natura politica, in particolare elettorale, con quali mezzi tecnologici e rispetto a quali ambiti territoriali. Il consolidarsi – da molti previsto e temuto – di oligopoli di piattaforme digitali che è si è verificato in concomitanza con l'uso del *web* 2.0 offre all'attenzione la questione, tutt'altro che nuova o inusitata, della concentrazione del potere di influenza, nelle mani di soggetti con finalità (dirette o indirette) principalmente di tipo economico.

La promozione del pluralismo, inteso come coesistenza nel dialogo pubblico, di diverse voci e idee, nonché di diverse tipologie di mezzi (accezione che deve rimanere inconfutabile), è un principio che mai può essere "fuori moda". I rischi per la democrazia legati alla iper-targhettizzazione degli utenti-partecipanti a un dibattito dai contenuti politici (a volte deliberatamente falsificato, come nel già citato caso *Cambridge Analityca*, o comunque sempre distorsivo come sanno essere le targhettizzazioni) non solo complica – perché banalizza e non semplifica – la comunicazione tra le persone e le loro "reali" identità, ma ostacola lo scambio tra diversità di vedute che è caratteristico del libero o addirittura casuale incontro all'interno di un gruppo che spontaneamente si riunisce e partecipa ad una discussione. Così come tali garanzie vanno salvaguardate all'interno di un gruppo caratterizzato comunque da un comune e presupposto sentire politico o ideale (associazione, movimento, partito politico che sia).

La sezione del volume dedicata a «Politica e partecipazione» (con i contributi di Ganmarco Gori, di Vittorio Pampanin, di Ilaria Rivera) ci aiuta ad approfondire questi e altri spunti, perché ci ricorda che nel costituzionalismo democratico i limiti si impongono al potere, ma anche all'esercizio dei diritti e in riferimento a qualunque spazio, anche in un luogo privato, aperto al pubblico come ritengo sia da configurare in termini costituzionalistici un social media. Ci ricorda, infine, che la via da seguire è quella che sia prioritariamente l'ordinamento giuridico a farlo, altrimenti si rischia di far prevalere implicitamente o addirittura fraudolentemente sia limitazioni all'esercizio dei diritti sia compressioni all'esercizio dei poteri.



Social media e diritti. Diritto e social media
a cura di Gian Luca Conti-Marina Pietrangelo-Francesco Romano
Edizioni Scientifiche Italiane
Anno di edizione: 2018
Pagine: 568
ISBN: 978-88-495-3707-9

Recensione a Maria Romana Allegri *Ubi social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, 2018

Marina Pietrangelo

Il volume di Maria Romana Allegri si occupa di un tema ancora poco osservato in ambito giuridico, o almeno non in tutti i suoi versanti. Come avverte il titolo del lavoro, si tratta della responsabilità degli Internet Service Provider (ISP) vista in relazione con l'ampia diffusione dei social network. Una figura di operatore economico e un tipo di applicazione che si sono imposte da tempo sulla Rete e che dunque richiedono di essere esplorate assieme anche dal punto di vista giuridico. Come bene mostrano proprio gli approfondimenti di Allegri, le norme che regolano alcuni aspetti di tale relazione – nella quale s'intrecciano azioni, soggetti, interessi, funzioni e responsabilità – non paiono più corrispondere al suo reale atteggiarsi nella società.L'A. prova quindi a dare ordine alla materia, consapevole di descrivere oggetti e comportamenti mobili e sfuggenti, come sempre lo è la tecnologia che li attraversa. Un tassello importante, dunque, nella ormai prolifica letteratura giuridica che indaga i tanti profili dell'informatica contemporanea, questa scienza applicata che performa quotidianamente le nostre regole consolidate, ponendo nuovi e imprevedibili interrogativi anche al giurista.

L'A. raccoglie e soprattutto sistematizza le diverse fonti che investono l'attività degli ISP, le quali paiono intersecarsi e sovrapporsi; soffermandosi anzitutto sulla cornice costituzionale entro cui tutta la riflessione proposta si colloca, trovandovi a un tempo limiti e tutele. Perché – come sempre, quando si ha a che fare con le evoluzioni della tecnica – l'uso dei nuovi strumenti *deve*essere inscritto nel disegno costituzionale, affinché possa realmente considerarsi la sua supposta funzione di amplificatore dei diritti riconosciuti. A proposito dei social network, del "loro modo di essere" e del "nostro modo di starci", l'ancoraggio alle garanzie delle Carte costituzionali appare quanto mai necessario.

Prima di addentrarsi nell'intricata e disomogenea regolazione della materia, l'A. compie una breve incursione nella sociologia delle comunicazioni, che da tempo studia e descrive i "social", per sgombrare il campo da equivoci semantici (e tecnici) e per identificarne con chiarezza i caratteri, con l'idea di affrontare così più agevolmente le questioni di diritto che essi pongono. Una premessa preziosa, forse essenziale per il giurista che si occupa di diritto dell'informatica, che dunque si fa particolarmente apprezzare. Tra tipi e modelli, l'A. si orienta per una definizione tendenzialmente ampia di social network, categoria cui riconduce le applicazioni della Rete dedicate in modo prevalente alla condivisione di contenuti, e attorno a essa organizza l'intero lavoro.

Lo studio proposto si svolge secondo il metodo proprio dell'investigazione giuridica: il fenomeno osservato è anzitutto ricondotto, in tutto o in parte, al quadro regolatorio vigente, a partire dalla verifica di conformità con il quadro costituzionale, ad una cui rilettura in senso evolutivo è dedicata la prima parte del volume. Una prima parte che è al tempo stesso prodromica alla ampia e successiva seconda parte del lavoro, nella quale l'A. riferisce sulla normativa interna (di derivazione comunitaria) che investe le condotte degli ISP, mettendone bene in luce limiti e incongruenze, che esprimono esattamente la distanza tra il "provider rappresentato nella norma" e i (alcuni dei) "provider che operano *oggi* sulla Rete".

Le pagine dedicate alla ricostruzione critica del quadro normativo in tema di responsabilità civile e penale o di responsabilità editoriale degli ISP, infatti, evidenziano anzitutto gli aspetti anacronistici di una regolazione in alcuni casi adottata oramai quasi venti anni fa: è il caso della disciplina della responsabilità civile dei providers, approvata nel nostro ordinamento nazionale nel 2003 (d.lgs. 70/2003) in attuazione di una direttiva del 2000 (direttiva 2000/31/CE in tema di servizi della società dell'informazione e di commercio elettronico). Certamente uno dei grossi limiti di queste norme risiede nell'essere ancora legate alla rappresentazione degli strumenti e delle condizioni socio-economiche conosciuti al tempo della loro adozione. Su questo aspetto insiste l'A., spingendosi nella parte conclusiva del volume a ipotizzare dei correttivi che per l'appunto considerino almeno le modificazioni della tecnologia e il conseguente diverso atteggiarsi nella società degli attori di Internet. Perché sono mutate nel tempo le applicazioni informatiche, ma anche gli interessi perseguiti attraverso di esse, di natura pubblica o privata, le attività prevalenti svolte sui social e con i social.

Il vecchio quadro normativo vacilla insomma. Si pensi di nuovo, per esempio, alla fattispecie della responsabilità civile degli ISP, che nasce ed è ancora oggi nell'ordinamento giuridico continentale una irresponsabilità per i contenuti prodotti e condivisi dagli utenti. Come mostrano le pagine di Allegri, al confronto il diverso regime di responsabilità del direttore editoriale di una testata giornalistica appare quasi vessatorio, nel caso attività condotte via social "sostanzialmente coincidenti". E viceversa.

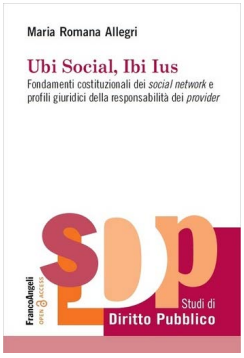
Ma al di là delle tante questioni esplorate, "una" mi pare che sia la questione che scorre sottotraccia nell'intero lavoro, che lentamente s'impone all'attenzione: quella della censura in Rete. E forse più precisamente quella relativa al rapporto tra la censura privata e la censura pubblica nella contemporanea società dei social network. Una questione che la lettura complessiva dell'opera ci restituisce in forma dialogica, assieme con molti dati, tante domande e alcuni interessanti punti di vista.

Addentrandosi nelle pagine del libro, infatti, s'intravedono, da un lato, gli ISP che organizzano i contenuti generati e diffusi sui social sulla base di proprie policy e che dunque si atteggiano a censori (privati); dall'altro, lo Stato cui spetta il presidio di legalità e la rimozione dei contenuti illeciti, che invece pare aver delegato proprio agli ISP un controllo censorio di tipo preventivo. E oggi davvero così?

Un interrogativo che torna, a cui è difficile rispondere. Ma è urgente almeno riflettere nuovamente. E il volume di Allegri mi pare che questo provi a fare: riavvia la discussione senza conclusioni perentorie, muovendo proprio dall'esame delle fonti; senza tuttavia rinunciare a qualche proposta correttiva di alcune delle asimmetrie normative

rilevate.

I temi trattati paiono avviarsi anche ad una nuova riflessione istituzionale. Qualche cenno in tal senso, infatti, si registra in ambito parlamentare. Un disegno di legge depositato in Senato nel mese di ottobre 2018 (XVII legislatura, AS895 d'iniziativa di Pagano) propone interventi sul d.lgs. 70/2003 per introdurre a carico degli ISP alcuni obblighi di identificazione degli utenti che intendono accedere alle piattaforme, mediante la richiesta di un documento d'identità all'atto dell'iscrizione. Un nuovo e diverso bilanciamento degli interessi in gioco? A quanto pare, la riflessione è aperta.



Ubi Social, Ibi Ius.
Fondamenti costituzionali dei social network e profili giudici della responsabilità dei provider
di Maria Romana Allegri
Franco Angeli
Anno di edizione: 2018
Pagine: 242
ISBN: 9788891767578

Elenco autori

Aiello, Alfredo
cultore della materia in diritto privato comparato, Università degli Studi di Salerno
Campus, Gianluca
avvocato in Milano
Canepa, Marco
presidente della sezione penale, Tribunale di Savona
Cilona, Alida
avvocato in Torino
Coni, Alessandro
avvocato in Milano
Delfino, Federico
dottorando di ricerca in diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Genova
Del Plato, Liliana
tirocinante, Associazione Italiana Editori
D'Ippolito, Guido
dottorando di ricerca in diritto dell'economia e dei consumatori, Università degli Studi Roma Tre
Donati, Filippo
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze
Gatti, Andrea
dottorando in diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Pisa
Lehner, Eva
ricercatrice in diritto costituzionale, Università degli Studi di Siena
Marsocci, Paola
professore associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Roma – La Sapienza
Mastroianni, Roberto
professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Monteleone, Andrea Giulia
dottoranda di ricerca in diritto e impresa, LUISS Guido Carli
Monti, Matteo
dottorando di ricerca in persona e tutele giuridiche, Scuola Superiore Sant'Anna
Morini, Claudia
ricercatrice in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi del Salento
Nicita, Antonio
commissario, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Peron, Sabrina
avvocato in Milano
Petrucco, Fabrizio
dottorando di ricerca in diritto e scienze umane, Università degli Studi dell'Insubria

Elenco autori

Pietrangelo, Marina
ricercatrice, ITTIG-CNR
Ponton, Douglas Mark
professore associato di lingue, letterature e culture inglese e anglo-americana, Università degli Studi di Catania
Pulitanò, Domenico
già professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Milano Bicocca
Re, Alessandro
dottorando di ricerca in diritto dell'economia e dei consumatori, Università degli Studi Roma Tre
Rotolo, Francesca
avvocato in Roma
Scannicchio, Tommaso
dottore di ricerca in diritto privato comparato, Università degli Studi di Bari "A. Moro"
Stefanelli, Stefania
professore associato di diritto privato, Università degli Studi di Perugia
Stradella, Elettra
professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Pisa
Vecchio, Nicola Alessandro
dottorando di ricerca in principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali, Università degli Studi di Bari "A. Moro"
Vesto, Aurora
ricercatrice in diritto privato, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria
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.

ANNO 2019 - CODICE ISSN 2532-9146