

L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di internet*

di Corrado Caruso **
(28 aprile 2013)

Sommario: 1. La rete e la crisi delle categorie della modernità 2. I diritti della persona nella rete. Alcuni casi paradigmatici 2.1 La *mailing list* tra comunicazione riservata e diffusione del pensiero 2.2. La *stampa on-line*: diritto di libertà o nuovo "foro"? 2.3 Diritto di accesso a Internet, neutralità della rete e diritto all'oblio: nuovi diritti o nuove "politiche"? 3. Dilemmi istituzionali: il ruolo di supplenza dei giudici tra «impasse» legislativa e marginalizzazione della Corte costituzionale 4. Conclusioni: governare la rete e istituzionalizzare i diritti

1. La rete e la crisi delle categorie della modernità

L'avvento della rete ha contribuito alla definitiva trasformazione delle strutture della società e, di conseguenza, delle categorie teoretiche (GUELI, 1959, p. 417) che il giurista presuppone nella sua attività di sistemazione. Internet ha, infatti, accelerato il tramonto della società industriale -caratterizzata dai conflitti tra capitale e lavoro nell'ambito della produzione di beni- e ha favorito la nascita di nuove relazioni sociologiche collocate nella cornice dello scambio di informazioni *attraverso* apparati tecnologici. Il conflitto sui mezzi di produzione -tra lavoratore da un lato e gestore degli apparati di produzione dall'altro- ha progressivamente ceduto il passo alla lotta *per* la conoscenza e *per* il controllo delle fonti di informazione (TOURAINÉ, 1993, p. 179; LYON, 1988, p. 24).

La rete ha, quindi, contribuito alla ridefinizione del conflitto sociale, riproponendo le relazioni polemiche che caratterizzavano la società industriale in forme del tutto nuove. Le nuove tecnologie di comunicazione tramite rete, infatti, non sono più strumenti da applicare, ma processi da sviluppare direttamente dal singolo individuo. Poiché, per la prima volta nella storia, la mente umana assurge al ruolo di diretta forza produttiva (CASTELLS, 2002, p. 329) l'individuo sembra emanciparsi dai rapporti di forza tipici delle precedenti relazioni *inter privatorum*. Reti interconnesse su scala globale comportano la nascita di un sistema di «autocomunicazione di massa» (CASTELLS, 2009, p. XXI), che sostituisce le modalità comunicative tradizionali, storicamente contraddistinte dalla verticalità e unidirezionalità della comunicazione; in particolare, a seguito della nascita del *Web 2.0*, caratterizzato dall'auto-produzione individuale di contenuti, i messaggi virtuali raggiungono ormai un pubblico globale (CASTELLS, 2009, p. 60) attraverso l'autonoma

* Relazione di apertura al Seminario italo-spagnolo "Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona", tenutosi presso il Reale Collegio di Spagna il 3-4 maggio 2012. In corso di pubblicazione in G. M. Teruel Lozano, A. Perez Miras, E. C. Raffiotta (a cura di), *Sfide per i diritti della persona dinanzi al XXI secolo: internet e nuove tecnologie*, Aranzadi, Madrid, 2012

azione dell'individuo.

Come dimostrano alcuni recenti fatti di cronaca (dalla «primavera araba» al caso «Wikileaks»), allora, la rete assurge al rango, tanto promettente quanto impegnativo, di «tecnologia di libertà», al servizio dell'auto-realizzazione individuale e delle potenzialità creative dell'essere umano. In questo senso, essa non solo ha contribuito a riequilibrare, in chiave liberale e contro-maggioritaria, il rapporto tra autorità e individuo, ma ha riscritto «i codici (...) del potere nel loro rapporto con (...) il popolo sovrano» (AZZARITI, 2011, p. 368). La circolazione in tempo reale di notizie riservate ha ridotto l'asimmetria informativa tra governanti e governati; la demistificazione degli arcana imperii prelude alla creazione, su scala globale, di uno spazio discorsivo pubblico, ove trovano posto quelle interazioni comunicative promozionali dell'autonomia politica dell'individuo, storicamente sviluppatesi entro i circoscritti confini nazionali dei singoli stati liberal-democratici .

Eppure, uno sguardo più attento alle infrastrutture di Internet suggerisce di abbandonare un certo ottimismo à *la Candide*, che intende la rete come *il* mezzo per estinguere controlli eteronomi (di natura, soprattutto pubblicistica) sulle fonti di informazioni, eliminando il conflitto generato attorno ad esso e realizzando, altresì, la palingenesi dell'*homo digitalis*. Quest'atteggiamento, che tradisce un processo tipico della società contemporanea, pervasa dalla «religione del miracolo tecnico, dell'azione umana e del dominio della natura» individua nel progresso tecnologico un terreno comune, neutrale e a-politico, di condivisione sociale (SCHMITT, 1972 p. 172, 176 e ss.).

Tuttavia, il concreto funzionamento della rete induce a toni meno entusiastici: il *Web*, infatti, basato su un sistema di indirizzi numerici e nomi di dominio (COSTANZO, 2009 p. 963), gestiti da un piccolo numero di grandi *corporations* che operano su scala globale e che formano, così, i nodi dominanti della rete, riattualizza il rapporto di forza, tipico della società della comunicazione di massa, tra utenti e gestori delle fonti di informazioni. Il singolo utente, infatti, non solo contribuisce al sistema comunicativo esclusivamente nelle forme e nei limiti predisposti dai gestori della rete, ma subisce anche, per poter usufruire del servizio, una forte invasione nella propria sfera privata: le tracce (*cookies*) lasciate dietro di sé consentono, infatti, al fornitore di servizio di risalire ai dati anagrafici, ai tempi e ai luoghi di utilizzazione del servizio e, più in generale a tutte le scelte compiute *on-line* dall'individuo.

Se così è, Internet diviene un potente mezzo di classificazione, che da tecnologia di libertà muta in tecnologia di controllo, al servizio dei nuovi poteri pubblici e delle istituzioni private che gestiscono i nodi della rete. Secondo il paradosso tipico della società della tecnica (HORCKHEIMER-ADORNO [1949], 1974, *passim*) la rete rischia di divenire, da strumento al servizio dell'individuo, una entità autonoma, che trova una propria dimensione teleologica - antagonista al valore della persona umana - definita dagli operatori del *Web*, nuovi protagonisti, a pieno titolo, della scena globale. La tecnologia delle Reti cessa,

allora, di essere terreno neutrale di condivisione sociale, preludio di una società virtuale organizzata orizzontalmente: la sua neutralità è un semplice «(...) fatto provvisorio» (SCHMITT, 1972, p. 182), che in realtà rimanda a un determinato assetto di poteri e, quindi, a nuove forme di imposizione di valori. In questo contesto, la dialettica individuo/autorità si ripropone in termini diversi: l'autonomia individuale non è più (o, comunque, non solo) minacciata dai poteri pubblici, ma da istituzioni private che si servono delle nuove forme di comunicazione per restringere i confini della sfera pubblica che, oramai «sequestrata dalle organizzazioni sociali» (HABERMAS, 2006, [1962], p. 241), smarrisce la stessa capacità di mediazione tra individuo e istituzioni.

La riduzione della sfera pubblica ad un magma indistinto che cova generiche aspettative politiche, pulsioni individualistiche, nonché paradigmi di «(...) razionalità economica fondata sullo scambio» (MORRONE, 2012, p. 836), comporta la destrutturazione delle forme organizzative che tradizionalmente si muovevano in questa cornice. La privatizzazione globale delle infrastrutture della sfera pubblica mette in discussione, innanzitutto, lo stato-nazione quale forma stabile di organizzazione sociale.

L'avvento delle reti globali conduce, infatti, ad una forma reticolare di stato (cd. stato a rete, CASTELLS, 2009, p. 12, p. 40), che mette in discussione non solo le tradizionali forme di legittimazione politica, ma anche l'organizzazione pubblica del potere, favorendo la nascita di flessibili modelli di *governance*. Non è un caso, allora, che nella gestione della rete assumano un ruolo sempre più rilevante istituzioni che operano su scala globale, di natura neo-corporativa e a scarsa legittimazione democratica: ne sono un esempio l'*Internet Corporation for Assigned Names and Number* (ICANN, su cui T.E. FROSINI, 2011, p. 3; CAROTTI, 2007, *passim*) - ente no profit di diritto privato con sede in California che dal 1998 esercita la cd. *Root Authority*, decidendo nomi e numeri di dominio, allarga o restringe le zone del Cyberspace; l'*Internet Engineering Task force* (IETF), composta da tecnici e rappresentanti dei fornitori di servizi, che produce regole di standardizzazione (modelli di standard e licenze d'uso); il *World Wide Web consortium* (W3C), che riunisce tecnici e rappresentanti di providers al fine di formulare raccomandazioni tecniche per la realizzazione delle infrastrutture *Web*.

Allo Stato-nazione fondato sulla coincidenza tra ordinamento (*Ordnung*) e localizzazione (*Ortung*), «archetipo di un processo giuridico costitutivo» (SCHMITT, 1991, p. 25), la rete sembra allora sostituire uno «(...) spazio artificiale senza confini, non luogo, dove la volontà (...), sradicata e de-territorializzata, si esprime oltre gli stati e oltre il diritto degli stati» (IRTI, 2007, p. 27, ma nello stesso senso COSTANZO, 2012, pp. 8 e ss., BALDASSARRE, 2002, pp. 12 e ss.). Se a mancare sono frontiere fisiche, collegamenti territoriali e, più in generale, dimensioni spazio-temporali definite, il cyberspazio diviene uno dei paradigmi della società globalizzata.

E' vero che, tra le categorie teoretiche messe in tensione dall'avvento della rete, non vi

sono solo i concetti, apparentemente neutrali, di sfera pubblica o di Stato, quest'ultimo inteso come mera unione di ordinamento e territorio. Le esperienze europee del secondo dopoguerra hanno tentato di superare le fratture scatenate, nei primi decenni dello scorso secolo, dalle pulsioni pluraliste delle correnti sociali marginalizzate dall'ordine socio-economico allora esistente attraverso l'inclusione di queste ultime nella cornice costituzionale; in questo senso, è pacificamente condiviso che le Costituzioni del secondo dopo-guerra altro non siano che la risposta politica alla prima crisi, di natura endogena, dello Stato. Attraverso la «cattura costituzionale del potere economico» (LUCIANI, 1996, p. 161), sono state rinnovate le stesse basi dello Stato di diritto, che sino a quel momento si era limitato a tradurre in organizzazione stabile l'esigenza borghese di sottomissione del potere politico al diritto.

Da questo punto di vista, allora, rete e globalizzazione mettono sotto scacco, dall'esterno, non solo l'organizzazione statale nella sua formulazione borghese di «Stato di diritto», ma anche il legame tra Stato e Costituzione, e quindi, la possibile sopravvivenza della stessa Costituzione. Non è un caso, allora, che le spinte centrifughe favorite dalla rete inducano alcuni autori a teorizzare un ripensamento dello stesso concetto di Costituzione, intesa come prodotto, storicamente determinato, dei processi di unificazione politica caratterizzanti le esperienze liberal-democratiche. In questo contesto, si collocano i cantori della nascita delle Costituzioni civili (o societarie, cfr. TEUBNER, 2005, pp. 105 e ss.) che, sorte dal proficuo incontro tra fonti di autoregolamentazione provenienti da istituzioni globali privati o para-pubblici, e decisioni para-giurisdizionali di soggetti impolitici (quali corpi arbitrali e comitati etici) avrebbero ormai sostituito le Costituzioni «politiche». Questa tendenza sarebbe evidenziata proprio dalla *lex electronica*, speculare alla *lex mercatoria*, realizzata dai codici di regolamentazione degli operatori e dalle pronunce para-giurisdizionali di organismi *ad hoc*, come i *panel* di arbitrato dell'*ICANN* che decidono, con efficacia vincolante, sulle politiche di rilascio dei domini.

Non può non rilevarsi, incidentalmente, come queste impostazioni confondano la giuridificazione dei processi sociali su scala globale con la loro costituzionalizzazione, trascurando non solo le peculiarità storiche delle esperienze costituzionali, ma anche le istanze materiali che costituiscono l'ordine costituzionale. Ciò nonostante, tali tesi evidenziano l'attrito tra i percorsi di globalizzazione, di cui la rete è un paradigma, e la particolare genia delle Costituzioni liberal-democratiche. Anzi, proprio le peculiarità del Web mettono in luce come la posta in gioco sia più alta della semplice de-welfarizzazione degli ordinamenti costituzionali a favore delle istanze del liberismo planetario (su cui diffusamente, invece, LUCIANI, 1996 pp. 160 e ss., BALDASSARRE, 2002, pp. 191 e ss.). Non si tratta, infatti, di salvaguardare esclusivamente la natura «sociale» della Costituzione o il compromesso in essa raggiunto tra le forze politico-economiche in un dato momento storico. Piuttosto, in gioco vi è la stessa funzione, svolta dalle odierne Costituzioni liberaldemocratiche, di fornire una sintesi tra il riconoscimento dei diritti (di

qualsiasi «generazione» essi siano) e la legittimazione politica dei poteri cui spetta orientare assiologicamente la poliedrica realtà sociale. Detto in altri termini: i processi sociali di natura esogena, di cui anche lo sviluppo tecnologico della rete è parte, non pongono in crisi un aspetto, pur rilevante, *delle* Costituzioni, ma inducono a ripensare il concetto stesso di Costituzione.

In questo senso, l'analisi dell'impatto della rete sui diritti della persona non può limitarsi a rilevare le nuove sfide o gli eventuali vuoti di tutela dell'ordinamento di fronte all'incessante progresso tecnologico. Accanto a tale aspetto, l'indagine richiede un passaggio ulteriore, più problematico e dagli esiti ancora incerti, che verifichi le modalità di reazione del modello dei diritti della persona, codificato o presupposto dalla Costituzione, rispetto alla diffusione del *web*. In una fase ove nessuna soluzione può essere prospettata con certezza, sembrerebbe impresa già meritoria tentare di definire i termini del rapporto tra un evento sostanzialmente post-moderno, come l'avvento della rete, e quei valori, recepiti dalla Costituzione repubblicana, figli della modernità illuminista.

2. I diritti della persona nella rete. Alcuni casi paradigmatici

L'interazione tra la rete e l'individuo dà vita a complesse relazioni, che evidenziano, a livello giudico e costituzionale, diversi livelli di criticità. Innanzitutto, a divenire particolarmente ardua è la delimitazione delle situazioni soggettive espressamente riconosciute in Costituzione, da cui discende una problematica applicazione delle garanzie costituzionali. I diritti di libertà, infatti, non sono del tutto sovrapponibili tra loro, ma presentano, in quanto specifici istituti di diritto positivo, peculiari discipline costituzionali che presuppongono una diversa declinazione dei valori in gioco.

Inoltre, la natura ibrida di Internet, vero e proprio Giano bifronte, strumento di libertà da un lato e incombente minaccia dall'altro, solleva il problema della consistenza giuridica sia delle nuove possibilità d'azione offerte dalla rete, che delle nuove aspettative di tutela che l'individuo ripone nell'ordinamento a seguito dello sviluppo vorticoso della realtà virtuale: in particolare, è necessario chiedersi se queste consistano in mere liceità facilitate dall'evoluzione del mezzo tecnologico o, piuttosto, in veri e propri *agere posse* giuridicamente assistiti. Una volta stabilito che di diritti soggettivi si tratti, rimane da chiarire se possa essere riconosciuta una loro dignità costituzionale in assenza di un aggiornamento formale del catalogo dei diritti previsti dalla Costituzione.

2.1 La mailing list tra comunicazione riservata e diffusione del pensiero

Come accennato, l'opera di delimitazione dei diritti di libertà è presupposto di applicabilità delle discipline legislative che offrono tutela (anche penalistica) a precisi valori

costituzionali: si pensi, ad esempio, alla recente condanna, di società editrice, direttore responsabile, e giornalista di un noto quotidiano ex artt. 616 e 618 c.p. (violazione e rivelazione di corrispondenza), per aver pubblicato messaggi di posta elettronica scambiati tra iscritti ad una *mailing list* di una corrente dell'Associazione nazionale magistrati. In tal caso¹, il giudice ha ritenuto che la pluralità dei destinatari della corrispondenza elettronica, puntualmente individuati, non comportasse l'indeterminatezza degli stessi: in questo senso, la *mailing list* costituirebbe una forma di comunicazione riservata (e non una forma di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.) dal contenuto inconoscibile ad opera di terzi (se non previo consenso del mittente).

D'altro canto, una decisione di poco successiva pronunciata a seguito di una analoga controversia², ha rovesciato l'assunto, fatto proprio dal Tribunale di Milano citato *supra* e dalla dottrina tradizionale (BARILE-CHELI, 1962, pp. 744 e ss., PACE, 1977, pp. 80 e ss.), che vede nella determinatezza del destinatario il criterio principe per desumere l'*animus* del mittente e, quindi, sussumere una situazione concreta alla libertà di comunicare segretamente. Secondo questo più recente orientamento, l'atteggiamento psicologico deve essere desunto da elementi oggettivi tra cui, in particolare, l'idoneità del mezzo utilizzato a mantenere riservato il messaggio e il carattere tendenzialmente aperto della *mailing list* (cui partecipavano soggetti diversi dagli appartenenti all'ordine giudiziario). Poiché l'evoluzione tecnologica del mezzo rende assai arduo ricostruire la pretesa soggettiva sulla base del solo criterio (meramente quantitativo) della determinatezza dei destinatari, diviene necessario interpretare tali situazioni soggettive sulla base di criteri più elastici che tengano conto dell'effettiva volontà dei protagonisti di comunicazione, l'oggettiva idoneità del mezzo a mantenere riservata la comunicazione, nonché la fungibilità dei destinatari (VALASTRO, 2001, p. 163)

2.2. La stampa on-line: diritto di libertà o nuovo "foro"?

La delimitazione dei diritti di libertà assume rilievo, più in generale, quando in discussione vi sia non solo l'applicazione della normativa ordinaria, ma anche l'ambito di estensione delle stesse garanzie previste dalla Costituzione. Nell'ambito del più generale principio della libertà di manifestazione del pensiero espressa dall'art. 21.1 Cost., assume particolare rilievo la definizione del nucleo duro della libertà di stampa, cui la Costituzione, a partire dall'art. 21.2, riserva un trattamento del tutto peculiare. Nonostante alcune

¹ Trib. Milano, 27 giugno 2007, n. 8037, confermata da C. App. Milano, n. 3340/2010.

² Trib. Brescia, 18 settembre 2008, adito in sede civile, ha rigettato la domanda di risarcimento danni, avanzata da un magistrato, per violazione della segretezza della corrispondenza.

difformi pronunce delle corti di merito³, i giudici di legittimità sembrano, in effetti, esprimere un generale orientamento che ritiene incomparabile la stampa cartacea ai mezzi di diffusione *on-line* (COSTANZO, 2010, pp. 5239 e ss.). La Corte di Cassazione non solo ha escluso che il sequestro preventivo di siti internet possa sottostare alle condizioni di cui all'art. 21.3 Cost.⁴, ma ha anche ritenuto che non siano applicabili ai mezzi di diffusione *on-line* le norme sanzionatorie previste dalla legge sulla stampa e dal codice penale (obbligo di registrazione, obbligo di controllo da parte del direttore responsabile, reato di stampa clandestina). Così, i giudici hanno escluso che i commenti apparsi in calce ad una pagina web di un forum *on-line* costituissero "stampa" sequestrabile solo al ricorrere dei presupposti (particolarmente garantisti) previsti dall'art. 21.3 Cost. Il forum *on-line* è, infatti, "una semplice area di discussione, dove qualsiasi utente o gli utenti registrati sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile a tutti gli altri soggetti autorizzati ad accedere al forum"; in quanto tale, esso richiede un approccio flessibile che presuppone un inquadramento giuridico dei nuovi mezzi alla luce delle "caratteristiche specifiche di ognuno di essi"⁵.

D'altro canto, l'assenza del requisito «tipografico» indicato dall'art. 1 l. n. 47/1948 impedisce l'estensione analogica della normativa penalistica prevista per la stampa cartacea: come la responsabilità per omesso controllo (art. 57 c.p.) non può estendersi ai responsabili di *blog*, *forum*, e persino ai direttori delle testate telematiche⁶, così la mancata registrazione del giornale *on-line*, che non voglia accedere alle pubbliche provvidenze per l'editoria, non può tradursi in una condanna per stampa clandestina⁷. L'esclusione della responsabilità ex art. 57 c.p. del direttore di periodici telematici, sembra attuare, nel nome dell'interattività (e cioè della «possibilità di interferire sui testi che si leggono e si utilizzano»), quanto affermato diversi anni fa dalla Corte costituzionale: nel rigettare la

3 Si pensi ad es. a Trib. Modica, 8 maggio 2008, che ha condannato un blogger, ex art. 16 l. n. 47/1948, che punisce la cd. «stampa clandestina», o a Trib. Firenze, 13 febbraio 2009, n. 982, che assimila, quanto alla fattispecie di omesso controllo ex art. 57 c.p., la posizione del direttore responsabile a quella del redattore del *blog*.

4 Cass. pen., sez. III, sent. n. 10535/2008, secondo cui i nuovi mezzi di diffusione del pensiero non possono essere assimilati in blocco alla stampa cartacea, sino a prescindere «dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi». In senso analogo, cfr., più recentemente, Cass. V. sez. pen. n. 7155/2011.

5 Cass. pen. sent. n. 10535/2008, cit.

6 Cass. pen., sez. III, sent. n. 10535/2008, secondo cui i nuovi mezzi di diffusione del pensiero non possono essere assimilati in blocco alla stampa cartacea, sino a prescindere «dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi». In senso analogo, cfr., più recentemente, Cass. V. sez. pen. n. 7155/2011.

questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 3 l. n. 47/1948 e dell'art. 57 c.p., il giudice delle leggi aveva richiamato l'attenzione del legislatore sulla possibile attenuazione del regime di responsabilità dei direttori «(...) dei grandi periodici, le cui ampie dimensioni comportano crescente complessità delle strutture, vastità di materiale elaborato, molteplicità di edizioni (...)» che possono causare plurime difficoltà nell'osservanza degli obblighi di legge⁸.

Come si evince, i giudici ordinari hanno enunciato particolari regole definitorie che hanno escluso l'assimilabilità delle nuove forme di diffusione del pensiero *on-line* al concetto tradizionale di "stampa". Da questo punto di vista, è stato sottolineato come la fuga giurisdizionale dalle garanzie poste dalla Costituzione (in questo caso, dall'art. 21.3 Cost.) corra il rischio di sostituire ai singoli diritti positivizzati in Costituzione un *modello olistico* di libertà costituzionale (T. E. FROSINI, 2011), che verrebbe a creare una generica quanto indeterminata libertà di comunicazione discrezionalmente graduabile dai giudici comuni (in senso favorevole a tale possibilità, in fondo, CHELI, 2003, pp. 184-185). Eppure, se si guarda all'ampliamento delle sfere di liceità conseguente alla mancata applicazione delle norme penali sulla stampa, più che un'autonoma situazione soggettiva, i giudici sembrano avere delineato un nuovo foro che, libero da regolazioni eteronome, risulta particolarmente idoneo alla più ampia diffusione di idee e opinioni. In questo contesto, la rete non sembra porre le premesse per una nuova "libertà di comunicazione", autonoma pretesa di rilievo costituzionale dagli incerti confini, né può essere ricondotta, *sic et simpliciter*, alla situazione soggettiva prevista dagli artt. 21.2 e 21.3 Cost.; piuttosto, essa rimane un mezzo che, per le sue particolari caratteristiche, deve risultare esente da un'automatica estensione delle restrizioni penalistiche.

2.3 Diritto di accesso a Internet, neutralità della rete e diritto all'oblio: nuovi diritti o nuove "politiche"?

Infine, il rapporto tra rete e individuo dà nuova linfa alla *vexata quaestio* dei cd. «nuovi diritti», che ha intrattenuto per anni la dottrina italiana soprattutto nell'ambito della nota

7 Così da ultimo Cass. pen., sez. III, sent. n. 23230/2012, che ha definitivamente chiarito come la normativa di cui alla L. 7 marzo 2001, n. 62 (inerente alla disciplina sull'editoria e sui prodotti editoriale), ribadita dall'art. 7.3 del d.lgs. n. 70/2003, abbia introdotto la registrazione obbligatoria dei giornali *on-line* al solo fine di usufruire delle provvidenze economiche previste per l'editoria. Peraltro, l'art. 3 *bis* della legge n. 103/2012, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 63/2012, ha ora espressamente stabilito l'esonero dall'obbligo di registrazione per tutti i blog e i giornali *on-line* che non intendano accedere a finanziamenti pubblici a condizione che il ricavo derivante dall'attività della testata non superi i 100.000 euro annuali, di fatto restringendo la sfera di liceità avallata dalla Corte di Cassazione.

8 C. Cost. sent. n. 198/1982.

querelle sull'interpretazione dell'art. 2 Cost., intesa ora come fattispecie aperta al riconoscimento delle nuove istanze di tutela della persona provenienti all'evoluzione sociale (per tutti BARBERA, 1975, pp. 50 e ss.), ora come clausola meramente riassuntiva dei diritti espressamente enumerati nel testo costituzionale (BARILE, 1984, PACE, 2003, pp. 20 e ss.).

Quel dibattito sembra ora riprendere quota: secondo alcuni (RODOTÀ, 2004, XVII-XVIII, *Id.*, 2010, 348-349), sarebbe improprio riferirsi alla categoria dei «nuovi diritti», risultando sufficiente interpretare estensivamente le tradizionali garanzie costituzionali. Così, a mero titolo esemplificativo, la Costituzione offrirebbe già una particolare tutela ai diritti delle nuove comunità virtuali, a tutti gli effetti «formazioni sociali» ex art. 2 Cost.; il libero accesso alla proprietà, ex art. 42.2. Cost., dovrebbe tradursi nella libera appropriabilità di determinati beni per via elettronica, secondo la logica dei *Commons*, e così via.

Rispetto a quest'orientamento, vi è però chi ritiene che il web abbia introdotto, nella trama dell'ordinamento nuove situazioni soggettive come, ad esempio, il diritto di accesso a Internet (DE MINICO, 2011, T. E. FROSINI, 2011). Tale orientamento dottrinale non sembra, peraltro, declinare il diritto di accesso secondo una lettura unitaria, considerandolo ora un diritto sociale che si esaurisce nell'obbligo, gravante sui pubblici poteri, di fornire i mezzi materiali all'individuo per accedere alla banda larga e alla connessione veloce; ora un precipitato del diritto alla neutralità della rete (cd. *Net neutrality*), quale pretesa all'accesso (non tanto al servizio, quanto) ai contenuti apparsi sul *web* senza interventi limitativi dei *providers* o della pubblica autorità (secondo una struttura affine alle libertà negative).

Vero è che entrambe le pretese hanno trovato riconoscimento in altre esperienze: si pensi ad esempio, e per ciò che concerne il diritto ad accedere alla rete, al *Communications Market Acts* finlandese del 2009 o la *Ley de Economía Sostenible* del 2011, detta *Ley Sinde*, che stabilisce addirittura la velocità minima garantita della connessione (pari a 1Mbit/s), e che ascrive la fornitura della rete pubblica agli obblighi del «servizio universale». Per quanto concerne, invece, il diritto alla neutralità della rete la mente corre alla pronuncia della Corte Suprema statunitense⁹ che ha dichiarato illegittime le previsioni del *Communications Decency Act* del 1996, tra cui quelle che imponevano l'adozione di filtri atti a limitare l'accesso al traffico di materiale osceno e indecente, perché dirette al contenuto dell'espressione (*content based*) e perciò vietate dal Primo Emendamento della Costituzione americana. In quest'ambito si inserisce la recente decisione del Consiglio Costituzionale francese¹⁰, che ha dichiarato incostituzionali, per violazione della riserva di

9 Cfr. *Reno v. American Civil Liberties Unions*, 521 U.S. 844 (1997).

10 *Conseil Constitutionnel, Décision n. 580-2009*.

giurisdizione in materia di libertà pubbliche, quelle previsioni della *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* (cd. legge Hadopi) che attribuivano alla autorità amministrativa per la protezione del diritto di autore il potere di escludere dalla connessione gli utenti sorpresi a scaricare *files* illegali.

Per ciò che concerne l'Italia, invece, non pare possa parlarsi né di un diritto di accesso ai servizi di rete, né, forse, di un diritto di accesso ai contenuti *on-line*. Quanto alla prima situazione soggettiva, la natura di diritto sociale richiede l'individuazione normativa di una serie di condizioni (tra cui: la copertura di spesa, l'individuazione dell'ente erogante e dei soggetti destinatari della prestazione) di cui non sembra esservi traccia nell'ordinamento attuale: in effetti, l'ultimo intervento normativo in materia (art. 30 del d.l. 98/2011, conv. in l. n. 111/2011), non solo ha qualificato la realizzazione delle infrastrutture per la banda larga come semplice servizio di interesse economico generale (escludendo, quindi, che di tratti di «servizio universale»), ma ha realizzato un mero affidamento al Ministero dello Sviluppo Economico dell'attività di coordinamento per la realizzazione della connessione a banda larga (su questi aspetti cfr. comunque DE MINICO, 2011, p. 11)¹¹. Nel nostro ordinamento vale ancora quanto affermato dalla Corte Costituzionale¹², che nel rigettare il ricorso della regione Emilia Romagna contro l'istituzione di fondi volti all'acquisizione di *personal computer*, ha stabilito che la diffusione della cultura informatica rappresenti una semplice «finalità di interesse generale» riconducibile all'art. 9 Cost., volutamente ignorando la tesi, avanzata dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui l'accesso ai mezzi informatici doveva essere considerato «un vero e proprio diritto sociale», strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali.

Se è prematuro individuare, nella trama dell'ordinamento, un diritto di accesso alla banda larga, analogamente non sembra possa essere rinvenuto un diritto alla neutralità delle rete: in effetti, nonostante l'art. 16.3 d.lgs. n. 70/2003 imponga al *provider* di agire per eliminare contenuti lesivi dei diritti dei terzi solo previo provvedimento da parte dell'autorità amministrativa o giudiziaria, non pare sia possibile ricostruire, *a contrario*, e in assenza di una giurisprudenza consolidata, un diritto soggettivo alla fruibilità dei contenuti *on-line*.

11 L'assetto normativo sembra, tuttavia, in costante evoluzione: il d. l. n. 179/2012, recentemente approvato, fissa le linee di sviluppo della cd. Agenda digitale italiana. In particolare, l'art. 14 del decreto ha autorizzato la spesa di 150 ml di euro per realizzare la connessione ad una velocità minima di 2mbps nelle zone non ancora coperte e/o a fallimento di mercato. In tale contesto si colloca l'eventuale introduzione di un articolo 21 bis nel testo della Costituzione (cfr. AS n. 2485, XVI legislatura) volta a riconoscere a tutti l'«eguale diritto di accedere alla rete internet in condizione di parità con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale».

12 C. Cost., sent. n. 307/2004.

Parte della giurisprudenza di merito ritiene sufficiente la diffida stragiudiziale della parte privata per fondare un obbligo di rimozione dei contenuti da parte del *provider* (in caso di asserita violazione della normativa sul diritto d'autore: sul punto, criticamente, GAMBINI, 2011, p. 11 e p. 33 nt 67)¹³; anche le recenti proposte di regolamento «in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica», sembrano andare nel senso di un aggravamento della posizione del *provider* chiamato ad una prima opera di valutazione della liceità del contenuto *on-line*¹⁴.

Se così è, non pare che possa essere attribuita, ad ordinamento vigente, la dignità di diritto soggettivo all'accesso al *web*, nelle sue pur diverse declinazioni. E', innanzitutto, un problema di struttura: di diritto soggettivo, infatti, può parlarsi solo in relazione «a quelle situazioni in cui determinati interessi soggettivi (...) siano direttamente o immediatamente tutelati e sia data agli stessi la pretesa di azionare rimedi giurisdizionali per la loro integrabilità» (BARBERA, 2004, p. 29). E' anche, poi, un problema di sostanza, che rimanda a una ricorrente confusione, in dottrina, tra gli (auspicabili) orientamenti di politica del diritto dell'interprete e le proprietà rilevanti di ciò che è «materia» costituzionale o, detto altrimenti, tra le «sublimate esigenze politiche» (BARBERA, 2004, p. 24) della dottrina e l'effettiva identità materiale dell'ordinamento. Non è un caso, allora, che l'attribuzione del rango costituzionale a una determinata situazione soggettiva risulti spesso un espediente retorico di cui l'interprete (anche qualificato) si serve «per rintuzzare altri interessi antagonisti» (BIN, 2005, p. 365) non considerati meritevoli protezione alla luce delle particolari circostanze del caso (se si è di fronte a una controversia di natura giurisdizionale) o, in alternativa, per rafforzare particolari opzioni teoriche (se si è nell'ambito del dibattito tra chierici).

Alla luce di tali considerazioni, se la configurazione del diritto d'accesso appare problematica, discorso diverso può forse essere fatto in relazione al cd. diritto all'oblio, enunciato in una recente sentenza della Corte di Cassazione¹⁵. Non può negarsi, infatti,

13 Cfr., oltre alle pronunce riportate dall'A. citata *supra*, cfr., per un esempio, Trib. Milano, 7 giugno 2011 n. 7680 *R.T.I. c. Italia on-line*.

14 Si pensi, ad esempio, a quanto previsto nell'allegato b) della delibera AGCom, n. 668/2010/CONS che addirittura prevedeva la possibilità, a seguito dell'accertamento della violazione delle norme del diritto di autore, di inibire il nome del sito o dell'indirizzo *Ip* dei siti aventi i server localizzati al di fuori dei confini nazionali. Più proporzionate appaiono le soluzioni proposte dall'Al. A della delibera n. 398/2011/CONS, che ha non solo introdotto una sorta di «pregiudizialità giurisdizionale» sulle pretese violazioni della normativa sul *copyright*, ma ha anche ampliato il contraddittorio davanti all'Autorità. Il provvedimento ha, poi, esteso, anche per i siti esteri, la rimozione selettiva dei contenuti. Su tali aspetti cfr. comunque DE MINICO 2011b.

15 Cass. civ. sez. III., sent. n. 5525/2012.

come questa nuova situazione soggettiva, proiezione sociale e virtuale dell'identità personale, individui una pretesa, direttamente azionabile nei confronti dei titolari delle fonti di informazioni (cd. siti sorgenti), alla contestualizzazione, all'aggiornamento e, in ipotesi estrema, alla cancellazione di notizie non più attuali¹⁶. Proprio in relazione al diritto all'oblio, allora, può essere riaffermato il valore espansivo e la capacità normogenetica del principio personalista previsto dall'art. 2 Cost.: come è stato osservato, infatti, il libero sviluppo della persona non è solo un dato da rispettare, ma è anche un compito da sviluppare (BARBERA, 1975, p. 90) che impone l'azione congiunta di tutti i pubblici poteri, a maggior ragione quando siano da tutelare «spazi individuali di libertà (...) messi in discussione (...) dall'avvento di nuove preoccupanti tecnologie» (BARBERA, 1975, p. 91). In questi casi, allora, non può negarsi che le nuove situazioni soggettive individuate dalla giurisprudenza di legittimità abbiano un valore materialmente costituzionale che, a Costituzione invariata, rafforzano le basi dell'ordinamento costituzionale restringendo lo iato tra l'«essere» della società e il «dover essere» del documento costituzionale (sull'ordinamento costituzionale quale autonoma categoria teoretica cfr. diffusamente BARBERA, 2010, 326 e ss.).

3. Dilemmi istituzionali: il ruolo di supplenza dei giudici tra «impasse» legislativa e marginalizzazione della corte costituzionale

L'attuazione del principio personalista evidenzia la tendenza, da tempo in atto nel nostro ordinamento, di una applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, che valorizza «le virtualità propulsive» (P. MEZZANOTTE, 2012, p. 157) del testo costituzionale rispetto ai tradizionali processi di produzione giuridica. Eppure, non può non rilevarsi come questa tendenza, accentuata dall'avvento della rete, metta sotto tensione il modello dei diritti di libertà basato, almeno nel disegno originario del Costituente (C. MEZZANOTTE, 1979, pp. 71 e ss.) sulla duplicazione del circuito della legalità: per un verso, infatti, la Costituzione del 1948 individua un ambito oggettivo e contenutistico riservato alla legalità costituzionale, formalmente sovraordinata rispetto alle altre fonti dell'ordinamento, di cui custode è la Corte costituzionale; per un altro, la costellazione delle riserve di legge, nonché la sottoposizione del giudice alla legge di cui all'art. 101.2 Cost, sembrano presupporre una necessaria *interpositio legislatoris* nella disciplina dei diritti di libertà e una applicazione della legge asettica e neutrale. In altri termini, la Costituzione italiana, «nel momento in cui si irrigidisce nei confronti della legge ordinaria, e

¹⁶ L'estensione della pretesa è graduabile in relazione alle circostanze del caso concreto, avuto riguardo, in particolare, alla «finalità» della conservazione della notizia e all'interesse pubblico alla sua diffusione (*ibidem*, p. 24).

diviene perciò legge superiore, non opera un mero passaggio, dal Parlamento al giudice costituzionale, della definizione del “giusto” limite alla libertà», come accaduto, invece, nelle esperienze caratterizzate dal *judicial review of legislation*; essa, piuttosto, «precostituisce il limite stesso [della legislazione] attraverso le riserve rinforzate» e, d’altro canto, conferisce alla legge e agli atti a questa equiordinati la funzione di delimitare le singole situazioni soggettive riconosciute dalla Costituzione (affidando quindi all’atto parlamentare il compito di trovare il ragionevole equilibrio tra istanze libertarie e potenziali *countervales*, in questo senso AMATO, 1974, p. 278). Il modello costituzionale dei diritti di libertà, frutto di un’ibridazione tra il sistema francese delle riserve di legge, la teoria germanica dei diritti pubblici soggettivi, nonché l’irrigidimento, di chiaro stampo anglosassone, in una *higher law* di valori percepiti come fondamentali dalla comunità politica, recepisce la distinzione illuministica tra dichiarazione (preventiva) delle situazione soggettive e applicazione (successiva) delle relative garanzie.

Da questo punto di vista, la mutevolezza delle società delle reti e l’avvento di mezzi di comunicazione polifunzionali incidono sulla stessa possibilità di disegnare -in via generale e astratta- i confini dogmatici del diritto. Da ciò un’ulteriore conseguenza: il diritto soggettivo esiste giuridicamente non più quando è validamente posto, ma quando è effettivamente riconosciuto e, quindi, «aggiudicato» in sede giurisdizionale. In altri termini, al processo legislativo di «entificazione» delle situazione soggettive (BIN, 2005, pp. 353 e ss.) cui sembra rimandare il testo costituzionale, vanno sostituendosi relazioni conflittuali tra interessi da risolvere attraverso la scelta giudiziale dell’interesse prevalente. Dall’accentuato ruolo dei giudici consegue, ovviamente, un’evoluzione delle tecniche argomentative, che abbandonano canoni interpretativi classici per abbracciare forme argomentative che giustificano dall’esterno le decisioni sulla base di considerazioni legate al contesto sociale e scientifico, o in alcuni casi, alla pre-comprensione del caso attraverso l’ordine di preferenze assiologiche individuate dall’interprete. Nel caso *Peppermint*¹⁷, a seguito della richiesta di esibizione ex art. 156 bis l. 633/1941, che consente al titolare dei diritti di sfruttamento delle opere di ingegno di ottenere l’esibizione, nell’esercizio dell’azione inibitoria ex art. 156, delle informazioni necessarie all’individuazione dei responsabili della lesione del diritto, il Tribunale di Roma ha respinto la richiesta di esibizione dei dati anagrafici -in possesso degli *Internet service providers*- di quegli utenti che, tramite *file sharing* o tecnica *peer to peer*, avevano violato la normativa del diritto d’autore. Nel ribaltare il suo precedente orientamento¹⁸, il giudice ha ritenuto che il trattamento dei dati anagrafici potesse aver luogo senza l’autorizzazione dell’interessato «solo per la tutela di valori di rango superiore e che attengono alla difesa di interessi della

17 Il caso, nato dall’indagine della casa discografica sugli indirizzi IP degli utenti che scaricavano illegalmente *files* coperti dal diritto d’autore, ha dato origine a diverse pronunce: cfr. Trib. Roma (ord.) 18 agosto 2006; Trib. Roma (ord.) 9 febbraio 2007; Trib. Roma (ord.) 5 aprile 2007; Trib. Roma (ord.) 20 Aprile 2007; Trib. Roma (ord.) 26 aprile 2007.

collettività ovvero alla protezione dei sistemi informatici». Solo illeciti di natura penale consentono, quindi, la deroga alla disciplina al trattamento dei dati personali: «l'eccezione al divieto di trattamento dei dati è ristretto a specifiche ipotesi delittuose senza alcuna possibilità di estensione a ipotesi diverse da queste»¹⁹.

La sovraesposizione dei giudici comuni coincide, poi, con la marginalizzazione della Corte costituzionale. Le peculiari caratteristiche del controllo italiano di legittimità costituzionale rendono la nostra Corte, più che un giudice dei diritti, un arbitro dei conflitti tra le istanze provenienti dalla società (mediate dai giudici *a quibus*) e le scelte dei titolari della funzione di indirizzo politico, «(...) secondo una funzione dialogica di raccordo tra *legis-latio* e *legis-executio* (...)» (BIN, 2002, p. 79). Se, allora, i giudici di Palazzo della consulta sono giudici delle leggi più che giudici dei diritti, e se a mancare è la stessa *interpositio legislatoris*, a divenire rapsodica, instabile e frammentaria è la stessa partecipazione della Corte ai processi di produzione giuridica e di governo della rete. Ne è un esempio l'ordinanza di manifesta inammissibilità²⁰ della richiesta del giudice *a quo* di estendere la responsabilità civile prevista per l'editore del quotidiano stampato ex art. 11 della legge sulla stampa all'editore del quotidiano *on-line*: l'assenza di una previa norma di legge impedisce, ad avviso della Corte, l'introduzione in via pretoria di una norma retroattiva sfavorevole al soggetto privato.

Eppure, permangono dei dubbi circa l'idoneità dei giudici ad essere i soli guardiani dei diritti, soprattutto se si considera che, in un sistema senza precedente vincolante, la regola

18 Cfr. Trib. Roma (ord.) 14 luglio 2007, Trib. Roma (ord.) 17 marzo 2008. Il 28 febbraio 2008 è intervenuto anche il Garante per la protezione dei dati personali (Docweb n. 1495246) che ha disposto il divieto trattamento dei dati IP raccolti da Peppermint (tramite un intermediario specializzato) e, successivamente, la cancellazione dei dati raccolti dal *software* antipirateria. In senso affine si è pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte Giust. 29 gennaio 2008, C-275/06, cd. caso *Promusicae*) che ha di fatto delegato i giudici nazionali a risolvere il conflitto tra il diritto alla riservatezza e il diritto d'autore: secondo i giudici europei, poiché il quadro normativo comunitario lascia piena discrezionalità agli Stati membri nella modulazione delle deroghe al diritto al *privacy*, l'unico meta-criterio da rispettare è il principio di proporzionalità della limitazione ai diritti fondamentali.

19 Trib. Roma, ord. n. 14 luglio 2007. Il giudice rigetta, così, la richiesta della società fondata su un'interpretazione estensiva dell'art. 24.1 lett. f) d.lgs. n. 196/2003, che autorizza il trattamento dei dati senza consenso quando sia necessario «difendere un diritto in sede giudiziaria». A parere del Tribunale, infatti, non solo tale disposizione regola esclusivamente la fase (successiva) dell'utilizzazione e della diffusione, ma presuppone anche una legittima acquisizione del dato.

20 C. Cost. ord. n. 337/2011. La questione è ritenuta irrilevante perché l'eventuale accoglimento non avrebbe prodotto effetti sul giudizio *a quo*: nessuna pronuncia della Corte può avere l'effetto, infatti, di «(...) rendere antiggiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere». Su tale decisione cfr. la critica di PACE 2011, pp. 4617 e ss., che ritiene che il Giudice delle leggi abbia avallato un indebolimento della precettività dell'art. 3 Cost., là ove riconosce la pari dignità sociale del cittadino.

enunciata dalla decisione ha forza di legge solo ed esclusivamente tra le parti. In fondo, il sempre più marcato bilanciamento *ad hoc* compiuto dai giudici comporta anche una demistificazione della certezza del diritto, postulato di ascendenza illuministica ormai eroso dallo stato a rete e dall'avvento della società post-moderna dell'informazione. Ma non è solo la certezza del diritto (che pure cela un postulato di eguaglianza formale) ad essere messa in pericolo da una avanzata ermeneutica giudiziaria. Spesso, infatti, la discrezionalità insita nella decisione giudiziaria collide con alcuni principi costituzionali, tipici degli ordinamenti continentali liberal-democratici, come i principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali desumibili dall'art. 25 Cost., nonché con il principio di colpevolezza enunciato dall'art. 27 Cost. come reinterpretato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 364/1988.

Si pensi, ad esempio, ad alcuni recenti casi che hanno riproposto il problema della responsabilità penale dell'Internet Service Provider: l'avvento del web 2.0, cioè di una piattaforma virtuale implementata dallo scambio creativo tra utente e fornitore di servizio, ha spinto la giurisprudenza più recente a prefigurare un'estensione della responsabilità penale al provider per violazione, in concorso con gli utenti, delle norme sul diritto di autore (art. 171 *ter*, II comma lett. a l. n. 633/1941)²¹, o delle norme sul trattamento dei dati personali (*sub specie* dell'obbligo di informazione ex art. 167 d.lgs. 196/2003)²². Alla base di tali pronunce vi è la comune considerazione che i *providers* non siano semplici fornitori di servizi ma veri e propri *hosters* attivi, che contribuiscono a fornire contenuti. Ad essere superata, allora, è la pur recente classificazione operata dal d.lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico (su cui GAMBINI, 2011, pp. 7 e ss.) che, su impulso comunitario, esime gli *hosting providers* da un obbligo di sorveglianza sui contenuti caricati sulle piattaforme digitali.

Da questo punto di vista, il caso *Google vs Vivi Down* (su cui diffusamente, PIROZZOLI, 2011, CAMERA-POLLICINO, 2010, spec. 121 e ss, SARTOR-VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, 2010, pp. 645 e ss.) è esemplificativo dei risultati poco soddisfacenti che il ruolo di supplenza dei giudici può comportare: di fronte alle imputazioni per diffamazione e illecito trattamento dei dati personali, il Tribunale di Milano ha assolto gli amministratori del motore di ricerca dal primo reato, per assenza di un generale obbligo di controllo sui contenuti caricati on-line, ma li ha condannati per il mancato rispetto degli obblighi informativi ex art. 13 d.lgs. n. 196/2003, inclusi in via pretoria tra gli adempimenti penalmente sanzionati previsti dall'art. 167 d. lgs. n. 196/2003. Il divieto di analogia in *malam partem* non viene richiamato quando si tratta di accertare la violazione della

²¹ Cass. sez. III pen., sent. n. 49437/09.

²² Trib. Milano, n. 1972/2010.

normativa sui dati personali: poiché *Google* è un *hoster* attivo che tratta, distribuisce e indicizza i contenuti, la sua posizione è assimilata a quella del titolare del trattamento dei dati personali ivi diffusi. Tuttavia, il divieto di analogia in *malam partem* da un lato, e l'inesigibilità della condotta dall'altro²³, impediscono l'individuazione di una posizione di garanzia e la conseguente ascrizione di responsabilità per *culpa in vigilando*; è, invece, dall'art. 13 d. lgs. n. 167/2003 e dal "buon senso" nella "gestione di un sistema informatico", che discenderebbe l'obbligo di "corretta e puntuale informazione, da parte di chi accetti ed apprenda dati provenienti da terzi, ai terzi che questi dati consegnano".

L'incongruenza di tali argomentazioni è stata rilevata dal giudice di secondo grado, che ha riformato la sentenza di condanna assolvendo gli amministratori da tutti i capi di imputazione: a parere della Corte di Appello, infatti, non solo gli obblighi informativi non sono richiamati nel testo dell'art. 167 d.lgs. n. 167/2003, ma lo stesso *provider* che fornisce gli strumenti per "trattare" i dati non può assumere la qualifica soggettiva di "titolare" del trattamento. Piuttosto, è l'*uploader* che, "caricando il video", si assume, in via esclusiva, "la responsabilità per il trattamento dei dati personali"²⁴.

Gli esiti di questo giudizio non solo testimoniano la scarsa prevedibilità delle decisioni in un settore in costante evoluzione, ma costituisce, più in generale, spia della difficoltà di rinvenire un giudice «Erocle» che, in assenza di una generale opera di coordinamento legislativo, sappia fornire una mediazione ragionevole degli interessi coinvolti. Non solo. *Google v. Vivi Down* mostra come, la rete abbia ormai mutato le coordinate del conflitto: lo spazio virtuale gestito e implementato, sia a livello di infrastrutture sia a livello di *policy*, da grandi istituzioni private, ripropone la questione sollevata negli anni '60 dalla dottrina tedesca (e ripresa in Italia soprattutto da LOMBARDI, 1970, pp. 36 e ss.) della efficacia orizzontale (*Drittwirkung*) e, conseguentemente, della loro tutela non solo nei confronti del potere pubblico, ma anche nei confronti dell'organizzazione privata che agisca, in virtù della differente forza socio-economico, attraverso poteri autoritativi che si riflettano sulla sfera giuridica del *quisque de populo*.

4. Conclusioni: governare la rete e istituzionalizzare i diritti

23 Non esiste «(...) un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti web, e non appare possibile ricavarlo aliunde superando d'un balzo il divieto di analogia in *malam partem*, cardine interpretativo della nostra cultura (...) penale». In tal senso, «(...) non può essere imposto (perché irrealizzabile) (...) un obbligo generale e specifico di controllo su tutti i dati "sensibili" caricati (obbligo impossibile, se non altro, perché si imporrebbe ad un terzo la preventiva conoscenza di tutti i dati personali e particolari di tutte le persone che in ogni momento "transitano" sul web.» Cfr. Trib. Milano, cit. p. 95 e p. 96.

24 C. App. Milano, sent. 21 dicembre 2012.

Quest'ultima considerazione ci riporta al tema, di cui si accennava all'inizio, della regolazione di Internet, e della vitalità dei diritti della persona sul *medium* virtuale. Nonostante l'avvento del *cyberspazio* sollevi questioni nuove, le esigenze di tutela che la Costituzione pone non sono tramontate. E' evidente, infatti, il ruolo sempre più forte che le grandi *corporations* della rete -«i nuovi e vitalissimi giganti di silicio» (RODOTÀ, 2010, p. 339)- assumono nella definizione della sua *Governance* e quindi, indirettamente, delle prerogative individuali che si servono della rete. Non c'è bisogno di prefigurare la nascita di «costituzioni civili» per rilevare il potere che gli operatori hanno nella conformazione dei diritti degli utenti (basti pensare ad alcuni recenti casi simbolo, come ad esempio la consegna da parte di Yahoo alle autorità cinese della corrispondenza di un giornalista «scomodo») spesso degradati in deboli pretese contrattuali.

Da questo punto di vista, non possono non accogliersi favorevolmente alcune recenti proposte di dichiarazioni di diritti che riaffermano, a livello internazionale, la centralità dell'individuo nell'era digitale. Ne costituisce un esempio l'*Internet Bill of Rights* avanzata nell'ambito degli *Internet Governance Forums* (istituiti presso l'Onu), e discussa tramite una concertazione orizzontale tra rappresentanti degli Stati, operatori di settore, componenti della società civile.

Eppure, queste astratte proclamazioni di principio rischiano di rimanere confinate sulla carta, marginalizzate nell'empireo del metagiuridico, se il loro riconoscimento formale non è accompagnato da forti istituzioni che ne assicurino una continua implementazione.

Rispetto al rischio di una delocalizzazione virtuale delle situazioni soggettive, il ruolo avanzato dei giudici comuni dimostra, paradossalmente, come i diritti individuali siano ancora tutelati grazie all'opera di istituzioni poste dalle stesse Costituzioni statali. Se, infatti, da una prospettiva tutta interna non può non essere rilevata la marginalizzazione dei tradizionali canali di produzione normativa, da una prospettiva globale appare evidente come sia proprio la giurisdizione a rinsaldare il legame tra territorio e individui, tra Stato e diritti.

Ad essere in dubbio è, come appena accennato, la coerenza di questa sovraesposizione giudiziale con una Costituzione che sembra affidare alla *maior pars*, pur «nelle forme e nei limiti» costituzionalmente imposti, il compito di trovare un ragionevole equilibrio dei diversi interessi. D'altro canto, la moltiplicazione dei conflitti causata dalla società della rete richiede una mediazione stabile ed efficace delle relazioni polemiche tra gli opposti interessi, che l'odierno assetto giurisdizionale non riesce sino in fondo a garantire (anche e soprattutto) per ragioni istituzionali.

In tal senso, vi è una ragione «utilitarista» che richiama la necessità dell'intervento del decisore politico: la sua azione possiede, infatti, una maggiore capacità di porre regole valide in ogni tempo e luogo sia nell'opera di sistematico riequilibrio dei rapporti tra l'internauta e i «nuovi e vitalissimi giganti di silicio», che nell'attività di promozione delle

nuove possibilità messe a disposizione dalla rete.

Un'implementazione politico-istituzionale che, certo, dovrebbe avvenire non solo su scala nazionale, ma anche su impulso sovranazionale (a livello europeo, innanzitutto), senza prescindere dai processi politici richiamati dalle Costituzioni nazionali.

In fondo, alla crisi delle procedure formali della Costituzione non corrisponde un ripensamento dei suoi postulati assiologici. Risulta ancora (*rectius*: sempre più) attuale un sistema di valori costruito intorno ai principi di eguaglianza e del massimo sviluppo della persona umana. Proprio il principio personalista, infatti, funzionalizza l'azione dei pubblici poteri alla piena realizzazione della persona: a meno di non tornare ad un sistema di credenze pre-moderne, Internet, come tutte le innovazioni tecnologiche, è uno strumento al servizio dell'uomo, da governare con il concorso di tutte le pubbliche istituzioni.

Bibliografia

AMATO G., *Libertà (dir. cost.)* in *Enc. dir.* vol. XXIV, Giuffrè, Milano 1974. AZZARITI

G., *Internet e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 367 e ss. BALDASSARRE A.,

Globalizzazione contro democrazia, Laterza, Roma-Bari, 2002.

BARBERA A., *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

BARBERA A., *Nuovi diritti, attenzioni ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004.

BARBERA A., *Ordinamenti costituzionali e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 311 e ss.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984.

BARILE P.-CHELI E., *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962.

BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE-A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002.

BIN R. *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Jovene, Napoli, 2005.

CAMERA G.-POLLICINO O., *La legge è uguale anche sul web: dietro le quinte del caso Google-Vivi Down*, EGEA, Milano, 2010.

CAROTTI B., *L'Icann e la governance di Internet*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 681-721.

CASTELLS M., *La nascita della società in rete*, EGEA, Milano, 2002.

CASTELLS M., *Comunicazione e potere*, UBE, Milano, 2009.

CHELI E., *Conclusioni*, in F. DONATI, G. MORBIDELLI, (a cura di) *Comunicazione: verso il diritto della convergenza?* Giappichelli, Torino, 2003.

COSTANZO P., *La regolazione della Rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie telecomunicative (Safer Internet)*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*. Jovene, Napoli, 2009

COSTANZO P., *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giur. Cost.*, 2010, pp. 5239 e ss.

COSTANZO P., *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, relazione al Convegno AIC, 23-24 novembre 2012, "Costituzionalismo e globalizzazione", reperibile in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/bgic/convegno-annuale-aic-costituzionalismo-e-globalizzazione-salerno-23-24-novembre-2012-relazion-1>

DE MINICO G., *Diritti, regole, democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011.

DE MINICO G., *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo.it*.

FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC* 1/2011.

GAMBINI M., *Gli hosting providers tra doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011.

HABERMAS J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma, 2006.

HORCKHEIMER M.-ADORNO, T. W., *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino, 1974.

IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Jovene, Napoli, 2007.

LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, pp. 124 e ss.

MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano 1979.

MEZZANOTTE P., *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti atti del Convegno di Roma, Facoltà di scienze politiche sociologia, comunicazione, 11 luglio 2011*, Jovene, Napoli, 2012.

MORRONE A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello stato e «diritto costituzionale globale»*, in corso di pubblicazione su *Quad. cost.* 2012.

PACE A., *Rapporti civili. Art. 15*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma 1977.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Giappichelli, Torino 2003.

PACE A., *La Consulta dimentica la precettività delle «regole» costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 2011, 4617 e ss.

PIROZZOLI A., *La responsabilità dell'internet service provider. Il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso google*, in *Rivista AIC* 2/2011.

RODOTÀ S., *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma, 2004.

RODOTA' S., *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 337 e ss.

SARTOR G.-VIOLA DE AZEVEDO CUNHA M., *Il caso Google Vivi Down tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 645 e ss.

SCHMITT C., *Il nomos della terra: nel diritto internazionale dello Jus publicum Europaeum*,

Adelphi, Milano, 1991.

SCHMITT C., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972.

TOURAINE, A., *Critica della modernità*, Giuffrè, Milano, 1993.

VALASTRO A., *La libertà di comunicazione e nuove tecnologie: inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*, Giuffrè, Milano 2001.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Bologna -
corrado.caruso@unibo.it

Forum di Quaderni Costituzionali

tituzionali
