medialaws

Rivista di diritto dei media
1/2018 gennaio

DIRETTORE RESPONSABILE
EDITOR-IN-CHIEF
Oreste Pollicino

DIRETTORI
EDITORS
Giulio Enea Vigevani
Carlo Melzi d'Eril

VICEDIRETTORI
VICE-EDITORS
Marco Cuniberti,
Giovanni Maria Riccio

SEDE
CONTACTS
ACCMS Studio Legale,
Via Podgora 13 – 20122 Milano

REDAZIONE
EDITORIAL BOARD
Marco Bassini (coordinatore),
Serena Sileoni (vice coordinatore),
Nicola Canzian, Carla Cosentino,
Giovanni De Gregorio,
Fabio Ferrari, Valerio Lubello,
Silvia Vimercati, Paolo Zucchittu

@: submissions@medialaws.eu

COMITATO SCIENTIFICO
STEERING COMMITTEE

Shulamit Almog
Giuseppe Busia
Licia Califano
Angelo Marcello Cardani
Marta Cartabia
Massimo Ceresa-Gastaldo
Pasquale Costanzo
Marilisa D'Amico
Filippo Donati
Tommaso Edoardo Frosini
Maurizio Fumo
Alberto Maria Gambino
Michael Geist
Enrico Grosso
Uta Kohl
Krystyna Kowalik-Bańczyk
Fiona Macmillan
Michela Manetti
Christopher Marsden
Manuel David Masseno
Roberto Mastroianni
Luigi Montuori
Antonio Nicita
Miquel Pequera
Vincenzo Pezzella
Giovanni Pitruzzella
Francesco Pizzetti
Andrea Pugiotto
Sergio Seminara
Salvatore Sica
Francesco Viganò
Lorenza Violini
Nicolò Zanon
Vincenzo Zeno Zencovich

COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE
ADVISORY BOARD

Giulio Allevato
Ernesto Apa
Fabio Basile
Daniela Bifulco
Carlo Blengino
Irene Calboli
Corrado Caruso
Marina Castellaneta
Adolfo Ceretti
Filippo Danovi
Giovanna De Minico
Marius Dragomir
Roberto Flor
Marco Gambaro
Gianluca Gardini
Ottavio Grandinetti
Simone Lonati
Nicola Lupo
Claudio Martinelli
Alberto Mattiacci
Alessandro Melchionda
Donatella Morana
Marco Orofino
Piergiuseppe Otranto
Anna Papa
Paolo Passaglia
Bilyana Petkova
Marina Pietrangelo
Federico Gustavo Pizzetti
Augusto Preta
Margherita Ramajoli
Giorgio Resta
Andrej Savin
Salvatore Scuto
Monica Alessia Senor
Bruno Tonoletti
Emilio Tosi
Lara Trucco
Luca Vanoni
Thomas Wischmeyer

ANNO 2017 - 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. I contributi di autori di particolare autorevolezza possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di valutazione, dandone notizia in nota a tali contributi.

Indice
Index

Editoriale

12 ***Fake news* e diffusione dei *social media*: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?**
Nicolò Zanon

Saggi
Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete

19 **La libertà di informazione nell'era di Internet**
Giovanni Pitruzzella

48 **La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet**
Oreste Pollicino

83 **Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia**
Maurizio Fumo

Saggi
L'art. 21 ha settant'anni

93 **L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo**
Filippo Donati

Saggi
I vent'anni del Garante della privacy

103 **La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni**
Francesco Pizzetti

124 **Privacy e imprese: un rapporto difficile?**
Augusta Iannini

131 **La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico**
Licia Califano

Saggi
Focus: la vicenda *Uber*

140 ***Uber:* Modello economico e implicazioni giuridiche**
Vincenzo Zeno-Zencovich

144 **Il caso *Uber* negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti**
Luca Belviso

161 **Il legislatore tentennante sul servizio di noleggio con conducente: l'incertezza ricostruttiva fra reviviscenza e assenza di una disciplina positiva**
Nicola Canzian

176 **Uber and the challenges for antitrust law and regulation**
Margherita Colangelo, Mariateresa Maggiolino

189 **EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and "digital" judicial insulation**
Enzo Marasà, Oreste Pollicino

195 **Il servizio di Uber tra asset dormienti e valore digitale. Quale regolazione?**
Franco Becchis, Stefano Valerio

Saggi
La riforma Orlando: intercettazioni, riservatezza, diritto di cronaca

201 **Il "vorrei ma non posso" di un legislatore che "potrebbe ma non vuole"**
Luigi Ferrarella

211 **Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente previsto dall'art. 617-*septies* c.p.**
Roberto Bartoli

Saggi

222 I pericoli del *marketplace of ideas*. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive
Margherita Ramajoli

231 Digital platforms and the law: contested issues
Giorgio Resta

249 Certification Mechanism as a Tool for the Unification of the Data Protection European Law
Giovanni Maria Riccio, Federica Pezza

261 L'*Estonian e-Residency*: verso uno Stato sempre più "cross-border"?
Lucia Giuditta Sciannella

281 Disciplina e utilizzo degli Open Data in Italia
Francesco Sciacchitano

315 Google's antitrust woes around the world
Elena Perotti

332 Il sostegno finanziario dello Stato al cinema e la disattesa attuazione della "Costituzione culturale"
Alessandro Zaffanella

Note a sentenza
Sezione Europa
Corte europea dei diritti dell'uomo

362 Se la notizia non è di interesse generale, la tutela del segreto d'indagine prevale sulla libertà di stampa
Marina Castellaneta

372 All'epoca dei fatti si parlava di opinioni (ma non era così). Note a margine del caso *Egill Einarsson c. Islanda*
Stefano Rossetti

Note a sentenza
Sezione Europa
Corte di giustizia

379 Comunicazione al pubblico e copia privata: verso l'ipertrofia del diritto d'autore comunitario?
Carla Cosentino

390 La distribuzione selettiva dei prodotti di lusso e la vendita su piattaforme Internet terze: la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Coty Germany*
Gea Condorelli

395 Procedure di assegnazione delle frequenze digitali terrestri: i chiarimenti della Corte di giustizia nei casi *Europa Way* e *Persidera*
Sara Gobbato

400 La Corte di giustizia parifica persone fisiche e persone giuridiche ai fini della giurisdizione nelle azioni di risarcimento del danno per violazione dei diritti della personalità.
Filippo Frigerio

Note a sentenza
Sezione Italia

406 Titolo e diffamazione: quando un articolo di giornale degrada a *tweet* (nota parzialmente critica a Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2017, n. 12012)
Fabio Ferrari

411 Diffamazione a mezzo stampa e tutela giudiziale: conviene far causa civile o proporre denuncia-querela?
Jacopo Antonelli Dudan

415 "Un blog è un blog"
Carlo Melzi d'Eril, Serena Sileoni

420 Cinematografia e rappresentazione di un'opera in pubblico
Beatrice Giubilei

429 Diritto di critica contro la mafia e rispetto della "dignità" della persona: all'esame della Cassazione un delicato caso di conflitto tra principi costituzionali in tema di diffamazione
Anna Costantini

439 La retorica delle parole ostili e il volano dell'intolleranza verso gli intolleranti. A commento di una recente decisione dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria
Marco Bassini

Note a sentenza
Sezione comparata

447 Il riconoscimento della tutela costituzionale del diritto alla privacy in India
Monica Senor

461 La Corte Suprema degli Stati Uniti si pronuncia sulla costituzionalità della *disparagement clause*
Lucia Scaffardi

Cronache

468 La riforma della neutralità della rete: il nuovo scontro tra utenti e *Internet providers*
Giovanni Caccavello

470 Secondo capitolo della saga Maximilian Schrems vs Facebook Ireland Limited: prime riflessioni sulle Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek
Giulia Formici

473 Irish High Court e Corte di giustizia europea: un nuovo dialogo sul trasferimento di dati da Facebook Ireland a Facebook Inc.
Riccardo Cabazzi

479 Three new pieces of legislation implementing Franceschini Act on cinema and audio-visual media services
Ernesto Apa, Donata Cordone

Editorial

12 **Fake news and social network: do we need a "public truth authority"?**
Nicolò Zanon

Articles
Fake news, pluralism and ISP liability

19 **Freedom of information in the age of the Internet**
Giovanni Pitruzzella

48 **The constitutional perspective on freedom of expression on the Internet**
Oreste Pollicino

83 **Fake news, criminal law and the safeguard of democracy**
Maurizio Fumo

Articles
Article 21 of the Constitution turns 70

93 **Article 21 of the Constitution turns 70: an introduction**
Filippo Donati

Articles
The Italian Data Protection Authority turns 20

103 **Data protection from Directive 95/46/EC to the GDPR**
Francesco Pizzetti

124 **Privacy and business: a strained relationship?**
Augusta Iannini

131 **Data protection and the role of the Italian Data Protection Authority**
Licia Califano

Articles
The Uber case

140 ***Uber*: business model and legal implications**
Vincenzo Zeno-Zencovich

144 **The *Uber* case in the United States and in Europe among market, technology and law. Regulatory obsolescence and the role of Courts**
Luca Belviso

161 **An uncertain regulation of vehicle hire with driver services, between revival of repealed law and absence of any specific rule**
Nicola Canzian

176 **Uber and the challenges for antitrust law and regulation**
Margherita Colangelo, Mariateresa Maggiolino

189 **EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and "digital" judicial insulation**
Enzo Marasà, Oreste Pollicino

195 **Uber: which regulation?**
Franco Becchis, Stefano Valerio

Articles
The Orlando Reform: interceptions, privacy and freedom of information

201 **The "I want to, but I can't do" of a legislator that "could but doesn't want"**
Luigi Ferrarella

211 **The new criminal offense of illegal circulation of recordings provided for by Article 617-septies of the Criminal Code**
Roberto Bartoli

Articles

222 The risks of the marketplace of ideas.
Margherita Ramajoli

231 Digital platforms and the law: contested issues
Giorgio Resta

249 Certification Mechanism as a Tool for the Unification of the Data Protection European Law
Giovanni Maria Riccio, Federica Pezza

261 Estonian e-Residency: towards a more cross-border State?
Lucia Giuditta Sciannella

281 Open Data under Italian law
Francesco Sciacchitano

315 Google's antitrust woes around the world
Elena Perotti

332 State financial support to cinema and the failure to achieve a "cultural Constitution"
Alessandro Zaffanella

Notes and comments
Europe
European Court of Human Rights

362 In the absence of public interest confidentiality of judicial investigations prevails over freedom of press, ECtHR says
Marina Castellaneta

372 Facts vs. opinions: the ECtHR judgment in Egil Einarsson v. Iceland
Stefano Rossetti

Notes and comments
Europe
Court of Justice

379 Public communication and private copying: towards the hypertrophy of EU copyright?
Carla Cosentino

390 Selective distribution of luxury goods and online sales on third parties platforms. The ECJ judgment in the *Coty Germany* case
Gea Condorelli

395 Allocation of digital terrestrial broadcasting radio frequencies: the clarification of the European Court of Justice in the *Europa Way* and *Persidera* cases (C-560/15 and C-112/16)
Sara Gobbato

400 The Court of justice states that the principles concerning jurisdiction in lawsuits for infringements of personal rights established for natural persons apply also to legal persons
Filippo Frigerio

Notes and comments
Italy

406 Defamatory headlines: if a newspaper article is downgraded to a tweet
Fabio Ferrari

411 Press defamation and judicial redress: is civil action better than a criminal one?
Jacopo Antonelli Dudan

415 A blog is nothing else than a blog
Carlo Melzi d'Eril, Serena Sileoni

420 Cinematography and Public representation of a work
Beatrice Giubilei

429 Right to criticize mafia and respect of human dignity: Italian Supreme Court of Cassation balancing constitutional principles with respect to defamation
Anna Costantini

439 Too much tolerance can be a bad thing but is still the best option
Marco Bassini

Notes and comments
Comparatative Law

447 The Indian Supreme Court and the constitutional protection of the right to privacy
Monica Senor

461 The Supreme Court of the United States says that the trademark disparagement clause violates the free speech clause of the First Amendment
Lucia Scaffardi

New legislation

468 Reforming network neutrality: a new battle between users and ISPs
Giovanni Caccavello

470 The opinion of Advocate General Bobek in the Schrems v. Facebook Ireland case
Giulia Formici

473 Irish High Court and European Court of Justice: a new dialogue on data transfer from Facebook Ireland to Facebook Inc.
Riccardo Cabazzi

479 Three new pieces of legislation implementing Franceschini Act on cinema and audio-visual media services
Ernesto Apa, Donata Cordone

In questo secondo numero della rivista ci sono alcune novità che meritano qualche riga di presentazione.

Tenuto conto del fatto che l'argomento *fake news* continua ad essere di notevole rilevanza, pubblichiamo altri saggi in tema, dopo la sezione monografica del primo numero, come quelli di Maurizio Fumo e Margherita Ramajoli. Ci è parso inoltre interessante ospitare un'opinione di Nicolò Zanon che prende spunto da due contributi di Oreste Pollicino e Giovanni Pitruzzella già comparsi in un volume edito da Egea.

Oltre ad un focus dedicato a Uber come caso paradigmatico delle nuove frontiere dei servizi della società dell'informazione, si aprono in questo numero altre due sezioni monografiche, che proseguiranno in quelli successivi. La prima contiene contributi che intendono "fare il punto" sui settant'anni dell'art. 21 Cost., analizzando alcune discipline, e il loro modificarsi nei decenni, che da questa disposizione traggono ispirazione. In questo numero presentiamo una riflessione di Filippo Donati, altre seguiranno. La seconda è un commento a prima lettura della cd. riforma Orlando, in particolare in materia di intercettazioni, riservatezza e attività giornalistica. Anche qui agli scritti di Luigi Ferrarella e di Roberto Bartoli seguiranno altri nei prossimi numeri.

Il diritto dei media e delle nuove tecnologie è in continuo evolversi. Per questo, ci sembra utile che, come nel presente numero, anche nei prossimi le sezioni tematiche e i focus continuino ad arricchirsi di riflessioni e argomenti oltre i singoli fascicoli, offrendo percorsi ininterrotti al lettore interessato a queste tematiche.

Fake news e diffusione dei *social media*: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?

(A margine di G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere - Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017)

Nicolò Zanon

Keywords: fake news, Internet, libertà di espressione, post-verità, social media

Nicolò Zanon

Sommario

1. Introduzione. – 2. Questioni rilevanti. – 3. Il fattore tecnologico e i paradigmi tradizionali. - 4. L'Autorità Pubblica della Verità

«Quando tutta la specie umana, meno uno, avesse un'opinione,
e quest'uno fosse di opinione contraria,
l'umanità non avrebbe maggior diritto d'imporre silenzio a questa persona,
che questa persona, ove lo potesse, d'imporre silenzio all'umanità»
(John Stuart Mill)

1. Introduzione

La straordinaria diffusione dei *social media* consente a tutti noi di essere non più solo passivi destinatari di informazioni provenienti dai media tradizionali (giornali e televisioni), ma anche attivi produttori e comunicatori di dati e notizie, che si espandono in rete, moltiplicandosi all'infinito. Ogni singolo utente riceve dalla rete un oceano di informazioni, e a sua volta, può in teoria raggiungere, con le informazioni che egli stesso produce, tanti soggetti quanto un potente *network* televisivo o giornalistico.

Da questo punto di vista, *social media* e rete parrebbero precostituire le condizioni perfette per lo sviluppo della concorrenza in un ideale "mercato delle idee", portando a compimento il modello liberale-classico in tema di libertà d'espressione: più idee sono in circolazione e in concorrenza fra loro, più facilmente è possibile, per tutti e per ciascuno, operare fra queste una selezione, formarsi un libero convincimento e avvicinarsi alla "verità".

Non è affatto così, invece, secondo la tesi principale espressa nel volume "Parole e potere – Libertà d'espressione hate speech e fake news" (Egea, Milano 2017), nel quale Giovanni Pitruzzella, Oreste Pollicino e Stefano Quintarelli riflettono sulle trasformazioni strutturali che il mondo dell'informazione ha subìto in seguito alla straordinaria e rapidissima evoluzione tecnologica di questi ultimi anni.

Non sarebbe oggi possibile – questa la tesi di cui si diceva - ragionare di un vero mercato delle idee, per una serie di evidenze, delle quali si deve avere consapevolezza.

In primo luogo, ciascuno di noi, quando naviga in rete alla ricerca di informazioni, viene sostanzialmente preso in consegna da un algoritmo personalizzato, che ci fornisce dati e notizie selezionati secondo il nostro specifico profilo, che confermano opinioni e orientamenti già da noi manifestati (mentre ciascun utente crede di avere a che fare con dati oggettivi disponibili a chiunque).

In secondo luogo, e quale conseguenza, ciascun internauta vive in una sorta di *filter bubble*, in cui i post visualizzati sono sempre più in linea con i suoi interessi ed opinioni. L'utente finisce per essere esposto solo a ciò che è già in sintonia con i suoi pregiudizi, e per ricevere, come notizie e informazioni, soltanto l'eco delle opinioni e dei gusti che ha già manifestato (*echo chamber*), rafforzandosi ancor più nei suoi convincimenti: gli algoritmi, insomma, costruirebbero un mondo su misura per ciascuno di noi.

Soprattutto con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero in materie lato sensu "politiche", la *filter bubble* minerebbe alla radice il DNA delle democrazie occidentali: giacché renderebbe inesistente il dibattito pubblico in cui idee diverse si confrontano liberamente, e non consentirebbe perciò il *government by discussion*, cioè il principio per cui, all'esito di un confronto pubblico e aperto, ciascuno può scegliere la propria verità.
Inoltre, tenendo particolarmente presente il rilievo che per ogni democrazia pluralista ha la formazione di una consapevole volontà politica in ciascun cittadino (e quindi in ciascun elettore), non si potrebbe trascurare che la rete amplifica e rende ancor più rilevanti le famose *fake news* (cioè, le notizie *appearing to be something it is not*). Senza che nessun soggetto (o piattaforma, o provider ecc.) ne risulti realmente responsabile o sia comunque gravato di effettivi compiti di controllo, esse sarebbero facilmente create e messe in rete, velocissimamente diffuse dai pochi *gatekeeper* esistenti, e infine acriticamente assunte dai destinatari, chiusi nella loro *filter bubble*, con risultati rovinosi per una sana e realmente pluralistica dialettica politica: «quando gli individui sono chiusi in bolle autoreferenziali e proliferano le *fake news* e gli *hate speech*, la politica tende a polarizzarsi, seguendo il "neo-tribalismo" che si alimenta nel web»[1].
In estrema (e brutale) sintesi, la proposta adombrata nel volume, quale rimedio alla situazione descritta (sia pur con sagge cautele e con consapevolezza dei rischi), è la seguente: l'introduzione di istituzioni specializzate, terze e indipendenti, (si tratterebbe di giudici specializzati o di autorità indipendenti), che, sulla base di principi predefiniti, siano dotate del potere di intervenire, sussidiariamente ma in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete i contenuti palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana.
Sul presupposto che non sia opportuno affidare in modo esclusivo a compagnie private il monitoraggio dell'informazione diffusa in rete (anche se una volta ricondotta ad esse la responsabilità per i contenuti ospitati, ne potrebbe derivare una loro più intensa attività di controllo), ecco dunque avanzare l'idea di un controllore pubblico, capace di identificare – ripetiamocelo per avere ben chiara la proposta – i contenuti informativi palesemente falsi o illegali ovvero quelli lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana.
Parlerei, in proposito, e lo faccio naturalmente in modo provocatorio, di un"'Autorità Pubblica della Verità".

2. Questioni rilevanti

Le questioni che il volume pone, a completamento di un dibattito pubblico di recente piuttosto intenso anche in Italia, sono indubbiamente assai serie.
Si tratta innanzitutto di comprendere se l'uso e la diffusione dei *social media*, e la velocità di circolazione in rete delle notizie tramite questi ultimi, abbiano strutturalmente e qua-

[1] G. Pitruzzella - O. Pollicino - S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 88.

litativamente modificato i dati e i concetti che abitualmente utilizziamo per ragionare in tema di manifestazione del pensiero.
Le bufale sono sempre esistite, la disinformazione anche. E anche i lettori dell'Unità o del Secolo d'Italia, negli anni sessanta o settanta, vivevano in una loro peculiare "bolla informativa", compiacendosi di leggere cose delle quali erano già ampiamente convinti….
Tutto ciò è ben noto anche gli autori del volume: il punto è comprendere se davvero, come essi pensano, la "quantità" e la diffusione delle bufale e della disinformazione, tramite la rete, abbiano cambiato la "qualità" del fenomeno.
Si tratta, di conseguenza, di valutare se le idee tradizionali, i principi costituzionali in tema di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, debbano subire qualche adattamento (o, più insidiosamente, qualche "torsione") a seguito delle trasformazioni sommariamente descritte.
Insomma: al cospetto delle trasformazioni descritte, sono da ritenere categorie concettuali ormai invecchiate, quelle radicate nel diritto costituzionale liberale-classico?
Sono schemi concettuali obsoleti quelli che, attualizzando la filosofia del *free trade in ideas* espressa dal giudice Oliver Holmes nel caso *Abrams vs United States*[2], privilegiano la prospettiva secondo la quale [the] *best antidote to fake news and hate speech is more speech*?
Tra le questioni sul tappeto, anche quella relativa all'eventuale opportunità di distinguere i settori della vita sociale o del sapere, per identificarne alcuni, particolarmente sensibili (la vita democratica, il processo elettorale, le informazioni medico-scientifiche), nei quali le *fake news* siano da considerare maggiormente dannose, e rispetto ai quali, perciò, sia necessaria una nuova ed occhiuta regolamentazione.
Antonio Nicita, citando il premio Nobel per l'economia Ronald Coase, ricorda che da tempo alcuni si sono chiesti perché mai lo Stato si preoccupi di tutelare il consumatore sul mercato dei beni, ad esempio contro la pubblicità ingannevole, e invece poi, nel mercato delle idee, lasci il cittadino senza aiuto rispetto alla selezione di informazioni non veritiere, che riguardano più direttamente la dimensione della sua vita civile, e, in ultima analisi, la sua consapevole capacità deliberativa, posta a fondamento delle sue libere scelte politiche[3].
In una direzione non estranea a queste preoccupazioni sembrava muoversi un progetto di legge presentato (poi non approvato) al Senato nel febbraio 2017. Solo che, banalizzando e distorcendo di molto le analisi più sofisticate, esso correva subito alla ricerca della sanzione penale, mirando all'introduzione nel codice penale di nuove fattispecie di reato, in caso di diffusione di notizie false che possano fuorviare settori dell'opinione pubblica o aventi ad oggetto campagne volte a minare il processo democratico.

3. Il fattore tecnologico e i paradigmi tradizionali

Per vero, non è raro, nella storia, il fenomeno per cui, di fronte a radicali trasformazioni

[2] *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

[3] A. Nicita, *È possibile il libero scambio nel mercato della verità?*, in *Il Foglio*, 13 gennaio 2017.

tecnologiche, le scienze sociali ritengano ogni volta di trovarsi di fronte ad un vero e decisivo tornante, in grado di incidere in modo rivoluzionario non solo sulle condizioni materiali della vita umana, ma anche sulla stessa natura degli individui, nonché sulle caratteristiche della loro vita di relazione, di cui l'espressione del pensiero è un aspetto fondamentale.

La prudenza, e un poco di sano scetticismo, aiutano forse a mettere in prospettiva anche la rivoluzione digitale, e le sue conseguenze. L'uomo, in fondo, resta sempre uguale a sé stesso, e chi scrive pensa che il progresso materiale non si sia mai accompagnato ad un "progresso" morale - ma nemmeno ad un regresso! - né dei singoli né dell'umanità….

Intanto, non è nuova affatto l'idea di dover proteggere il cittadino (e in particolare il cittadino elettore, quello che deve formare liberamente la propria volontà politica, per esercitare il diritto di voto in modo consapevole) dal bombardamento di informazioni proveniente dai *media*: la legislazione italiana sulla *par condicio*, in tema di disciplina dell'informazione politica sui media televisivi e radiofonici, parte esattamente dal medesimo presupposto, cioè dall'idea che l'elettore medio "si beve" qualunque propaganda, non avendo strumenti critici per distinguere e giudicare correttamente.

Non saprei però dire se l'esperienza applicativa del controllo occhiuto sui tempi della propaganda politica, affidato a leggi e organismi pubblici, abbia avuto utilità e successo reali. Forse è lecito dubitarne, e non ripetere l'errore.

Ancora: si chiede il volume se oggi non si debbano abbandonare i vecchi schemi ispirati all'idea della tutela della libertà di pensiero come libertà negativa (essenzialmente come libertà dalle ingerenze e dai limiti indotti dal potere pubblico), prendendo atto che una minaccia alla libertà dell'informazione (di informare e essere informati) proviene oggi anche da soggetti privati – le grandi piattaforme digitali, veri e propri colossi informatici e finanziari – che perciò dovrebbero piegarsi a penetranti controlli di autorità pubbliche create *ad hoc*[4].

Anche qui, per vero, *nihil sub sole novi*: per fermarsi alla dottrina giuspubblicistica italiana, è di cinquant'anni fa la monografia di Giorgio Lombardi, intitolata "Potere privato e diritti fondamentali", che chiariva come la lesione alle sfere di libertà individuale ben può provenire da soggetti non pubblici, ma privati, posti in posizione eminente e di dominio, sicché anche contro questi ultimi va tutelata ogni libertà individuale, anche intesa come libertà negativa, "libertà da".

4. L'Autorità Pubblica della Verità

Ma va affrontata direttamente la proposta centrale del volume, di cui si diceva: la creazione, appunto, di un'autorità indipendente cui affidare il potere di intervenire, sussidiariamente ma in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete i contenuti palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana (quella che propongo di chiamare, provocatoriamente, l'"Autorità Pubblica della Verità").

[4] G. Pitruzzella - O. Pollicino - S. Quintarelli, *op. cit.*, 88.

Per vero, suscita più di qualche brivido, nell'era del "politicamente corretto", immaginare un decisore pubblico, dotato non solo del potere di scriminare il palesemente falso dall'opinabile, ma soprattutto di bollare alcuni contenuti informativi come lesivi dei diritti fondamentali o della dignità umana (concetto, quest'ultimo, che è tra i più nobili, ma anche tra i più ambigui del pensiero filosofico-politico, come sanno coloro che l'hanno studiato davvero). Vedrei una simile innovazione come un sinistro contributo alla definitiva affermazione di un tetro "pensiero unico", che criminalizza ogni dissenso.

Più in generale, quanto all'"Autorità Pubblica della Verità", sovviene quanto affermato in una non recentissima sentenza della Corte costituzionale, in tema di propaganda politica e di comunicazione istituzionale durante le campagne referendarie: e cioè che sarebbe incongruo pretendere da soggetti pubblici e istituzionali una comunicazione imparziale che spieghi cosa sia il giusto e il vero, perché in questo campo conta solo il contraddittorio delle idee tra i diversi soggetti interessati, nel quadro del massimo pluralismo informativo[5].

So bene che i sostenitori della tesi qui criticata obiettano che i mutamenti strutturali e tecnologici indotti dalla diffusione dei *social media* rendono obsoleto questo modo di ragionare, e richiedono innovazioni radicali.

Ma continuo a pensare che il diritto costituzionale, quello penale e il pensiero politico-filosofico liberale della nostra tradizione ci abbiano già fornito di ogni strumento per un intervento efficace.

La libertà d'espressione, presidiata dall'art. 21 della nostra Costituzione, va tutelata contro ogni minaccia, pubblica o privata che sia.

Vanno rafforzati certamente gli obblighi di trasparenza sui finanziamenti e sulla proprietà delle piattaforme, e come sempre bisogna evitare concentrazioni eccessive ed è necessario rendere noti i reali possessori dei mezzi d'informazione.

Quanto al diritto penale, quel che è reato *offline* lo è, e deve esserlo, anche *online*.[6] Ma il diritto penale, inteso come *extrema ratio*, serve a qualificare come reato ciò che è subiettivamente falso (la menzogna, il dolo, l'inganno, il raggiro, la frode). Ed è opportuno ricordarci che la non punibilità dell'obiettivamente erroneo deriva non tanto dal rilievo (penale o civile) dell'errore in cui il soggetto incorra circa la verità dei fatti (e quindi dalla buona fede), ma proprio dalla garanzia contenuta nell'art. 21 della Costituzione.

Contro i ricorrenti e insani desideri di punire penalmente ogni bufala diffusa in rete, va ricordato che questo articolo della Costituzione non tutela solo le manifestazioni di pensiero obiettivamente veritiere, ma ogni manifestazione del proprio pensiero. E che tale è anche l'espressione di fatti obiettivamente errati, qualora in buona fede essi vengano ritenuti veri da parte di chi ne afferma l'esistenza[7].

In conclusione, apprezzo molto lo sforzo sistematico degli autori del volume: è un contributo importante per la conoscenza di un fenomeno decisivo dei nostri tempi. Ma continuo a pensare che non abbiamo bisogno di un'Autorità Pubblica della Verità.

---

[5] C. Cost., 17 novembre 2000, n. 502.

[6] C. Melzi d'Eril - G. E. Vigevani, *Difesa giuridica dal social-chiacchiericcio*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 aprile 2017.

[7] A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali*, p.te speciale, Padova, 1992, 397.

Saggi

Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete

La libertà di informazione nell'era di Internet

Giovanni Pitruzzella

Keywords: Internet, libertà di espressione, *fake news, hate speech, Internet service provider*

Sommario

1. Il mercato dell'informazione e il regime della libertà di manifestazione del pensiero. - 2. Come Internet cambia l'assetto dell'informazione. - 3. Consumo di informazione su Internet e crisi dei media. - 4. Come operano i motori di ricerca e i social network quando selezionano l'informazione. - 5. L'algoritmo, questo sconosciuto. - 6. La *filter bubble* e i suoi effetti. - 7. L'imperativo dello *sharing* e i nuovi modelli di distribuzione dell'informazione. - 8. Perché Internet amplifica e rende più rilevanti le *fake news*. - 9. È possibile distinguere le *fake news* dalle opinioni?. - 10. Gli *hate speech* e la piramide dell'odio. - 11. È ancora possibile parlare di "mercato delle idee"?. - 12. In Internet sembrano non esserci responsabili. - 13. Se Internet "cannibalizza" i media c'è spazio per la qualità dell'informazione?. - 14. Verso un nuovo tipo di democrazia: la *bubble democracy*. - 15. Dopo *Google Spain* e gli interventi dell'Antitrust: quale responsabilità delle piattaforme?. - 16. Autoregolazione *versus* regolazione: è possibile trovare un equilibrio?. - 17. Sono ancora attuali le nostre categorie concettuali?

1. Il mercato dell'informazione e il regime della libertà di manifestazione del pensiero

Internet ha cambiato il modo in cui noi comunichiamo ponendo sfide formidabili alla libertà di informazione e al futuro della democrazia.

Per più di 150 anni le moderne democrazie sono state dipendenti dall'industria dell'informazione per costruire e animare la sfera pubblica, in cui si formano e competono tra loro le idee, le informazioni, le visioni del mondo, le critiche sulla cui base si forma l'opinione pubblica che poi orienta le scelte elettorali e le politiche pubbliche.

Per tutto questo tempo, la produzione di informazione e di cultura per raggiungere società sempre più ampie e territori estesi richiedeva ingenti investimenti in capitali fisici. Questi investimenti erano indispensabili per organizzare gli stabilimenti tipografici e le redazioni con cui si producevano i giornali, per realizzare il telegrafo e la rete telefonica, le radio e le televisioni, la tv via cavo e la tv satellitare. Esistevano importanti barriere all'ingresso nei mercati dell'informazione, per i massicci investimenti richiesti a chi vi voleva operare e per il carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione, come la radio e la televisione che, prima dell'avvento del digitale, trovavano un limite invalicabile nello spettro delle frequenze disponibili.

Pertanto se le Costituzioni riconoscevano a "tutti" il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.), nei fatti solo quei pochi che avevano accesso a questi costosi e limitati mezzi di comunicazione potevano effettivamente raggiungere ampie fette di pubblico e concorrere così alla formazione dell'opinione pubblica.

In questo contesto per garantire il pluralismo dell'informazione doveva essere tutelato il carattere aperto e concorrenziale dei mercati impedendo che si formassero assetti monopolistici o comunque mercati con un livello di concentrazione particolarmente elevato. La competizione tra editori manteneva aperto il mercato delle idee e spingeva

[*] Il presente contributo ripropone l'omonimo capitolo pubblicato sul volume a cura di G. Pitruzzella - O. Pollicino - S. Quintarelli, P*arole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

gli operatori dell'informazione, per conquistare il favore del pubblico, ad assumere il ruolo di "cane da guardia" nei confronti del potere e del suo operato. Pertanto lo sforzo della legislazione era principalmente diretto a porre tetti antitrust alle concentrazioni editoriali, a stabilire limiti al *market power* degli editori, specie televisivi, a evitare che nel mercato della pubblicità, principale fonte di finanziamento dell'industria dell'informazione, si creassero posizioni dominanti. Tra pluralismo dell'informazione e carattere aperto e concorrenziale del mercato esisteva un rapporto di stretta interdipendenza.
In questi mercati l'industria editoriale, con le sue ampie organizzazioni di professionisti dell'informazione, selezionava cosa e come pubblicare, mettere sullo schermo, inserire nei flussi della comunicazione, quale gerarchia assegnare alle informazioni (essere in prima pagina oppure in decima fa una bella differenza) seguendo prevalentemente la logica economica dell'accrescimento dello *share*, per incrementare gli introiti, soprattutto quelli provenienti dalla pubblicità.
Il risvolto del potere di stabilire contenuti e modalità dell'informazione era la responsabilità per il modo in cui questo potere era esercitato. Da qui l'accento che veniva posto sui limiti della libertà di informazione e del diritto di cronaca, la cui violazione in taluni casi era sanzionata penalmente (il reato di diffamazione), sulla responsabilità del direttore per quanto pubblicato, nonché sulla deontologia professionale dei giornalisti.
Il mercato, sia pure regolato, poteva lasciare senza possibilità di essere comunicate le idee minoritarie o meno conformiste, e necessariamente assicurava il soddisfacimento di altri importanti interessi pubblici, come la promozione della produzione culturale e la tutela dei consumatori e delle fasce più deboli (come i minori). Di conseguenza, in molti ordinamenti al mercato dell'industria dell'informazione (con giornali, radio e televisione) si è affiancato un servizio pubblico radiotelevisivo variamente disciplinato[1].
La quarta rivoluzione industriale, innescata dallo sviluppo delle tecnologie digitali, dalla crescita esponenziale della capacità dei microprocessori, dall'impressionante incremento della capacità di raccogliere, immagazzinare e trattare i dati, dalla connessione permanente che si realizza nella rete soprattutto dopo la diffusione di smartphone e tablet, dalla conseguente drastica riduzione dei costi necessari per comunicare, sta determinando l'impressionante accelerazione dell'innovazione *disruptive*[2]. Essa non riguarda solamente l'economia, i modelli di business e i mercati, ma investe, con pari forza, la produzione e la distribuzione dell'informazione e della cultura, e finisce per trasformare anche la sfera politica.
L'innovazione tecnologica ha cambiato il modo in cui l'informazione viene prodotta, distribuita e utilizzata. Si tratta non di una semplice evoluzione della sfera pubblica delle democrazie pluralistiche, ma di un cambiamento strutturale che riguarda il modo in cui le democrazie liberali e l'economia di mercato si sono evolute insieme per circa due secoli.

[1] Con riguardo all'ordinamento italiano si veda A. Chimenti, *L'ordinamento radiotelevisivo italiano*, Torino, 2007 e, nel più ampio quadro della regolazione europea, R. Zaccaria - A. Valastro - E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2013. In generale, si veda anche G. De Minico, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale,* Torino, 2017.

[2] Si veda K. Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginevra, 2016.

2. Come Internet cambia l'assetto dell'informazione

Per renderci conto di come l'innovazione abbia introdotto un modo radicalmente diverso di produrre e distribuire l'informazione, che ha ben poco a che vedere con l'era precedente, bisogna porre l'attenzione su due mutamenti cruciali.

Il primo è l'affermazione di un sistema di produzione dell'informazione radicalmente decentralizzato. È sufficiente disporre di un computer, di un tablet o di uno smartphone ed essere connessi ad Internet per diventare produttori di informazione. Nei nuovi flussi della comunicazione il singolo individuo assume un ruolo attivo, inimmaginabile nell'era precedente. Chiunque può produrre informazioni nella rete, reagire all'informazione immessa da altri, proporre fatti, idee, critiche, nuovi punti di vista, foto, video. È sufficiente creare un sito, un blog, utilizzare un social media, lanciare o rilanciare un *tweet*, partecipare a una chat, mettere un video su YouTube, o postare foto e commenti su Instagram.

Siamo entrati pienamente in una nuova era dell'informazione, che Yochai Benkler ha definito la *network information economy*[3]. I suoi tratti principali possono essere così sintetizzati: a) la produzione dell'informazione è radicalmente decentrata, per cui ogni utente della rete diventa un potenziale produttore di informazioni; b) il prezzo estremamente basso pagato per usare un *device* elettronico, accedere alla rete e comunicare, pone i mezzi materiali di informazione e di produzione culturale nelle mani di una parte significativa della popolazione mondiale, dell'ordine di circa due miliardi di persone; c) i flussi di comunicazione hanno carattere aperto e globale. Da qui discende quella che lo stesso Benkler definisce "la ricchezza delle reti", che amplia la nostra sfera di libertà e rafforza la partecipazione democratica.

Tanti fenomeni, che hanno portato alla crescita delle libertà di cui godiamo, non si sarebbero potuti verificare senza Internet. Non solamente è stata enormemente potenziata la capacità di ciascuno di noi di interagire con gli altri, esprimere le proprie opinioni e raccogliere informazioni, ma si sono poste molte più restrizioni e più controlli diffusi all'operato dei detentori del potere politico. I *watchdogs* del potere si sono moltiplicati ed è per questo che i detentori del potere, specie (ma non solo) nei sistemi illiberali, temono Internet. È sufficiente pensare al ruolo che hanno avuto i social network nel promuovere manifestazioni e rivolte, in tutto il mondo, contro i regimi oppressivi e come, nelle democrazie pluralistiche, la "ricchezza delle reti" ha rafforzato enormemente la trasparenza della vita politica e amministrativa avvicinandosi all'ideale democratico del «governo del potere pubblico in pubblico»[4].

La seconda trasformazione è che per rendere effettivamente utilizzabile tale massa enorme di informazioni, diventa essenziale il ruolo dei soggetti capaci di ordinarla e di facilitare il collegamento tra chi produce informazione e chi vuole riceverla. Sia pure con modalità molto diverse, questa funzione chiama in giuoco i motori di ricerca e i social media. Essi possono essere definiti i *gatekeepers* ("portieri") dell'informazione

[3] Y. Benkler, *The Wealth of Networks. How Social Production Tranforms Markets and Freedom*, Yale, 2006.

[4] Formula coniata da N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 75.

nel cyberspazio[5], in quanto collegano produttori e fruitori dell'informazione e, con i loro algoritmi, danno ordine alle informazioni. La rete è aperta ma solo pochi soggetti (come Google e Facebook, e poi Twitter, YouTube, Instagram) hanno le chiavi dei cancelli da cui passa l'informazione.

Si tratta di un numero assai ristretto di *tech companies* che ha il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti nella rete. Google, a livello mondiale, detiene fra il 70 e il 90 per cento del mercato delle ricerche. Negli Usa, dove Bing e Yahoo! hanno una certa penetrazione nel mercato, Google ha una quota tra il 64% e l'80%, mentre in Italia e nei principali Paesi europei Google occupa il 90% del mercato dei servizi di ricerca *online*, ed ha anche un ruolo di aggregatore di notizie, tramite il sevizio Google News (che è un sito di notizie automatizzato che raccoglie contenuti da oltre 50.000 fonti, raggruppando gli articoli simili e visualizzandoli in modo personalizzato secondo gli interessi di ciascun utente).

Un ruolo probabilmente ancora più marcato, nel realizzare l'accesso all'informazione, è ricoperto da Facebook, grazie al grandissimo numero di internauti che lo usa. Facebook, infatti, ha raggiunto la quota strabiliante di due miliardi di utenti (in Italia circa il 96% di utenti di Internet lo usa).

Insomma, esiste un manipolo di *tech companies* globali che assume il ruolo di intermediari tra chi produce informazione e chi la riceve.

Se la rete è nata all'insegna del massimo di decentramento e di apertura, è pur vero che oggi la distribuzione dell'informazione all'utente è concentrata nelle mani di pochi *Over The Top* (OTP), che hanno accumulato un enorme potere economico, in un mondo, come quello dell'economia digitale, in cui meccanismi di *lock-in*, "effetti di rete" ed economie di scala portano a mercati ad elevatissima concentrazione di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico[6].

La rete, quindi, ha una doppia anima o una congenita ambiguità. Da un lato, c'è il massimo di decentramento e di apertura nella produzione di informazioni, ma, dall'altro lato, c'è una forte spinta alla concentrazione dei servizi che rendono effettivamente disponibile e utilizzabile questa informazione nelle mani di poche compagnie multinazionali. Tutto ciò non è privo di conseguenze sull'assetto concreto della libertà di informazione.

Internet è una delle più grandi rivoluzioni che siano avvenute nella storia dell'umanità e apporta enormi benefici a ciascuno di noi. L'umanità trae grandi vantaggi da quanto avviene sulla rete. Ma come tutte le rivoluzioni tecnologiche, anche la rivoluzione digitale e Internet creano problemi nuovi e prima sconosciuti. Riconoscere i vantaggi enormi che Internet e le grandi piattaforme che vi operano hanno dato a tutti, non significa che dobbiamo far finta che i problemi non esistano.

---

[5] Espressione usata da E. B. Laidlaw, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015, 44 ss.

[6] Sulla spinta alla concentrazione nei mercati digitali si veda, per esempio, A. Moazed, N.L. Johnson, *Moder Monopolies. What It Takes to Dominate the 21th Century Economy*, New York, 2016. Secondo alcuni i *Tech Giants* addirittura starebbero diventando dei *rent seeker*, così R. Foroohar, *Release Big Tech's grip on power*, in *Financial Times*, 18 giugno 2017.

3. Consumo di informazione su Internet e crisi dei media

Un numero crescente di persone utilizza Internet ed un numero in crescita di individui è perennemente connesso, anche grazie alla diffusione degli smartphone (la media degli accessi Internet con dispositivi mobili ha superato nel mondo la metà del totale, e in Italia oggi è di circa il 30%). Aumenta il numero di persone che utilizza Internet per avere accesso alle notizie. Secondo un sondaggio condotto dal Pew Research Center del febbraio 2016 ci dice che il 62% degli adulti americani dichiara di consumare notizie attraverso i social media e il 18% dice di farlo spesso. In particolare si informa attraverso i social media il 66% degli utenti di Facebook e il 59% di quelli di Twitter. Le percentuali crescono se si considerano i cittadini americani di età compresa tra i 18 e i 29 anni: l'81% si informa attraverso la rete[7].

Se da una parte cresce il consumo di informazione su Internet, dall'altra parte diminuiscono i consumi legati all'industria dell'informazione tradizionale. In particolare sono i giornali a registrare le perdite più significative.

Si tratta di un fenomeno comune a tutto il Mondo e, con riguardo all'Italia, recentemente è stato approfondito da Vittorio Meloni, che efficacemente ha parlato di «crepuscolo dei media»[8]. È sufficiente pensare che le vendite complessive di quotidiani, secondo i dati riportati dall'Autore citato, nel periodo 2007-2016 sono passate da 5,8 milioni a 3 milioni di copie giornaliere, con una riduzione di oltre il 48%. Se si considerano i primi sei quotidiani di informazione per vendite (Corriere della Sera, La Repubblica, Stampa, Il Messaggero, Il Sole24Ore), nello stesso periodo di tempo, il numero di copie giornaliere vendute supera di poco il milione di copie, con i due principali quotidiani che al massimo arrivano a vendere 200 mila copie. Il rapporto Censis sulla comunicazione 2016, conferma questo quadro: la percentuale di persone estranee del tutto ai media a stampa raggiunge il 54,6% della popolazione, per toccare il 61% tra le persone di età inferiore ai 30 anni[9]. Di fronte al forte declinare della stampa, la televisione regge ancora ma anch'essa è sottoposta alla concorrenza di Internet.

Non solo diminuisce il pubblico che usa i prodotti dell'industria dell'informazione tradizionale, ma si riduce fortemente la loro principale fonte di introiti: la pubblicità. Ancora una volta i dati forniti da Vittorio Meloni sono assai significativi. In particolare, in Italia la spesa complessiva in pubblicità è scesa dai circa 10,3 miliardi del 2007 ai 6,5 miliardi del 2015. Tali valori incorporano i ricavi destinati all'editoria tradizionale e non considerano quelli assorbiti dai giganti di Internet. Con riguardo alle risorse assorbite da questi ultimi, è difficile ottenere dati certi perché essi hanno la loro residenza fiscale in Paesi diversi dall'Italia dove tendono a riferire i loro ricavi, anche quelli originati dai flussi di comunicazione che si svolgono nel nostro Paese.

Secondo alcune stime nel 2016 la quota di investimenti raccolta dai grandi operatori

[7] Lo studio è richiamato da P. Costa, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell'ecosistema dell'informazione online e il potere occulto degli algoritmi*, in G. Avanzini - G. Matucci (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza,* Napoli, 2016, 257.

[8] V. Meloni, *Il Crepuscolo dei Media. Informazione, tecnologia, mercato*, Roma-Bari, 2017.

[9] Censis, *I media tra élite e popolo. XIII rapporto Censis sulla comunicazione*, Milano, 2016.

di Internet, ed in particolare da Google e Facebook, sarebbe di 1,6 miliardi di euro. La raccolta attribuita a questi canali si collocherebbe subito dopo quella delle tv, con una frazione del totale di più del 20 per cento. Inoltre, proiettando i tassi di crescita attuali, entro cinque anni, le piattaforme finiranno per assorbire più del 50 per cento del mercato superando di gran lunga la tv. Un trend in linea con un fenomeno che ha carattere globale. Negli Stati Uniti Google e Facebook hanno totalizzato nel 2015 il 75 per cento dei nuovi ricavi di tutto lo *spending online* e nelle loro casse finiscono 85 centesimi per ogni dollaro speso in *digital advertising*. Si prevede che entro il 2017 la raccolta su Internet rappresenterà più del 38 per cento di tutti gli investimenti pubblicitari, superando la quota assorbita dalla televisione. In conclusione, la «rete sarà a quel punto il più grande media pubblicitario del mondo»[10].

4. Come operano i motori di ricerca e i social network quando selezionano l'informazione

Come dicevamo all'inizio, tutti noi possiamo pienamente fruire della "ricchezza della rete" solamente grazie al ruolo di intermediazione svolta da alcune piattaforme, come Google e Facebook.

I motori di ricerca sono le nostre guide nella navigazione nel web. Essi trovano l'informazione e rendono accessibile quella che è ritenuta più utile per il singolo utente. Come dice lo stesso Google, «the Internet…makes information available. Google makes information accessible»[11].

I motori di ricerca sono il necessario meccanismo che seleziona quali informazioni devono raggiungere il lettore. Essi stabiliscono l'informazione che viene presentata al lettore sullo schermo e stabiliscono altresì l'ordine in cui l'informazione gli viene presentata, determinando in questo modo la sua visibilità. Un fatto, un'informazione, una storia può essere indicizzata o no e anche se indicizzata può avere assegnato dall'algoritmo un *ranking* differente da cui dipende la sua effettiva capacità di raggiungere il pubblico.

Tutto ciò orienta le scelte dell'utente del web in una direzione oppure in un'altra. Anche perché, come hanno evidenziato diversi studi di *behavioral economics*, gli utenti pensano che l'informazione ottenuta da Google sia affidabile, rilevante e neutrale. Inoltre la gran parte degli utenti non va oltre la prima o la seconda pagina dei risultati della ricerca. Secondo uno studio, il 91,5 per cento degli utenti si ferma alla prima pagina, mentre solamente il 4,8 per cento va alla seconda, per arrivare a percentuali bassissime per quanto riguarda coloro che consultano anche le pagine successive[12].

Quanto a Facebook, gli internauti lo usano per le finalità più varie cosicché si imbattono nell'informazione mentre stanno facendo altro. Al riguardo si può parlare di un "consumo preterintenzionale", rendendo possibile che la percezione della differenza

[10] V. Meloni, *op. cit.*, 69 ss.

[11] La frase è citata da E. M. Laidlaw, *op. cit.*, 176.

[12] Lo studio è richiamato da E. M. Ladilaw, *op. cit.*, 176 ss.

tra informazione e non informazione non sia del tutto chiara.
Detenendo le chiavi dei cancelli da cui passa l'informazione, queste piattaforme possono influenzare l'orientamento degli utenti e quindi la stessa direzione del dibattito pubblico, anche se è ancora controverso il grado di reale incidenza.
Lo psicologo Robert Epstein *dell'American Institute for Behavioral Research and Technology* in California, ha mostrato che semplicemente collocando *links* che si riferiscono ad un candidato sopra un altro in una ricerca i cui risultati sono stati manipolati ai fini della ricerca, egli è in grado di influenzare il modo in cui gli elettori indecisi scelgono il candidato da votare. In una fase dell'esperimento sono stati monitorati alcuni elettori prima delle elezioni politiche del 2014 in India e si è scoperto che i risultati della *query* sul motore di ricerca basati su un pregiudizio a favore di un candidato possono influenzare nella scelta circa il 12 per cento degli elettori indecisi. Per quanto riguarda Facebook, invece, Jonathan Zittrain, professore di diritto e Computer Science ad Harvard, ha sottolineato la sua capacità di di mobilitare i suoi utenti per portarli a votare, semplicemente piazzando loro dei *reminders* nella loro *newsfeed*[13].

5. L'algoritmo, questo sconosciuto

Il punto centrale è che il modo in cui viene ordinata l'informazione che appare sul nostro schermo dipende dagli algoritmi impiegati dalle diverse piattaforme.
L'algoritmo è un procedimento matematico di calcolo, descrivibile con un numero finito di regole, ovvero un'istruzione proceduralizzata per l'esecuzione di un'operazione più o meno complessa o la risoluzione di un problema. Nel linguaggio informatico indica l'insieme di istruzioni fornite al calcolatore[14].
I sistemi impiegati da motori di ricerca e social network sono algoritmi basati su decine di "segnali" elaborati da sistemi di *machine learning*. Il programma ha la capacità di insegnare a sé stesso a partire dall'esperienza, così i software imparano dai dati e prevedono il futuro, nel senso che stimano la probabilità di un evento. Quando utilizziamo Internet ci imbattiamo frequentemente in sistemi che autoapprendono; ne sono un esempio i traduttori automatici, i sistemi di raccomandazione di Amazon, Netflix e Pandora, i sistemi di riconoscimento vocale, i filtri anti-spam dei servizi di posta elettronica.
Anche le notizie vengono distribuite tramite algoritmi. Il mondo dell'informazione e quindi le notizie che attirano la nostra attenzione sono sempre più fortemente condizionati dal modo in cui sono disegnati gli algoritmi che guidano la loro distribuzione. Questa tendenza diventerà ancora più forte nel prossimo futuro man mano che si affermeranno programmi preposti alla produzione di contenuti giornalistici (oggi perlopiù limitati ad informazioni sportive o finanziarie), ma già oggi algoritmi e sistemi di *machine learning* hanno un ruolo fondamentale nei processi di *story selection*, cioè nella

[13] Gli studi citati nel testo sono richiamati da D. Shults, in http://www.Sciencemag.org/news/2016/could-google-influence-presidential-election.

[14] P. Costa, *op. cit.*, 258 e D. Cardon, *A quoi revent les Algorithmes* (2015), tr. it. *Che cosa sognano gli algoritmi*, Milano, 2016, 11 ss.

selezione dei contenuti da indirizzare a ciascun consumatore. Sono gli algoritmi a decidere quali notizie e informazioni proporre a ciascun utente, anche sulla base delle sue specifiche preferenze inferite dai dati ricavati dai suoi precedenti comportamenti.
Per esempio, Google impiega essenzialmente due diverse specie di filtri. La prima seleziona e ordina i contenuti in base alla loro rilevanza, che viene misurata attraverso alcuni parametri (numero di link di ingresso, corrispondenza tra termini ricavati e termini inclusi nei documenti, prestazioni tecniche dei siti, e così via); la seconda attribuisce la rilevanza di un contenuto, rispetto alla ricerca dell'utente, in base alla serie storica delle ricerche effettuate da tutti gli utenti di Google. Nel 2015, poi, è stato introdotto RankBrain, che, a quanto pare, sarebbe il terzo segnale in ordine di importanza, fra gli oltre 200 considerati da Google, al fine di stabilire la posizione dei risultati della ricerca. Attraverso RankBrain dovrebbe essere possibile riconoscere il senso della richiesta fatta dall'utente, al di la del fatto che singole parole chiave siano contenute nella sua *query*. RankBrain analizza correlazioni tra più *query* di ricerca, creando impronte comuni. Pertanto, anche se la ricerca è impostata in modo ambiguo, può comunque ottenere una risposta precisa, proprio perché correlata ad altre ricerche sul medesimo tema.
Per quanto, invece, riguarda Facebook, l'algoritmo seleziona e ordina i contenuti che appaiono nella homepage di ciascun utente di Facebook, il suo News Feed. Gli algoritmi che gestiscono il News Feed di un utente sono come un filtro che seleziona quali contenuti e quali notizie devono apparire sullo schermo dell'utente e secondo quale ordine.
Ma, gli utenti di Facebook sembrano scarsamente consapevoli del funzionamento del loro News Feed. Al riguardo, Paolo Costa richiama alcuni studi che confermano questa impressione. Nel 2014 una ricerca ha appurato che il 62,5% degli intervistati sono rimasti sorpresi nello scoprire che il flusso dei contenuti visualizzato corrispondeva solo a una parte degli aggiornamenti di stato e delle condivisioni degli utenti amici e delle pagine seguite. Nello stesso anno il Washington Post aveva condotto un esperimento da cui risultava che attorno al 60% dei contenuti dei nostri amici o delle pagine che seguiamo su Facebook non appare nel feed, mentre un'altra più approfondita ricerca conclude nel senso che le probabilità di visualizzare nel feed un contenuto, tra quelli pubblicati da un amico o su una pagina web seguita, variano dal 10 al 90 per cento, a seconda del modo in cui è stato classificato il profilo dell'utente[15].
Gli algoritmi determinano quali devono essere le notizie e le informazioni che ci raggiungono sullo schermo, ma sappiamo assai poco su come essi funzionano (protetti come sono dalle leggi sulla proprietà intellettuale) e molti utenti neppure pensano al ruolo che essi svolgono quando leggono una notizia, che invece gli appare come oggettivamente rilevante e visualizzata sulla base di meccanismi assolutamente neutrali.
Perciò, Frank Pasquale, professore all'Università del Maryland, per descrivere la trasformazione che stanno vivendo le nostre società parla di *black box society*, sfruttando l'ambiguità semantica di questa espressione. Da una parte, la scatola nera registra tutti i nostri movimenti, così come le piattaforme ottengono tutti i dati personali che disseminiamo nel corso della nostra navigazione sul web, per profilarci e poi darci servizi e

[15] P. Costa, *op. cit.*, 257 ss.

pubblicità tagliati su misura sulle preferenze di ciascun consumatore. Dall'altra parte, *black box* indica la totale opacità su quello che avviene all'interno della scatola nera e sulla logica seguita per ottenere, aggregare, analizzare i dati e predire i comportamenti futuri[16]. In conclusione, quale sarà l'informazione che effettivamente ci raggiungerà e influenzerà i nostri comportamenti dipende da un meccanismo avvolto dal segreto e quindi il processo di distribuzione dell'informazione si svolge lasciando l'utente del tutto all'oscuro sulle modalità e i criteri che vengono seguiti.
In realtà, anche le *tech companies* si sono rese conto che un difetto di trasparenza può pregiudicare la loro reputazione, così, per esempio, Google, adotta delle linee guida che indicano come l'algoritmo dovrà operare. Si tratta di un aspetto importante, anche se resta il fatto che la gran parte degli utenti considera le news che gli appaiono sullo schermo come il risultato di una ricerca oggettiva, neutrale e con un unico risultato possibile.

6. La *filter bubble* e i suoi effetti

Gli algoritmi usati da motori di ricerca e social media, oltre a selezionare l'informazione da proporre a ciascuno di noi, producono un altro effetto molto importante, da tempo all'attenzione degli studiosi: la chiusura dell'utente dentro una bolla costruita sui suoi gusti, sulle sue preferenze, sui suoi pregiudizi.
Nel 2011, Eli Pariser, pioniere dell'attivismo *online*, colse perfettamente quello che stava avvenendo nel web con il suo libro *The Filter Bubble*. In particolare, metteva in evidenza le conseguenze che sarebbero derivate dalla personalizzazione delle ricerche introdotta da Google il 4 dicembre 2009[17]. Da quel momento, l'algoritmo di ricerca Page Rank iniziò a formulare i risultati più adatti al singolo utente, dando inizio a "l'era della personalizzazione" del web.
Un analogo meccanismo di personalizzazione è utilizzato da Facebook. L'algoritmo che sta alla base di News Feed, secondo lo stesso messaggio pubblico di Facebook, è disegnato in modo da mostrare alle singole persone le storie più rilevanti secondo le rispettive preferenze e di ordinare le informazioni in modo da mostrare alle singole persone le storie più rilevanti secondo i rispettivi gusti e di ordinare le informazioni in modo tale da mostrare a ciascuna persona ciò che è più importante per lei secondo i suoi interessi.
Da quanto sommariamente descritto discende quella che è stata chiamata *filter bubble*, ossia il fenomeno per cui, in un social network che sfrutta degli algoritmi per definire quali siano le notizie di maggior interesse per l'utente, i post visualizzati da un utente sono sempre più in linea con gli interessi e le opinioni dello stesso. L'algoritmo filtra le notizie e le opinioni provenienti dal mondo esterno facendoci arrivare sullo schermo solo ciò che è coerente con la visione della realtà di ciascun utente. La conseguenza

[16] F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard, 2015, 9 ss

[17] E. Pariser, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, New York, 2011.

è che l'utente tende ad essere esposto solamente a quello che è in sintonia con i suoi pregiudizi e si rafforza nelle sue convinzioni. L'utente di Internet finisce spesso per ricevere, come notizie e informazioni, soltanto un'eco delle opinioni e dei gusti che ha manifestato (*echo chamber*) rafforzandosi ancor di più nei suoi convincimenti. Insomma, gli algoritmi costruiscono un mondo su misura di ciascuno di noi.

Ricevere, come esito di una ricerca oppure sulla propria pagina Facebook, informazioni coerenti con le nostre specifiche preferenze è un grande vantaggio, quando vogliamo prenotare un viaggio, scegliere un ristorante, comprare un orologio, condividere esperienze e sensazioni. Tutto ciò ci rende la vita più facile, riduce i tempi e quindi i costi della ricerca, rende più semplici e più sicuri i nostri acquisti, ci aiuta a trarre maggiore soddisfazione quando interagiamo con gli altri. Anche per questo motivo, dobbiamo essere grati a piattaforme come Google e Facebook e dobbiamo riconoscere come l'innovazione digitale abbia migliorato le nostre vite. Tuttavia, le conclusioni cambiano quando si tratta di vedere come la personalizzazione del web condiziona il funzionamento del dibattito pubblico e la formazione dell'opinione pubblica.

Per comprendere tali conseguenze, è utile la distinzione, tratteggiata dal giurista di Harvard Cass Sunstein, tra la sovranità del consumatore nel libero mercato e la sovranità del cittadino in una Nazione libera[18]. Quando si esalta l'informazione tagliata su misura dei gusti delle persone, facciamo riferimento al consumatore, a cui rendiamo più facili e soddisfacenti le sue scelte di consumo. La sovranità politica ha un diverso fondamento perché richiede un dibattito pubblico in cui possano confrontarsi idee diverse, ed in cui possano trovare accesso anche le idee più lontane dal *mainstream* culturale dominante. In altre parole, nel "dna" delle democrazie occidentali c'è, fin dalle sue origini, il *government by discussion*, cioè il principio secondo cui deve essere garantito un confronto pubblico e aperto tra idee diverse e confliggenti, che permetta a ogni cittadino di scegliere la sua verità.

Da qui l'importanza della tutela del dissenso, che fa parte del regime costituzionale della libertà di informazione nelle democrazie pluralistiche, la garanzia di avere fori pubblici aperti alle discussioni dove possono essere esposte le idee più disparate (un aspetto fondamentale della giurisprudenza statunitense sul primo emendamento), la tutela del pluralismo delle fonti di informazione.

Al contrario, la *filter bubble* porta alla frammentazione del discorso pubblico ed alla chiusura piuttosto che al confronto. Si creano diverse comunità chiuse in cui ciascun parla ed esprime le sue opinioni rivolgendosi a chi la pensa allo stesso modo e riceve notizie e informazioni da chi condivide le sue idee. Con la conseguenza che ciascuno si rinforza nei propri pregiudizi, ritenendoli l'unica verità esistenze e finisce per ignorare o considerare senz'altro sbagliate, infondate e fuorvianti ogni altra idea o ricostruzione che non circola nella sua comunità virtuale.

[18] C. R. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton 2007, 38 ss.

7. L'imperativo dello *sharing* e i nuovi modelli di distribuzione dell'informazione

Oltre alla *filter bubble*, c'è un altro fenomeno da prendere in considerazione. Con Facebook si entra nell'imperativo dello *sharing*. Ci sono due aspetti di *sharing*. Il primo tipo riguarda la condivisione di informazioni tra utenti attraverso l'interfaccia di Facebook, per cui i suoi membri possono creare profili, con foto, liste di oggetti preferiti, condividere informazioni, comunicare con amici e all'interno di gruppi anche per mezzo di funzioni di chat e video. Gli utenti di Facebook commentano i post altrui e possono condividerli (*share*) con i propri amici, oppure gratificarli grazie a un *like*.
Anche gli utilizzatori di Twitter hanno a disposizione una pluralità di azioni che non si esauriscono nella risposta a un *tweet* altrui. Possono applicare una stellina (che corrisponde a un *like*), ma possono anche condividerne il contenuto con un *retweet*, non aggiungendo nulla, oppure con una citazione (*quote*) che consente un commento personale.
Il secondo tipo di *sharing* subentra quando l'obiettivo diventa quello di allargare la condivisione con "terze parti"[19]. Queste terze parti possono utilizzare l'ecosistema di Facebook per diffondere certe informazioni rendendole virali e anche utilizzare tale capacità per guadagnare attraverso la pubblicità.
Facebook è diventato uno strumento formidabile per assicurare ai media *online* di accrescere la platea dei lettori. I rinvii dalle pagine di Facebook assicurano ai siti di notizie un flusso di visitatori comparabili a quelli offerti da Google, che era di fatto il precedente hub di distribuzione delle notizie sul web.
È diventato presto chiaro che Facebook non è tanto una fonte di lettura, quanto il luogo dove, sempre di più, i lettori vivono. Il social network diventa un intermediario necessario tra gli editori e il loro pubblico.
Un modello di business molto diffuso, che utilizza l'ambiente di Facebook, è il seguente: si costruisce un ampio seguito su una pagina Facebook, si postano *links* ad articoli presenti su un sito web esterno in cui sono presenti numerose inserzioni pubblicitarie, e se i rinvii al sito crescono, con i click aumentano i guadagni. Soprattutto con riguardo a quell'insieme di siti nati per operare in raccordo con Facebook e che, diffondendo notizie che colpiscono immaginazione e eccitano i sentimenti ma non richiedono approfondimenti e indagini, hanno costi di produzione estremamente modesti[20].

8. Perché Internet amplifica e rende più rilevanti le *fake news*

Nel contesto che è stato ricostruito vanno collocate questioni spinose come quella sul trattamento delle *fake news* (le notizie false o "bufale").

[19] J. Van Dijck, *The culture of connectivity*, Oxford, 2013, 46 ss.

[20] J. Herrman, *Inside Facebook's (Totally Insane, Unintentionally, Gigantic, Hyperpartisan) Political-Media Machine*, in *The NewYork Times Magazines*, 24 agosto 2016.

Il problema, com'è noto, è esploso nel dibattito pubblico dopo l'elezione di Donald Trump alla Presidenza degli Stati Uniti, anche se l'uso di Internet nelle campagne elettorali americane (e non solo) per influenzare l'elettorato è sicuramente assai più risalente e riguarda tutti i livelli di governo[21].

Le *fake news*, però, non sono nuove nel mondo dell'informazione. La storia dell'informazione è piena di bufale e alcune sono divenute famose. Un esempio è quella che è stata chiamata la "*Great Moon Hoax*": nel 1835 il New York Times ha pubblicato una serie di articoli che parlavano della scoperta della vita sulla Luna. Un esempio più recente è, nel 2006, la "*Flemish Secession Hoax*", quando una stazione televisiva pubblica belga riportava che il Parlamento fiammingo avrebbe dichiarato la secessione dal Belgio, notizia che fu ritenuta vera da molti telespettatori. Non mancano, poi, soprattutto nel mondo anglosassone, *tabloids* che realizzano una miscela di storie vere e di storie evidentemente false.

Nell'ecosistema di Internet le *fake news* acquistano un'importanza di gran lunga maggiore perché estremamente più ampie sono le possibilità che esse siano prodotte e diffuse. Vi sono almeno sei ragioni che spiegano questa loro nuova, e incomparabile rispetto al passato, efficacia.

In primo luogo, in un sistema di informazione radicalmente decentralizzato aumentano notevolmente le possibilità che le *fake news* siano create e messe in rete. L'assenza dei meccanismi di controllo e di responsabilità che sono legalmente previsti per gli editori, accentua la facilità di produrre questo genere di notizie. Le tradizionali barriere all'ingresso, che caratterizzavano l'industria dell'informazione tradizionale, sono ormai crollate.

In secondo luogo, la dinamica dei social network accentua la possibilità che esse, una volta create siano disseminate e si propaghino rapidamente, grazie agli *share*, ai *like*, e in genere alla spinta alla condivisione.

In terzo luogo, in un sistema in cui esistono pochi *gatekeepers* dell'informazione, se una menzogna, per la logica dell'algoritmo con cui essi operano, viene rilanciata e posta in evidenza sullo schermo può raggiungere milioni di persone e apparire come fatto non controverso.

In quarto luogo, il fenomeno dell'*echo chamber* in cui vive il singolo utente lo porta ad accogliere senza spirito critico e a credere per vere le notizie che sono coerenti con i suoi pregiudizi.

In quinto luogo, c'è la perdita di fiducia nei media tradizionali e l'abbandono di essi come fonti di informazioni da quote crescenti delle società occidentali, per cui manca all'utente la possibilità di un confronto tra quanto vede sullo schermo e quanto è riportato da quei media in cui comunque permangono meccanismi di controllo della qualità dell'informazione.

Infine c'è la polarizzazione e la frammentazione crescente del pubblico – favorite dai fenomeni anzidetti – che portano a creare gruppi chiusi animati da sentimenti negativi nei confronti di tutti coloro che non appartengono al gruppo e a credere a tutte quelle

[21] J. Baldwin-Philippi, *Using Technology, Building Democracy. Digital Campaign and the Construction of Citizenship*, New York, 2015.

notizie che gettano discredito sugli altri.

9. È possibile distinguere le *fake news* dalle opinioni?

Va sottolineato che le *fake news* non hanno niente a che vedere con le opinioni, ma sono delle vere e proprie menzogne.

Su questo punto è bene essere chiari. Nei sistemi costituzionali occidentali la libertà di manifestazione del pensiero ha giustamente una tutela assai ampia, perché le nostre democrazie hanno come base un confronto e una competizione tra idee e opinioni diverse che può essere anche particolarmente vivace e aggressivo. Spesso poi si viene a creare una certa indistinzione tra le opinioni e i fatti portati a sostegno delle stesse. Le opinioni e i valori certamente influenzano i fatti che notiamo e a cui diamo rilevanza ed anche le parole che impieghiamo per descriverli. Possiamo anche convenire sulla circostanza che una parte significativa del mondo che sperimentiamo e abitiamo è una costruzione sociale.

Ma, come precisa Frederick Schauer, della School of Law della University of Virginia, resiste comunque una distinzione tra fatti e valori, tra la sfera descrittiva e quella prescrittiva[22]. Al riguardo, si osserva che un fatto – come si può leggere sull'Oxford English Dictionary – è qualche cosa che è realmente accaduto.

Credere che ci sono dei fatti non significa credere che tutto ciò che è proposto come fatto sia vero. Non è un fatto che la terra è piatta, anche se per lunghissimo tempo le persone credevano che lo fosse. Occorre separare i fatti dalle credenze della gente sui fatti. Costituisce un fatto che la terra è rotonda anche se alcune persone potrebbero credere diversamente. Così come, sono sicuramente falsi i seguenti assunti, anche se taluno ci crede e li ha fatti propagare nel web: il Presidente Obama è nato in Kenya e non alle Hawaii, il Presidente Bush era stato informato in anticipo dell'attacco dell'11 settembre, l'Aids è il prodotto di un complotto dell'establishment medico bianco, le profezie dell'astrologia sono affidabili, l'Olocausto non è mai avvenuto. Tutte queste affermazioni sono, dal punto di vista fattuale, false e questa falsità si può dimostrare.

Con l'intenzione di collocare le *fake news* in un territorio sicuramente distinto rispetto a quello delle opinioni e dei valori, Hunt Allcott e Matthew Gentzkow, hanno dato la seguente definizione delle *fake news*: sono quegli articoli recanti notizie che sono intenzionalmente e verificabilmente false e potrebbero trarre in inganno i lettori[23]. Questa definizione permetterebbe di escludere alcune informazioni che seppure vicine alle *fake news* si mescolano con il territorio delle opinioni e del pensiero liberamente manifestato, e precisamente: 1) gli errori non intenzionali, come un recente report secondo cui Donald Trump avrebbe rimosso un busto di Martin Luther king Jr. dalla studio ovale della Casa Bianca; 2) i "rumori" del web che non originano da un particolare

[22] F. Schauer, *Facts and the First Amendment*, University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, October 2009, http://ssr.com/abstract=1486145.

[23] H. Allcott - M. Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, Volume 31, Number 2, 2017, 211 ss.

articolo ("rumori" sono le pretese dell'esistenza di fatti – riguardanti persone, gruppi, eventi o istituzioni – che non sono stati dimostrati essere veri, ma che sono comunicati da una persona all'altra e così acquistano credibilità non perché siano disponibili prove della loro esistenza, ma perché altre persone sembrano credere nella loro veridicità); 3) le teorie cospiratorie, che per definizione mal si prestano ad essere verificate come vere o false; 4) la satira che difficilmente può essere scambiata come dato fattuale; 5) le false affermazioni dei politici; 6) i reports che possono ingannare, ma che non sono chiaramente falsi.

Se si delimitano in modo rigoroso, secondo le anzidette proposte, i confini delle *fake news*, si affronta seriamente il rischio che attraverso il contrasto a questo genere di notizie si finisca per pregiudicare la libertà di manifestazione del pensiero.

Anche se è assai difficile stabilire quanto le *fake news* abbiano influenzato recenti consultazioni popolari in varie parti del mondo (io, per esempio, non credo che, in Italia, abbiano condizionato l'esito del referendum costituzionale), è però arduo sostenere che la diffusione virale di notizie false non sia una minaccia per la democrazia.

Affrontando il tema del rapporto tra le menzogne e la democrazia, Luciano Violante ha osservato che: «le democrazie si reggono sul principio di affidamento e cioè sulla ragionevole presunzione che l'apparenza corrisponda alla realtà. Il diritto dei cittadini di scegliere i propri governanti, la controllabilità del potere politico, la competizione tra i partiti per il potere di governo presuppongono che i cittadini possano contare sulla corrispondenza al vero di quanto viene detto e fatto dai responsabili politici. Se il politico mente ai propri concittadini per acquisirne il consenso, se maschera le sue scelte di potere con falsificazioni, se altera surrettiziamente le regole della competizione politica, la democrazia viene colpita al cuore perché i cittadini diventano strumenti per il suo potere»[24].

Nel medesimo ordine di idee si muove Peter Haberle, uno dei più autorevoli costituzionalisti europei, il quale ritiene che lo Stato costituzionale si fonda sulla ricerca della "verità", non nel senso che esiste un'unica verità data, cosa resa impossibile dall'odierno pluralismo, ma nel senso che deve esistere un dibattito pubblico in cui attraverso il confronto tra idee è ricercata la verità, con la conseguenza che nello Stato costituzionale vigerebbe «il divieto della menzogna»[25].

«La pluralità delle verità – scrive Haberle – il fallire, l'errare umano, il sapere che ogni ricerca della verità resta perlopiù impantanata nelle procedure del 'ricercare', tutto ciò non può indurci a congedarci dal concetto di verità o addirittura a rigettarlo in quanto giuridicamente irrilevante, 'platonico', 'formula vuota'. Come si è detto, dopo l'esperienza del suo contromodello totalitario, lo stato costituzionale non può rinunciare alla verità come valore costituzionale. L'hobessiano '*auctoritas non veritas facit legem*' non è la verità degli stati costituzionali»[26].

In ogni caso le bugie non sono un bene per la libertà di informazione, che ha sempre due volti. Da un lato, c'è il diritto di informare ma, dall'altro lato, c'è il diritto ad essere

[24] L. Violante, *Politica e menzogna*, Torino, 2013, 4.

[25] P. Haberle, *Wahrheitsprobleme im Wefassungsstaat*, (1995), tr. it. *Diritto e verità*, Torino, 2000, 99 ss.

[26] *Ibidem,* 105.

informati correttamente e a non essere ingannati.

10. Gli *hate speech* e la piramide dell'odio

Le stesse dinamiche che abbiamo visto a proposito delle *fake news* influenzano la diffusione dei discorsi d'odio.
La gravità del fenomeno è stata, tra l'altro, sottolineata dal rapporto finale del 6 luglio 2017 della Commissione Joe Cox, istituita in Italia presso la Camera dei deputati[27]. Nel rapporto, *l'hate speech* è definito, sulla base di quanto già fatto dal Consiglio d'Europa, come: «l'istigazione, la promozione o l'incitamento alla denigrazione, all'odio o alla diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, o il fatto di sottoporre a soprusi, molestie, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce tale persona o gruppo, e comprende la giustificazione di queste varie forme di espressione, fondata su una serie di motivi, quali la "razza", il colore, la lingua, la religione o le convinzioni, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica, nonché l'ascendenza, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere, l'orientamento sessuale e ogni altra caratteristica o situazione personale».
Si tratta di una definizione abbastanza ampia che supera i confini delle espressioni penalmente rilevati (diffamatorie), per investire tutti quei fenomeni attraverso i quali i discorsi d'odio vengono fatti e diffusi attraverso la rete. La relazione dimostra l'esistenza di una "piramide dell'odio" alla cui base si pongono stereotipi, rappresentazioni false o fuorvianti, insulti, linguaggio ostile "normalizzato" o banalizzato e, ai livelli superiori, le discriminazioni e quindi il linguaggio d'odio (minacce e/o incitamento alla denigrazione e alla violenza contro una persona o gruppi di persone identificate in base ad una qualche caratteristica come il sesso, l'orientamento sessuale, la religione o altro), e i crimini d'odio (veri e propri atti di violenza fisica, costituenti reato, perpetrati contro persone in base a qualche caratteristica come il sesso, l'orientamento sessuale, l'etnia, la religione o altro). I discorsi d'odio man mano che si sale lungo la piramide diventano sempre più intensi fino a sfociare in veri e propri reati.
La relazione, numeri alla mano, dimostra quanto questi fenomeni siano diffusi e cerca di trovare i mezzi per contrastarli. Anche perché la tutela della libertà di informazione non sembra coprire i discorsi d'odio, come ha avuto modo di precisare la Corte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[28].
La Commissione fa delle raccomandazioni dirette a contrastare i discorsi d'odio. Tra queste, ai fini dell'analisi che si sta svolgendo in queste pagine, meritano di essere richiamate le seguenti:
valutare, sulla base delle esperienze di altri Paesi e tutelando la libertà di informazione in Internet, la possibilità di: esigere l'autoregolazione delle piattaforme al fine di rimuovere l'*hate speech online*; stabilire la responsabilità giuridica solidale dei *provider* e delle

[27] Si trova sul sito della Camera dei deputati (www.cameradeideputati.it).

[28] Su questa giurisprudenza v. M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, 39 ss.

piattaforme di social network e obbligarli a rimuovere con la massima tempestività i contenuti segnalati come lesivi da parte degli utenti;
esigere da parte delle piattaforme dei social network l'istituzione di uffici dotati di risorse umane adeguate, al fine della ricezione delle segnalazioni e della rimozione tempestiva dei discorsi d'odio, anche attivando *alert* sulle pagine *online* e numeri verdi a disposizione degli utenti;
sostenere la conoscenza dei propri diritti da parte delle vittime, così come attuare e diffondere la conoscenza delle norme della legge n. 71 del 2017 sul bullismo e rafforzare nelle scuole l'educazione di genere e l'educazione alla cittadinanza;
sostenere e promuovere blog e attivisti *no hate* o testate che promuovono una contro-narrazione e campagne informative rispetto al discorso d'odio, soprattutto nel mondo non profit, delle scuole e delle università.

11. È ancora possibile parlare di "mercato delle idee"?

Non pare possibile sfuggire alle precedenti osservazioni sulla capacità di diffusione di *fake news* e *hate speech*, nell'era di Internet, e sulla loro capacità di orientare il discorso pubblico, facendo valere il fatto che chi naviga in rete può sempre confrontare un'informazione con un'altra per poi stabilire se una notizia sia vera o falsa, attendibile o meno.
Quest'ultimo argomento richiama la celebre teoria americana del mercato delle idee. Come scriveva il giudice Oliver W. Holmes, nella sua celebre *dissenting opinion* sul caso *Abrams vs. United States* (1919): «il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono essere sicuramente realizzati»[29].
Quando si parla di mercato delle idee si usa una metafora che richiama il funzionamento dei mercati secondo l'economia neoclassica. Secondo questo modello in un'economia di mercato sono disponibili diversi prodotti e noi, in quanto consumatori razionali, scegliamo liberamente tra quelli disponibili valutando le loro caratteristiche, in termini di prezzi, qualità, capacità di soddisfare i nostri bisogni, gusti, convenienze, e così via. Le domande di ciascun individuo sono aggregate nel mercato ed il prodotto di migliaia o di milioni di libere scelte individuali è la prevalenza del miglior prodotto. Il grande beneficio ottenuto dalla concorrenza nel mercato consiste nel produrre i beni migliori nel modo più efficiente. Quali saranno i beni migliori potrà essere stabilito non a priori (come avviene in un'economia pianificata), ma solamente ex post facto, come risultato delle libere scelte di milioni di consumatori indipendenti che determineranno quale bene è migliore e prevale nel mercato.
Applicando questa metafora al regime della libertà di informazione, significa dire che tutte le opinioni e le ricostruzioni dei fatti dovrebbero essere ammesse; chiunque potrebbe partecipare al mercato con le sue idee e attraverso la discussione scambiare idee

[29] Così T. Frosini, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare*, 2016, 691 ss.

con gli altri. Le idee e le opinioni competerebbero così tra di loro, e ciascuno di noi avrebbe la possibilità di valutarle, di pesarle nel loro reciproco confronto e poi di scegliere quella preferita. In quanto consumatori razionali di idee, sceglieremo le migliori tra le tante. Così come i cattivi prodotti sono espulsi dal mercato per mancanza di domanda e i buoni prodotti hanno successo determinato dalla crescita della loro domanda, così le buone idee dovrebbero prevalere e quelle cattive essere marginalizzate dalla concorrenza nel mercato.

La teoria del *marketplace of ideas* era dotata di grande forza persuasiva nel mondo dell'informazione tradizionale dominato da un numero circoscritto di editori che alimentavano fonti di informazione in competizione tra di loro.

Applicare questi principii nel mondo di Internet è arduo, per almeno due ragioni. La prima è che di fronte all'oceano di informazioni e di fonti di produzione, assolutamente non comparabile con quanto avveniva nell'era dell'industria tradizionale dell'informazione, si pone sul singolo individuo un onere di approfondimento enorme e sostanzialmente impossibile da adempiere. La seconda ragione è che nel mondo dei motori di ricerca e dei social network, la notizia falsa può essere collocata ai primi posti tra le news che appaiono sullo schermo apparendo come l'unica informazione rilevante. Con riguardo a questo secondo profilo, va aggiunto come il fenomeno della *filter bubble* isola l'utente da informazioni diverse da quelle coerenti con i suoi pregiudizi e quindi impedisce che davanti a lui si svolga quella competizione che avrebbe dovuto animare il mercato delle idee.

Qualcuno potrebbe osservare che anche nell'età dell'industria dell'informazione i giornali e le emittenti televisive tendevano a proporre una determinata visione della realtà, una visione che era sempre di parte. Ma in realtà le nuove bolle autoreferenziali create da Internet creano una situazione che è ben diversa dalla parzialità dell'informazione nell'età dell'industria dell'informazione. E ciò per svariate ragioni.

In primo luogo, perché in quella fase storica il singolo cittadino conservava, grazie alla garanzia del pluralismo dei mezzi di informazione, il potere di scegliere se acquistare un giornale oppure un altro mentre il telecomando lasciava la possibilità di cambiare canale e emittente. Ora, invece, il singolo utente della rete si trova davanti l'informazione personalizzata che viene selezionata dagli algoritmi delle piattaforme utilizzate. Non solo, l'informazione che appare sullo schermo sembra, almeno ai più, essere un'informazione distribuita secondo criteri "oggettivi", "neutrali", e viene considerata come l'informazione che anche gli altri utenti stanno vedendo. Perciò, il singolo è chiuso nella bolla ma non ne è consapevole. Infine, va osservato che il lettore di un giornale o l'utente di un telegiornale era inevitabilmente esposto anche a quelle informazioni che non rientravano direttamente nello spettro dei suoi interessi, ma che la redazione decideva di pubblicare, sicché non era possibile che il singolo si chiudesse del tutto in un mondo costruito su sua misura.

12. In Internet sembrano non esserci responsabili

A rendere più complicato il quadro, c'è la difficoltà di trovare rimedi giuridici, rapidi e adeguati, quando sulla rete circolano informazioni, affermazioni o immagini che sono illegali, perché ledono alcuni diritti fondamentali della persona, come il diritto alla privacy, la reputazione, il decoro, l'immagine.

Ha molto colpito l'opinione pubblica italiana il caso di una ragazza napoletana che nel 2006 si è tolta la vita dopo che, per mesi, giravano sulla rete, senza il suo consenso, foto e video registrati dal suo fidanzato che la riprendeva in momenti di intimità sessuale. Queste immagini riprese con uno smartphone e diffuse attraverso applicazioni come WhatsApp, sono poi diventate virali, con l'appendice dei relativi commenti, grazie a Facebook.

In realtà Facebook non ha l'obbligo di effettuare un controllo preventivo dei contenuti presenti. Facebook non ha il dovere di verificare in via anticipata il contenuto dei post e dei commenti immessi dagli utenti, in modo da impedire la circolazione di contenuti illeciti. L'esistenza di tale dovere è escluso per quella categoria di *Internet service provider*, cui appartengono piattaforme come Facebook (*provider* è un termine utilizzato per indicare quelle organizzazioni che offrono ai propri utenti accesso alla rete Internet e/o servizi in qualche modo connessi all'utilizzo della stessa; tra i *provider* si distinguono i *content provider*, fornitori di contenuti, e quindi autori dei contenuti presenti sui propri server; i *network provider*, fornitori di accesso alla rete attraverso la dorsale Internet; gli *access Provider* (talora si parla anche *mere conduit*) che offrono alla clientela l'accesso ad Internet tramite; gli *hosting provider* che forniscono ospitalità ai siti Internet e di memorizzazione durevole; e, in tempi ormai remoti, i *cach provider* che immagazzinano dati provenienti dall'esterno in un'area di allocazione temporanea, i *proxy server*, ovvero della cache che consentivano di accelerare la navigazione in rete).

La responsabilità del *provider* è configurabile quando è lui stesso a creare i contenuti e a commettere l'illecito (il caso dei *content provider*). Quanto agli altri, la direttiva europea sul commercio elettronico dell'8 giugno del 2000 (recepita in Italia con il decreto legislativo n. 70 del 2003) ha sancito che non sono responsabili quando svolgono servizi di *mere conduit, caching* e *hosting*. Più in generale, è stato escluso che il *provider* sia assoggettato ad un generale obbligo di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza ovvero ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Peraltro, la Corte di giustizia europea ha sostenuto che dalla direttiva si deduce «il divieto imposto agli Stati membri di imporre un obbligo di sorveglianza preventivo e generale», anche se «il generale regime di limitazione della responsabilità non esclude la possibilità per i singoli di intentare azioni inibitorie a tutela dei propri diritti» (caso C-314/12, *UPC Telekabel*).

Con specifico riferimento all'attività di *hosting* (qual è l'attività di Facebook) è esclusa la responsabilità del *provider* a due condizioni: 1) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azione risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; 2) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle

autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Proprio nella controversia legale che è stata originata dal caso della ragazza napoletana, Facebook sosteneva che il dovere di rimozione dei contenuti illeciti ospitati operasse solamente dopo l'emissione di uno specifico ordine delle autorità competenti, mentre il Tribunale di Napoli (sentenza della seconda sezione civile del 3 novembre 2016) ha ritenuto che «appare irrazionale dover attendere un ordine dell'autorità il quale potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono stati irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione». Posta questa premessa, il Tribunale ha potuto affermare il principio secondo cui «pur non essendovi un obbligo di controllo preventivo dei contenuti presenti né una posizione di garanzia, sussiste tuttavia un obbligo successivo di attivazione in modo che la responsabilità a posteriori dell'hosting *provider* sorge per non aver ottemperato – come per l'appunto verificatosi nella fattispecie in esame – a una richiesta (diffida) di rimozione dei contenuti illeciti provenienti dalla parte che assume essere titolare dei diritti, ovvero per non aver ottemperato a un ordine dell'autorità, sia essa giurisdizionale o amministrativa, cui si sia rivolto il titolare dei diritto per ottenere il medesimo effetto».

La decisione del giudice napoletano è molto importante perché collega l'obbligo di rimozione alla richiesta da parte del soggetto leso, e non aspetta l'ordine dell'autorità. Ma la soluzione è ancora controversa e comunque alcuni problemi restano, come la compatibilità tra i tempi della giustizia ordinaria e i tempi di diffusione di un'informazione attraverso la rete o l'ambito di responsabilità cui va incontro il gestore della piattaforma in caso di inerzia. Vi è poi la possibilità che la richiesta di rimozione sia infondata, strumentale o peggio ancora tenda alla eliminazione di contenuti che sono espressione della libertà di informazione e alimentano il dibattito pubblico. In quest'ultimo caso, chi deve decidere?

Sia nel caso dell'inerzia dell'operatore della piattaforma, sia nel caso di una richiesta infondata, si aprono gli spazi per l'intervento di un'autorità pubblica terza rispetto alle parti in conflitto, come del resto sembra ammettere il giudice napoletano, sulla base dell'espressa disciplina dettata dalla direttiva sul commercio elettronico.

Quanto alla responsabilità di chi immette le informazioni nella rete, è ormai pacifico, secondo la giurisprudenza, l'applicabilità degli articoli del codice penale sull'ingiuria e la diffamazione[30]. Ma alcune pratiche ne rendono difficile l'effettiva applicazione. In particolare, assume rilevanza la pratica degli account anonimi. Il fenomeno delle offese provenienti da utenti non facilmente identificabili è assai diffuso. L'anonimato è terreno fertile delle offese *online* ed esse si prestano alla diffusione di discorsi di odio etnico, razziale, sociale e politico, e al proliferare di notizie false e denigratorie nei confronti di determinate persone.

In realtà, le criticità in merito all'identificazione di un soggetto che si nasconde dietro un profilo anonimo sono essenzialmente di tipo probatorio. Alcuni casi giunti all'attenzione dei giudici penali hanno dimostrato la possibilità tecnica di individuare co-

[30] R. Razzante, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Vicenza, 2016, 430 ss., vera miniera di informazioni sugli argomenti trattati nel testo.

munque i responsabili. Ma, come è stato giustamente osservato, non va «dimenticato che l'individuazione di chi si cela dietro un *account* anonimo è nella maggior parte dei casi possibile, ma non per questo né semplice né a costo zero sia in termini di risorse finanziarie sia di personale»[31].

13. Se Internet "cannibalizza" i media c'è spazio per la qualità dell'informazione?

I fenomeni fin qui descritti cambiano in profondità la struttura del mercato dell'informazione.

In termini generali, c'è la già rilevata tendenza a sostituire il consumo di informazione su Internet al consumo di informazione sui media "tradizionali". Ma a questa tendenza si aggiungono nuovi fenomeni.

Gli editori, com'è risaputo, sono corsi ai ripari attraverso la creazione di siti appositi e talora di nuove piattaforme. A questo punto la competizione tra editori, da una parte, e piattaforme e siti web, dall'altra parte, è diventata diretta. I siti gestiti dai giornali tradizionali (i giornali *online)* e le nuove piattaforme digitali degli editori tradizionali sono competitori dei social media, dei motori di ricerca, dei blog e dei siti di informazione nati esclusivamente per il mondo digitale. Tutti questi attori, infatti, competono per il tempo passato dagli utenti *online*, per gli inserzionisti e per la raccolta dei dati degli utenti.

Ma a questo punto entrano in gioco alcuni fattori che sembrano rendere perdenti i media, anche nella loro proiezione sul web.

In primo luogo, l'ambiente di Facebook, senza innovazioni di rilievo, finisce inintenzionalmente per sostenere i siti di *fake news,* o che diffondono i discorsi d'odio. Mentre i media tradizionali e i loro siti web hanno bisogno di recuperare ingenti investimenti necessari per assicurare la qualità dell'informazione, le organizzazioni di *fake news* non hanno questi costi. Piuttosto per rifarsi dei loro minimi costi di produzione è sufficiente che anche una piccola percentuale di coloro che interagiscono con i loro articoli su Facebook facciano un click per connettersi al loro sito. In questo modo, insieme agli utenti, attraggono investimenti pubblicitari, probabilmente tolti ai media e ai siti che mantengono un certo controllo sulla qualità dell'informazione.

C'è un secondo aspetto da prendere in considerazione. All'inizio Facebook dà la possibilità a tutti i siti che producono notizie – quindi anche ai giornali *online* - di espandere il loro raggio di azione rinviando ad essi il traffico. Da una parte essi forniscono alla piattaforma un flusso di notizie che interessa i suoi utenti e in cambio Facebook fornisce loro un notevole incremento di traffico. Ma in questo modo si costruisce la dipendenza dei siti di notizie da Facebook.

Questo può diventare molto pericoloso. Secondo Sally Hubbard[32], il rischio per i siti di notizie è aumentato da quando Facebook ha implementato dei cambiamenti di pro-

[31] Così M. Orofino, *op. cit.*, 187.

[32] S. Hubbard, *Why Fake News Is An Antitrust Problem*, in *forbes.com*, 2017.

dotto finalizzati a scoraggiare gli utenti dal *clicking away*. Infatti i *defaulted users* sono indirizzati ad un in-app browser per cliccare su link esterni piuttosto che mandare essi su un browser esterno. Facebook ha presentato una soluzione chiamata *Instant Articles*, una modalità di presentazione dei contenuti di siti esterni integrata nella piattaforma di Facebook, con *load times* decisamente più veloci. Ricorrendo a questa soluzione i siti possono assicurare che i loro articoli vengano letti più agevolmente, e infatti vi fanno ampio ricorso.

Ma poiché *Instant Articles* è ospitato su Facebook i siti che adottano il formato perdono il controllo del loro traffico web. I dati degli utenti di tipo granulare che loro potevano raccogliere via cookies sui loro siti cedono il posto a quei dati che Facebook sceglie loro di dare.

In un'economia in cui i *big data* conferiscono vantaggi competitivi e sono un *driver* per la pubblicità *online* e i servizi personalizzati, la perdita del controllo sui dati si traduce in uno svantaggio per i siti di informazione e un modo per accentuare la loro dipendenza da Facebook che, in futuro, come hanno fatto altri *tech giants* avrà la forza per cambiare i termini degli accordi con essi a suo favore.

Ma a prescindere, da questi possibili sviluppi, il tema del controllo degli editori sui dati forniti dagli utenti che usano i contenuti da essi prodotti grazie a social network e motori di ricerca, è di scottante attualità.

Nella nuova economia guidata dai dati, gli editori, alla già richiamata perdita di pubblicità, aggiungono la perdita dei dati di coloro che leggono i contenuti da essi prodotti a favore delle grandi piattaforme. I lettori si rivolgono a queste ultime direttamente, senza passare dai siti dei giornali, e a queste ultime lasciano i loro dati.

Il servizio reso da motori di ricerca e social network è apparentemente gratuito, ma in realtà c'è un costo "nascosto" (*hidden cost*), che è dato dalla cessione dei nostri dati[33]. Sono propri i dati, che possono essere raccolti in grandi quantità, conservati, analizzati e processati rapidamente, che costituiscono il "petrolio" della nuova economia digitale[34].

Gli editori finiscono per lavorare, almeno in parte, per le grandi compagnie tecnologiche. Ad essi, infatti, sfugge, almeno in parte (una parte consistente), anche quella possibilità di guadagno che può essere data dal controllo della fondamentale risorsa della nuova economia che è rappresentata dai dati degli utenti.

Quello del controllo e dell'uso dei dati è probabilmente un problema ancora più grave rispetto a quell'altro, tante volte citato, che consiste nell'utilizzo gratuito, da parte di chi li legge grazie alle grandi piattaforme del web, dei contenuti prodotti dagli editori. In questo modo, questi ultimi sopportano i costi dell'industria dell'informazione, ma sono privati di una parte consistente dei ricavi che dovrebbero derivare dal loro utilizzo. Mentre le grandi piattaforme conquistano utenti e pubblicità.

Con riguardo a quest'ultimo problema recentemente si è mossa la Commissione dell'UE, che, nell'ambito delle sue proposte sul mercato unico digitale, nel 2017 ha

[33] M.S. Gall - D.L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, New York University Law and Economic Working Papers, 2015.

[34] OCDE, *Data-Driven Innovation. Big Data For Growth and Well-Being*, 2015.

presentato una proposta di direttiva che prevede che gli editori potranno chiedere (non c'è un obbligo) una remunerazione a chi rende disponibili in Internet il loro articoli (motori di ricerca, ma anche semplici blog). Inoltre, i social network sarebbero obbligati a forme di collaborazione per fare in modo che in rete ci sia un corretto utilizzo dei contenuti, sviluppando anche programmi e metodologie per identificare i contenuti non autorizzati.

Di fronte all'insieme delle tendenze che sono state sinteticamente richiamate si staglia un grande interrogativo dei nostri tempi: se diminuiscono drasticamente gli introiti dei media tradizionali, chi si assume l'onere di produrre un'informazione di qualità?

In fin dei conti, anche le grandi compagnie che gestiscono motori di ricerca e social network dovrebbero avere l'interesse a che non si esaurisca la produzione di informazione che poi viene utilizzata attraverso le loro piattaforme.

14. Verso un nuovo tipo di democrazia: la *bubble democracy*

Le trasformazioni della libertà di informazione indotte da Internet, e fin qui passate in rassegna, hanno ricadute rilevanti sullo stesso funzionamento della democrazia, per cui qualche studioso ha sostenuto che stiamo entrando nell'età della *bubble democracy* .

In un saggio breve, ma culturalmente assai denso, Damiano Palano, professore di filosofia politica all'Università Cattolica di Milano, ha messo in luce i caratteri di questa trasformazione che stiamo vivendo[35]. Secondo, la sua ricostruzione, negli ultimi cento anni si sarebbero succeduti tre tipi di democrazia: la democrazia dei partiti, la democrazia del pubblico e, appunto, la *bubble democracy*.

Nella prima, che ha dominato gran parte del novecento, i partiti di massa, con una stabile organizzazione nel Paese e dotati di una forte ideologia che consentiva di inquadrare il comportamento politico di milioni di persone, hanno permesso di immettere le masse nel sistema democratico. Questo modello è stato superato, nella seconda metà del novecento con la trasformazione del partito in *catch-all-party*, privo di riferimenti ad una classe sociale ben definita, ma alla ricerca del consenso in tutti i settori della società e senza una ben definita identità ideologica (Otto Kirchheimer), e con la spinta alla personalizzazione del potere (Maurice Duverger).

Tali trasformazioni hanno aperto la strada a quella che Bernard Manin ha chiamato la "democrazia del pubblico". Tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso, si erano ormai dissolti i "mondi separati" che avevano rappresentato i bacini di riferimento dei partiti di massa. Ormai, i leader politici, soprattutto attraverso il mezzo televisivo, si rivolgevano ad un pubblico ampio mettendo in scena una rappresentazione e proponendo agli elettori una linea di divisione su cui chiedere il loro consenso. Nella democrazia del pubblico gli elettori sembravano rispondere alla particolare offerta politica fatta nella specifica elezione, come il pubblico di un teatro che risponde – con i fischi,

[35] D. Palano, *La bolla mortale della nuova democrazia*, su *Il Foglio*, 28 aprile 2017, a cui si rinvia anche per i riferimenti relativi agli Autori citati nel testo.

gli applausi o il silenzio – alle *performances* degli attori. E sulla base di questa risposta il politico manteneva o correggeva la sua proposta.
Il modello della democrazia del pubblico si collegava all'affermazione di un grande media generalista come la televisione, che permetteva ai politici di rivolgersi – in un contesto in cui erano cadute le vecchie appartenenze partitiche basate sull'ideologia – a tutto il pubblico degli elettori. Il comportamento elettorale era soggetto a variazioni, essendo venute meno le antiche fedeltà tipiche della democrazia dei partiti. La dinamica che ne derivava consisteva non solamente nella forte personalizzazione della politica, ma altresì nella tendenza a convergere al centro da parte dei principali attori politici. La tendenza centripeta era necessaria per ampliare la sfera del consenso e vincere le elezioni. Perciò, in linea di massima, la democrazia del pubblico portava ad attenuare la radicalità dei messaggi, a scolorire le rispettive identità, a favorire la moderazione.
Tutto cambia con l'accentuarsi della crisi dei partiti, specie dopo la grande crisi economica che ha sconquassato l'Occidente, e in particolare l'Europa, a partire dal 2008, e l'affermazione di Internet come principale canale di informazione per tanti cittadini.
Quando gli individui sono chiusi in bolle autoreferenziali e proliferano le *fake news* e gli *hate speech*, la politica tende a polarizzarsi, seguendo il "neo-tribalismo" che si alimenta nel web. Le bolle sono separate e la diffusione di *fake news*, discorsi d'odio, veri e propri atti di diffamazione che spesso restano privi di sanzione accresce la separazione e la diffidenza reciproca.
È probabile che la polarizzazione della politica e la crescita dei risentimenti siano dovute principalmente a fattori che nulla hanno a che vedere con Internet, come l'aggravarsi delle diseguaglianze, la crisi del ceto medio, l'incepparsi dei meccanismi della rappresentanza politica. Ma l'ambiente di Internet, come oggi lo conosciamo, favorisce la frammentazione, la polarizzazione, la radicalizzazione della politica, le spinte centrifughe. Così come ostacola l'assunzione di politiche di respiro largo. La politica, anzi, ha sempre più la vista corta, ed è costretta ad inseguire e a reagire agli umori che circolano nel web, assecondando la spinta alla polarizzazione.
La metafora che è stata impiegata per descrivere come si spostano e si aggregano gli umori e i sentimenti nella rete, è quella dello "sciame digitale", che non ha un'anima, uno spirito e che è composto da individui isolati (Byung-Chul Han[36]).
Si è completamente dissolto il mondo delle vecchie appartenenze partitiche, i partiti hanno perduto la capacità di costruire delle narrazioni che possano tenere uniti gli elettori e poi assicurare una certa stabilità e coerenza alle politiche pubbliche. Anche i *leaders* della "democrazia del pubblico" stanno perdendo la capacità di conquistare un consenso che legittimi le loro politiche fino alle prossime elezioni. Lo sciame digitale (come lo sciame d'api) si muove rapidamente senza che sia possibile prevedere dove andrà, fa delle evoluzioni, cambia direzione, si compatta e poi si dissolve, secondo le transeunti aggregazioni degli umori, degli odi, delle simpatie degli scoppi d'ira che si propagano nella rete. E alla politica, il più delle volte, non resta che inseguire lo sciame e entrare nelle bolle, assecondandone la polarizzazione e la mancanza di progettualità.

[36] B.C. Han, *Nello sciame. Visioni del digitale,* Milano, 2015.

15. Dopo *Google Spain* e gli interventi dell'Antitrust: quale responsabilità delle piattaforme?

Di fronte alle trasformazioni sinteticamente descritte ed alle loro conseguenze sul futuro della libertà di informazione e della democrazia, c'è da domandarsi, tra l'altro, se le grandi piattaforme degli OTT che distribuiscono l'informazione non debbano avere una più definita responsabilità, al fine di salvaguardare il pluralismo, limitare la polarizzazione e la frammentazione, contrastare la diffusione delle *fake news* e dei discorsi d'odio, evitare discriminazioni ingiustificate tra coloro che intendono far comparire l'informazione da essi prodotta sullo schermo.

Sarebbe sbagliata e tecnicamente di assai ardua realizzazione l'introduzione di un dovere di sorveglianza sui contenuti che esse ospitano; un dovere di assai difficile adempimento, visto l'oceano di informazioni presenti nella rete, e che finirebbe per pregiudicare la libertà di informazione, il modello di business degli OTT e per pregiudicare la qualità e lo sviluppo dei servizi che essi offrono. Ma la riflessione potrebbe dirigersi verso la ricerca di soluzioni diverse che in qualche modo coinvolgano gli OTT nel contrasto alle *fake news*, ai discorsi d'odio, alla diffamazione, alla polarizzazione che corrono nella rete.

In questa prospettiva, va menzionata un'importante decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2014, conosciuta come *Google Spain*. È la decisione che ha riconosciuto il "diritto all'oblio" e che ha dato vita ad un dibattito ricco e ancora non esaurito. Il risvolto del riconoscimento del *right to be forgotten* che, in presenza di determinate condizioni, può essere esercitato per imporre al motore di ricerca di rimuovere dai risultati della ricerca i *links* a determinate *webpages*, in cui sono presenti contenuti pur sempre legali, ha un'implicazione ben precisa. Una compagnia privata può avere imposto specifici obblighi giuridici ai fini di una miglior tutela di specifici diritti fondamentali[37].

Nella prospettiva di una particolare responsabilità dei *gatekeepers* della rete un'altra indicazione da approfondire proviene dall'Antitrust europeo. Mi riferisco alla decisione della Commissione europea del 2017 di sanzionare con più di due miliardi e quattrocento milioni di euro Google per avere violato (secondo la Commissione) il diritto della concorrenza europea, avendo abusato della sua posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca attribuendo un vantaggio illegale ad un altro prodotto dello stesso Google, cioè il suo servizio di comparazione.

Si tratta di una decisione controversa che darà luogo ad una lunga e complessa battaglia legale. Qui non interessa stabilire chi abbia torto e chi ragione, quanto soffermare l'attenzione sul fatto che la Commissione europea ritenga che Google, a causa della posizione dominante che occupa nel mercato dei servizi di ricerca, possa avere imposto l'obbligo di trattare in modo eguale, ai fini dei risultati della ricerca, i suoi servizi di comparazione e quelli offerti dai rivali.

Stiamo attenti a non bloccare l'innovazione che è l'anima dell'economia digitale e a non

[37] K. Kowalik-Banczyk - O. Pollicino, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *German Law Journal*, 2016, 328.

inventare regole che potrebbero colpirla, imponendo oneri eccessivi alle diverse piattaforme, ma tra il rischio di una regolazione sovrabbondante e nessuna regolazione, è sicuro che non esista una via mediana?

16. Autoregolazione *versus* regolazione: è possibile trovare un equilibrio?

A questo punto siamo di fronte a un bivio: ritenere che viviamo nel migliore dei mondi possibili e quindi lasciare Internet come uno spazio senza regole specifiche per questa dimensione, oppure estendere a Internet la logica dello Stato di diritto sottoponendolo a regole di garanzia delle nostre libertà[38].

Si tratta di una ricerca difficile, che sembra oscillare tra due poli. Si potrebbe affidare alle grandi piattaforme il filtraggio delle informazioni che fanno passare dai loro "cancelli". Quando si parla di modifiche unilaterali degli algoritmi usati da Google o da Facebook o dei controlli da questi ultimi affidati a soggetti terzi si segue questa strada, che è quella di una autoregolazione.

È una strada che è stata intrapresa sia con riguardo alle *fake news* e *all'hate speech* che al contrasto delle informazioni che possono essere utilizzate dai terroristi. Sulle modalità tecniche che vengono impiegate per raggiungere questi obiettivi concentreremo l'attenzione nel terzo capitolo.

Questo ruolo di filtraggio si accentuerà fortemente se dovesse introdursi una eteroregolazione, una regolazione pubblica che introduca il principio, pure proposto da qualcuno (anche se di assai difficile attuazione dal punto di vista tecnico-pratico), secondo cui i social network dovrebbero essere responsabili per i contenuti che ospitano[39]. In questo caso, infatti, per evitare di incorrere in responsabilità il controllo diventerebbe inevitabilmente più penetrante e intrinsecamente prono ad errori. Il suddetto principio potrebbe essere declinato o nella forma più radicale dell'attribuzione alle società che gestiscono le piattaforme della qualifica giuridica di editore, analoga a quella propria di chi detiene i media tradizionali, con la conseguente attribuzione della responsabilità per tutto ciò che viene ospitato, oppure nella forma che, senza arrivare ad una piena equiparazione con gli editori, preveda comunque l'obbligo di rimozione (la cui inosservanza fa scattare importanti sanzioni) dei contenuti illegali lesivi dei diritti fondamentali.

La prima impostazione sposa la tesi del non intervento della regolazione pubblica, mentre l'altra auspica una decisa innovazione del quadro legale che introduca una forma di responsabilità giuridica di motori di ricerca e social media per i contenuti che essi ospitano. Sembrano prospettive opposte, ma esse hanno in comune il fatto che, in definitiva, affidano in modo pressoché esclusivo a delle compagnie private il controllo

[38] G. De Minico, *Internet regole e anarchia*, Napoli, 2012.

[39] Sull'idea di rafforzare le responsabilità di Facebook, richiedendo un qualche controllo sui contenuti creando una figura di *executive editor* che possa prendere decisioni su cosa mantenere e cosa togliere dal social network, v. M. Sullivan, *Call it a "crazy idea", Facebook, but you need an executive editor,* in *The Washington Post*, 20 novembre 2016.

sull'informazione che gira sulla rete.
Daphne Keller, che insegna alla Stanford Law School Center for Internet and Society, ha visto nelle anzidette proposte una chiara conseguenza, che è sintetizzata in questa formula: *Making Google the Censor*[40]. 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)?
Dall'altra parte, potrebbero elaborarsi regole nuove adeguate ai caratteri e alle dinamiche che assume la libertà di informazione nell'era di Internet. Si tratterebbe di valorizzare e tutelare le innovazioni già spontaneamente introdotte dalle principali piattaforme, andando però oltre queste innovazioni in modo da completare il regime della libertà di informazione attraverso nuove regole e un intervento, in chiave assolutamente sussidiaria, di istituzioni pubbliche.
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 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 (sul *Financial Times* del 30 dicembre 2016, ma non sono affezionato all'idea: l'importante è analizzare i problemi e cercare soluzioni con la convinzione che nessuno ha la "bacchetta magica"), 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, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana (non dimentichiamo il recente caso sopra citato della ragazza napoletana che si è uccisa dopo la diffusione virale sulla rete di un suo video che doveva restare privato).
Si tratta di prevedere un intervento *ex post*, in un'ottica meramente sussidiaria e con garanzie procedurali adeguate ai diritti coinvolti. Questo è un intervento non solo *ex post*, attivabile su istanza di parte, ma di natura meramente sussidiaria. Perché prima dovrebbero operare le autoregolazioni, basate sulla responsabilità sociale delle piattaforme, i controlli affidati a terze parti indipendenti, l'educazione digitale degli utenti, l'azione dei siti di *debunkers* e, solo in ultima istanza, potrebbero intervenire queste istituzioni pubbliche. Si tratta di una proposta che ha incontrato critiche feroci, ma anche autorevoli consensi[41].
Alle critiche che fanno riferimento all'impossibilità di distinguere tra fatti e opinioni, alla circostanza che le "bufale" sono sempre esistite ben prima di Internet, al ruolo dirimente del "mercato delle idee", nelle pagine precedenti sono stati prospettati degli

[40] D. Keller, *Make Google The Censor*, in *New York Times*, 12 giugno 2017.

[41] Per esempio, G. Pisapia, *Un arbitro contro le bugie della rete*, su *La Repubblica* del 2 febbraio 2017, ed anche AGCOM, *Relazione annuale 2017 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro. Presentazione del Presidente dell'Autorità Angelo Marcello Cardani*, 21 ss. Per le critiche v. P. Pagliaro, *Fermiamo il declino dell'informazione*, Bologna, 2017, 112 ss.

argomenti di segno contrario, che possono servire almeno a non farci sottovalutare la portata del problema che abbiamo davanti.
Quanto all'importanza che da parte di alcuni viene data all'introduzione di un sistema che consenta agli utenti di sapere al volo se una notizia è considerata o meno attendibile, ricorrendo a soluzioni informatiche di etichettatura, come "*this is fake*", si tratta di strade che opportunamente dovranno essere percorse, ma che non sono in conflitto con altre soluzioni che pure chiamano in giuoco l'opportunità di nuove regole. Perché, come già detto, l'intervento di istituzioni terze e indipendenti dovrebbe operare solamente quando tutti questi meccanismi non hanno funzionato e c'è un conflitto tra parti che sostengono tesi diverse in ordine all'esistenza o meno di una *fake news*, di un contenuto diffamatorio o lesivo della dignità umana. Certamente poi non si tratterebbe di un intervento sanzionatorio, ma dell'eventuale ordine di rimozione del contenuto in questione e dovrebbe riguardare tutta l'informazione digitale compresa quella delle testate giornalistiche e dei siti web, eventualmente integrandolo con meccanismi tecnici di garanzia della libertà di espressione come quello tratteggiato nel capitolo 3.
Inoltre, per salvaguardare la qualità dell'informazione non possiamo minimamente sottovalutare l'esigenza che siano in qualche modo conservati gli attori, come gli editori dei giornali e delle televisioni, che sono stati deputati a questo compito.
Il loro futuro sicuramente si giocherà sulla capacità di interagire con le tecnologie digitali sfruttandole per ampliare la loro diffusione e mantenere un buon *appeal* per gli inserzionisti pubblicitari. Ma questi sforzi dovrebbero pur sempre inserirsi in un quadro legale che eviti la cannibalizzazione dei contenuti da essi prodotti da parte degli *Over The Top*, e ciò potrebbe avvenire, in particolare, attraverso la salvaguardia del loro controllo sui dati dei lettori e la ridefinizione del regime del diritto d'autore.
Naturalmente si tratta di questioni complicate che toccano le basi delle nostre democrazie e delle nostre società aperte ed ogni soluzione non è priva di criticità (in termini di teoria politica e costituzionale, ma anche sotto il profilo tecnologico). Certamente dobbiamo prestare molta attenzione alle conseguenze, anche inintenzionali, di una regolazione perché indubbiamente va contrastato, senza ambiguità, qualsiasi tentativo di introdurre surrettiziamente una "censura mascherata" o di limitare il controllo diffuso sul potere (politico ma anche economico) che la rete ha certamente rafforzato.
Ma la complessità e la delicatezza dei problemi invece di indurci a ritenere, come il dottor Pangloss del *Candide*, che viviamo nel "migliore dei mondi possibili", deve spingerci ad approfondire le analisi e il dibattito, senza strumentalizzazioni legate alla politica contingente.

17. Sono ancora attuali le nostre categorie concettuali?

Le tendenze, i problemi e le possibili soluzioni fin qui prospettate finiscono per chiamare in giuoco la stessa configurazione della libertà di informazione nell'età di Internet. Le trasformazioni tecnologiche, della struttura e delle modalità di funzionamento del mercato dell'informazione condizionano inevitabilmente l'assetto giuridico della

libertà di informazione.
Di fronte ai cambiamenti epocali passati in rassegna, possiamo mantenere inalterati i vecchi schemi concettuali, che, giustamente timorosi e guardinghi di fronte agli abusi dei titolari del potere, tendevano a utilizzare categorie ispirate all'idea di libertà negativa e a vedere sempre e soltanto nel potere pubblico il pericolo da cui difendersi?
Oppure dobbiamo tentare di adeguarli ad una nuova realtà, imposta dal travolgente sviluppo tecnologico, non scappando di fronte alla questione se una minaccia alla libertà di informazione oggi possa venire anche da soggetti privati, che pure ci forniscono servizi indispensabili e che hanno migliorato enormemente la condizione dell'umanità, e se con riguardo ad alcuni di essi non possano essere introdotti specifici obblighi giuridici a salvaguardia di altri diritti fondamentali?

La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet

Oreste Pollicino

Keywords: Internet, libertà di espressione, *fake news, hate speech, free speech*

Sommario

1.Introduzione. – 2. Il costituzionalismo europeo alla prova dell'*hate speech* e delle *fake news*. – 2.1. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. – 2.2. La transizione dall'atomo al bit nella narrativa della Corte di Strasburgo. – 2.3. Il diritto dell'Unione europea. - 3. Il costituzionalismo statunitense di fronte alle *fake news* e all'*hate speech*. – 3.1. Rimodulare le tutele costituzionali? – 3.2. L'impatto delle nuove tecnologie sulla libertà di espressione negli Stati Uniti. - 4. Un nuovo paradigma per Internet? – 4.1. La rilevanza del falso nella giurisprudenza. – 4.2. Il ruolo degli *Internet service provider* e il problema della *collateral censorship*. – 4.3. Un *marketplace of ideas 2.0*? Una metafora da rivisitare

1. Introduzione

Da un punto di vista costituzionale, il tema del possibile contrasto alla diffusione di *fake news* e discorsi d'odio intercetta l'essenza del paradosso di Böckenförde, secondo il quale «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire». È proprio sul modello di tutela prescelto della libertà di espressione, una delle cifre distintive dello stato liberale, che si gioca infatti la partita decisiva in quest'ambito.

La scelta di intervenire per depurare la rete dei discorsi d'odio e delle *fake news* sembrerebbe evocare infatti, secondo alcuni, l'adozione di una serie di limitazioni che costringono la libertà di parola entro limiti probabilmente più rigorosi rispetto a quelli codificati dalle costituzioni liberali: così, per evitare il propagarsi di odio e falsità online, e in nome della protezione di diritti costituzionalmente rilevanti, si potrebbe giungere a limitare in modo una libertà. Esattamente, per tornare al paradosso richiamato in apertura, a bene vedere, quel presupposto di cui lo Stato liberale non potrebbe farsi garante in maniera duratura nel tempo.

Basterebbero queste primissime osservazioni per rilevare come le ragioni che più recentemente sono comparse sulla scena del dibattito politico rispetto alla necessità di introdurre strumenti normativi per contrastare il propagarsi di *fake news* e discorsi d'odio, e i conseguenti effetti dannosi per l'opinione pubblica, tocchino direttamente le radici del costituzionalismo e coinvolgano in prima persona gli studiosi di diritto costituzionale.

Rendendo così necessario, per chiunque intenda addentrarsi, oltre la patina di un'analisi meramente superficiale, in questo dibattito, confrontarsi con lo statuto costituzionale della libertà di espressione. Un paradigma complesso e differente a seconda del sistema giuridico di riferimento, pur nella comune matrice liberale che contraddistingue Europa e Stati Uniti, che incorpora un maggiore o minore spazio, e dunque un diverso atteggiamento, per la circolazione di contenuti che non soddisfano un vero e proprio interesse informativo[1].

[*] Il presente contributo ripropone l'omonimo capitolo pubblicato sul volume a cura di G. Pitruzzella - O. Pollicino - S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

[1] Per una panoramica, cfr. M. Rosenfeld-A. Sajo, *Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, in S. Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas,* Cambridge, 2007.

Volendo semplificare, si potrebbe poi rappresentare una dicotomia che oppone, rispetto alla circolazione di idee e opinioni, l'opzione di una democrazia militante, impegnata nella strenua difesa di un sistema valoriale che l'esercizio degli stessi diritti costituzionalmente tutelati rischia di mettere a repentaglio[2], e il modello di una democrazia tollerante, dove l'idea di uno Stato etico o comunque di un maggior controllo sull'esercizio delle libertà da parte degli individui appare svanire.
Queste diverse sensibilità oggi sono sottoposte sempre più a confronto, alla luce dell'avvento di un mezzo come Internet che ha permesso di collegare utenti, e con loro idee, opinioni e manifestazioni di pensiero, in diverse parti del mondo. Sovente le discussioni che involgono attivisti della rete e organizzazioni non governative evocano o l'opzione di un autogoverno della rete (tendenzialmente recessiva, alla luce delle ormai dimostrate capacità per i poteri pubblici di interferire con il funzionamento di Internet) o quella di carte dei diritti sovranazionali, di difficile riconciliazione, però, con il pluralismo costituzionale che contraddistingue alcuni ambiti, primo su tutti la libertà di espressione.
Il confronto con il diverso paradigma di tutela della libertà di espressione costituisce così un momento indispensabile e necessario a cogliere le criticità connesse a ogni disegno che ambisca a una regolazione della materia dei discorsi d'odio e delle *fake news*. Soprattutto, questa lettura, che incrocia due variabili, quella geografica (Europa-Stati Uniti) e quella cronologica (era "pre-digitale" ed era "digitale") consente di apprezzare l'esistenza di possibili anticorpi nel sedime costituzionale di riferimento per ingaggiare una battaglia che al giorno d'oggi sembra, grazie alle potenzialità diffusive della rete, esporre a pericolo alcuni capisaldi delle democrazie costituzionali.

2. Il costituzionalismo europeo alla prova dell'*hate speech* e delle *fake news*

Sin dalle origini, con la nascita dello stato liberale e la garanzia delle libertà negative, rinsaldate all'interno delle carte fondamentali, il costituzionalismo europeo ha collocato in una posizione centrale la libertà di manifestazione del pensiero, facendone il caposaldo di ogni società democratica e la cifra distintiva di questo modello. La centralità della libertà di manifestazione del pensiero si deve non soltanto alla portata simbolica di questa libertà, assurta a cifra distintiva di ogni ordinamento democratico, ma anche al suo stretto collegamento con molti dei diritti e delle libertà che ricevono tutela costituzionale. La partecipazione politica, ad esempio, sia in forma attiva che in forma passiva, presuppone il possesso di un bagaglio informativo da parte del cittadino-elettore e, al contempo, postula che il cittadino-candidato non incontri ostacoli nell'esercizio della libertà di parola. Ma molte altre libertà si fondano sul riconoscimento della libertà di espressione nell'ambito di una società democratica: la libertà di ricerca, così tristemente turbata in alcune recenti esperienze (Turchia e Ungheria); la libertà di associazione, che presuppone un comune vincolo consociativo fondato sulla condivisione di un nucleo

[2] K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *American Political Science Review,* 1937, 31, 417 ss.

valoriale; la libertà religiosa, che intravede nella libera adesione a visioni del trascendente un elemento portante.

La centralità occupata dalla libertà di manifestazione del pensiero non deve tuttavia indurre a ritenere che il campo di applicazione di questo diritto fondamentale non possa essere soggetto a limitazioni o a restrizioni dovute all'esigenza di prevenire abusi ovvero di bilanciarne l'esercizio con altri diritti, parimenti meritevoli di tutela costituzionale.

Sin dalla prima solenne affermazione, che si ritrova nell'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la libertà di espressione conosce un carattere di cedevolezza intrinseco, che si evince dalla stessa sua formulazione: «La libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

Questa caratteristica non costituisce un tratto isolato ma rappresenta l'essenza del "dna" europeo sulla libertà di espressione. Un'essenza che ha trovato sublimazione perfetta e del tutto emblematica allorché, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa si sono muniti di uno strumento comune di protezione dei diritti umani, articolato su un duplice livello: da un lato, l'affermazione solenne di tale libertà; dall'altro, l'enunciazione di una serie di limitazioni che rispondono alle garanzie tipiche dello Stato liberale:

la previsione di un fondamento legislativo;

il rispetto del criterio di proporzionalità (necessità in una società democratica);

la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

A questo paradigma si modellano dunque gli Stati europei, che concepiscono per definizione la tutela della libertà di espressione come un diritto suscettibile di logiche di bilanciamento e dunque, talvolta, anche cedevole al manifestarsi di preminenti esigenze di tutela di diritti diversi. Così è per esempio in Italia dove, come è noto, l'art. 21 della Costituzione enuncia il limite esplicito del buon costume (concetto per sua natura e per lungimirante scelta dei padri costituenti permeabile all'evolversi dei tempi) e dove, come meno noto, esistono diverse norme nell'ordinamento giuridico (si pensi a quelle che puniscono la diffamazione) che incorporano dei limiti "impliciti" all'esercizio di questa libertà[3].

Quali sono, nello specifico, gli strumenti di cui il costituzionalismo europeo dispone per regolare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e, segnatamente, per contrastare la diffusione di *fake news* e di discorsi d'odio?

Esiste quantomeno un duplice livello di analisi al quale parametrare il grado di tolleranza (o, al contrario, di "intolleranza") che il costituzionalismo europeo esibisce a questo proposito.

[3] In tema, si veda C. Pinelli, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero,* in *Rivista di diritto dei media,* 2017, 41 ss.

2.1. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo esprime due "parametri" cruciali per comprendere il margine di protezione delle manifestazioni che concretano un esercizio della libertà di espressione.

Da un lato, la libertà di espressione è tutelata dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), già ricordato, che articola un paradigma secondo un rapporto di regola ed eccezione. Dopo l'affermazione solenne della libertà di parola, infatti, la norma indulge nel prevedere tre requisiti che ogni possibile limitazione della libertà in questione deve rispettare. Più precisamente le limitazioni devono essere previste da una legge, devono essere proporzionali (necessarie in una società democratica) e devono essere finalizzate al raggiungimento di uno degli obiettivi esplicitamente previsti dallo stesso secondo comma dell'art. 10.

Passando dall'analisi del parametro normativo di riferimento alle modalità in qui quest'ultimo vive nella giurisprudenza, deve sottolinearsi come l'attività di interpretazione svolta della Corte europea nell'applicare l'art. 10 restituisce degli esiti confortanti rispetto al margine di effettiva garanzia di questa libertà[4].

Si deve, in particolar modo, riconoscere che il perimetro della protezione garantita a questo diritto è stato definito in modo ampio dalla Corte di Strasburgo, che ha segnato, sin dai casi *Handyside* e *Jersild,* alcuni importanti punti fermi.

In *Handyside*, una storica sentenza del 1976, la Corte ha chiarito che la tutela racchiusa nell'art. 10 non si applica soltanto alle "informazioni" o alle "idee" che sono accolte in modo favorevole tra i consociati o che sono percepite come inoffensive o comunque con indifferenza. L'ambito di copertura offerto da questa norma, infatti, si estende anche alle espressioni offensive, scioccanti o disturbanti rispetto allo Stato o a qualsiasi parte della popolazione. In un passaggio successivo la Corte europea ha enfatizzato come l'ampiezza di questo ambito di tutela risponda alle esigenze di pluralismo, tolleranza e apertura mentale senza le quali non sarebbe possibile configurare una società democratica. Questa sentenza, invero, allarga di molto i confini della libertà di espressione, affermando che anche quei contenuti che faticherebbero a ottenere approvazione presso la generalità dei consociati in quanto scioccanti od offensivi non possono essere privati, per ciò solo, delle garanzie che accompagnano la libertà di espressione. Non è dunque il livello di accettazione o di gradimento sociale di un contenuto a giustificarne l'accesso alle garanzie della libertà di parola. Queste affermazioni sembrerebbero tuttavia accreditare l'assunto per cui tanto più variegato è il panorama delle idee e delle opinioni, quanto più il carattere democratico di una democrazia ne gioverà. Si deve tuttavia misurare questo assunto con la varietà della fisionomia delle *fake news*, che non portano con sé uno specifico pregio dal punto di vista informativo ma anzi realizzano effetti contrari alle finalità della libertà di espressione, diffondendo presso la collettività messaggi non veritieri. Il quesito che occorre porsi, dunque, è se

[4] Cfr. J.F. Flauss, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression,* in 84(3) *Indiana Law Journal* 809 (2009).

quelle notizie che sono del tutto prive di un'utilità sociale, e che non racchiudono alcun contributo all'informazione degli individui, in quanto false o tendenziose, meritino egualmente di circolare alla stregua di quei contenuti che, al contrario, soddisfano un interesse informativo secondo il parametro convenzionale.

In *Jersild,* uno dei primi casi di *hate speech*, la Corte di Strasburgo ha dimostrato sensibilità per il contesto peculiare entro il quale le espressioni offensive sono formulate, ritenendo che lo stato contraente coinvolto (la Danimarca) avesse violato l'art. 10 della CEDU nell'imporre una condanna a carico di un giornalista che aveva intervistato un gruppo di giovani appartenenti a frange politiche estremiste i quali, nel corso del colloquio radiofonico, avevano rilasciato dichiarazioni patentemente offensive e razziste.

Dal panorama giurisprudenziale prima richiamato emergono chiare indicazioni in favore di una portata espansiva della libertà di manifestazione del pensiero, il cui perimetro sembrerebbe giungere ad abbracciare, nell'interpretazione della Corte europea, anche quelle espressioni che non offrono un significativo contributo allo sviluppo democratico e alla formazione dell'opinione pubblica e che presentano un contenuto raccapricciante e disturbante.

La Corte europea ha svolto importanti precisazioni, tuttavia, in relazione alle diverse fattispecie di negazionismo in cui le limitazioni di volta in volta applicate all'esercizio della libertà di parola sono state sottoposte al suo scrutinio. In questa direzione, lo strumentario della Corte di Strasburgo si è arricchito dell'art. 17 della Convenzione, che previene l'abuso di diritto, facendo proprio, almeno in questo frangente, un accento di democrazia militante[5].

Quale differenza intercorre tra questi strumenti?

Mentre l'applicazione dell'art. 10 postula una logica di bilanciamento da parte della Corte di Strasburgo con alcuni interessi meritevoli di tutela, con cui l'esercizio della libertà di parola deve conciliarsi, il ricorso all'art. 17, che punisce l'abuso di un diritto sancito dalla Convenzione in funzione strumentale alla distruzione di altri diritti o libertà o alla limitazione degli stessi in modo più severo rispetto a quanto previsto dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo, a questo proposito, ha fatto ricorso in alcune occasioni all'art. 17 per escludere *ab origine* la possibilità di un bilanciamento. Tra gli altri, è quanto si è verificato nel caso *Garaudy v. France* (negazionismo), *Ivanonv v. Russia* (odio razziale), *Norwood v. Regno Unito* (odio religioso).

In altri casi di *hate speech,* invece, la Corte si è soffermata sulle possibili lesioni dell'art. 10: *Perinçek v. Svizzera, Lehideux e Isorni v. Francia,* verificando il rispetto dei criteri stabiliti dall'art. 10 CEDU.

Volendo cogliere alcune linee di tendenza generali si deve segnalare anzitutto una particolare attenzione da parte della Corte europea alla dimensione del dibattito pubblico e all'esistenza di un interesse generale, che legittimano e giustificano un grado di protezione più intenso rispetto a quelle manifestazioni di pensiero che rispondono esclusi-

[5] Cfr. H. Cannie-D. Voohroohf, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in 29(1) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 54 (2011).

vamente all'etichetta di *commercial speech*. La tendenza palesata dalla Corte di Strasburgo si colloca nell'ottica di un ampliamento nella lettura di questi criteri e nella definizione dei contenuti che rientrano nel dibattito pubblico e rispondono a un interesse generale. Questa lettura si lega, del resto, all'indicazione contenuta nel par. 2 dell'art. 10 della CEDU, che subordina al rispetto della necessità in una "società democratica" la conformità convenzionale di eventuali misure restrittive adottate dai paesi contraenti.
Particolari attenzioni sono state poi dedicate alla libertà di informazione, declinazione della *freedom of speech* che, tra tutte, più intensamente corrisponde all'essenza del *watchdog* della democrazia di un sistema giuridico. La Corte di Strasburgo, in quest'ottica, ha manifestato una sensibilità peculiare rispetto all'impatto delle eventuali limitazioni previste dagli Stati contraenti, soffermandosi sui cosiddetti *chilling effects*, vale a dire sui possibili squilibri derivanti dall'adozione di misure che circoscrivono in maniera eccessiva l'esercizio legittimo di diritti tutelati dalle costituzioni e dagli stessi documenti convenzionali: su tutti, vale la pena menzionare gli sforzi profusi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto all'applicazione di pene non proporzionate o eccessive a carico di giornalisti colpevoli di reati di diffamazione[6]. Vale la pena sottolineare fin d'ora l'importanza del riferimento che l'art. 10 della CEDU compie sia alla libertà di diffondere informazioni, sia a quella di riceverle; un profilo, quest'ultimo, non indifferente al confronto critico con il modello di protezione squisitamente statunitense. Se si tutela, infatti, il diritto a ricevere informazioni da parte dei cittadini, si sottende inevitabilmente un riferimento all'esigenza di una informazione non inquinata e correttamente orientata a una virtuosa formazione dell'opinione pubblica, il che depone verosimilmente a sostegno di una visione che identifichi un limite alla capacità espansiva del fenomeno delle *fake news*.

2.2. La transizione dall'atomo al bit nella narrativa della Corte di Strasburgo

Rispetto al quadro che si è descritto con riferimento alla protezione apprestata dalla Corte di Strasburgo alla protezione della libertà di espressione e di informazione nel mondo degli atomi, quale attitudine sembra invece emergere quando la stessa libertà è invece esercitata nel mondo dei bit?
Guardando alle decisioni in cui la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito di ricorsi occasionati da presunte violazioni della libertà di espressione in Internet, si nota un'inclinazione a rimodulare quella portata espansiva che aveva contraddistinto la precedente giurisprudenza della Corte europea sulle applicazioni dell'art. 10 in ambiente analogico. Questa nuova modulazione dell'ambito e della portata della libertà di espressione in rete sembra radicarsi nel convincimento che l'utilizzo delle tecnologie digitali presenti un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi con cui

[6] Si veda in proposito, *ex multis,* anche M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014.

l'esercizio della libertà di parola deve coniugarsi[7]. Beninteso: il carattere "relativo" e "cedevole" rispetto a operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non costituisce certo una novità, ma questo carattere appare accentuato nel campo della casistica che ha a che vedere con Internet. Questa lettura per così dire "restrittiva" conosce i suoi prodromi nella pronuncia *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina* del 2011, in cui la Corte ebbe modo di argomentare che:

«the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned».

A differenza della Corte suprema degli Stati Uniti che, come si vedrà, nella sentenza *ACLU v. Reno* del 1997 ha da subito messo in luce il potenziale per una espansione (definita "fenomenale") dello spazio di esercizio della libertà di pensiero, la Corte europea è parsa, in questa pronuncia, preoccupata soprattutto dalle criticità dell'uso del mezzo Internet e dei rischi connessi a una lesione più significativa di altri diritti fondamentali che potrebbero scontrarsi con la libertà di espressione e di informazione Tutto questo quando, come si diceva, la partita si gioca non nel mondo degli atomi ma in quello dei bit. La differenza con l'approccio statunitense non è di poco momento, se si pensa che nella sentenza appena ricordata la Corta suprema aveva osservato che:

«È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prove contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura».

Le due corti sembrano animate da presunzioni di segno opposto: quella statunitense presume che una *content regulation* e dunque un controllo non sortisca maggiori benefici della libertà, quella europea, più sospettosa, ritiene verosimile che il mezzo generi pericolo per gli altri diritti e dunque assume la necessità, e quindi la legittimità di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*.
Occorre poi ricordare che, come evidenziato in precedenza, la Corte europea ha da sempre indicato nella libertà di espressione, e in particolare nella libertà di stampa,

[7] Cfr. O. Pollicino-M. Bassini, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis,* in A. Savin-J. Trzaskowski (eds.), *Research Handbook On EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

una sorta di cartina di tornasole (il "cane da guardia") del livello di democrazia di un ordinamento. Sembra che anche questo portato consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia stato rivisitato. Dapprima, nella sentenza *Stoll c. Svizzera* del 2007, la Corte è parsa convalidare l'imposizione di obblighi più stringenti in capo ai giornalisti nel caso di utilizzo di Internet rispetto alla carta stampata:

«the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide "reliable and precise" information in accordance with the ethics of journalism [...] These considerations play a particularly important role nowadays, given the influence wielded by the media in contemporary society: not only do they inform, they can also suggest by the way in which they present the information how it is to be assessed. In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance».

Inoltre, un indirizzo analogo trova conferma nella pronuncia *KU c. Finlandia* del 2008:

«Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context. Such framework was not, however, in place at the material time, with the result that Finland's positive obligation with respect to the applicant could not be discharged».

Non si deve, naturalmente, dimenticare che le decisioni della Corte europea riposano in larga parte sulla specificità delle singole situazioni che hanno occasionato, di volta in volta, i ricorsi. Questi elementi consentono di ridimensionare o comunque di ponderare correttamente la portata di pronunciamenti all'apparenza radicali. Tale discorso vale, per esempio, per il caso *Delfi c. Estonia*, una decisione della Grande Camera del 2015 che pure conferma la linea di tendenza descritta finora, incline a validare con maggior favore possibili limitazioni della libertà di espressione online (basti, tra tutti, questo inciso:

«defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online».

La Corte ha stabilito che porre a carico del gestore di un portale di informazione online il pagamento di una somma, pur esigua (nel caso di specie, 320 euro), a titolo

di risarcimento del danno subito da un soggetto in conseguenza di alcuni commenti diffamatori rimasti accessibili per circa sei settimane a corredo di un articolo pubblicato sul sito non costituisce una restrizione sproporzionata alla libertà di espressione, in ragione della necessità di un suo bilanciamento con la tutela da assicurare ad altri diritti della personalità (quali l'onore e reputazione) del soggetto diffamato. Va detto che la stessa vicenda sarebbe stata verosimilmente giudicata in altro modo dalla Corte di giustizia, il cui scrutinio però si sarebbe fondato su criteri diversi rispetto a quelli adottati da un giudice dei diritti fondamentali come la Corte di Strasburgo, appuntandosi all'opposto sul tema dell'eventuale responsabilità del gestore del portale online e dunque sull'applicazione della Direttiva 2000/31/CE. La sentenza in parola è senz'altro problematica e difficile da riconciliare con il diritto dell'Unione europea: al netto della necessità di adottare una prospettiva d'indagine non fuorviante (il *thema decidendum* qui era se l'imposizione di un risarcimento in forma pecuniaria, di entità ridotta, potesse configurare una violazione ingiustificata dell'art. 10 della CEDU, e non la compatibilità di tale opzione con la Direttiva 2000/31/CE), la sentenza apre uno spiraglio rispetto alla possibilità di imputare all'editore di un portale contenuti illeciti pubblicati da terzi al verificarsi di determinate circostanze.

Tali indicazioni emergono soprattutto se si confronta la portata della sentenza *Delfi* con quella, di alcuni mesi successiva, che ha visto la Corte di Strasburgo prendere nuovamente posizione su un caso analogo, seppure con esito differente, nella sentenza *MTE c. Ungheria*. La vicenda non presentava sostanziali differenze, in quanto il ricorso era diretto a provocare uno scrutinio sulla compatibilità con l'art. 10 della CEDU della condanna riportata dal gestore di un portale di informazione a causa dei commenti diffamatori riportati da terzi, in forma anonima, ossia tramite l'utilizzo di pseudonimi, in calce a una notizia pubblicata sul giornale. La Corte di Strasburgo è giunta, come precisato, a una pronuncia di segno opposto, nel senso della sussistenza di una violazione dell'art. 10, allontanandosi così dal suo precedente in *Delfi*. Secondo la Corte, i due casi si differenziano a causa della natura dei commenti offensivi e del loro diverso disvalore: in *Delfi,* infatti, i contenuti inseriti da terzi presentavano una particolare carica offensiva al punto di configurare una forma di *hate speech*, essendo connotati da toni incitanti alla violenza e all'odio razziale; tale connotazione, che per la Corte sembra provocare una maggiore attrazione di utenti, non si ritrova invece nel caso *MTE* ed è proprio la carenza di questo attributo di manifesta illiceità a giustificare un diverso atteggiamento nei confronti dell'*Internet service provider*. La Corte di Strasburgo ha così rivisitato il proprio orientamento: peraltro, nella fattispecie non era in questione, come nel caso *Delfi,* la ritardata rimozione di commenti (giacché questa era stata invero eseguita tempestivamente) bensì proprio la responsabilità del gestore della piattaforma per i commenti di natura offensiva pubblicati da terzi. In questo senso, sembra apprezzarsi il tentativo da parte della Corte di avvicinarsi, rispetto al caso *Delfi,* al diritto dell'Unione europea e ai principi sulla responsabilità degli *Internet service provider*.

La stessa attitudine da parte della Corte di Strasburgo ad un'attenuazione, in Internet, della portata espansiva della libertà di espressione si rintraccia anche in due recenti decisioni in cui si è trattato di bilanciare quest'ultima con le istanze di protezione del

diritto d'autore.
Anzitutto, nella decisione sul caso *Ashby Donald c. Francia* (2013) era in discussione se la previsione di una sanzione pecuniaria in relazione alla pubblicazione in un sito Internet di alcune fotografie realizzate da alcuni fotografi professionisti in occasione di un evento, senza il consenso della casa di moda, integrasse o meno una violazione dell'art. 10 della CEDU. La risposta del giudice di Strasburgo è stata negativa, dal momento che l'interferenza sull'esercizio della libertà di espressione è stata ritenuta giustificata, anche alla luce della natura commerciale delle forme di espressione in discorso, per la cui disciplina gli Stati contraenti dispongono di un margine di apprezzamento più ampio rispetto ad altri ambiti.
Altro caso significativo è quello che ha tratto origine dalla condanna dei gestori del portale The Pirate Bay per violazione delle norme svedesi sulla tutela del diritto d'autore. Chiamata a pronunciarsi sul ricorso contro la condanna, la Corte ha rilevato che:

«since the Swedish authorities were under an obligation to protect the plaintiffs' property rights in accordance with the Copyright Act and the Convention, [...] there were weighty reasons for the restriction of the applicants' freedom of expression».

Questo atteggiamento della Corte di Strasburgo, senza trascendere o tradursi in un assenso rispetto a qualsiasi deriva censoria, non vuole però sminuire l'importanza di Internet come mezzo di informazione e la necessità, conseguente, di assicurare al pubblico il libero accesso alle diverse fonti anche tramite la rete.
Ne è riprova il caso *Cengiz c. Turchia* (2015), in cui la Corte europea ha espressamente riconosciuto il valore di YouTube come mezzo per ricevere e diffondere informazioni e idee, peraltro non sempre agevolmente reperibili tramite i media tradizionali, grazie soprattutto al contributo del giornalismo cosiddetto partecipativo, che proprio dalla disponibilità delle nuove tecnologie si alimenta. In tale decisione, la Corte ha ritenuto contrario alla Convenzione il blocco generalizzato dell'accesso a YouTube disposto da parte delle autorità nazionali. Secondo la Corte:

«YouTube was a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there were no equivalents that could replace it».

In precedenza, la Turchia era già stata condannata nel caso *Ahmet Yildirim* per violazione dell'art. 10 della CEDU a causa dell'oscuramento del tutto sproporzionato di tutti i siti ospitati dalla piattaforma Google nell'ambito di un procedimento penale per il perseguimento di alcuni reati d'opinione consumati sul web. La misura, generalizzata e non già diretta a colpire in modo puntiforme e isolato i singoli siti interessati, era stata ritenuta priva del carattere di proporzionalità, avendo reso inaccessibili moltissimi siti Internet completamente estranei alla vicenda che contribuiscono a soddisfare esigenze dei consociati nell'esercizio del loro diritto a ricercare e ricevere informazioni.

2.3. Il diritto dell'Unione europea

Nel diritto dell'Unione europea rilevante è il parametro dato dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali, che definisce oggi un vero e proprio riferimento di respiro costituzionale, di pari rango ai trattati, vincolante per tutti gli atti di diritto derivato (ossia i regolamenti, le direttive e le decisioni) che le istituzioni europee possono adottare. Non solo: la presenza, che a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha natura vincolante, di un documento a tutela dei diritti fondamentali segna profondamente l'*identikit* dell'Europa, consentendole di dar corso, ancorché parzialmente, a un passo rimasto incompiuto a causa del fallimento del progetto di trattato costituzionale. E cioè dotandosi di una carta dei diritti la quale, oltre a vincolare l'attività di *law making* del legislatore, consente alla Corte di giustizia di sindacare gli atti del diritto dell'Unione che preesistevano alla Carta, per verificarne la compatibilità con i diritti fondamentali[8].
Va detto che il portato innovativo della Carta deve probabilmente circoscriversi al piano formale, in quanto, nel merito, le situazioni giuridiche che si ritrovano ora tutelate dalla Carta già ricevevano una protezione nella costruzione prima comunitaria e poi dell'Unione attraverso il filtro dei principi generali e delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Certo però che la scelta di codificare un vero e proprio *bill of rights* non può non avere delle implicazioni sistemiche.
L'Unione europea sconta infatti il limite di una genesi legata a ragioni economiche più che alla tutela dei diritti fondamentali, a differenza del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'ambito dei diritti fondamentali, dunque, ha per lungo tempo rappresentato uno spazio d'eccezione che la Corte di giustizia poteva riconoscere rispetto all'indisturbato svolgersi delle libertà economiche proclamate dai trattati. Di volta in volta, la Corte poteva essere chiamata a vagliare se le limitazioni a dette libertà previste dagli Stati membri in nome della tutela dei diritti fondamentali potessero essere giustificate o meno.
Di conseguenza, sono assai rare le decisioni della Corte di giustizia che si sono occupate più direttamente della protezione della libertà di espressione, più frequenti quelle, recenti, che involgono questo diritto in dinamiche di bilanciamento con altri diritti di "estrazione" o comunque matrice più economica, come il diritto d'autore e la protezione dei dati.
Sintomatico di questo atteggiamento da parte dei giudici di Lussemburgo è, tra gli altri, il caso *Omega*, nel quale la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di un provvedimento con cui, in Germania, era stato vietata la pratica di alcuni giochi, costituenti un'attività economica, in nome della tutela della dignità umana. Tali giochi implicavano, infatti, atti di omicidio simulato e di violenza, tali da minacciare la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico. Secondo la Corte di giustizia, un'attività economica può essere senz'altro vietata in conformità con il diritto dell'Unione europea laddove la finalità del provvedimento corrisponda alla tutela dell'ordine pubblico. Si coglie così lo spazio di tutela riservato ai diritti fondamentali

[8] Si veda tra l'altro O. Pollicino, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in www.forumcostituzionale.it, 31 dicembre 2013.

(nella fattispecie al diritto che si colloca al vertice di questo sistema, ossia la dignità umana).

A fronte dell'evoluzione digitale, come si sottolineava, si sono però riscontrate alcune importanti pronunce che riguardano il rapporto tra la libertà di espressione e altri diritti, fra cui, in modo particolare, la protezione dei dati personali e il diritto d'autore. Di queste decisioni è importante dare conto, più che per il loro contributo specifico "nel merito" (invero ridotto, stante che nessuna decisione specifica si appunta sul tema della prevenzione delle *fake news*) per quello "di metodo", ossia per lo strumentario concettuale e procedurale che la Corte ha sviluppato nel vagliare le possibili restrizioni alla libertà di espressione in rete.

La narrativa giurisprudenziale relativa al bilanciamento della libertà di espressione con il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto d'autore restituisce un'indicazione "parametrica" sulla capacità di tenuta del paradigma della libertà di espressione nell'ambito della diffusione delle tecnologie digitali.

Dapprima, è utile comprendere il rapporto con la protezione dei dati personali. La sentenza *Lindqvist* del 2003 rappresenta la prima occasione in cui la Corte di giustizia si è dovuta confrontare con il nuovo scenario tecnologico. La vicenda aveva preso origine dalla pubblicazione da parte di una cittadina svedese di un sito Internet nel quale aveva indicato, senza il loro consenso, le generalità di alcuni parrocchiani insieme ad alcuni dettagli sulla loro vita privata e familiare. Queste attività le avevano procurato una condanna in sede penale, costituendo un trattamento illecito di dati. La Corte di giustizia veniva richiesta così di precisare se le limitazioni previste dalla direttiva sul trattamento di dati personali non fossero incompatibili con la tutela della libertà di espressione, con la quale la privacy degli individui dovrebbe bilanciarsi. Pur rimettendo comunque al giudice nazionale la valutazione sul punto in base alla disciplina interna, la Corte di giustizia ha escluso che la Direttiva 95/46 stabilisca delle restrizioni incompatibili con la libertà di espressione.

La pronuncia che racconta in modo più netto la ricerca di un presunto equilibrio tra libertà di espressione e tutela dei dati personali risale al 2014, quando la Corte di giustizia ha consegnato la sentenza *Google Spain*. La vicenda vedeva opposti, davanti all'Autorità per la protezione dei dati spagnola, l'AEPD, il sig. Costeja González e Google. Il primo domandava che fosse ordinato al motore di ricerca di cancellare alcuni *link* diretti alle pagine web di una pubblicazione, *La Vanguardia,* che riportava i dettagli di un procedimento giudiziario da lui subito anni prima. Il secondo eccepiva che tale intervento fosse inesigibile da un motore di ricerca e che la richiesta andasse piuttosto indirizzata al gestore del sito sorgente.

La Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione offre sicuro fondamento al diritto alla deindicizzazione dei dati personali e ha altresì precisato che spetta ai gestori dei motori di ricerca condurre una valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di tale diritto e alla compatibilità con la libertà di informazione.

A questa conclusione la Corte di giustizia è giunta seguendo un percorso snodato su più passaggi, il cui esito è la riconosciuta possibilità di applicare ai motori di ricerca gli stessi obblighi previsti per chi tratta "per conto proprio" dati personali (come, per

esempio, una testata giornalistica), fra cui quello di dar corso alla cancellazione di informazioni personali (nella fattispecie, di *link* a notizie riportate da siti terzi) quando le stesse non siano più esatte, aggiornate, pertinenti o rilevanti. La sentenza affida così al gestore del motore di ricerca il compito di decidere, caso per caso, se l'informazione meriti di restare in rete oppure debba destinarsi "all'oblio" (in realtà, più che di oblio sarebbe corretto parlare di "deindicizzazione", dato che la notizia viene rimossa esclusivamente dai risultati di ricerca, senza che sia inficiata la sua reperibilità sul web mediante accesso diretto al sito ospitante). E per la verità, tacendo altri aspetti critici, la pronuncia propone un bilanciamento tra diritto a essere informato e tutela della privacy geneticamente asimmetrico, in quanto la regola è la prevalenza del secondo sul primo e solo in via eccezionale è ammesso il contrario. Conferma di tale asimmetria si rintraccia nella disparità, nel *reasoning* della Corte, tra i moltissimi richiami agli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, dedicati alla tutela della privacy e dei dati personali, e l'assenza di qualsiasi riferimento all'art. 11 della stessa Carta che si occupa, come si è detto più volte, della tutela della libertà di espressione.

Le pronunce ora ricordate sembrano descrivere un paradigma della libertà di espressione in rete spesso "cedevole" rispetto alla tutela di altri interessi concorrenti. Tale impostazione non sembra del resto immune dalla caratterizzazione che si ritrova nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove è chiaramente prospettato che l'agitarsi entro un nuovo contesto tecnologico di questa libertà conduce a un moltiplicarsi delle ipotesi di pericolo e dunque di conflitto rispetto ad altri diritti. È dunque una libertà "cedevole" perché costituisce, nel mondo dei bit, un'arma più pericolosa rispetto a quanto non potesse essere nel mondo degli atomi.

Il secondo piano di analisi si incentra invece sul bilanciamento con il diritto d'autore. Sono diverse, infatti, le pronunce della Corte di giustizia che si sono concentrate su questo crinale, non certo agevole da percorrere alla luce delle molteplici tensioni che la digitalizzazione ha prodotto nel rendere disponibili opere protette per la libera fruizione da parte degli utenti.

Due sentenze, scaturite dall'identico caso, devono essere ricordate su tutte: nei casi *Sabam* e *Netlog*, la Corte di giustizia ha censurato il provvedimento delle autorità del Belgio che avevano imposto ai fornitori di servizi Internet l'adozione di un sistema di filtraggio a loro spese per determinare la presenza di contenuti illecitamente diffusi e bloccarne la condivisione. Le modalità con cui tale meccanismo era strutturato erano tali da configurare una vera e propria attività di sorveglianza in capo agli operatori, vietata peraltro dalla normativa europea in materia di *Internet service provider*. In aggiunta, le caratteristiche di questo sistema di filtraggio conducevano a un ingiustificata preminenza del diritto d'autore su altri diritti fondamentali, tra cui, oltre alla libertà di iniziativa economica e alla protezione dei dati personali, la libertà di espressione. È bene però precisare che nelle sentenze in parola la Corte di giustizia non si è espressa in modo del tutto contrario all'applicazione di sistemi di *screening* o di filtraggio, ritenendo che tali meccanismi debbano però rispettare un equilibrio tra i diritti fondamentali in gioco, secondo un approccio conforme al principio di proporzionalità. E, del resto, guardando al documento su cui la Corte di giustizia fonda il suo scrutinio sul rispetto

dei diritti fondamentali (la Carta dei diritti fondamentali) si evince che tale documento non incorpora una gerarchia assiologica, ma posiziona secondo una logica paritetica i diritti ivi elencati. Si tratta di un punto di non poco momento, giacché la libertà di espressione, nonostante il valore di pietra angolare del sistema democratico, si trova così a doversi bilanciare con i vari interessi di volta in volta rilevanti.

A ben vedere, nel caso delle *fake news*, soltanto in ipotesi determinate si assiste al contrasto con altri diritti tutelati dall'ordinamento giuridico. Piuttosto, occorre interrogarsi se affermazioni prive di fondamento e di riscontro nella realtà possano qualificarsi come parte dell'ambito di esercizio della libertà di espressione, e cioè se le medesime godano di una copertura "costituzionale" o meno. Da una considerazione unitaria dell'atteggiamento della Corte di Strasburgo e della Corte di giustizia sembra evincersi che la libertà di espressione possa senz'altro incontrare dei limiti, e dunque che la sua estensione non sia sconfinata. Il problema cruciale riguarda, però, la definizione di questo perimetro. Sebbene non giunga ad abbracciare lo spazio di tutela riconosciuto dal Primo Emendamento della Costituzione statunitense, come si dirà davvero ampio sia nel suo dato testuale che nell'interpretazione della Corte suprema, anche la concezione europea incorporata nei documenti convenzionali ed elaborata dalla giurisprudenza è ispirata a una matrice liberale. Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, segnatamente, il confine è segnato da quelle restrizioni che superino il test di "necessità in una società democratica" per il perseguimento di scopi determinati, che però comprendono una pluralità di obiettivi, tra loro assai diversi, che interessano sia la posizione di individui (la tutela della reputazione) sia interessi generali della collettività (la protezione della sicurezza nazionale). Di certo, nel contesto europeo, la soglia entro cui possono scattare le possibili limitazioni è assai più bassa, potendosi senz'altro operare delle legittime restrizioni alla libertà di espressione senza dover incorrere necessariamente in un *clear and present danger*.

Forse la cartina di tornasole che racconta il margine di tolleranza "interno" della libertà di espressione deriva dalla considerazione della giurisprudenza che si è esercitata sull'*hate speech*. Occorre nondimeno una precisazione fondamentale: al di là delle ipotesi in cui vi siano punti di contatto e di immedesimazione tra queste due categorie, *fake news* e *hate speech* presentano invero caratteristiche tendenzialmente diverse.

È ben possibile, senz'altro, che il disvalore intrinseco ad alcune notizie palesemente infondate giunga a caricare tali contenuti della medesima caratterizzazione dei discorsi d'odio: e, del resto, che cos'è la diffusione della cosiddetta "menzogna di Auschwitz", così come di qualsiasi teoria negazionista, non una colossale *fake news*?

E tuttavia non ogni *fake news* può assurgere al livello di *hate speech*, il che deriva dalla differente natura che la multiforme categoria delle notizie false può assumere.

Volendo concludere questa prima fotografia del panorama europeo, va detto che per quanto gli Stati membri dell'Unione europea, vincolati peraltro anche all'osservanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, presentino una tradizione costituzionale tendenzialmente omogenea rispetto all'ambito di tutela della libertà di espressione, è però assente una specifica legislazione sui contenuti, salvo limitate eccezioni che riguardano settori particolari, come quello dei servizi di media audiovisivi (dove,

in ogni caso, il diritto dell'Unione non entra nel merito della qualificazione dei contenuti e delle scelte di bilanciamento che riposano sulla discrezionalità degli Stati membri). Soltanto la Decisione 2008/913/GAI merita di essere segnalata, in quanto primo provvedimento focalizzato sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, la cui implementazione da parte degli Stati membri coinvolti ha tuttavia conosciuto modalità differenziate e non sempre coerenti tra loro[9]. Né le competenze attribuite dagli Stati membri all'Unione europea sembrano promettere l'adozione di provvedimenti che potrebbero interessare direttamente la materia delle *fake news*, sebbene non è da escludersi che l'atteggiamento delle istituzioni europee, che hanno già manifestato in diverse sedi la preoccupazione per il dilagare di questo fenomeno sia destinato a tradursi, in questa occasione, non tanto nell'adozione di atti di natura legislativa quanto piuttosto in iniziative di carattere politico. Al centro delle quali non potrebbero che collocarsi gli attori principali della divulgazione di notizie false sul web, ossia i gestori delle piattaforme *social* e dei motori di ricerca. Le proposte avanzate, tra le quali occorre menzionare la legge tedesca approvata lo scorso 30 giugno e in vigore dal 1 ottobre 2017, segnalano l'attenzione per il ruolo degli *Internet service provider*. Ancorché si tratti di un nodo cruciale per il funzionamento dell'ecosistema dell'informazione sul web, non si deve però dimenticare la necessità, in proposito, di evitare derive di iper-responsabilizzazione che trasformerebbero, fino a snaturarlo, il ruolo delle piattaforme e lo stesso regime giuridico loro applicabile, dal comprensibile e motivato spirito garantistico. Diversamente, le scelte operate anche dai singoli Stati membri potrebbero correre il rischio di snaturare la stessa *ratio* sottesa, su tutti, alla disciplina degli *Internet service provider*, racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE e ispirata all'obiettivo di non responsabilizzare in via preventiva e diretta le piattaforme per contenuti e attività illecite degli utenti, coinvolgendole semmai attivamente nel successivo processo di rimozione. Peraltro, in questo scenario, non devono dimenticarsi le iniziative sempre più nel senso di una co-regolamentazione, che vedono protagonisti proprio i gestori delle piattaforme online: in tal senso appare la riforma della direttiva sui servizi di media audiovisivi (Direttiva SMAV) che potrebbe introdurre specifici obblighi, seppur in via di co-regolamentazione, per la rimozione di contenuti nocivi ai minori e integranti *hate speech*.

Non si deve dimenticare, poi, che a risultati analoghi sembrano propendere anche le forme di autoregolamentazione che hanno trovato finora spazio a livello europeo, su tutte il codice di condotta adottato da Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube nell'estate del 2016.

Come si dirà nelle pagine conclusive in relazione alle possibili soluzioni e ai rimedi disponibili, occorre certamente uno sforzo di grande equilibrio nel disegnare i futuri scenari.

[9] Sul punto cfr. anche L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale,* Padova, 2010.

3. Il costituzionalismo statunitense di fronte alle *fake news* e all'*hate speech*

Il paradigma costituzionale della libertà di espressione conosce una caratterizzazione del tutto peculiare nel contesto nordamericano, dove la tutela sacrale del diritto di parola ereditata dal Primo Emendamento costituisce una conferma dell'eccezionalismo di questo ordinamento:

«Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

Con questa formula, che inaugura il novero di previsioni contenute nel Bill of Rights (la carta dei diritti che "si fonde" con la Costituzione degli Stati Uniti) si volle munire la libertà di parola di una protezione rafforzata, pressoché assoluta. La formulazione di questa disposizione è ben chiara nel porre l'accento sul divieto per i poteri pubblici di interferire con l'esercizio della *freedom of speech*, in tutte le sue possibili declinazioni.
È alla giurisprudenza della Corte suprema che si devono le più importanti elaborazioni sul Primo Emendamento, che riguardano sia la sua portata che i limiti rilevanti. Anche questo diritto fondamentale, come si vedrà, può conoscere, a dispetto della sua enunciazione in forma solenne, delle restrizioni, ancorché entro circostanze assai stringenti.
Tale portata e tali limiti non sono però sempre stati univoci: come ricorda Cass Sunstein[10], per un certo periodo la mera invocazione di atti contrari all'ordinamento o comunque di disobbedienza è stata considerata una condotta illecita in sé, estranea al perimetro di tutela della libertà di espressione. Questa impostazione di ferma condanna è stata in parte rivisitata a partire dalla *opinion* di Justice Hand nel caso *Masses Publishing v. Pattern* (1917). La Corte suprema, in questo periodo, aveva infatti elaborato uno standard che rendeva punibili, e dunque escludeva dall'ambito di garanzia del Primo Emendamento, tutte le manifestazioni di pensiero che presentassero una "tendenza" a realizzare forme di illegalità.
Cruciale, nell'economia dell'interpretazione costituzionale della libertà di espressione, è la dottrina del *clear and present danger*, elaborata da Justice Holmes, uno dei più importanti e influenti giudici della Corte suprema, a partire dal caso *Schenck v. United States* del 1919. Questa costruzione individua in modo più puntuale i limiti all'esercizio del *free speech,* senza però negare l'esigenza che ogni limitazione sia assoggettata a uno *strict scrutiny,* ossia a uno scrutinio che assicuri la necessità (ossia l'assenza di altre misure meno "invasive") della restrizione al fine di perseguire un altro obiettivo legittimo "concorrente".
Così Holmes:

«The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such

[10] Per uno studio onnicomprensivo della *freedom of speech* nell'ordinamento statunitense, si veda C.R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech,* New York, 1995.

a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that the United States Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right».

La formula impiegata da Holmes evoca per certi aspetti, pur ovviamente precedendola cronologicamente, la clausola contenuta nell'art. 17 della CEDU, che fa divieto dell'abuso di un diritto, vale a dire l'esercizio di un diritto in modo da distruggere i diritti o le libertà riconosciuti dalla Convenzione o da comportarne restrizioni più ampie rispetto a quelle legittimamente consentite. La dottrina del *clear and present danger*, che si farà sempre più largo nel corso del tempo nella giurisprudenza della Corte suprema, serba un significato ben più incisivo, in quanto delimita, *a contrario,* l'ambito entro il quale la libertà di parola può esplicarsi senza incorrere in limiti o compressioni di matrice statuale.
Non si tratta, quindi, di una erosione di questa libertà, ma al contrario – e forse paradossalmente – di un corroboramento del suo spazio di esercizio. L'ampiezza della tutela di questo diritto è tradotta da una efficace metafora, plasmata dal linguaggio economico, coniata dallo stesso Justice Holmes in un'altra celebre *dissenting opinion*, condivisa anche dal giudice Brandeis, nel caso *Abrams v United States* del 1919*:*

«Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out».

Dunque, anche le opinioni e le idee più impopolari e scabrose devono godere di protezione, in quanto parte di un *marketplace of ideas*, un libero mercato delle idee, che costituisce il loro naturale terreno di gioco e al contempo il miglior test affinché tali idee, in base al proprio contenuto e alla propria autorevolezza, possano ottenere consenso o meno.
Nei decenni successivi, comunque, la Corte suprema ha continuato a distinguere tra le fattispecie di esercizio della libertà di parola che contribuiscono al progresso e alla discussione democratica e quelle che sono finalizzate a incentivare attività contrarie all'ordinamento. In parte, l'impostazione di Holmes e Brandeis è stata messa in discussione, laddove, per esempio, nel 1951 in *Dennis v. United States*, si è ritenuto che in caso di prospettazione di un danno o nocumento grave nella sua entità, il pericolo non dovesse necessariamente presentare i caratteri di immediatezza e chiarezza.

Ma il vero punto di svolta, in questo contesto, è stato segnato da una pronuncia in uno dei casi più controversi nella narrazione della Corte suprema sulla libertà di espressione, *Brandeburg v. Ohio,* e in particolare in una vicenda di *hate speech* che vedeva protagonista un esponente del Ku Klux Klan il quale aveva minacciato azioni di rivendicazione nel caso in cui gli organi dello Stato avessero adottato azioni, a suo dire, volte alla soppressione della razza caucasica. La Corte suprema ha ritenuto che il diritto alla libertà di espressione non consenta allo stato di interferire o di vietare la difesa o l'apologia dell'uso della violenza o di condotte contrarie all'ordinamento, a meno che tale atto di *advocacy* sia finalizzata a incitare o produrre un'azione imminente di natura illecita e sia idonea con elevato grado a provocarla. In questo modo, la Corte ha stabilito un margine di tutela particolarmente ampio in favore delle forme di dissenso di natura politica, richiedendo che tre diversi criteri siano rispettati da ogni atto volto a regolare l'esercizio della libertà di parola:
in primo luogo, occorre che l'individuo intenda promuovere non soltanto una generica condotta illecita ma una condotta illecita "imminente" (elemento temporale);
in secondo luogo, la condotta illecita che il parlante intende stimolare deve verificarsi secondo un elevato grado di probabilità (elemento probabilistico);
da ultimo, deve essere intenzione del parlante provocare tale condotta (elemento finalistico-psicologico).
Come ha evidenziato Sunstein, questo test compromette diversi elementi sia della posizione di Justice Hand sia di quella di Justice Holmes e Justice Brandeis, e si risolve nella definizione di uno standard di tutela ancora più avanzato.

3.1. Rimodulare le tutele costituzionali?

Se quello così delineatosi lungo il percorso giurisprudenziale ora descritto è un paradigma della libertà di espressione maggiormente permissivo rispetto a quello consolidatosi nell'interpretazione delle corti europee, occorre interrogarsi su quale applicazione abbia ricevuto nell'ambito di Internet.
Il problema si è posto, innanzitutto, all'attenzione della dottrina. Se *prima facie* non emergevano particolari obiezioni all'assimilazione tra le categorie del mondo degli atomi e il mondo dei bit, è divenuta evidente l'esigenza di adoperare cautela al riguardo. Infatti, la stessa manifestazione del pensiero potrebbe provocare effetti di diversa natura ed entità a seconda della categoria di uditorio che essa è idonea a intercettare. Sunstein, al riguardo, segnala come un discorso "incendiario" che inciti alla commissione di condotte illecite potrebbe essere ascoltato potenzialmente da una moltitudine di individui, senza generare però un particolare rischio o un pericolo imminente. Quale dovrebbe essere la risposta dell'ordinamento se però soltanto uno o pochi degli ascoltatori fossero provocati a commettere atti di violenza illegali e imminenti? È ammissibile cioè che un divieto di incitamento di condotte criminali possa trovare spazio sui mezzi di comunicazione solo quando sia dato immaginare che uno o un ridotto numero di ascoltatori agiscano di conseguenza? Il test di *Brandeburg v. Ohio* è stato dettato dalla Corte supre-

ma in riferimento a un caso in cui soltanto un numero relativamente esiguo di individui poteva essere attinto dal messaggio di incitazione alla violenza. Ma cosa succede a traslare, ad applicare questo messaggio nel contesto di Internet? Secondo Sunstein, vi è ragione di credere che questo standard possa cambiare quando la diffusione interessi una moltitudine di individui e che dunque il diritto possa intervenire per reprimere quantomeno le forme più aggressive, incitanti per esempio all'omicidio. Dunque, i requisiti stringenti definiti dalla Corte suprema potrebbero subire un allentamento nel caso in cui vi sia un rischio maggiore legato alla particolare diffusività del mezzo.

La reazione giurisprudenziale che si è osservata in conseguenza dell'avvento di Internet appare però di altro segno rispetto a queste riflessioni, come si documenterà diffusamente oltre.

Le riflessioni di Lawrence Lessig, invece, si sono concentrate sulle differenze tra il mondo degli atomi e il mondo dei bit[11]. La regolazione dell'accesso a contenuti nella realtà materiale, non digitale, si risolve in attività di *zoning*, vale a dire nell'applicazione a determinati soggetti di discriminazioni all'accesso a luoghi, contenuti o attività che possono riposare su variabili diverse[12]. Lessig esemplifica questa attività di *zoning* facendo riferimento, per esempio, all'accesso a contenuti per adulti, come materiali pornografici. Nella realtà non virtuale, è senz'altro possibile discriminare gli individui in base all'età rispetto all'accesso a luoghi in cui, per esempio, avvengano spettacoli o siano venduti materiali riservati ad adulti. Si assiste in questo modo alla definizione di un filtro che permette di discriminare l'accesso ai contenuti fra soggetti diversi.

La realtà virtuale, invece, secondo Lessig, presentava alle origini un'opposta caratterizzazione, espressione massima della pulsione libertaria sottesa all'avvento di Internet: l'assenza, o quantomeno la pretesa all'assenza, di ogni meccanismo o logica di discriminazione tra gli utenti nell'accesso ai contenuti nel cyberspazio.

La percezione diffusa dell'impotenza degli Stati di predicare le rispettive sovranità sulle attività destinate a prendere corpo in rete, aveva fornito alimento e sostegno a questa idea. Nel corso del tempo, però, con l'evoluzione di Internet e delle sue caratteristiche, sono divenuti evidenti i limiti connessi a una pretesa libertaria assolutizzante ed è emerso che gli stati ben possono replicare logiche di controllo e, dunque, di *zoning* dello *speech* anche rispetto a Internet.

Occorre tuttavia comprendere come il diritto costituzionale si debba atteggiare nei confronti di un fenomeno che presenta importanti tratti differenziali rispetto alla realtà materiale e, soprattutto, come la *regulation,* ossia l'imposizione di norme che traducono il tentativo di *zoning* di Internet, di stabilire cioè delle restrizioni all'accesso, anche discriminando tra gli utenti, possa conciliarsi con la dimensione libertaria che, ancorché superata nella sua portata estremizzante e, per molti versi, retorica, continua ad ammantare le attività che prendono corpo nel web.

Secondo Lessig, il vero divario è tra una rete in cui la regolazione mediante *zoning* è facilitata, e una in cui invece non lo è. La questione centrale, in altri termini, è se gli

[11] Si veda soprattutto L. Lessig, *Reading the Constitution in Cyberspace,* in 45(3) *Emory Law Journal* 1 (1996).

[12] Più diffusamente, cfr. L. Lessig-P. Resnick, *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model,* in *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication* No. 1999-06 12/1999.

stati possiedono la legittimazione a "domesticare", a farne cioè territorio soggetto alle proprie logiche di *zoning*. Il punto critico non è, quindi, secondo Lessig, se il Primo Emendamento vieti questo meccanismo di *zoning*, ma se il cyberspazio dovrebbe essere libero e immune da questi tentativi di filtro propri della realtà materiale.

Sempre Lessig evoca l'esistenza di diverse categorie di restrizioni, dividendo tra le restrizioni che derivano dalle norme (fra cui le regole "centralizzate" poste in essere da organi dotati di potestà di imperio e le norme sociali) e quelle che derivano dalla tecnologia (che non possono essere evitate, essendo immanenti). È il *code*, il codice, proprio della tecnologia la fonte di queste ultime limitazioni[13].

Lessig osserva che tanto il cyberspazio quanto il mondo reale sono sottoposti sia ai limiti derivanti da norme giuridiche e sociali sia a quelli connessi alla tecnologia e al codice. Vi è nondimeno una sostanziale differenza: le restrizioni derivanti dal *code* nel cyberspazio sono definite dagli uomini, essendo incorporate nel software che consente la creazione e l'esistenza stessa del cyberspazio, mentre quelle che discendono dalla tecnologia nel mondo "reale" non sono il prodotto dell'attività umana. Evocativamente, Lessig ricorda che mentre le leggi di natura non sono disponibili all'uomo, in quanto prodotto "divino", l'uomo occupa esattamente la stessa posizione di entità "creatrice" rispetto al cyberspazio.

Per esempio, rispetto alla violazione del diritto d'autore, Lessig propone un parallelismo tra la complessità e i costi delle misure che nella realtà non virtuale possono consentire un efficace ma comunque imperfetto contrasto a un *infringement* e quelli che possono essere implementati, nel cyberspazio, ricorrendo al *code* (per esempio attraverso misure tecnologiche di protezione). In questa direzione sembra cogliersi, in una riflessione che risale agli albori di Internet, il ruolo che l'algoritmo al giorno d'oggi può rappresentare come strumento funzionale anche ad assicurare tutela a diritti e interessi giuridicamente rilevanti, e non soltanto nel diffondere e veicolare informazioni destituite di fondamento, rendendole virali, allo scopo di condizionare l'opinione pubblica.

Ma qual è, più in generale, l'atteggiamento del diritto costituzionale rispetto all'opera di riposizionamento dei diritti nel nuovo contesto digitale, nella traduzione all'interno del cyberspazio?

Sotto questo profilo sembrano delinearsi principalmente due indirizzi.

Da un lato, i sostenitori di un *restraint*, ossia di un approccio che, di fronte alle innumerevoli questioni sollevate dall'avvento delle nuove tecnologie, ritiene che le corti debbano informarsi, nell'approcciare le tecnologie, a un atteggiamento di deferenza nei confronti degli organismi che vantano una legittimazione democratica e della loro azione. Sull'opposto versante si collocano, invece, coloro che predicano e sostengono un attivismo da parte dei giudici in questo contesto, per far fronte efficacemente alle problematiche che il cyberspazio ha generato e per mettere al riparo i diritti e le libertà sia da un controllo statale sia dalle insidie di un oligopolio privato.

Lo stesso atteggiamento di diffidenza rispetto alle pulsioni degli "attivisti" viene manifestato da Lessig, che ritiene che una pressione sugli organismi di rappresentanza democratica possa essere svolta dalle corti soltanto quando dispongano una chiara le-

[13] L. Lessig, *Code 2.0,* New York, 2006.

gittimazione in tal senso (derivante o dal testo delle disposizioni interessate o dalla tradizione in materia). Egli propone tuttavia una via intermedia, che non esponga le corti al pericolo di contrasto con gli organismi rappresentativi munendole di un ruolo attivo che potrebbe far emergere una connotazione politica ma che, al contempo, valorizzi la loro prossimità e sensibilità alle situazioni che reclamano tutela, consentendo loro di operare una vera e propria "traduzione" quando siano in presenza di circostanze che denunciano un legame con la tradizione e una *ratio* comune ai fenomeni del mondo "reale" e alle norme vigenti.

3.2. L'impatto delle nuove tecnologie sulla libertà di espressione negli Stati Uniti

È sullo sfondo di queste riflessioni che si sono collocate le prime decisioni della Corte suprema destinate a fare applicazione nel contesto digitale delle garanzie relative alla libertà di espressione. Decisioni che anziché porre un freno alla portata espansiva hanno confermato un indirizzo in senso ampliativo della portata di questo diritto.
Così, se l'Europa, e in particolare la giurisprudenza delle sue corti, si caratterizza per una dimensione di marcata ostilità rispetto all'estensione della libertà di espressione nel mondo dei bit, gli Stati Uniti si contraddistinguono all'opposto come il paese campione della libertà di manifestazione del pensiero anche nel nuovo ecosistema digitale.
Questo atteggiamento trova emersione nell'approccio adottato dalla Corte suprema incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in questa materia l'inedita dimensione libertaria del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte suprema statunitense, Internet offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno v. ACLU*, di mutuare dalla celebre *dissenting opinion* di Justice Holmes l'utilizzo della metafora del *free marketplace of ideas*, la cui perdurante rilevanza, come si dirà oltre, potrebbe essere messa in discussione alla luce dei cambiamenti che hanno interessato Internet nel corso dei suoi primi anni di vita.
La sentenza, che risale al 1997, reagisce al primo tentativo del governo statunitense di limitare l'accesso a contenuti vietati ai minori in Internet, a fronte delle preoccupazioni legate all'impossibilità di replicare, in rete, come ben descritto da Lessig, quelle dinamiche di *zoning* e di *age verification* che prendono corpo nel mondo degli atomi, impedendo ai minori di ottenere la disponibilità di materiali vietati. A questo scopo nel 1996 fu approvato il Communication Decency Act (CDA), che mirava a colpire, in particolare, contenuti definiti come "indecenti" e "manifestamente offensivi". La Corte suprema, tuttavia, ne dichiarò l'incostituzionalità per contrasto con il Primo Emendamento, in quanto le restrizioni previste dal CDA risultavano troppo vaghe e indeterminate, non rispettose dello *strict scrutiny* cui ogni limitazione della libertà di parola dovrebbe essere soggetta secondo l'approccio della Corte suprema: in altri termini, la compressione della *free speech* non era contenuta entro i margini di stretta necessità per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, ossia la tutela dei minori. La Corte suprema svolge,

nel suo ragionamento, alcuni interessanti passaggi sul rapporto tra i media tradizionali e Internet:

«Radio and television, unlike the Internet, have, as a matter of history [...] received the most limited First Amendment protection, [...] in large part because warnings could not adequately protect the listener from unexpected program content. [...] [On the Internet], the risk of encountering indecent material by accident is remote because a series of affirmative steps is required to access specific material».

La Corte suprema accoglie la metafora del libero mercato delle idee, anzi la esalta individuando in Internet un terreno elettivo peculiare dove questo libero scambio conosce una eccezionale espansione. Di conseguenza:

«As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship».

Dopo la pronuncia della Corte suprema in *Reno v. ACLU,* altri tentativi si sono susseguiti da parte delle autorità statunitensi per regolare la circolazione di contenuti ritenuti dannosi per i minori. Nessuno di questi tentativi è però uscito indenne dallo scrutinio della Corte suprema. Al 1998 risale il Child Online Protection Act, che recepiva alcune indicazioni della sentenza *Reno*. Secondo la Corte suprema, però, la definizione di "materiali nocivi per i minori", fondata su un generico rinvio agli standard della comunità di riferimento, non si conformava ai criteri necessari a circoscrivere le limitazioni su base legittima della libertà di espressione.
Analoga sorte ha caratterizzato il terzo e ultimo capitolo della battaglia tra governo statunitense e Corte suprema per bandire da Internet i contenuti osceni dannosi per i minori, che aveva a oggetto il Child Pornography Prevention Act: anche in questo caso, secondo la Corte suprema, le restrizioni introdotte per vietare la diffusione di immagini di minori illustrati nel compimento di condotte sessuali o di ogni forma evocativa di atti sessuali risultavano eccessive e prive del necessario carattere di proporzionalità. Si trattava, secondo la Corte suprema, di norme la cui portata attingeva un ambito ben più ampio di quello che il legislatore avrebbe potuto legittimamente incidere per il raggiungimento dell'obiettivo di tutela dei minori.
Queste pronunce sono indicative di una chiara attitudine a salvaguardare l'esercizio della *free speech* tramite un mezzo ritenuto in grado di assicurare una straordinaria espansione del suo ambito di esercizio. La Corte suprema, in altri termini, non si è premurata di ricalibrare la propria sensibilità sul punto "al ribasso", ossia dando risalto alle possibili implicazioni critiche dell'utilizzo di Internet, ma al contrario ha confermato la propria visione liberale, addirittura riconoscendo i margini per un accrescimento della libertà di parola alla luce delle caratteristiche di un mezzo del tutto inedito. È emblematico che i tre *strike* della Corte suprema siano caduti su norme previste a tutela di un interesse particolarmente sensibile, quale la protezione dei minori, tale da legittimare normal-

mente più di altri limitazioni particolarmente invasive della libertà di espressione.
Si coglie così un atteggiamento tendenzialmente opposto a quello che ha contraddistinto le corti europee, che anziché cavalcare Internet come volano della libertà di manifestazione del pensiero, ne hanno percepito e soppesato soprattutto la portata critica per l'esercizio di diritti concorrenti.

4. Un nuovo paradigma per Internet?

A fronte di questa panoramica sul paradigma costituzionale a tutela della libertà di espressione negli Stati Uniti e in Europa occorre domandarsi se esistano dei margini per sostenere che "qualcosa è cambiato", specialmente nell'approccio delle corti a Internet, inteso come veicolo per la diffusione di idee, pensieri e opinioni, così da verificare l'opportunità di introdurre meccanismi di filtraggio, se non di contrasto, delle *fake news*.
Non si tratta di una riflessione secondaria in quanto le coordinate che consentivano di decifrare, nel mondo reale, il perimetro della sovranità degli stati vengono oggi messe fortemente in discussione, a fronte dell'erompere di una tecnologia che abbatte gli steccati normativi e attraversa i confini, rendendo talvolta vani i tentativi di ciascuno stato di imporre regole giuridiche rispondenti alla propria peculiare sensibilità. La tutela della libertà di manifestazione del pensiero, come si è visto nei precedenti paragrafi, rappresenta uno dei più importanti ed emblematici terreni di scontro tra Europa e Stati Uniti. I rispettivi paradigmi della libertà di espressione, infatti, sono assai differenti tra loro e sottendono un diverso grado di protezione. Il web, tuttavia, espone a un più frequente e probabile confronto queste differenti sensibilità, la cui intersezione non era certo impossibile in passato (si pensi alla diffusione di un periodico in uno stato diverso da quello di edizione, e alla relativa capacità di attingere la reputazione altrui anche al di fuori della giurisdizione di riferimento), bensì semplicemente meno frequente e agevole. Il web consente a un utente localizzato, per ipotesi, negli Stati Uniti di pubblicare contenuti che, pur non debordando dal perimetro di tutela garantito dallo stato di provenienza, potrebbero nondimeno risultare offensivi e illeciti secondo l'ordinamento di un altro Stato, per esempio europeo, in cui quel medesimo contenuto diventa visibile. Non è casuale che si discuta, a proposito, di *forum-shopping*, ossia della possibilità di pubblicare determinati contenuti nel paese il cui ordinamento garantisca il livello di tutela più ampio. Internet rischia di alimentare un corto circuito in cui sarebbe impossibile decifrare lo standard di tutela applicabile ai vari fenomeni che prendono corpo in rete, determinando uno scenario in cui la discrezionalità dei giudici costituirebbe l'ago della bilancia per risolvere i conflitti costituzionali di volta in volta destinati a emergere.
Un caso emblematico delle difficoltà cui può dare luogo questa ontologica diversità nel paradigma di tutela quando essa sia calata nel contesto di Internet è offerto della vicenda *Yahoo! Licra*[14].

[14] Per un commento, si veda su tutti J.R. Reidenberg, *Yahoo and Democracy on the Internet,* in 42 *Jurimetrics* 261 (2001-2002).

Il caso ha tratto origine dalla pubblicazione di un sito Internet che ospitava aste di cimeli nazisti, ospitato da Yahoo! e gestito da terzi negli Stati Uniti. Alcune organizzazioni antidiscriminatorie, fra cui la LICRA (Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme), agivano in giudizio per ottenere l'oscuramento del sito in Francia, considerando che tale attività era espressamente vietata dal Codice penale francese. Il Tribunale di Parigi, nel maggio del 2000, ordinava a Yahoo! di adottare le misure tecniche necessarie a impedire l'accesso al sito dal territorio francese. Yahoo! aveva fortemente contestato le richieste delle organizzazioni attrici in giudizio e manifestava altresì l'intenzione di non adeguarsi all'ingiunzione del tribunale francese, ritenendosi immune dalla sua giurisdizione. Tra i vari argomenti formulati dalle difese di Yahoo!, si osservava come i server che ospitavano il sito fossero localizzati nel territorio statunitense e che il sito avesse come *target*, principalmente, ancorché non esclusivamente, i cittadini degli Stati Uniti, paese nel quale l'attività di vendita di cimeli nazisti non è vietata, ma risulta invece protetta dal Primo Emendamento.

Un'altra obiezione sollevata dai legali di Yahoo! si appuntava sulla difficoltà di circoscrivere l'accesso al sito ai soli visitatori residenti in un determinato stato in cui l'attività di vendita di vestigia naziste non fosse vietata. Un controllo che in realtà già a quei tempi poteva forse risultare costoso, ma non certo impossibile. Ma la critica più forte alla richiesta di oscurare il sito Internet si legava al rifiuto di estendere a un sito operato da un *provider* statunitense l'applicazione di una concezione "relativa" della libertà di espressione, in contrasto con la visione "assolutista" incorporata dal Primo Emendamento. Ad avviso di Yahoo! questa decisione avrebbe ingiustificatamente attribuito prevalenza alla concezione europea, secondo uno standard di tutela al ribasso della libertà di espressione, rendendo quest'ultimo il margine di tutela applicabile a livello globale.

La vicenda ha conosciuto ulteriori strascichi processuali, e ha visto Yahoo! agire davanti alle corti statunitensi per contestare la decisione del Tribunale di Parigi, mettendo in discussione che un giudice "straniero" avesse titolo a imporre il rispetto di una concezione della libertà di espressione contrastante con il Primo Emendamento. Mentre la Corte distrettuale aveva riconosciuto le ragioni di Yahoo!, ritenendo che la decisione del giudice francese, essendo in contrasto con il Primo Emendamento, fosse semplicemente inapplicabile e non suscettibile, quindi, di *enforcement*, la Corte d'appello, adita dalle organizzazioni attrici in giudizio in Francia, ha rovesciato successivamente il verdetto.

La vicenda porta alla luce almeno due tratti di rilevante criticità: per un verso, segnala il conflitto latente nelle concezioni della libertà di espressione di cui i paradigmi costituzionali di Europa e Stati Uniti (a voler tacere di altri paesi) sono portatori; per altro, rivela come – nell'assenza di uno standard "comune" per Internet o di convenzioni internazionali che stabiliscano quale livello di protezione applicare allo *speech* online – la determinazione sia rimessa, di fatto, alla discrezionalità delle corti che, se certamente presentano maggiore "prossimità" rispetto alle questioni di volta in volta sollevate, rischiano d'altro canto di accentrare su di sé un potere quasi normativo e di ingenerare incertezza sulle conseguenze giuridiche delle condotte che gli individui possono tenere

su Internet nell'esercizio della libertà di parola.

Il caso appena ricordato propone la narrazione di uno scontro frontale, di una frattura probabilmente irriducibile tra il sentire proprio statunitense e quello europeo in materia di libertà di espressione. Su questo terreno, il divario si è ulteriormente ampliato per effetto dall'avvento delle nuove tecnologie dell'informazione che, come visto, hanno provocato reazioni di segno opposto nell'interpretazione delle garanzie costituzionali da parte delle corti: un atteggiamento più sospettoso da parte delle corti europee, inclini a validare restrizioni della *free speech* necessarie alla tutela di altri diritti; uno di maggior favore e ulteriormente "accrescitivo" da parte della Corte suprema degli Stati Uniti.

Questa divergenza di vedute è stata al centro delle attenzione di commentatori e attivisti, le cui riflessioni si sono collocate tendenzialmente verso due poli opposti. Da un lato, il riconoscimento dell'impossibilità di stabilire su Internet uno standard di protezione uniforme della libertà di espressione, sfociato talvolta nell'ideazione di forme di autoregolazione della rete che postulerebbero l'abbandono del predicato della statualità delle norme applicabili sul web. Dall'altro, il tentativo di elaborare strumenti come gli Internet *bill of rights* che, pur preservando le irripetibili peculiarità di ciascuna costituzione, eleverebbero a livello sovranazionale il dibattito sull'esigenza di una tutela *ad hoc* per la libertà di espressione in Internet, risolvendosi però, in larga parte, in strumenti di *soft law*, privi di valore precettivo.

Al di là del dibattito ora ricordato, assai partecipato, questo scontro non può non ripercuotersi sulla ricerca di soluzioni uniformi e condivise rispetto all'obiettivo comune a diversi legislatori in questo particolare frangente storico, ossia la prevenzione e la repressione delle *fake news* e dei discorsi d'odio.

Va detto che questo tema si presta senz'altro ad alcune osservazioni preliminari, non solo di respiro giuridico, che esulano dall'ambito della presente trattazione, ma che devono certamente essere tenute in considerazione rispetto alla prospettiva *de jure condendo* su cui ci si intende concentrare.

Primo fra tutti si pone il tema della identificazione della verità e, prima ancora, dei criteri necessari a definirla e a separare la verità da ciò che invece si deve catalogare come *fake*.

Un altro tema centrale riguarda l'opportunità di sottoporre a restrizioni i contenuti destinati alla circolazione sul web e di introdurre meccanismi di delimitazione dei contenuti sul web: si tratta di un'opzione politica, che un legislatore, come sembrerebbe possa accadere, stando alle cronache, in Germania, può abbracciare oppure di una scelta necessitata dall'esistenza di una gerarchia di interessi che reclamano tutela?

Il presente capitolo intende tuttavia rispondere a una questione diversa che, prima ancora di provocare una riflessione nel merito delle eventuali scelte di politica legislativa, interroga sulla "fattibilità costituzionale" di un disegno volto alla repressione del fenomeno delle *fake news* muovendo dalla constatazione dei suoi effetti detrimentali per i consociati entro una moltitudine di situazioni e contesti.

Esistono, in altri termini, nelle costituzioni degli Stati Uniti e dei paesi europei (nonché nelle carte sovranazionali dei diritti, tra cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) gli anticorpi che consentono di reagire a un fenomeno che, pur presentandosi formalmente sotto le mentite spoglie di una forma di esercizio della libertà di espressione, attenta nella sostanza a una moltitudine di interessi? È un problema contiguo e non a caso accomunato al contrasto dell'*hate speech*, i discorsi d'odio che pur integrando una forma di espressione, interrogano perennemente sulla loro effettiva riconducibilità al paradigma della libertà di espressione.
E non è casuale che, dalla prospettiva di chi si occupa di speculazione scientifica, gli esiti cui si perviene dalla disamina dei sistemi costituzionali dei paesi europei e degli Stati Uniti rispetto alla possibilità di intervenire sulle *fake news* restituiscano indicazioni univoche rispetto all'orientamento che questi stati presentano in tema di *hate speech*.

4.1. La rilevanza del falso nella giurisprudenza

Gli Stati Uniti, infatti, offrendo una protezione costituzionale molto più vasta alla libertà di espressione, sembrano presentare maggiori ostacoli per un intervento che colpisca la diffusione delle *fake news*. In questo contesto risulta ancora predominante la metafora del *free marketplace of ideas*, che equipara lo scambio dialettico a un libero mercato in cui le *fake news*, in quanto notizie di "cattiva qualità", non vere o parzialmente vere, semplicemente "falliscono". Il test di validità delle notizie, in questo ambito, corrisponde infatti alla capacità di una notizia di ricevere approvazione da parte del pubblico.
Del resto, seguendo i canoni della giurisprudenza della Corte suprema sul Primo Emendamento, un intervento del legislatore finalizzato a depurare il web delle notizie *fake* non supererebbe probabilmente, salvo in rari casi, lo *strict scrutiny* richiesto dalla giurisprudenza.
Il caso più recente che fornisce indicazioni particolarmente puntuali sui limiti alla punibilità del falso negli Stati Uniti coincide con la sentenza *United States v. Alvarez*. Il procedimento, giunto all'attenzione della Corte suprema, era scaturito dalla falsa dichiarazione da parte del ricorrente di aver ricevuto una Medal of Honor e dalla successiva incriminazione in base al The Stolen Valor Act, una legge che sanzionava chiunque si attribuisse falsamente il possesso di medaglie o altre decorazioni militari. La Corte suprema era chiamata, nella fattispecie, a giudicare la conformità della incriminazione in oggetto con il Primo Emendamento.
Il giudizio ha costituito l'occasione per la Corte suprema per recuperare la propria elaborazione in ordine ai limiti alla libertà di espressione costituzionalmente ammissibili. La Corte ha ricordato in primo luogo che il Primo Emendamento impedisce al governo di restringere la libertà di parola in ragione del messaggio, delle idee, del tema o del contenuto; di conseguenza, ogni limitazione basata sul contenuto dello *speech* si presume illegittima finché il governo non dimostri la sua conformità a Costituzione. La Corte supreme ha evidenziato, inoltre, come le uniche restrizioni consentite siano state confinate a categorie storiche e tradizionali di espressione, tra cui l'incitamento a

commettere condotte illecite, la diffamazione, gli atti osceni. Al di fuori di queste categorie, invece, non esiste un'eccezione di carattere generale che permetta di escludere determinate espressioni dalle garanzie del Primo Emendamento.
In tutti questi casi, appartenenti alla tradizione della giurisprudenza statunitense in materia di libertà di espressione, la falsità delle affermazioni di volta in volta interessate, pur non essendo irrilevante, non è mai risultata decisiva, come invece appare nel caso del The Stolen Valor Act, che puniva esclusivamente il falso in sé, e null'altro. Il semplice falso, per la Corte suprema, non è infatti sufficiente a escludere dall'alveo del Primo Emendamento l'uso di determinate espressioni. Questa caratterizzazione per cui il falso non è mai rilevante in quanto tale si ritrova, per esempio, nell'ambito della diffamazione, fattispecie che punisce l'uso di affermazioni non veritiere soltanto nel caso in cui sia sorretto dalle categorie mentali del dolo o della colpa, che coincidono alla consapevolezza circa la falsità o alla negligente trascuratezza di misure idonee a rivelare la falsità delle notizie. Proprio con riguardo a questo esempio, la Corte suprema sottolinea che l'esistenza di requisiti ulteriori al mero falso serve a garantire maggiore libertà di parola, non a restringerla (*more speech, not less*).
La Corte non nega, poi, che talune categorie di *speech* sono risultate storicamente sguarnite di protezione costituzionale. In ogni caso, prima che una determinata categoria di espressioni possa essere sottratta alla regola che vieta restrizioni della libertà di parola fondate sul contenuto, e dunque la relativa fattispecie incriminatrice giudicata conforme al Primo Emendamento, occorrerà che sussistano solide ragioni per ritenere che una restrizione apparentemente "nuova" si collega in realtà alla tradizione della giurisprudenza della Corte suprema.
La Corte suprema, dopo aver ricordato questi capisaldi fondamentali, si è poi concentrata sullo specifico atto oggetto di applicazione nei gradi di giudizio precedenti. Il The Stolen Valor Act non rispetta i requisiti per essere conforme alla Costituzione: non solo esso colpisce il falso in sé, ma lo punisce senza attribuire alcun rilievo alla finalità del falso e all'eventuale perseguimento di un indebito vantaggio o profitto. Aggiunge l'*opinion* della Corte che ammettere la possibilità di criminalizzare questa condotta consentirebbe alle autorità nazionali di enunciare una serie di temi sui quali le false dichiarazioni diventano punibili. Attribuire un simile potere al governo significherebbe aprire a inedite opzioni censorie che metterebbero a repentaglio lo stesso valore della libertà di parola come pietra miliare della democrazia liberale. L'incriminazione è stata così dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema, data anche l'assenza di un collegamento causale tra la limitazione alla libertà di parola e l'interesse dello Stato a tutelare l'integrità del sistema di onori militari. Conclude la Corte suprema che *«The remedy for speech that is false is speech that is true»*; questa la migliore risposta, che sembra evocare la teoria di John Stuart Mill[15] che reclamava «più informazione» nel suo *Saggio sulla libertà*. Secondo Mill:

«Anche se l'opinione repressa è un errore, può contenere, e molto spesso contiene, una parte di verità; e poiché l'opinione generale o prevalente su qualsiasi questione è

[15] J.S. Mill, *On Liberty,* London, 1859.

raramente, o mai, l'intera verità, è soltanto mediante lo scontro tra opinioni opposte che il resto della verità ha una probabilità di emergere».

Una posizione non dissimile, risalendo nella giurisprudenza fino alla sentenza *Whitney v. California* del 1927, era stata espressa da Justice Brandeis nella sua *opinion*:

«If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence».

Tornando al caso *Alvarez,* il passaggio più forte nella chiusura dell'*opinion* di Justice Kennedy si ricollega alla nozione di *marketplace*: il Primo Emendamento, infatti, consente di replicare alle affermazioni che non si gradiscono o condividono. La libertà di parola e di pensiero non è frutto di "beneficenza" da parte dello Stato ma parte dei diritti inalienabili dell'individuo. E la riduzione della libertà di parola da parte del governo, tramite l'introduzione di fattispecie che incriminano lo *speech*, non contribuisce a rendere evidente e a isolare il falso, ma al contrario rende tutto ciò più difficile. Ancora Kennedy sottolinea, poi, che soltanto una società debole necessita di una protezione o di un intervento dei poteri pubblici per tutelare o preservare la verità: *«truth needs neither handcuffs nor a badge for its vindication».*
Il principio dell'irrilevanza della mera falsità in quanto tale era già stato validato dalla Corte suprema, per esempio nel caso *Gertz v. Robert Welch* del 1974 relativo al reato di diffamazione. In quella occasione la Corte suprema ebbe a stabilire che ciascuno Stato è libero di prevedere uno specifico standard di responsabilità in materia, purché nel rispetto del requisito minimo della colpa. Così, secondo la Corte suprema, applicare una *strict liability* per il reato di diffamazione sarebbe contrario al Primo Emendamento. In questo modo, come sottolineato dalla *concurring opinion* di Justice Breyer nel caso *Alvarez*, si riduce il timore che un individuo in buona fede possa accidentalmente incorrere in responsabilità.
Un preciso standard, quello dell'*actual malice*, era stato indicato in precedenza dalla Corte suprema nel 1964, nel caso *New York Times v. Sullivan,* come condizione essenziale affinché l'esercizio del diritto di cronaca giornalistica potesse configurare una fattispecie di diffamazione nei confronti delle cosiddette *public figures* e dunque fondamento di un risarcimento del danno. Lo stesso principio relativo alle *public figures* è stato confermato, nello stesso anno, in ambito penale, nella causa *Garrison v. Louisiana.* Gli Stati Uniti, insomma, appaiono aver radicato una tradizione costituzionale rispetto all'esercizio della libertà di parola ostile alla rilevanza giuridica del falso in quanto tale.

4.2. Il ruolo degli *Internet service provider* e il problema della *collateral censorship*

Non si deve poi trascurare un effetto inevitabile di qualsiasi ipotetica iniziativa del legislatore in questa direzione: la rimozione di una notizia dal web implica con ogni probabilità un intervento sui motori di ricerca o sulle piattaforme di condivisione *social*, chiamando in causa dunque, oltre ai "fabbricatori" di *fake news* anche coloro che, ancorché involontariamente, contribuiscono alla loro diffusione su *input* degli utenti. Il discorso sulla responsabilità delle piattaforme digitali, e dei *social network* in particolare, per la divulgazione di notizie false (come del resto di discorsi d'odio) dovrebbe essere tenuto distinto e separato da quello relativo al possibile coinvolgimento degli stessi operatori laddove si tratti di rimuovere contenuti. Nondimeno, è pur vero che sempre più frequentemente si assiste, per un verso, a tentativi della giurisprudenza di esaltare la natura "attiva" di questi operatori (concepiti dalla normativa vigente come meri intermediari passivi), anche sulla base dei possibili introiti derivanti dallo sfruttamento indiretto di contenuti, al fine di attribuire loro responsabilità in relazione ai contenuti diffusi dagli utenti; per altro verso, gli stessi legislatori paiono orientati, in alcuni casi, a individuare forme di *vicarious liability*, sanzionando direttamente gli operatori nel caso di mancata rimozione (o di rimozione non tempestiva) di contenuti.

Il coinvolgimento, diretto ovvero indiretto, degli *Internet service provider* solleva però più di un problema, specialmente (anche se non esclusivamente) nel contesto nordamericano: ogni forma di responsabilizzazione degli intermediari, soprattutto ove concerna forme di filtraggio dei contenuti, è guardata con particolare sospetto, potendo dar luogo a forme di *collateral censorship*, vale a dire di censura privata, come bene ha argomentato Jack Balkin[16]. Un pericolo, questo, dal quale anche le corti europee per vero vorrebbero "scudare" gli operatori Internet. Del resto gli stessi giudici Tsotsoria e Sajò hanno segnalato questo pericolo in una magistrale *dissenting opinion* consegnata nel caso *Delfi*. Se, infatti, il presupposto su cui si fonda il funzionamento delle piattaforme di condivisione di contenuti è la carenza di una responsabilità diretta per gli illeciti commessi da terzi (per esempio in relazione alla pubblicazione di commenti diffamatori), imporre una selezione dei contenuti e una sostanziale opera di filtraggio sotto la minaccia di una sanzione (ancorché in forma di un'eventuale risarcimento per mancata rimozione) rischia di alimentare una vera e propria corsa al ribasso nell'attività di moderazione che implicherebbe una tendenza alla rimozione nel timore di incorrere in responsabilità. In questo modo ciascuno degli operatori del web assurgerebbe a una sorta di censore privato, tramutandosi verosimilmente in un soggetto che esercita una responsabilità editoriale, elemento che contraddistingue di norma i soggetti che operano, all'opposto, come fornitori di contenuti.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, questo scenario solleva un problema nella misura in cui grava soggetti privati, orientati verso finalità di *business*, del compito di assicurare il bilanciamento tra interessi di diverso segno, generalmente affidato alle autorità giurisdizionali. Si ripropone, in questo frangente, un problema analogo a quello occasionato dalla sentenza *Google Spain*, che ha concentrato in capo ai gestori dei motori di ricerca il potere di riconciliare l'esigenza di tutela dei dati personali con le ragioni della libertà di informazione.

[16] J.M Balkin, *Free speech and Hostile Environments,* in 99(8) *Columbia Law Review* 2295 (1999).

Rispetto a questo ulteriore profilo, la sensibilità squisitamente statunitense in tema di *free speech* appare di ostacolo a un assetto nel quale il margine di effettività della libertà in questione venga a dipendere dal ruolo esercitato da operatori privati. Il costituzionalismo europeo, invece, sembrerebbe opporre meno resistenze: non solo perché la giurisprudenza della Corte di giustizia è parsa avallare l'idea che questi soggetti esercitino funzioni di bilanciamento, ma anche perché diverse esperienze vedono corroborarsi, specialmente nel campo della tutela del diritto d'autore, sistemi di *notice and takedown* in cui i *provider* occupano una posizione nevralgica.
Vi è poi sullo sfondo una diversa matrice storica che contribuisce certamente a creare un terreno fertile per il radicamento di meccanismi di filtraggio o di selezione nel contesto europeo, laddove lo osteggia nell'ambito statunitense. La libertà di espressione conosce nell'ordinamento statunitense l'esaltazione massima della sua dimensione negativa, essendo incentrata sull'esigenza di prevenire ogni ordine di ostacolo e interferenza nel rapporto con i pubblici poteri. Non è casuale che il Primo Emendamento esordisca con una formula che vieta espressamente al *Government* di intervenire in materia di libertà di espressione e che sia stata la giurisprudenza della Corte suprema a individuare, seppur secondo criteri restrittivi, l'area di eccezione entro la quale è possibile per i poteri pubblici interferire con l'esercizio della libertà di parola.

4.3. Un *marketplace of ideas 2.0*? Una metafora da rivisitare

Da questo paradigma si differenzia il modello europeo. E non solo perché, come si è visto, la libertà di espressione ha un ambito di estensione più limitato e il profilo passivo del diritto ad essere informato ha una valenza più significativa rispetto al modello statunitense. Ai nostri fini è utile fare emergere un'altra differenza. A differenza dell'appena descritto codice genetico del Primo Emendamento che si concentra molto sulla non interferenza dei pubblici poteri, il costituzionalismo europeo affronta con maggiore tolleranza la possibilità di un intervento regolatorio statuale che possa limitare la libertà di espressione. La partita si gioca in questo caso sulla entità di tale limitazione, e in fin dei conti, guardando alla stella cometa rappresentata dal secondo comma dell'art. 10 della Convenzione, alla proporzionalità della limitazione stessa. Di qui si rinnova l'impressione che, in assenza di un vincolo forte, in parte anche ideologico, per i pubblici poteri, il terreno europeo si presenti come maggiormente fertile rispetto all'implementazione di forme di prevenzione o prevenzione rispetto alle *fake news* e ai discorsi d'odio, anche in forme che prevedano il coinvolgimento attivo, seppure non esente da profili critici, dei fornitori di servizi Internet.
Questa eterogeneità di approccio si traduce in una differente articolazione del contenuto della stessa libertà di espressione: mentre il timore della Corte suprema statunitense è stato quello di respingere ogni tentativo dei poteri pubblici di insinuare un'interferenza con la libertà di espressione, in Europa l'elaborazione (anche) giurisprudenziale ha permesso di delineare un contenuto complesso per la *freedom of speech*, che comprende

una moltitudine di declinazioni. Così, se il Primo Emendamento si limita a stabilire un divieto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le Costituzioni degli Stati europei riconoscono, per esempio, la libertà di informazione quale parte qualificata della libertà di parola; e declinano tale libertà in tre diversi profili: quello attivo (libertà di informare, ossia diffondere informazioni), quello passivo (libertà di ricevere informazioni) e quello mediano (libertà di ricercare informazioni). Nulla di tutto ciò si ritrova all'interno del contesto statunitense, ed è del tutto evidente come l'esistenza di un'esplicita o comunque consolidata copertura costituzionale per la libertà di essere informati deponga in favore di meccanismi che consentano di "depurare" il *mare magnum* del web da contenuti incapaci di esprimere un contributo informativo perché del tutto falsi o infondati o perché non qualificati o verificati. Se, infatti, sottesa al costituzionalismo europeo vi è la funzionalizzazione della libertà di espressione al soddisfacimento dei bisogni informativi dei consociati, e dunque, indirettamente, alla formazione dell'opinione pubblica e al funzionamento della democrazia, il riconoscimento di un diritto a essere informati si traduce nella previsione di un diritto a una *corretta* informazione. Proprio questo riconoscimento, talvolta esplicito talvolta implicito, consente di ritenere esistenti nel costituzionalismo europeo gli anticorpi per contrastare il diffondersi di una cattiva informazione, *fake news* in testa.

Ma anche prescindendo dalla matrice storica che è stata ora ricordata, esistono probabilmente altre solide ragioni a supporto della possibilità di introdurre meccanismi di controllo sui contenuti pubblicati dagli utenti nell'ambito del contrasto alle *fake news* o ai discorsi d'odio. Molto spesso, infatti, si evoca, per porre la rete al riparo da queste ipotetiche forme di controllo, la metafora del libero mercato delle idee. Un'elaborazione che risale, come visto, alla paternità di Justice Holmes ed affonda le sue radici in un'epoca che precedeva, e di molto, lo sviluppo di Internet e delle nuove tecnologie digitali. Oggi questa metafora sembra ottenere credito anche di fronte al nuovo orizzonte tecnologico, come testimonia la giurisprudenza "espansiva" della Corte suprema, incline a riconoscere alla libertà di espressione su Internet addirittura un ambito di applicazione più vasto di quello che contraddistingue il "mondo degli atomi". Ebbene, questa metafora sembra conoscere un processo di esportazione dagli Stati Uniti verso l'Europa, divenendo oggetto di adesione da parte dei commentatori che ritengono che questa impostazione, di maggiore respiro liberale, sia la più consona alle caratteristiche di Internet. In dottrina, questa metafora sembra addirittura farsi volano della sensibilità statunitense sul tema della libera espressione nel contesto europeo. Se così fosse, anche in Europa diverrebbe di difficile percorribilità ogni meccanismo di filtraggio volto a contrastare la diffusione di *fake news* o di discorsi d'odio. Eppure la validità di questa metafora, a lungo ricorrente nel linguaggio di commentatori e corti, deve probabilmente essere rivisitata. Come si è osservato anche in altra sede[17], tale metafora deve anzitutto conciliarsi con la concezione della libertà di espressione propria del costituzionalismo europeo, che come già ricordato offre copertura anche alla libertà di informazione e al diritto a ricevere informazioni. Poiché le costituzioni tutelano l'informazione come bene giuridico destinato a soddisfare una precisa finalità, così

[17] O. Pollicino, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *Italian Journal of Public Law* 1 (2017).

escludendo dal proprio perimetro ciò che non costituisce *corretta* informazione, la metafora del *free marketplace* sembra destinata a incontrare un rigetto se trapiantata entro questo schema. Al contrario, ove i riferimenti alla libertà di informazione dei cittadini non fossero così chiaramente scolpiti nelle costituzioni ed emersi nell'interpretazione offerta dalle corte, questa visione mercantilistica delle idee in libera concorrenza fra loro potrebbe farsi largo anche in Europa.

Oltre a ciò, si deve riconoscere che la stessa metafora del *marketplace* presenta dei limiti, al di là del contesto territoriale e costituzionale di riferimento, in relazione a Internet. D'altronde, tale metafora ha le sue origini nel 1919, nella famosa *dissenting opinion* di Justice Holmes ed è stata ripresa dalla Corte suprema nel 1997, in occasione della già ricordata pronuncia *Reno v. ACLU*, per adattarla a Internet.

Entrambi i momenti corrispondono a due frangenti del tutto peculiari: l'elaborazione di Holmes trasuda lo spirito della dottrina del *laissez faire* quando, nel pieno dell'epoca capitalista, si riteneva di poter estendere una logica "aperta" di mercato all'ambito del confronto dialettico tra idee; nel 1997, invece, la Corte suprema mutua l'impostazione di Holmes a fronte di un mezzo radicalmente inedito, che appare dischiudere un nuovo libero mercato delle idee. Occorre però porre attenzione a un dettaglio: la metafora di Holmes postulava un *free marketplace of ideas*, e dunque un mercato delle idee che fosse *libero* e caratterizzato, al pari dell'ambito economico, di una sua capacità autocorrettiva. Solo in assenza di condizionamenti su questo mercato, il libero confronto che ivi prende corpo può assolvere alla sua funzione di test della validità delle idee e opinioni. E tale era, effettivamente, Internet agli albori, quando in alcun modo era condizionato da posizioni dominanti, oligopolistiche o addirittura monopolistiche. Entro questo scenario, la metafora avrebbe senz'altro potuto avere senso. Oggi, invece, essa appare del tutto fuori contesto: il mercato delle idee, su Internet, è tutt'altro che "libero", come è ben noto alle istituzioni, europee e statunitensi, che ai mercati digitali guardano con sempre maggiore attenzione. E allora, se il terreno di gioco della partita delle *fake news* e dei discorsi d'odio non è più un libero mercato, applicare quello stesso test, che affidava allo spontaneo e libero confronto dialettico l'individuazione del consenso e l'emarginazione delle opinioni meno autorevoli, non è più una buona idea.

Detto che la metafora del *marketplace* è divenuta inappagante, forse anche negli Stati Uniti, esistono altri profili che mettono in luce l'opportunità di un controllo sulla circolazione delle *fake news*, sulle cui modalità si dirà più diffusamente oltre.

Dapprima occorre collegare il concetto di pluralismo con il tema della scarsità delle risorse. L'esigenza di regolazione del pluralismo, infatti, si fa più pressante nei mercati contraddistinti dalla scarsità delle risorse: è su questo terreno, infatti, che chi occupa una posizione dominante o comunque oligopolistica può influenzare e condizionare con effetti distorsivi il funzionamento del mercato. L'esperienza del sistema radiotelevisivo italiano documenta e fotografa esattamente questa relazione. Al venir meno del carattere di scarsità di una risorsa lo scenario muta: così il tema del pluralismo, al giorno d'oggi, non appare sollevare eguali criticità come accadeva invece in passato. Nel sistema dell'informazione, l'avvento di Internet permette a piccoli e grandi operatori di emergere entro un quadro di mercato tendenzialmente frammentato e variegato. Si

potrebbe così immaginare che la presenza di regole funzionali ad assicurare il contrasto delle *fake news* perderebbe di senso in questo nuovo ecosistema, in cui la metafora del *marketplace* sembrerebbe, all'apparenza, perfettamente calzante. Eppure, anche a fronte dell'avvento di Internet persiste un carattere di scarsità, che non riguarda più le risorse frequenziali bensì una risorsa forse ancora più preziosa: l'attenzione dell'utente. Non si può ritenere, dunque, confidando su una semplice astrazione, che all'aumentare della disponibilità di siti Internet si sia automaticamente moltiplicata anche la fruizione delle risorse informative da parte degli utenti. L'attenzione dei lettori è rimasta tendenzialmente invariata, sicché, se il costituzionalismo europeo ha a cuore l'obiettivo di tutelare la corretta informazione degli individui, i legislatori non dovranno cadere in inganno e ritenere che la mera sovrabbondanza di media sia sufficiente per soddisfare quell'obiettivo.

A questo elemento, tutt'altro che trascurabile, si collegano le illuminanti riflessioni di Cass Sunstein, il quale ha teorizzato l'esistenza di logiche di polarizzazione tra gli individui nell'accesso all'informazione, che condurrebbe a una sorta di pregiudizio di conferma. Questo scenario conduce a una vera e propria radicalizzazione dello scontro dialettico anziché a una sua, benché ipotetica, riconciliazione[18]. Secondo Sunstein, infatti, in presenza di costanti flussi informativi (le "cascate informative"), l'utente manifesta un preorientamento che tenderà a confermare, mantenendo fede all'adesione al suo gruppo di opinione originario. Statisticamente, secondo Sunstein, il mutamento di posizione all'esito del confronto del pubblico con le cascate informative rappresenta una circostanza assai rara e difficile da verificarsi. La presenza di un elemento di *bias*, così, rappresenta un fattore immanente che si alimenta anche attraverso la diffusione delle notizie *fake*. Lo stesso Sunstein documenta un processo di tendenziale "resistenza" degli individui che aderiscono a un preciso pensiero rispetto alla dimostrazione dell'infondatezza di determinate notizie. Tale fattore riesce, anzi, a radicalizzare ancora di più lo scontro.

Se Sunstein[19] non considera questo scenario sufficiente a revocare del tutto in dubbio la funzionalità della metafora del *free marketplace of ideas*, è vero però che, nell'ottica del costituzionalismo europeo, esso solleva più di un dubbio e induce a ritenere forse doveroso, soprattutto richiamandosi alla scarsità dell'attenzione da parte degli utenti e all'esigenza costituzionale di una loro corretta informazione, un intervento dei pubblici poteri, quale che ne sia la forma, volta a reprimere la circolazione delle false notizie.

Del resto già Milton, nel suo Aeropagitica[20], si scagliò contro la censura della stampa, evocando il concetto di verità e paragonando la conoscenza all'acqua e la verità a una fontana zampillante. Ciò che occorre evitare, in questo paradigma, è quanto può bloccare il libero flusso di idee che conduce al progresso verso la verità. La censura, per Milton, potrebbe così incidere su quel processo di avvicinamento alla verità impedendo o restringendo l'emergere di nuove idee. La verità, secondo Milton, prevale in un

[18] Cfr. C.R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media,* Princeton, 2017.

[19] Si veda anche, in proposito, C.R. Sunstein, *On Rumors,* Princeton, 2014.

[20] J. Milton, *Areopagitica; A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England,* Londra, 1644.

contesto di idee libero e aperto. Ecco perché tali idee non possono essere sottoposte a limitazioni prima che possano "competere" nella lotta con i dogmi. Ma l'esperienza di Milton è emblematica: egli accettò infatti, nonostante questa strenua opposizione, il ruolo di censore in base alla legge che tanto aveva contestato[21]. Questo passaggio segnala la connessione tra la fede nella ricerca della verità e la possibilità di pratica delle sanzioni quando, all'esito degli opportuni accertamenti, sia possibile distinguere il vero dal falso, che dunque non gode di protezione. La libertà di espressione si alimenta così di una concezione basata sulla nozione di verità: libero flusso e aperto incontro sono le parole chiave di questo paradigma, che tuttavia non è assurto a vero e proprio modello della libertà di parola.

[21] Si veda S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind,* Chicago-London, 2001.

Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia

Maurizio Fumo

Keywords: libertà di espressione, *fake news*, informazione, Internet, ddl Gambaro

Sommario

1. Democrazia delle idee? – 2. Il contrasto alle *fake news*: fondamento e strumenti. – 3. Il disegno di legge di iniziativa dei senatori Gambaro ed altri. – 4. Conclusioni, illusioni e prospettive.

1. Democrazia delle idee?

Il *refrain* è noto: la rete, si dice, è democratica. Più corretto sarebbe forse definirla egualitaria.

La conoscenza, però, non lo è. La conoscenza, infatti, non consiste nel mero apprendimento della notizia, nel semplice "assorbimento" della informazione. Ciò rappresenta l'*incipit* della conoscenza, che, in realtà matura quando la notizia/informazione viene sottoposta al vaglio del conoscente e dunque, in tal modo, assimilata e fatta, criticamente, propria. Ma - questo è il punto dirimente - il vaglio critico presuppone la (nel senso che è reso possibile dalla) preparazione culturale e professionale del fruitore della notizia/informazione.

Né la qualità può essere rimpiazzata dalla quantità. La rete consente - oggi come mai prima - di avere a disposizione informazioni, notizie, comunicazioni su qualsiasi argomento dello scibile. La circolazione è senza limiti, senza filtri, senza censure, senza controlli.

E senza garanzia di attendibilità.

Chi non fa per professione "l'informatore" non ha l'onere di controllare/verificare/certificare le fonti del suo sapere. Può offrire il suo "prodotto" senza distinguere (e mettere il fruitore in grado di distinguere) fatti ed opinioni, intuizioni e dati oggettivi, documenti e fantasie. Ciò è possibile. Se poi sia legittimo è altro discorso. Pertanto la rigida distinzione tra chi informa (il giornalista, lo scrittore, l'intellettuale, l'uomo delle istituzioni) e chi è informato è - da tempo, ormai - stata superata. Tutti sono informati e informatori.

Se dunque "l'equiparabilità informativa" è un dato di fatto, la democrazia delle idee è un'illusione indotta da internet e le opinioni, pur essendo libere, non sono equivalenti: chiunque è libero di affermare impunemente che 2+2 fa 5 (ma anche 3 ecc.); ciò non toglie che fa 4. E allora, se è vero che oggi (quasi) tutti possono accedere alla notizia, è altrettanto vero, a nostro parere, che non tutti possono accedere alla conoscenza. Almeno: non tutti a qualsiasi conoscenza.

Si crea, quindi, frattura tra democrazia della informazione (resa possibile dai *media* e principalmente da internet) e aristocrazia della conoscenza. Tale frattura è il terreno di coltura delle *fake news*. Esse infatti si diffondono tra chi ha accesso alla informazione, ma non alla conoscenza. Naturalmente nessuno ha conoscenza onnicomprensiva e quindi tutti, in determinati campi, possiamo essere vittime di *fake news*.

[*] Relazione tenuta al seminario "Diritto dei media: tra tradizione e innovazione" svoltosi il 14 dicembre 2017 presso la sede dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in Roma.

Opportunamente, per tanto, parte rilevante del primo numero di questa rivista on line è stata dedicata specificamente a tale argomento.

2. Il contrasto alle *fake news*: fondamento e strumenti.

Tutti, per dettato costituzionale, hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. Bisogna però chiedersi se esista il reciproco diritto ad essere (correttamente) informati.
A ben vedere, all'informazione non può negarsi una dimensione *lato sensu* politica, in quanto essa sollecita il giudizio dei consociati (e, a volte, l'intervento dell'autorità).
Ciò ovviamente sul presupposto che il fatto narrato sia, in realtà, un fenomeno, sia cioè manifestazione di una problematica sottostante che trascenda il caso individuale. E tanto può bastare per costruire la categoria di un più generale "diritto di comunicazione", come lettura aggiornata della libertà di manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost.
D'altra parte, se facciamo riferimento alla più risalente giurisprudenza di legittimità (sentt. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 1982, n. 4492, in *Giust. Pen.,* 2, 1982, 656 ss. e Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 1984, n. 3467, *CED* 163712), ci rendiamo conto che essa non ha dubbi nel collocare il diritto di cronaca (giornalistica) tra i diritti pubblici soggettivi, in quanto riconosciuto, appunto, dall'art. 21 Cost. e consistente nel potere-dovere (!) conferito al giornalista di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende interessanti la vita associata. Lo scenario certamente oggi, nell'epoca dell'*one man newspaper*, come si anticipava, è cambiato, ma il principio affermato negli anni '80 non ne risulta sconvolto, anzi è stato di recente ribadito, atteso che il diritto di cronaca e critica viene esplicitamente (e nuovamente) qualificato come diritto soggettivo pubblico costituzionalmente garantito (Cass. civ., sez. III, 20 Gennaio 2015, n. 841, *CED* 633962, *Berlusconi v. Travaglio*).
In realtà, già prima, la Corte costituzionale (sentt. 15 giugno 1972, n. 105, 10 luglio 1974, n. 225 e 30 maggio 1977, n. 94) aveva affermato che esiste un interesse generale della collettività all'informazione. Per tale motivo, nel nostro, come in ogni ordinamento democratico, i *media* devono essere considerati servizio "oggettivamente" pubblico o comunque di pubblico interesse. Ciò implica - ovviamente - la pluralità di fonti informative (e dunque la possibilità di diverse interpretazioni).
Si potrebbe allora sostenere che quello della libera manifestazione del pensiero è un diritto con più titolari, in posizione non contrapposta né parallela, ma convergente: il comunicante e i destinatari della comunicazione; tale diritto, il cui contenuto consiste nella possibilità di esercitare la cronaca/critica dei fatti socialmente rilevanti, vede la libertà del primo (il comunicante) come funzionale a quella dei secondi: i destinatari, cui compete il diritto di essere - compiutamente – informati, per poter scegliere e deliberare, appunto, liberamente (in quell'ottica di "rimozione di ostacoli" che sostanzia di contenuti concreti i diritti predicati dalla Costituzione repubblicana). Se dunque esiste il diritto - implicito - ad essere (correttamente) informati, come presupposto logico/storico per poter operare scelte valide e consapevoli e partecipare alla vita politica economica e sociale (art. 3 Cost.), le *fake news* sono *contra jus* perché insidiano tale diritto.

Ma il punto è: come contrastare le *fake news* e, ancor prima, come riconoscerle?
Orbene la repressione penale sembra uno strumento sproporzionato e pericoloso. Sproporzionato perché, come è noto, la sanzione penale deve costituire la *extrema ratio*; pericoloso, non solo perché si introduce un principio contrastante con il fondamento dello stato liberale: il diritto di sbagliare e comunque il "diritto di eresia" (e di fare scelte eterodosse, sempre che non danneggino gli altri), ma anche e principalmente perché si accredita, per contrasto, l'idea che esista una verità ufficiale e dunque - surrettiziamente, ma nemmeno troppo - si legittima una prospettiva da Stato etico.
Naturalmente il discorso cambia quando le *fake news* integrano gli estremi di un reato (diffamazione, istigazione a delinquere e apologia di delitto, calunnia, ecc.). Ciò che non è consentito fuori dalla rete, infatti, non lo è neanche in rete. Ma vale anche il contrario; e allora va ricordato che l'ordinamento non punisce le false notizie (le cc.dd. bufale) "fuori rete" in quanto tali. Dovrebbe, allora, punirle solo perché in rete si diffondono più capillarmente? Le *fake news* integrano indubbiamente una ipotesi di falso narrativo (e quindi comunicativo), ma, per ciò solo, meritano l'intervento del legislatore penale? Dobbiamo, innanzitutto, rispondere a questa domanda.
Per fare ciò, sembra utile aprire la riflessione sul concetto di falso penalmente rilevante, come delineato nell'ordinamento vigente. E invero l'ordinamento non dice che cosa sia il vero (saggiamente se ne guarda bene), ma conosce e reprime il falso. La repressione però è prevista in casi determinati e con carattere di "frammentarietà" (carattere tipico, come è noto, del diritto penale).
Ovviamente il falso materiale è più facile da definire/individuare. È materialmente falso quell'oggetto (scritto, moneta, capo di abbigliamento ecc.) che si discosti dal modello legale o che, operando sull'oggetto vero, lo abbia alterato. Più complicato è il discorso quando si tratta di falso ideologico e ancor di più quando si tratta di falso valutativo (es. false comunicazioni sociali, artt. 2621 ss. c.c.); e tuttavia, anche in questi casi, pur se in maniera inevitabilmente più sfumata, esiste un modello legale cui l'agente avrebbe dovuto conformarsi. Tale modello può anche essere descritto per rinvio alle *leges artis* di un determinato settore professionale (ancora art. 2621 c.c., nella interpretazione che ne hanno dato le sezioni unite penali della Corte di cassazione con la sentenza Passarelli del 2016 – Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, in *Riv. pen.*, 7-8, 2016, 623 ss.).
Insomma: siamo in presenza di *story telling* che devono conformarsi (quantomeno) ad un determinato schema.
Ma quando si tratta di un racconto libero, di una "ricostruzione storica" che non deve ricalcare alcuna traccia pre-data, il discorso diventa davvero spinoso.
Vale allora la pena di verificare se l'elaborazione (dottrinale e giurisprudenziale) stratificatasi in tema di diffamazione, con riferimento al requisito della verità della notizia possa essere di utilità. Ebbene, se di scarsa utilità può tornare, in merito a tale problematica, l'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che si attesta su affermazioni del tutto generiche (al limite della tautologia: es. CEDU, *Armellini c. Austria*, ric. 14134/07 (2015)) per la quale l'esercizio del diritto di cronaca deve poggiarsi su «solide basi fattuali»), certamente più fruttuoso può rivelarsi l'esame dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale degli ultimi trent'anni. Si rileva infatti il

passaggio dall'ingenuo realismo (definito anche ontologismo *naif*) degli anni ottanta, per il quale il cronista doveva rispecchiare la c.d. "verità oggettiva", alla adozione del principio della *adaequatio* degli anni novanta, in base al quale si esigeva la corrispondenza tra l'accaduto e il narrato (categoria del relativo quest'ultima, in quanto il riferimento alla narrazione introduce - inevitabilmente - la considerazione del punto di vista del narratore), per approdare, nel nuovo millennio, al principio in base al quale, dato per scontato che non esiste resoconto che non sia filtrato attraverso le categorie logiche e i presupposti ideologici di chi tale resoconto opera, si richiede - perché la notizia possa considerarsi vera (o, almeno, non falsificata) - che di essa siano forniti gli elementi essenziali, vale a dire quelli che le conferiscono il suo significato sociale e la sua valenza comunicativa. In altre parole, si richiede che il narratore, nella sua - necessaria - opera di selezione e riordino del materiale informativo a sua disposizione, non trascuri e non alteri il nucleo essenziale del fatto, quello che lo rende degno di essere conosciuto (e gli conferisce, quindi, rilevanza sociale) e che non operi aggiunte arbitrarie e fuorvianti. E allora è evidente che le *fake news* possono essere di due tipi: A) notizie completamente inventate (le carote provocano il cancro, i marziani sono sbarcati a Ostia), B) notizie sapientemente manipolate con aggiunte (esiste in Catalogna un forte movimento separatista: notizia vera; esso è in contatto con gli irriducibili del separatismo basco: notizia falsa), od omissioni (il testamento biologico consente ai parenti dell'ammalato di disporre l'interruzione della alimentazione e della idratazione artificiali e quindi di causare la morte del paziente: notizia vera; ma - circostanza taciuta - essi possono fare ciò solo in base alle disposizioni impartire, a suo tempo, dall'interessato).

Ed è venuto ora il momento, una volta escluso, tranne rari e circoscritti casi, lo strumento penale, di tentare di mettere a fuoco qualche rimedio per contrastare le *fake news*. Siamo perfettamente in sintonia con chi sostiene che la prima (e forse decisiva) misura sarebbe quella di proibire l'anonimato in rete. Non sapremmo dire se sia (sempre) tecnicamente possibile, ma sosteniamo che sarebbe (sempre) necessario. Per due ragioni: 1) responsabilizzare chi fa l'affermazione e chi la diffonde, 2) consentire a chi la riceve di valutare la credibilità di chi tale affermazione ha fatto e/o diffuso. Il primo è un rimedio specialpreventivo, il secondo è un rimedio - se è lecito coniare un neologismo - "specialvalutativo". Se la verità del fatto B è propugnata dal signor A, potrò valutare, non solo B da un punto di vista materiale (credibilità oggettiva), ma anche in base alla autorevolezza di A (credibilità soggettiva). Se conosco competenza e interessi del dichiarante, ho un elemento in più per poter giudicare. Anche perché la falsità raramente è fine a se stessa (la bugia per la bugia); il più delle volte è strumentale. È la stessa logica in base alla quale sarebbe bene sempre conoscere chi è il (reale) *dominus* del giornale che ho tra le mani. E per converso: se non so chi è (che conoscenze/competenze/interessenze) ha chi immette una notizia in rete, come faccio a valutare la rispondenza al vero (o, almeno, il tasso di veridicità) della notizia stessa? Certo: questa è condizione non sufficiente, ma indubbiamente necessaria.

Guardando il problema "al rovescio", potrei avere utili informazioni se potessi sapere chi si nasconde dietro l'anonimato e perché si nasconde.

3. Il disegno di legge di iniziativa dei Senatori Gambaro ed altri

Se questo dunque è - come sembra - lo stato dell'arte, è ora possibile valutare nel merito il d.d.l. n. 2688, recante «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione on line, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica».
Ebbene, l'esito della valutazione non può essere positivo.
Nel nostro ordinamento già esistono due fattispecie sulle quali vale la pena di riflettere per la loro contiguità con il predetto articolato, il quale, anzi, vuole modellarsi proprio su di esse. Si tratta della contravvenzione di cui all'art. 656 c.p. e del delitto di cui all'art. 265 c.p.; entrambe le fattispecie puniscono la diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose.
Ora, per quel che riguarda la notizia falsa, almeno in teoria, *nulla quaestio*. Ma come va inteso il concetto di notizia tendenziosa e di notizia esagerata?
Secondo la Corte costituzionale (sentt. 16 marzo 1962, n. 19 e 29 dicembre 1972, n. 199), la notizia è tendenziosa, quando, l'agente, pur riferendo fatti veri, li presenti in modo tale che chi li apprende possa avere una rappresentazione alterata della realtà, sia perché non è tracciata una netta linea di confine tra notizia e commento, sia, come si esprime la Corte, «per altri simili modi»>>. Come una pronunzia di tal genere (per quanto datata) si concili col diritto di critica e con l'esercizio dei diritti politici è un interrogativo cui è difficile dare risposta soddisfacente. Anche perché poi la stessa Corte ha voluto precisare che la contravvenzione non sussiste quando la condotta consiste nella divulgazione di interpretazioni, valutazioni, commenti, ideologicamente qualificati e persino tendenziosi, relativi a fatti veri. Sussiste invece quando vengono diffuse notizie, «falsandole attraverso la maniera di riferirle, cioè in modo che non rappresentano il vero». Siamo, sembrerebbe, al festival della tautologia contraddittoria, anche perché quale sia la differenza tra l'interpretazione tendenziosa del vero (ritenuta lecita) e la diffusione della notizia falsata attraverso la maniera di riferirla (bollata come illecita) è davvero difficile (impossibile?) da dire.
Non meno ermetica (*rectius*: equivoca) era stata, nel dopoguerra, la giurisprudenza della Corte di cassazione, se è vero che aveva affermato (sent. 11 novembre 1955, in *Giust. pen.*, 2, 1956, 652 ss., *Colombo*) che «ferma restando la distinzione tra notizia e commento e pur dovendosi riconoscere il diritto di far seguire un commento all'esposizione della notizia [meno male!], è tuttavia necessario che esso [il commento] non contenga circostanze di fatto idonee a rendere tendenziosa la notizia vera».
Questo per quel che attiene alla notizia tendenziosa. Quando - invece - una notizia può essere definita esagerata? Si tratta di una notizia, evidentemente non falsa, ma riferita con enfasi, facendo ricorso ad iperboli verbali, a similitudini magniloquenti e così via. Qui siamo nel campo della soggettività più sfrenata: tutto è rimesso alla sensibilità estetico-stilistica dell'interprete e, dunque, in ultima analisi, dei diversi giudici che, di volta in volta, dovranno "risolvere il caso".
La riflessione però non può limitarsi alla contravvenzione di pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico (art. 656

c.p.), anche se sarebbe in realtà decente omettere qualsiasi considerazione sul delitto di disfattismo politico (art. 265 c.p., che pure ha la medesima struttura della contravvenzione *ex* art. 656 c.p.), trattandosi di fattispecie operativa «in tempo di guerra» e dunque corredata di una giurisprudenza che potrebbe tranquillamente essere definita arcaica (se ne trova traccia in una pronunzia dell'anno 1943). Nondimeno, con il disegno di legge Gambaro, si è pensato bene di "riesumare", in qualche modo, la norma e di utilizzarla, *mutatis,* - male - *mutandis, in* "senso democratico", punendo chi «diffonde, comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme, o svolge comunque attività tale da recare nocumento agli interessi pubblici o da fuorviare settori dell'opinione pubblica, anche attraverso campagne con l'utilizzo di piattaforme informatiche .. ecc.» (art. 265-*bis*), ovvero reprimendo la condotta di chi «si rende responsabile, anche con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione on line, di campagne d'odio contro individui o di campagne volte a minare il processo democratico, anche a fini politici ecc.*»* (art. 265-*ter*). Gambaro & C. precisano in apertura che tale ultima norma è dettata (che non ci siano equivoci!) «ai fini della tutela del singolo e della collettività*»*.

Va da sé che il 265-*bis* manca, ad evidenza, dei requisiti della tassatività e della determinatezza (che vuol dire recare nocumento agli interessi pubblici, ovvero fuorviare settori dell'opinione pubblica? E poi, come si individua un settore dell'opinione pubblica? e, ancora prima, che cosa è e come si definisce in termini giuridici l'opinione pubblica?), mentre il 265-*ter* è ridondante (è ovvio che chi vuole "minare" il processo democratico lo fa «a fini politici», come è ovvio che le norme sono dettate a tutela del singolo e della collettività). Questi sono i danni che si verificano quando categorie sociologiche fanno irruzione, senza mediazione alcuna, nell'universo normativo. Ma qui la riflessione ci porterebbe troppo lontano, vale a dire in una terra dove l'inconcludenza declamatoria del legislatore, sposata alla sua impudica approssimazione verbale, operano come fattori che disegnano orizzonti di assoluta desertificazione concettuale.

Insomma, l'articolato normativo in questione non trova nulla di meglio che ricalcare, come appena detto, lo schema degli artt. 656 e 265 c.p. (in fin dei conti vorrebbe introdurre nel codice penale gli artt. 656-*bis*, 265-*bis* e 265-*ter*), ma non richiede nemmeno - per il 656-*bis* - l'attitudine della notizia scorretta a turbare l'ordine pubblico. Si accontenta di suggerire la punizione di «chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazioni presso il pubblico, con mezzi prevalentemente [sic!] elettronici o comunque telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi». Ora, a parte la cacofonia (anche concettuale, con abuso, approssimativo e certamente inconsapevole, di una sorta di improprio accusativo dell'oggetto interno: notizie false che riguardino dati falsi, pubblicazione attraverso "piattaforme" destinate alla pubblicazione ecc.), i senatori proponenti sembrano ignorare tutte le problematiche irrisolte relative alla contravvenzione *ex* art. 656 c.p. cui prima si è fatto cenno.

Ebbene: la legislatura è, in pratica, al suo termine e dunque questo articolato - per il momento - non sarà legge.

4. Conclusioni, illusioni e prospettive

Ma, dunque, non c'è rimedio contro le *fake news*?
Non possiamo rassegnarci a questo, anche perché le *fake news* non sono tutte pericolose allo stesso modo. Sono ovviamente molto più insidiose quelle che provengono da chi detiene il potere (qualsiasi tipo di potere), perché, attraverso la diffusione di notizie distorte, vuole mantenerlo, accrescerlo ed esercitarlo in maniera (sempre più) arbitraria. Qualcuno insomma, non solo alleva bufale elettroniche (tanto per parafrasare il titolo del famoso libro di Philp K. Dick), ma le manda in giro per la rete, in esecuzione di una precisa strategia di manipolazione/disinformazione. La storia, d'altra parte, ci offre numerosi esempi di *fake news* confezionate e diffuse dai potenti (con i mezzi dell'epoca, ovviamente). È stata ricordata la donazione di Costantino; potremmo fare cenno ai Protocolli dei Savi di Sion ecc. E poi: come considerare i dogmi religiosi e la relativa aneddotica, vale a dire affermazioni che non hanno alcuna evidenza empirica e nessuna dimostrabilità scientifica? In Occidente abbiamo - a suo tempo - risolto il problema, separando (non sempre in maniera rigorosa, in verità) la religione dalla politica, ma in altre culture le "*fake news* religiose" provocano disastri (che ormai dilagano in tutto il mondo, attesa la libera circolazione dei fanatismi). Ma proprio questo è l'aspetto più allarmante: non c'è frontiera che possa fermare la cavalcata delle bufale elettroniche.
Eppure, qualche rimedio (almeno dalle nostre parti) potrebbe esserci. E si parla di rimedi, si intende, che non compromettano l'esercizio di quello che sopra è stato definito il "diritto di eresia".
Riepiloghiamo: a) alcune *fake news* già integrano estremi di reato (*scilicet:* reati già esistenti e che godono di piena salute); come tali, possono/devono essere represse. In tali casi lo strumento correttivo/repressivo già esiste. Si può pensare a qualche ulteriore fattispecie penale, costruita, tuttavia, come reato di evento a condotta vincolata, non certo ad ipotesi tra il velleitario e il declamatorio che vorrebbero imporre il rispetto della verità e l'utilizzo di modalità espressive neutre (Gambaro); b) è poi necessario rendere possibile la identificazione dell'autore della notizia; ciò, da un lato, lo responsabilizza, dall'altro, consente al fruitore di valutare la credibilità soggettiva della stessa; c) dovrebbe - in fine - essere obbligatorio per chi ha pubblicato una notizia, ospitare una smentita o una rettifica. La notizia falsa non va rimossa, ma le va giustapposta la "contronotizia" (andrebbe dunque esteso a tutti i "comunicatori" l'obbligo di cui all'art. 2, c. 2, l. 69/1963, che, come è noto, riguarda solo i giornalisti). E qui siamo in accordo con il disegno normativo Gambaro, ma non possiamo nasconderci la difficoltà dell'impresa: quando la notizia è "rimbalzata" dal sito di originaria pubblicazione ad un circuito comunicativo circoscritto a chi liberamente abbia aderito alle sue regole è possibile ed è lecito impedire a dei privati di scambiarsi bufale?
È pur vero che i danni causati da una preparazione superficiale (una alfabetizzazione recente e incompleta: si diceva prima della frattura tra informazione e conoscenza) possono apparire maggiori rispetto a quelli derivanti da una completa (consapevole e rassegnata) ignoranza. Questo è, in realtà, il tallone d'Achille della democrazia. Ma il rimedio non è la censura o la rimozione della notizia falsa; è la sua correzione.

Non si può tuttavia ignorare che i rimedi che da più parti si suggeriscono (e che qui, senza alcuna pretesa di originalità, si ribadiscono) hanno quale presupposto psicologico e culturale un inguaribile ottimismo di stampo illuministico: la convinzione che le persone siano interessate alla verità e siano quindi disposte a pagare il prezzo della conoscenza.

Varrebbe la pena di chiedersi se, ai tempi di internet, ai tempi della democrazia della comunicazione (ma, come si diceva, non certo della equivalenza delle idee) sia ancora attuale e condivisibile la posizione di Alexis de Tocqueville, il quale, a proposito della libertà di stampa, sosteneva che essa è preziosa, non tanto per i beni che produce, quanto per i mali che impedisce.

Il fatto è che - oggi, come sempre - la conoscenza è faticosa. Essa implica approfondimento, studio, analisi e presuppone una preparazione/educazione che deve essersi stratificata negli anni (magari iniziando dalla frequenza di una scuola "come si deve", poi coltivando la lettura ecc.); essa poi spesso mostra una realtà piatta, banale, ordinaria. È molto più comodo e appagante credere alle favole, anche in quelle a sfondo catastrofico, ai complotti, alle trame (per fortuna tempestivamente svelate da qualcuno più sveglio degli altri). Sembra allora rovesciato l'insegnamento socratico: presumo di sapere e quindi giudico, decido e voto.

Il problema, alla fine, è questo: quella che abbiamo chiamato democrazia della informazione può trasformarsi nel *killer* della democrazia. Non si può, infatti, negare che una democrazia che si fondi sul falso sia una falsa democrazia.

Saggi

L’art. 21 ha settant’anni

L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo

Filippo Donati

Abstract

È opinione diffusa che, per effetto dell'evoluzione tecnologica e di mercato che ha investito il settore delle comunicazioni, il diritto dell'informazione deve ormai essere studiato sotto una prospettiva radicalmente differente rispetto a quella adottata dai costituenti. Quali sono allora le nuove dimensioni che caratterizzano oggi la libertà di informazione? Quali le nuove sfide che si pongono al giurista in questo campo? Per rispondere a questi interrogativi occorre fare un passo indietro nel tempo e ripercorrere le linee di fondo che hanno caratterizzato l'evoluzione del sistema delle comunicazioni dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi.

It is commonly accepted that to understand the important changes that have affected the media as result of the technological and market evolution, a perspective other than that of the Fathers of the Italian Constitution should be adopted. To explore the most significant legal challenges from a constitutional standpoint, the essay proposes to take a step back and provides an overview of the driving forces behind the evolution of media from the entry into force of the Constitution to the rise of the Internet and digital technologies.

Keywords: libertà di espressione, Internet, comunicazioni elettroniche, art. 21, pluralismo

Sommario

1. Premessa. - 2. L'attuazione del modello costituzionale. – 3. La difficile attuazione del pluralismo informativo. – 4. La liberalizzazione delle telecomunicazioni. – 5. L'era di Internet. – 6. Considerazioni conclusive.

1.Premessa

È opinione ormai largamente condivisa che, per effetto dell'evoluzione tecnologica e di mercato che ha investito il settore delle comunicazioni, il diritto dell'informazione deve ormai essere studiato sotto una prospettiva radicalmente differente rispetto a quella adottata dai costituenti nella redazione degli artt. 15 e 21 della Costituzione.
Quali sono allora le nuove dimensioni che caratterizzano oggi la libertà di informazione? Quali le nuove sfide che si pongono al giurista in questo campo?
Per rispondere a questi interrogativi occorre fare un passo indietro nel tempo e ripercorrere, seppure brevemente, le linee di fondo che hanno caratterizzato l'evoluzione del sistema delle comunicazioni dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi.
A tal fine, pur con la consapevolezza del margine di approssimazione e di soggettività che inevitabilmente inerisce a operazioni del genere, proverò a individuare quattro grandi fasi: la prima, che dura fino alla metà degli anni '70, volta principalmente a garantire l'innesto della nuova disciplina costituzionale nel nostro ordinamento; la seconda fase, che nasce con la comparsa delle televisioni commerciali private, in cui emerge l'esigenza di garantire nel nuovo contesto il principio del pluralismo informativo; la terza fase, che ha inizio alla fine degli anni '80 in concomitanza con la liberalizzazione delle telecomunicazioni, è caratterizzata dall'innesto di principi del diritto dell'Unione europea nel nostro ordinamento; la quarta fase, a partire dall'entrata in vigore nel 2002 della nuova disciplina europea sulle comunicazioni elettroniche, vede l'emergere di nuove problematiche correlate all'avvento e alla diffusione di Internet.

2. L'attuazione del modello costituzionale

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, era necessario garantire l'innesto dei nuovi principi costituzionali all'interno del sistema normativo ereditato dal periodo fascista.
A tal fine occorreva innanzi tutto definire l'ambito della tutela offerta dall'art. 21 della Costituzione. A ciò ha provveduto la giurisprudenza, sollecitata da un acceso e stimolante dibattito dottrinale.
Non è un caso che la prima questione decisa dalla Corte costituzionale riguardava proprio la libertà di manifestazione del pensiero. Con la sua prima sentenza (C. Cost., 14 giugno 1956, n. 1) la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113 r.d. 773/1931, che sottoponeva a licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza la circolazione di scritti, disegni e stampati, la propaganda acustica e luminosa e le pubbliche

affissioni di scritti e giornali murali.
La Corte costituzionale, nella sua opera, ha fin dall'inizio evidenziato la piena disponibilità a tenere conto delle nuove esigenze derivanti dall'evoluzione della società nel suo complesso. In questa prospettiva, ad esempio, dopo avere ritenuto che il divieto di pubblicizzare i mezzi anticoncezionali fosse giustificato dalla necessità di tutelare il buon costume (C. Cost., 19 febbraio 1965, n. 9) ha successivamente mutato il proprio orientamento, sul rilievo che l'incitamento alle pratiche anticoncezionali, per l'evoluzione della coscienza sociale, non poteva più offendere il buon costume (C. Cost., 16 marzo 1971, n. 49).
In numerose decisioni la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sui "beni costituzionalmente rilevanti", non espressamente enunciati nell'art. 21, la cui tutela può giustificare l'apposizione di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero: l'onore e la reputazione, la riservatezza, i segreti, l'ordine pubblico. In questo contesto non è sfuggita l'importanza della cronaca giornalistica in ogni società democratica. Per tale motivo la giurisprudenza ha riconosciuto a questa particolare modalità di comunicazione uno statuto peculiare, individuando tre condizioni che operano come scriminanti nei confronti di informazioni dal contenuto potenzialmente ingiurioso o diffamatorio: la rilevanza sociale dell'informazione; la verità dei fatti esposti; la forma civile dell'esposizione (C. Cost., 14 luglio 1971, n.175; C. Cost., 5 luglio 1973, n. 103; C. Cost., 27 marzo 1974, n. 86; Cass. pen., sez. VI, 9 gennaio 1978, n. 5052; Cass. pen., sez. VI, 24 aprile 1978, n. 11842, in *Foro it.*, 2, 1979, 111 ss.).
La Corte costituzionale, fin dalle sue prime decisioni, ha sempre sottolineato il carattere fondamentale dell'art. 21 in quanto «pietra angolare dell'ordine democratico» (C. Cost, 17 aprile 1969, n. 84). Muovendo da questo presupposto, la Corte conclude che l'art. 21 tutela non solo il "diritto di informare", cioè il profilo attivo della libertà di comunicazione, ma anche il "diritto all'informazione" dei cittadini, quale presupposto per la corretta formazione dell'opinione pubblica su cui si fonda la democrazia. Il riconoscimento di un "profilo passivo" della libertà di informazione ed il suo collegamento al principio di democrazia, implica che tutti i mezzi di comunicazione di massa sono chiamati a soddisfare l'"interesse generale" all'informazione e che tale interesse richiede il pluralismo delle fonti di informazione.
Tutta la ricca giurisprudenza in materia radiotelevisiva muove da questo presupposto. La Corte costituzionale rigettò la questione di legittimità della riserva allo Stato del servizio radiotelevisivo con la sentenza n. 59/1960, enunciando due principi che saranno poi tenuti fermi da tutta la giurisprudenza successiva: il riconoscimento dell'attività radiotelevisiva come servizio pubblico essenziale avente carattere di preminente interesse generale e la necessità di assicurare il rispetto del principio costituzionale del pluralismo informativo. Secondo la Corte costituzionale, la naturale limitatezza delle frequenze utilmente sfruttabili per le trasmissioni radiotelevisive e la necessità di rilevanti investimenti economici per l'installazione e la gestione degli impianti di trasmissione avrebbero verosimilmente determinato, una volta aperto il mercato agli operatori privati, la formazione di posizioni di monopolio od oligopolio privato, con conseguente riduzione delle possibilità d'accesso al mezzo radiotelevisivo da parte delle diverse istanze politiche, sociali, religiose, presenti nella società. Solo il monopolio

pubblico dell'etere, in quanto finalizzato al perseguimento di interessi generali, era ritenuto dalla Corte in grado di assicurare al mezzo radiotelevisivo quel tasso di apertura alle istanze di cui sopra senza il quale non avrebbe potuto dirsi garantita la libertà di manifestazione del pensiero.
La Corte ha poi indicato, con la sentenza n. 225 del 1976, le condizioni che il legislatore avrebbe dovuto soddisfare per rendere il regime di monopolio compatibile con i principi costituzionali: a) sottrazione degli organi di vertice della concessionaria del servizio pubblico all'influenza del potere esecutivo; b) imparzialità e completezza dell'informazione; c) sottoposizione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo al controllo del Parlamento; d) tutela dell'autonomia dei giornalisti preposti ai servizi di informazione; e) limiti quantitativi alla pubblicità per evitare il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio a una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela; f) disciplina dell'accesso alla radiotelevisione; g) garanzia del diritto di rettifica. La l. 103/1975 recepì questa principi dettando quindi una profonda riorganizzazione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo.
Il monopolio pubblico continuava quindi a resistere, salvo che per l'attività di ritrasmissione di programmi di emittenti estere (per effetto della sentenza n. 225 del 1974) e dei servizi radiotelevisivi via cavo (per effetto della sentenza n. 226 del 1974): in entrambi i casi la Corte aveva infatti ritenuto insussistente il pericolo di formazione di monopoli o oligopoli privati. Analoghe considerazioni condussero la Corte, con la sentenza n. 202 del 1976, a dichiarare l'illegittimità costituzionale della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva a livello locale.
Nel settore delle telecomunicazioni il monopolio dello Stato non era neppure messo in discussione. In questo campo le maggiori problematiche riguardarono l'istituto del fermo postale, per lungo tempo esercitabile senza il controllo dell'autorità giudiziaria (C. Cost., 22 aprile 1986, n. 100), e le intercettazioni (telefoniche, informatiche o telematiche), i cui limiti vennero precisati dalla Corte costituzionale prima (C. Cost., 6 aprile 1973, n. 34; C. Cost., 21 maggio 1975, n.120) e del legislatore poi (l. 98/1974).

3. La difficile attuazione del pluralismo informativo

A partire dagli anni settanta, con l'evoluzione tecnologica, si cominciano ad affermare sul mercato le nuove televisioni commerciali.
L'inerzia del legislatore nell'introdurre un regime autorizzatorio per l'utilizzazione delle frequenze locali (liberalizzate per effetto della sentenza n. 202 del 1976), consentì un sostanziale "accaparramento" delle frequenze disponibili da parte di alcune emittenti private. In poco tempo si giunse inoltre alla creazione di *networks* nazionali composti da più emittenti regionali che, trasmettendo in contemporanea il medesimo programma preregistrato, eludevano la riserva allo Stato delle trasmissioni televisive su scala nazionali.
In questa fase storica si pose concretamente l'esigenza di garantire l'attuazione del

principio del pluralismo informativo, che la Corte costituzionale ha ricavato dall'art. 21 della Costituzione e che costituisce il *leit motiv* delle più significative pronunce adottate in materia.
In particolare, nella sentenza n. 826 del 1988, la Corte ha distinto tra il "pluralismo interno" (la cui realizzazione è principalmente affidata al servizio pubblico radiotelevisivo, chiamato a dar voce al maggior numero possibile di opinioni) e il "pluralismo esterno" (la cui realizzazione è affidata al concorso tra la concessionaria pubblica e una pluralità di emittenti private). Il pluralismo, precisa la Corte, consiste nella «possibilità di ingresso, nell'ambito della emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità […] che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza pericolo di essere emarginati a causa di processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi». Ciò permette la «possibilità di scelta per tutti i cittadini tra una molteplicità di fonti informative, scelta che non sarebbe effettiva se il pubblico al quale si rivolgono i mezzi di comunicazione audiovisiva non fosse in condizione di disporre, tanto nel quadro del settore pubblico che in quello privato, di programmi che garantiscono l'espressione di tendenza aventi caratteri eterogenei». Di conseguenza, nella visione della Corte, il pluralismo non può dirsi realizzato quando su scala nazionale concorrano un polo pubblico e un polo privato «che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato».
In questa lunga fase il sistema dell'informazione presenta ancora pochissime aperture al diritto internazionale e sovranazionale, è caratterizzato da discipline settoriali per i diversi mezzi di comunicazione (radiotelevisione, telecomunicazioni, editoria, cinema e teatro), è contraddistinto dal ruolo attivo e creativo della giurisprudenza tanto che, secondo un'opinione largamente diffusa, può dirsi che tutti i passaggi fondamentali della storia del nostro sistema radiotelevisivo sono stati determinati da pronunce della Corte costituzionale.

4. La liberalizzazione delle telecomunicazioni

Una terza fase si apre con la liberalizzazione delle telecomunicazioni.
Le linee dell'intervento comunitario di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni vennero individuate dalla Commissione in maniera specifica e articolata nel Libro verde del 1987 sullo sviluppo del mercato comune per i servizi e il materiale di telecomunicazioni. La Commissione segnalò in tale sede la necessità di aprire alle regole del mercato e della concorrenza un settore che, in ragione degli sviluppi tecnologici e della crescente domanda di servizi di telecomunicazioni, aveva ormai acquisito un'importanza primaria sia sotto il profilo economico sia sotto quello sociale. Ciò avrebbe prodotto riflessi positivi per gli operatori del settore e per gli utenti (che avrebbero tratto beneficio dallo sviluppo di un mercato concorrenziale dei servizi di telecomunicazioni), ma anche per l'economia europea nel suo complesso.
A partire dagli anni '90, grazie a una serie di direttive e di regolamenti tutti gli Stati

membri sono stati costretti a smantellare i vecchi monopoli e ad adottare misure volte a consentire l'effettiva realizzazione di un mercato concorrenziale. Sono stati così aboliti i diritti speciali o esclusivi concernenti i servizi e le reti di telecomunicazioni; è stato cancellato il regime concessorio; le funzioni di regolazione del mercato sono state affidate a un'autorità indipendente dal potere politico e dagli operatori del settore; la tradizionale nozione di "servizio pubblico", con tutto quello che ne derivava in termini di regolamentazione, è stata sostituita dal cosiddetto servizio universale; sono state introdotte misure "asimmetriche", volte a compensare la posizione di sostanziale vantaggio che gli ex monopolisti vantavano rispetto ai nuovi entranti in un mercato appena liberalizzato.

Nel campo della radiotelevisione, invece, il problema cruciale era ancora quello di realizzare il pluralismo informativo. Il legislatore, spinto anche dai "moniti" della Corte costituzionale, adottò nel 1990 una legge di riforma del sistema radiotelevisivo (la l. 223/1990, c.d. legge «Mammì»), che sancì finalmente il venir meno della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva e l'introduzione di un sistema «misto», pubblico e privato. La legge conteneva importanti novità, tra cui l'introduzione di un regime concessorio sulla base della pianificazione delle frequenze e una apposita regolamentazione della pubblicità televisiva. L'apertura della televisione su scala nazionale fu accompagnata, secondo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, dalla introduzione di una disciplina antitrust volta a evitare il formarsi di posizioni dominanti nel settore privato. In concreto, tuttavia, questa legge consentiva a un medesimo soggetto di essere titolare al massimo di tre concessioni sul piano nazionale, così "fotografando" quella situazione di fatto caratterizzata da un duopolio tra due soggetti titolari, ciascuno, di tre reti su scala nazionale. Ciò in aperto contrasto con le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 826 del 1988. La disciplina antitrust contenuta nella legge Mammì fu pertanto dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sentenza n. 420 del 1994.

La disciplina della legge Mammì fu in parte modificata e integrata dalla l. 249/1997 (la c.d. legge Meccanico), che istituì l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e introdusse nuovi limiti antitrust, dichiarati in parte incostituzionali con la sentenza n. 466 del 2002. La riforma del sistema televisivo italiano varata con la l. 112/2004 ("legge Gasparri") e perfezionata con il successivo Testo unico sulla radiotelevisione approvato con d.lgs. 177/2005 (oggi Testo unico sui servizi media audiovisivi e radiofonici) rappresenta l'ultimo intervento del legislatore ordinario nella disciplina di un settore che ha visto il continuo alternarsi di pronunce giurisprudenziali e interventi legislativi e regolamentari.

Per effetto della liberalizzazione delle telecomunicazioni, un settore cruciale del mondo dell'informazione si è aperto al diritto dell'Unione Europea. Si è realizzata per la prima volta una osmosi tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea e un dialogo sempre più intenso tra corti nazionali e corti transnazionali, che ha cambiato completamente lo scenario di riferimento.

Questa apertura ha però interessato solo parzialmente il settore radiotelevisivo. La direttiva "televisione senza frontiere" rappresenta il primo passo della politica audio-

visiva dell'Unione europea e ruota attorno a due principi: la libera circolazione dei programmi televisivi europei nell'ambito del mercato interno e l'obbligo, per le reti televisive, di riservare, una quota del tempo di trasmissione a opere europee. La nuova direttiva introduce regole di grande importanza, in particolare con riferimento ai tetti pubblicitari. Tuttavia gli aspetti centrali della disciplina dei media rimangono ancora sotto il controllo dello Stato, ben consapevole della rilevanza che tali mezzi rivestono per la formazione dell'opinione pubblica.

5. L'era di Internet

Nel frattempo l'evoluzione tecnologica e di mercato ha comportato una ulteriore trasformazione del settore delle comunicazioni.
Le tecniche di "digitalizzazione" e di compressione delle informazioni, il potenziamento dei mezzi trasmissivi (grazie soprattutto all'impiego della fibra ottica e dei satelliti) e lo sviluppo dei sistemi informatici hanno favorito un processo di "convergenza" che ha reso possibile utilizzare la stessa rete e il medesimo terminale per trasmettere e ricevere messaggi diversi (voce, immagini o dati). Questo ha reso sempre più incerta la linea di confine tra il diritto delle telecomunicazioni e quello della radiodiffusione e ha comportato la necessità di un complessivo ripensamento di una disciplina di settore per lungo tempo incentrata sulla corrispondenza tra mezzo trasmissivo e contenuto. Internet rappresenta l'esempio più evidente di questa convergenza.
L'Unione europea ha preso atto di questa evoluzione e, nel 2002, ha dettato un nuovo quadro normativo, che ha ridisegnato completamente il sistema delle comunicazioni, recepito l'anno successivo dal legislatore italiano con il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003).
Il legislatore europeo ha superato la distinzione telecomunicazioni-editoria-televisioni e ha introdotto una disciplina uniforme per tutte le reti di comunicazione elettronica. In tal modo è stata consacrata l'esistenza di quello che è stato efficacemente definito il nuovo "diritto della convergenza", ovvero un insieme di regole comuni «dove i comparti tradizionali che hanno sinora guidato il mondo delle telecomunicazioni, quello della radio-televisione e quello dell'informatica tendono a confluire in una piattaforma di principi nuovi ed unitari»[1].
L'affermazione di questo "diritto della convergenza" incide sull'inquadramento costituzionale delle attività di comunicazione. Tradizionalmente il diritto delle telecomunicazioni è stato fondato sulla libertà di comunicazione di cui all'art. 15 della Costituzione (che disciplina le comunicazioni rivolte a un destinatario determinato e infungibile), mentre il diritto della radiodiffusione ha avuto come parametro costituzionale di riferimento la libertà di informazione di cui all'art. 21 (che riguarda le comunicazioni verso un numero indeterminato o fungibile di destinatari). La multimedialità impedisce invece oggi di inquadrare le reti di comunicazione elettronica e i messaggi ivi trasmessi

[1] E. Cheli, *Conclusioni,* in G. Morbidelli – F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?,* Torino, 183.

soltanto nell'ambito dell'art. 15 della Costituzione, così come impedisce di considerare le reti digitali (via cavo, satellite o etere terrestre) utilizzate per programmi radiotelevisivi come strumentali all'esercizio della sola libertà di cui all'art. 21. L'applicabilità o meno al messaggio delle garanzie e dei limiti previsti rispettivamente dagli artt. 15 e 21, in sostanza, non discende più dal mezzo di trasmissione utilizzato.
In questa fase viene superata la ripartizione settoriale tra i diversi settori del mondo della comunicazione, che aveva caratterizzato le fasi precedenti. Un nuovo sistema che è ormai del tutto aperto al diritto dell'Unione europea.
L'osmosi tra diritto nazionale e diritto dell'unione europea, un tempo circoscritta al campo delle telecomunicazioni, ormai si estende anche al settore dei media. Persino il principio del pluralismo informativo trova ormai esplicito riconoscimento nel diritto dell'Unione europea (art. 11 della Carta dei diritti fondamentali). La nuova direttiva sui servizi dei media audiovisivi del 2010 mira a realizzare un mercato interno dei servizi legati alla società dell'informazione e dei servizi legati ai media. Funzionale al perseguimento di questo obiettivo è la creazione in ciascuno Stato membro di Autorità nazionali di regolazione, concepite come organismi che, come ha evidenziato Enzo Cheli, sono chiamate a funzionare come cinghia di trasmissione del diritto dell'Unione Europea in ambito nazionale.
La nuova fase è dunque caratterizzata dal superamento della distinzione tra media e telecomunicazioni, dall'apertura totale al diritto dell'Unione Europea, dalla centralità che il settore delle comunicazioni ormai riveste anche per altri rami del diritto. Le nuove tecniche di comunicazione, com'è noto, ormai condizionano materie che fino a qualche anno fa erano del tutto estranee all'interesse dello specialista del diritto dei media (si pensi ad esempio al commercio elettronico, ai nuovi strumenti partecipativi offerti dalla rete, ecc.).

6. Considerazioni conclusive

Occorre a questo punto cercare di tirare le fila del discorso svolto per offrire una risposta agli interrogativi iniziali.
L'evoluzione del sistema dell'informazione può essere ripercorsa attraverso l'individuazione di quattro grandi fasi. La prima, volta principalmente a definire l'ambito della tutela offerta dall'art. 21 Cost. La seconda, in cui è emersa l'importanza centrale che il principio del pluralismo delle fonti informative riveste per la realizzazione della democrazia. La terza fase, caratterizzata da una prima aperura del sistema dell'informazione al diritto dell'Unione europea. L'ultima fase, quella di Internet, in cui si rende necessario un adattamento degli strumenti di tutela della libertà di informazione alla nuova dimensione della rete.
Tra i molti problemi sul tappeto, particolare importanza riveste senz'altro quello relativo alla garanzia del pluralismo nel mondo di Internet. A tal fine sono necessari due tipi di intervento.
In primo luogo occorre favorire l'accesso alla rete da parte di tutti i cittadini, dal mo-

mento che Internet rappresenta ormai uno strumento essenziale per l'esercizio di un gran numero di diritti fondamentali e un mezzo per combattere la diseguaglianza e favorire lo sviluppo sociale. Sotto questo profilo sono necessari interventi pubblici volti a favorire la diffusione della banda larga anche nelle zone più disagiate del paese.
In secondo luogo è indispensabile evitare un utilizzo distorto della rete, limitando ai casi strettamente necessari il ricorso a pratiche di controllo, filtraggio e blocco dei dati che possono limitare la libera diffusione delle informazioni. Non vi è dubbio infatti che, oggi, il carattere aperto e neutrale della rete costituisce un presupposto necessario per la promozione della libertà di comunicazione e la garanzia del pluralismo delle informazioni.
Il principio di *net neutrality*, che ha trovato la sua prima affermazione nell'ordinamento statunitense, è stato recepito in Europa con il regolamento 2015/2120. Tale principio è stato però recentemente rimesso in discussione da una decisione della FCC, che sotto la guida nel suo nuovo presidente (Ajit Pai), voluto da Donald Trump, ha, nella sostanza, rimosso regole che garantivano una rete Internet libera e aperta.
Si tratta di una novità di grandissima importanza, destinata a riaprire un dibattito che pareva avere ormai trovato una soluzione largamente condivisa.

Saggi

I vent’anni del Garante della privacy

La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni

Franco Pizzetti

Keywords: dati personali, privacy, GDPR, Garante Privacy, direttiva 95/46

Sommario

1. L'Autorità italiana allo specchio: il bilancio di venti anni. – 2. L'Autorità italiana e il legislatore nazionale di fronte alla sfida del futuro. – 3. Un osservatorio privilegiato per il futuro. 4. Il nuovo regolamento: una normativa flessibile che guarda al futuro e alle nuove tecnologie. - 5. La nuova centralità dei titolari e dei responsabili e il rapporto con le Autorità. - 6. Il nuovo ruolo delle Autorità. – 7. Il diritto alla protezione dei dati personali come diritto pubblico europeo e l'evoluzione delle Autorità. – 8. Dalla direttiva 95/46/CE al regolamento: dal mondo di ieri a quello di domani. – 9. Due errori da evitare nell'analisi del nuovo regolamento e del ruolo delle Autorità. – 10. Gli effetti del nuovo regolamento sull'ordinamento italiano. Opportunità di un adeguato intervento normativo e rapporti tra le fonti. – 11. La riserva alla legislazione degli Stati della disciplina in settori specifici. – 12. Gli obblighi statali di attuazione del regolamento. – 13. La protezione dei dati personali e le Autorità garanti come presidio di libertà nella società digitale.

1. L'Autorità italiana allo specchio: il bilancio di venti anni.

Il volume "Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali" a cura di Giuseppe Busia, Laura Liguori e Oreste Pollicino, dedicato a celebrare l'attività del Garante per la protezione dei dati italiano nel corso di vent'anni di costante presidio del più moderno tra i diritti fondamentali del cittadino, costituisce innanzitutto una testimonianza del lavoro svolto da un gruppo di donne e di uomini altamente specializzato e fortemente motivato. Sotto la guida di diversi collegi e quattro segretari generali, essi hanno costituito un solido punto di riferimento per diffondere la cultura della tutela della *privacy* in un Paese a questa assai poco sensibile, e per concorrere a "costruire" un diritto fondamentale tanto multiforme quanto, per certi aspetti, persino proteiforme.

Un diritto che, avendo ad oggetto la tutela delle informazioni riferite o riferibili a una persona fisica identificata o identificabile, assume per sua natura aspetti applicativi diversi a seconda del tipo di dati, dei soggetti che pongono in essere i trattamenti, dei rischi che le modalità usate e le finalità per le quali i dati sono trattati possono far correre alla dignità e la libertà delle persone.

Il fatto che tutti i contributi raccolti nel volume siano opera di persone impegnate, da molti anni, in questo sforzo collettivo rende particolarmente interessante quest'opera. Sono, infatti, i protagonisti stessi, molti dei quali presenti in Autorità fin dall'inizio della sua attività, che rendono testimonianza del loro lavoro e del modo col quale esso è stato ed è svolto.

Queste pagine sono, dunque, anche la testimonianza di una esperienza di vita e di una

[*] Il presente contributo è precedentemente comparso come prefazione al volume G. Busia – L. Liguori – O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Roma, 2016, pubblicato in occasione del ventennale del Garante per la protezione dei dati personali.

passione che va ben oltre una normale attività lavorativa. Da esse emerge con chiarezza che gli autori di questi scritti, e tutti i loro colleghi, hanno in comune la consapevolezza che il loro lavoro è una difesa importante della convivenza democratica e dei diritti fondamentali delle persone. Un presidio di libertà tanto più necessario oggi, di fronte all' esplosione della società digitale e di tecnologie che, grazie alla interconnessione sempre più massiva e veloce dei dati, aprono continuamente scenari nuovi, ricchi di promesse ma anche di pericoli.
Già questo basterebbe per affermare che questo volume merita di figurare nella biblioteca di chiunque voglia occuparsi di questa materia.

2. L'Autorità italiana e il legislatore nazionale di fronte alla sfida del futuro

Sarebbe, però, molto riduttivo limitarsi a considerare gli scritti raccolti nel volume come un bilancio, sia pure ampio e importante, dell'attività svolta in questi venti anni. Tutti i contenuti raccolti si misurano, infatti, non solo col passato o col presente ma anche, e soprattutto, col futuro.
Questo vale in primo luogo per quelli, e sono numerosi, che si misurano col nuovo regolamento e con le innovazioni che esso comporta.
Dalla riflessione sul concetto di dato e delle tecniche di trattamento che il nuovo regolamento introduce, all'analisi sul consenso informato e sulle nuove regole relative al trasferimento dei dati all'estero, fino al lungo saggio dedicato al ruolo delle Autorità di controllo, vi sono nel volume contributi che dimostrano quanto ampia sia l'attenzione del Garante in questo periodo di transizione tra la direttiva, tuttora vigente, e il regolamento, anch'esso già in vigore, ma destinato a trovare piena attuazione soltanto dal 25 maggio 2018.
Alcuni di questi contributi appaiono più attenti alla valorizzazione della storia dell'Autorità e alla difesa della compatibilità tra legislazione nazionale e nuovi scenari europei, altri sono invece più interessati alle sfide del domani.
Si tratta, però, sempre di riflessioni che testimoniano l'attenzione con la quale, come è sempre stato nel passato, ancor più oggi viene seguito il dibattito a livello europeo e il notevole contributo che l'Autorità italiana sta dando al lavoro collettivo in atto nell'ambito del Gruppo di lavoro Articolo 29. Un impegno pesante e prezioso ma certamente molto importante soprattutto nella fase attuale, in cui il nuovo regolamento è già in vigore ma non avrà piena attuazione fino al 25 maggio del 2018.
Occorre, infatti, predisporre linee guida e provvedimenti chiarificatori di molti aspetti centrali nel sistema della nuova normativa, in modo da evitare che la transizione dal vecchio al nuovo ordinamento possa lasciare anche solo per breve tempo parzialmente scoperta o incerta la protezione dei dati personali dei cittadini europei.
Ancora più importante, poi, adeguare le Autorità nazionali ai loro nuovi, molto più ampi, compiti, e al lavoro comune che, sia nell'ambito dei meccanismi di coerenza che del nuovo Gruppo di protezione dei dati, sono chiamate a svolgere.
Infine occorre che il legislatore nazionale avvii rapidamente una riflessione approfon-

dita sulle modifiche da apportare alla legislazione nazionale, sia per colmare le lacune di quella europea, sia per compiere le scelte e sciogliere i nodi che volutamente il regolamento lascia alla legislazione degli Stati.

Merita ricordare sempre, infatti, che la protezione dei dati personali ha una assoluta centralità nell'Unione Europea, specialmente da quando, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stata riconosciuta come diritto fondamentale dell'Unione, secondo quanto stabilito dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dall'art. 16 del TFUE. Essa deve dunque essere sempre tutelata al massimo livello, e senza pericolose fasi di incertezza, in tutto il territorio dell'Unione e rispetto a ognuno dei suoi cittadini.

Non meno importanti sono i contributi relativi a settori nei quali la normativa italiana del Codice della Privacy, anche dopo il necessario adeguamento del legislatore nazionale al nuovo quadro normativo, è probabilmente destinata a restare ancora a lungo centrale.

Tuttavia, come sarà più ampiamente descritto nei paragrafi successivi in numerosi e strategici settori, è il regolamento stesso che rimette gran parte della regolazione alla legislazione degli Stati.

Anche in questi settori, dunque, è necessario essere attentissimi a guardare oltre l'esperienza passata e presente. È importante essere consapevoli, infatti, che la legislazione nazionale dovrà essere comunque applicata in modo coerente coi principi del nuovo regolamento, anche se ciò potrà richiedere interventi normativi innovativi rispetto al Codice attuale.

Il *corpus iuris* prodotto dal Garante in questi venti anni mantiene tuttavia una validità indiscutibile, che potrà orientare anche l'applicazione del nuovo regolamento.

Questo vale, in particolare, per le parti relative alla sanità, ai rapporti di lavoro, all'informazione e alla stampa, alla giustizia e alla sicurezza.

Un discorso a sé merita invece la parte relativa alla comunicazione istituzionale. Si tratta di un contributo molto interessante che sottolinea l'attenzione con la quale, in questo ventennio, è stato svolto uno dei compiti principali dell'Autorità: quello relativo alla diffusione della cultura della protezione dei dati personali. Affrontando il bilancio di questi venti anni tema dal punto di vista della comunicazione va anche messo in rilievo lo sviluppo di alcune prassi, come ad esempio la redazioni di Linee Guida, che la Autorità italiana ha adottato a partire dalla seconda metà degli anni duemila, malgrado non poche resistenze anche al suo interno. Si tratta di una tipologia di provvedimenti divenuta ora anche oggetto della nuova normativa europea, che considera proprio la redazione delle Linee Guida fra i compiti del Gruppo europeo di protezione dei dati personali[1].

Infine, dal contributo sulla comunicazione emerge con nettezza il profilo di una Autorità consapevole che una comunicazione adeguata ai tempi deve presidiare non solo i media tradizionali e quelli *online*, ma anche i *social* e i *blog* dedicati, e deve essere pronta a utilizzare ogni mezzo che possa aiutare a diffondere la conoscenza dei valori in gioco: dagli opuscoli esplicativi per i giovani e le famiglie, ai concorsi nelle scuole; dalle pub-

[1] Cfr. regolamento 2016/679, art. 70, par. 1, lettere *d), f), h), i), j), m).*

blicazioni per gli operatori dei vari settori all'organizzazione di dibattiti e occasioni di approfondimento con i cultori delle diverse discipline interessate.

3. Un osservatorio privilegiato per il futuro

Siamo dunque di fronte a una raccolta di scritti importante anche, e soprattutto, perché consente di comprendere come chi guarda al futuro da un osservatorio privilegiato si figura i problemi più importanti dei prossimi anni. Un aiuto utilissimo per chiunque voglia comprendere i nuovi scenari della protezione dei dati personali.
Cercando di dare un ulteriore contributo allo sforzo collettivo che costituisce il pregio maggiore di questa raccolta, si possono fissare alcuni grandi capisaldi che caratterizzano la nuova regolazione e segnano, nel loro insieme, il grande salto di qualità dell'Unione Europea in materia di protezione dei dati personali.
Al centro della scena vi è innanzitutto la transizione dalla direttiva al regolamento e l'urgenza di mettere a fuoco gli aspetti più innovativi della nuova disciplina.
Fra le innovazioni di maggiore interesse va segnalato certamente il profondo cambiamento del ruolo delle Autorità. Non meno importante, però, è la centralità che assumono il titolare e il responsabile del trattamento. Sia pure in misura diversa fra loro, su queste figure ricade ora la responsabilità di verificare innanzitutto che i trattamenti posti in essere siano, sin dalla loro progettazione e dalle modalità adottate per svolgerli, conformi al livello di rischio che comportano. Una valutazione che incide anche direttamente sulle misure di sicurezza da adottare a seconda dei casi e dei rischi che possono correre i diritti e le libertà degli interessati.
Accanto alle accresciute responsabilità dei titolari e dei responsabili, si collocano anche le nuove garanzie assicurate agli interessati.
La *privacy by design*, la *privacy by default*; il ricorso alla pseudoanonimizzazone come misura di garanzia e allo stesso tempo di sicurezza; l'obbligo di valutare, anche in dialogo con le Autorità, l'impatto dei trattamenti sulla tutela dei dati personali quando si utilizzino le nuove tecnologie; l'obbligo di denuncia delle *data breaches* per ogni settore produttivo e per ogni articolazione della pubblica amministrazione; l'obbligo di adottare misure di sicurezza adeguate ai rischi dei trattamenti, specialmente con riguardo alla perdita, modifica, divulgazione non autorizzata o accesso in modo illegale o accidentale ai dati; l'obbligo o l'opportunità di nominare il *Data Protection Officer*: questi e molti altri ancora sono i punti cardinali che definiscono allo stesso tempo le accresciute responsabilità di chi pone in opera i trattamenti e le nuove garanzie assicurate a coloro a cui dati trattati appartengono.
Agli interessati, che restano ovviamente figure centrali anche nel nuovo regolamento, sono riconosciuti, accanto a quelli tradizionali, anche nuovi diritti quali la portabilità dei dati, il diritto a una cancellazione "rafforzata" (diritto all'oblio), il diritto alla limitazione dei trattamenti, l'obbligo per il titolare di notificare ai destinatari, a cui sono stati trasmessi, l'eventuale rettifica o cancellazione dei dati o la limitazione dei trattamenti.
A questi diritti, in larga parte nuovi nel contenuto e nelle modalità di attuazione, si ag-

giungono anche le rafforzate garanzie relative ai trasferimenti di dati all'estero.

4. Il nuovo regolamento: una normativa flessibile che guarda al futuro e alle nuove tecnologie

Bastano questi rapidi cenni per comprendere che l'obiettivo principale del regolamento è assicurare la protezione dei dati personali attraverso un quadro normativo adeguato a misurarsi con le nuove tecnologie dell'informazione e le nuove e più complesse esigenze della società in cui viviamo.
Al medesimo tempo la nuova normativa, consapevole di dover presidiare e tutelare un diritto che, per sua natura, è continuamente messo a rischio dalla continua evoluzione della società digitale e delle sue tecnologie, contiene anche strumenti di flessibilità estremamente importanti, che chiamano in causa direttamente le Autorità.
Senza pretesa di esaustività, possiamo ricordare tra i principali: la già citata valutazione di impatto, obbligatoria quando i trattamenti comportino l'uso di nuove tecnologie che mettono a rischio la libertà e i diritti delle persone fisiche, e il connesso obbligo di consultare le Autorità quando il rischio del trattamento appaia elevato; la possibilità per Stati membri e Autorità di controllo di prevedere meccanismi di certificazione nonché sigilli e marchi di protezione, insieme ad adeguati organismi di certificazione; la approvazione di codici di condotta predisposti in funzione delle specificità dei diversi settori e delle esigenze delle micro, piccole e medie imprese; il monitoraggio costante dei codici di condotta approvati.
Alle Autorità di controllo spetta inoltre non solo sorvegliare e vigilare sull'applicazione del regolamento ma anche promuovere la consapevolezza e la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione ai trattamenti.
A questi obblighi si aggiungono quello di fornire consulenza al Parlamento nazionale, al governo e ad altri organismi e istituzioni in merito alle misure legislative e amministrative da adottare, nonché quello di promuovere la consapevolezza dei titolari e dei responsabili del trattamento riguardo agli obblighi a loro imposti dal regolamento, ovviamente valutati con riferimento alle caratteristiche, anche tecnologiche, dei trattamenti concretamente posti in essere.
In questo quadro sarebbe dunque profondamente sbagliato leggere i nuovi doveri dei titolari e dei responsabili, i diritti degli interessati e i nuovi poteri e compiti delle Autorità in una dimensione tendenzialmente statica, che vede la realtà come immutabile, come per molto tempo si è fatto nell'ambito della direttiva.

5. La nuova centralità dei titolari e dei responsabili e il rapporto con le Autorità

La scelta fatta dal regolamento di "caricare" sui titolari e i responsabili il dovere di adottare in via preventiva misure idonee a garantire la protezione dei dati personali,

nonché l'obbligo di valutare essi stessi, in rapporto ai rischi dei trattamenti, quali misure di sicurezza debbano essere adottate, ha un chiarissimo significato di carattere sistemico. Essa dimostra che si è voluto predisporre un quadro normativo aperto al futuro e adeguato a dare tutela a una grande pluralità di trattamenti possibili, anche in previsione delle nuove inevitabili evoluzioni che la tecnologia digitale avrà in questa materia. È solo in questo quadro che diventa comprensibile perché si sia rimesso ai titolari e ai responsabili il compito di valutare essi stessi, talvolta in colloquio con l'Autorità, il livello di rischio, e conseguentemente le misure di sicurezza da garantire; fermo restando comunque l'obbligo di adottare fin dall'inizio dei trattamenti modalità e misure tecniche adeguate ad assicurare una protezione preventiva, e in qualche modo automatica, dei dati personali.

Coerentemente con questa impostazione, anche il ruolo delle Autorità di controllo non può più essere visto in modo sostanzialmente statico, come un compito di vigilanza e controllo sulle attività dei titolari e i trattamenti posti in essere, finalizzato essenzialmente a dare tutela all'interessato, in particolare quando questi che ne faccia richiesta.

Nel quadro del nuovo regolamento il ruolo delle Autorità è strutturalmente dinamico sia nei confronti dei titolari che dei regolatori pubblici. Non solo: oggetto ultimo della tutela che spetta alle Autorità assicurare non sono più soltanto i diritti dei singoli interessati ma anche quelli della società nel suo complesso.

Rispetto al rapporto tra Autorità e titolari, assume un rilievo centrale la possibilità, nella direttiva assai meno enfatizzata (cfr. art. 28, c. 3, direttiva 95/46/CE), di prevedere meccanismi di certificazione e codici etici, così come il coinvolgimento necessario delle Autorità nella valutazione di impatto sui trattamenti che comportino l'uso di nuove tecnologie e presentino rischi elevati in assenza di adeguate misure che possano attenuarli (art. 36).

Non meno significativo rispetto al nuovo ruolo assegnato alle Autorità è quello previsto dall'art. 57, paragrafo primo, lett. *b)* relativo alla promozione della consapevolezza e della comprensione del pubblico «riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione ai trattamenti». Si tratta di un compito che nell'ambito della direttiva non è esplicitamente previsto e che, invece, nel nuovo contesto assume un rilievo estremamente importante.

Esso conferma in modo chiarissimo che il regolamento si colloca in una prospettiva "dinamica", che vede la tutela della protezione dei dati personali non solo come un diritto fondamentale dei cittadini ma anche come un valore sociale di diritto pubblico europeo.

È ovvio che in una società digitale, in continuo mutamento anche rispetto alle tecnologie adottate, i trattamenti possono variare a seconda dei casi, delle finalità, delle innovazioni sviluppate. Promuovere la consapevolezza e la comprensione di questi fenomeni, e delle norme e diritti specificamente coinvolti, significa dunque assicurare che il pubblico (e cioè la società nel suo complesso) sia costantemente messo in grado di comprendere anche i rischi che l'evoluzione delle tecnologie e dei connessi trattamenti di dati possono comportare.

L'obbligo di individuare e promuovere la conoscenza delle garanzie e delle norme

applicabili, necessariamente connesso anche all'evoluzione dei trattamenti, completa il salto di qualità che il nuovo regolamento fa oggettivamente fare alle Autorità.

6. Il nuovo ruolo delle Autorità

Proprio l'art. 57, paragrafo primo, lett. *b)* è la norma che più di ogni altra dimostra la consapevolezza dell'esistenza di tre fenomeni tra loro correlati, che concorrono tutti a dare alle Autorità un ruolo molto più incisivo e importante del passato.
Il primo fenomeno è legato all'inarrestabile sviluppo della società digitale e dei trattamenti di dati in continuo aumento e mutamento. Ciò richiede Autorità capaci di seguire costantemente i processi tecnologici; di valutarne le conseguenze sull'uso dei dati personali; di assicurare una costante informazione sulle conseguenze che le nuove tecnologie, e i trattamenti che comportano, possono presentare per tutta la comunità nazionale di riferimento.
Il secondo fenomeno è connesso alla necessità di prestare specifica attenzione alle conseguenze che gli sviluppi delle nuove tecnologie, pur in una società globalizzata, e tendenzialmente tutta interconnessa, possono avere nella realtà nazionale.
La differenza di incidenza specifica relativa a ciascun Paese può avere molte cause: dall'ampiezza di banda alla diffusione delle reti di interconnessione sul territorio; dai tipi di *device* maggiormente diffusi e utilizzati, alle caratteristiche socio-economiche nei diversi Paesi; dalla conoscenza e applicazione delle tecnologie nei diversi settori pubblici e privati alla capacità degli utenti di saper utilizzare i servizi *online*. Inoltre, l'integrazione dei sistemi digitali e delle reti di telecomunicazioni è ancora molto frammentata, anche nell'ambito dell'UE, e non siamo vicini a un reale Mercato Unico Digitale.
Di qui la spiegazione del perché il compito di informare costantemente il pubblico delle evoluzioni in atto e dei rischi che i diversi trattamenti possono presentare, oltre che delle norme da applicare e le garanzie da invocare, sia affidato dal regolamento alle Autorità nazionali.
Sottesa a questa disposizione vi è, insomma, la consapevolezza che, per quanto tendenzialmente globalizzata, la società digitale ha ancora dimensioni nazionali, e persino territoriali, diverse. Ovviamente questo non scalfisce in nulla l'impegno del regolamento a garantire che, anche grazie alla stretta collaborazione fra le Autorità, sia nella realtà nazionale che nel contesto europeo sia assicurata sostanziale uniformità di regolazione e omogeneità di principi. Proprio questo, però, esalta il ruolo delle Autorità. Solo queste, infatti, operando nell'ambito dei meccanismi di cooperazione e di coerenza e lavorando insieme nel Gruppo europeo di protezione dati, possono garantire che il necessario rispetto delle differenze tra le diverse comunità non conduca mai a forme di *digital*, *cultural*, *economic divide* tra i diversi Paesi, inaccettabili in una Unione strettamente interconnessa e immersa nella realtà globale della nostra epoca.
L'obbiettivo da raggiungere, infatti, è diffondere la conoscenza dei rischi che la società digitale comporta per le persone ma, allo stesso tempo, assicurare la possibilità di cogliere le infinite opportunità che lo sviluppo della tecnologia offre per lo sviluppo della persona umana e per le sue potenzialità di vita e di crescita.

In questo quadro l'attenzione al contesto dei singoli Paesi è un aspetto che arricchisce ulteriormente il significato del nuovo regolamento. Essa, del resto, è confermata anche dalla lett. *c)* del medesimo paragrafo primo dell'art. 57, secondo il quale le Autorità di controllo devono prestare costante consulenza e supporto ai Parlamenti e ai regolatori nazionali oltre che alla autorità amministrative del proprio Paese. Una evidente conferma della consapevolezza che anche la regolazione nazionale deve tener conto delle specificità nazionali, specialmente con riferimento allo sviluppo digitale di ciascun Paese.
Il terzo, e più importante, fenomeno che sottostà a queste norme è la consapevolezza che, pur restando legata alla tutela di un diritto fondamentale dell'individuo, la protezione dei dati, *anche personali*[2], è diventata una esigenza di interesse pubblico che riguarda l'intera società. Per questo essa deve essere presidiata non solo a tutela dell'interessato e a sua richiesta ma anche in via generale e preventiva.
Questa visione del concetto di protezione dei dati personali come interesse generale si trova in modo molto limitato nella direttiva. Solo in due punti, infatti, essa individua un ruolo delle Autorità di controllo che si estende oltre la tutela dell'interessato e riguarda anche aspetti di carattere generale.
Il primo caso riguarda il dovere di notificazione dei trattamenti alle Autorità nazionali[3], una misura che è stata vissuta in modo burocratico, e anche per questo abolita dal re-

[2] Il corsivo sottolinea la convinzione di chi scrive che nel mondo di oggi, e ancor più in quello di domani, la protezione dei dati sia sempre più vitale per le relazioni sociali, economiche e politiche che caratterizzano le nostre società e, in particolare con riguardo alla libertà di informazione, comunicazione e pensiero, anche la nostra convivenza democratica. Di conseguenza è sempre più importante fare tesoro dell'esperienza accumulata nell'attività di tutela dei dati personali per estenderla, *mutatis mutandis*, anche ai trattamenti di dati *tout court*, indipendentemente dal fatto che contengano informazioni riconducibili a una persona identificata o identificabile. Di qui la convinzione che tanto il ruolo delle Autorità di controllo quanto quello degli studiosi che si occupano, sia sotto il profilo giuridico che tecnico, della tutela dei dati personali, debba sempre più estendersi anche a esplorare i temi connessi alla protezione dei dati e dei loro trattamenti, anche quanto concernano attività più direttamente legate alla c.d. Internet delle cose o a forme di Intelligenza Artificiale basate sull'analisi di dati anonimi o comunque non riferibili a persone. Sulla tematica della protezione dei dati personali tra diritto fondamentale della persona e principio di interesse pubblico europeo si vedano i diversi spunti contenuti *passim* in F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europea alla protezione dei dati personali*, vol. I, *Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, e Id. *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali*, vol. II, *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016. Sull'intreccio tra regolamento, tutela dei dati personali e tematica generale relativa ai trattamenti dati cfr. G. D'Acquisto - M. Naldi, *Big Data e Privacy by design. Anonimizzazione, Pseudoanonimizzazione, Sicurezza*, Torino, 2017.

[3] La direttiva dedica ben due articoli, il 18 e il 19, all'obbligo di notificazione dei trattamenti e al contenuto di tale obbligo. È certamente questo il punto in cui la direttiva assegna alle Autorità un importante ruolo di carattere generale e di evidente interesse pubblico, quale la tenuta dei registri dei trattamenti. Questo aspetto è particolarmente interessante perché segna bene il mutamento di prospettiva tra i due sistemi normativi. Infatti, in coerenza con la consapevolezza che pervade tutto il regolamento relativamente al continuo sviluppo delle tecnologie relative all'utilizzazione dei dati e ai relativi trattamenti, il nuovo quadro normativo pone ora a carico dei titolari il compito di tenere i registri dei trattamenti effettuati. A prima vista può apparire una contraddizione inspiegabile fra una direttiva che, pur ispirata alla centralità della tutela del diritto individuale, ha posto però a carico dell'Autorità il compito di tenere i registri dei trattamenti, e un regolamento che, pur dando rilievo all'interesse generale alla tutela dei dati personali, pone invece a carico dei titolari l'obbligo di tenere i registri dei trattamenti effettuati. In realtà non siamo di fronte a una contraddizione ma, al contrario, alla conseguenza logica della diversa impostazione dei due contesti normativi. La direttiva è stata strutturata su una visione sostanzialmente statica delle tipologie dei trattamenti e della tutela da garantire. Al contrario, il regolamento è incentrato su una visione dinamica, che sconta continue evoluzioni e una crescita esponenziale dell'uso dei dati. Di qui la diversa impostazione del regime relativo ai registri di trattamenti e la coerenza delle ragioni della differente disciplina

golamento, ma che nelle intenzioni del regolatore del 1995 aveva lo scopo di assicurare che vi fosse in ogni Paese un "custode" dei registri dei trattamenti posti in essere nel territorio nazionale. Il secondo caso è la norma che impone al Gruppo di lavoro Articolo 29 di collaborare, anche in modo propositivo, con la Commissione[4].

Anche nella Carta dei diritti e nel TFUE la tutela dei dati personali è considerata essenzialmente come un diritto fondamentale della persona[5], con la conseguenza che il ruolo delle Autorità, pur richiamato nelle norme, è strettamente connesso alla effettività del diritto del singolo interessato.

Il ruolo delle Autorità di controllo si amplia invece, con forza persino inattesa, nel nuovo regolamento che fa di esse, e dei compiti di interesse generale che sono chiamate ad assolvere, uno dei tratti più interessanti della nuova normativa.

Allo stesso tempo, proprio il ruolo ampliato delle Autorità costituisce, insieme alla centralità assunta dalla responsabilità del titolare, un indicatore evidente che il regolamento stesso, pur avendo la sua base normativa nel Trattato e nel riconoscimento della protezione dei dati personali come diritto fondamentale, va molto oltre e guarda molto più lontano di una mera tutela giuridica dell'interessato, da far valere nell'ambito di un contenzioso davanti a una Autorità o a un giudice.

---

[4] Merita ricordare infatti che l'art. 30 della direttiva 95/46/CE assegna al Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali tra gli altri compiti anche quello di «formulare, ad uso della Commissione, un parere sul livello di tutela nella Comunità e nei paesi terzi» (cfr. art. 30, par. 1, lett. *b*) e quello di «consigliare la Commissione in merito ad ogni progetto di modifica della presente direttiva, ogni progetto di misure addizionali o specifiche da prendere ai fini della tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo a qualsiasi progetto di misure comunitarie che incidano su tali diritti e libertà» (cfr. art. 30, par. 1, lett. *c*).

[5] Cfr. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, art. 8, terzo paragrafo: «Il rispetto delle regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente». Non diversamente l'art. 16 del TFUE stabilisce alla fine del secondo paragrafo: «Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti». Merita ricordare tuttavia che l'art. 8 della Carta dei diritti dell'Unione Europea adottata dal Trattato di Lisbona non si limita a stabilire al primo paragrafo che «Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano». Al secondo paragrafo, infatti, la disposizione specifica anche che «Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o altro fondamento previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati che la riguardano e di ottenerne la rettifica». È pacifico che la disposizione citata richiama e precisa i principi tradizionali della protezione dei dati personali, come messi a fuoco dalla Convenzione 108, prima, dalla direttiva 95/46, dopo. Tuttavia è evidente che essa sottolinea con forza il richiamo al principio di lealtà e di finalità determinate. Principi, questi, certamente essenziali quando i dati sono trattati sulla base del consenso ma che, non a caso, la disposizione, in coerenza con la direttiva, ricollega anche ai casi in cui i dati siano trattati sulla base di un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. In questo senso la Carta dei diritti eleva a principi fondamentali anche il principio di lealtà dei trattamenti e di determinatezza delle finalità per le quali essi sono posti in essere. Si tratta di principi che possono e devono valere per qualunque trattamento di dati.

Più generico invece l'art. 16 del TFUE che riguarda solo i trattamenti dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione nonché quelli degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrino nell'campo di applicazione del diritto dell'Unione e si limita a rinviare a norme da adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, dal Parlamento e dal Consiglio. Merita sottolineare inoltre che la normativa alla quale fa riferimento l'art. 16 del TFUE si concretizza oggi soprattutto nel regolamento 2016/679 oltre che, per le attività di polizia, giustizia e sicurezza, nella direttiva 2016/680. Di conseguenza poiché, come si sottolinea nel testo, il regolamento è ispirato a una visione più ampia della semplice tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, aprendo la strada anche alla tutela dei dati come valore sociale, è giusto dire che è proprio il Trattato sul funzionamento dell'Unione che, con la sua voluta genericità, ha posto le premesse per questa evoluzione.

7. Il diritto alla protezione dei dati personali come diritto pubblico europeo e l'evoluzione delle Autorità

Gli aspetti che testimoniano questa evoluzione sono numerosi.
Si pensi, ad esempio, al dovere del titolare del trattamento di denunciare all'Autorità di controllo, senza ingiustificato ritardo e comunque entro termini brevi, specificamente stabiliti, ogni violazione di dati (*data breaches*) che si sia verificata, per il fatto stesso che ciò sia avvenuto. Un obbligo al quale il titolare può sottrarsi solo se ritiene, assumendosene la responsabilità, che sia «improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche».
Per contro, l'art. 34 stabilisce invece che il titolare è tenuto a comunicare all'interessato le eventuali violazioni di suoi dati personali solo se, sempre sotto la sua responsabilità, valuta che le perdite possono determinare rischi elevati per la persona, o se è l'Autorità stessa che lo impone.
È del tutto evidente che la diversità di disciplina massimizza il ruolo dell'Autorità di controllo a tutela dell'interesse generale a che le violazioni non si verifichino o, ove ciò avvenga, si adottino le misure necessarie per impedirne il ripetersi. Se invece il regolamento fosse rimasto strettamente legato alla sola, o prevalente, prospettiva della tutela del diritto fondamentale della persona, è chiaro che l'obbligo di comunicazione e notifica avrebbe dovuto riguardare sempre e prima di tutto l'interessato.
Insomma, in una visione che avesse continuato a considerare centrale sempre e comunque la tutela del diritto dell'interessato, la disciplina relativa all'obbligo di denuncia delle violazioni (*data breaches*) avrebbe dovuto essere esattamente rovesciata.
Molte altre disposizioni possono essere richiamate per dimostrare come il regolamento abbia voluto dichiaratamente affidare alle Autorità di controllo compiti che vanno molto oltre la verifica e la sorveglianza circa la corretta attuazione della normativa e la tutela degli interessati.
Si pensi ai compiti assegnati dall'art. 41 alle Autorità per quanto riguarda il monitoraggio sui codici di condotta e la definizione dei criteri per l'accreditamento degli organismi relativi.
Si pensi ai compiti e ai poteri assegnati alle Autorità dall'art. 42 in materia di certificazioni, marchi e sigilli.
Si pensi al ruolo assegnato dagli artt. 35 e 36 alle Autorità nell'ambito delle valutazioni di impatto, specialmente quando i trattamenti comportino l'uso di nuove tecnologie che possano comportare rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone. In questo ambito, inoltre, merita una attenzione particolare il paragrafo quinto dell'art. 36, che consente agli Stati membri di prevedere non solo la consultazione obbligatoria delle Autorità ma anche la loro specifica autorizzazione rispetto a trattamenti posti in essere «per l'esecuzione, da parte del titolare, di un compito di interesse pubblico», tra i quali sono specificamente indicati quelli in materia di protezione sociale e di sanità pubblica.
Si potrebbero richiamare molte altre norme e fare ulteriori esempi ma, *last but non least*, almeno uno fra gli ulteriori compiti e poteri assegnati alle Autorità di controllo merita una sottolineatura particolare. Si tratta di quanto previsto dalla lett. *i)* del primo para-

grafo dell'art. 57, laddove si stabilisce che ciascuna Autorità «sorveglia gli sviluppi che presentano un interesse, se e in quanto incidenti sulla protezione dei dati personali, in particolare l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e le prassi commerciali». Ciò che colpisce particolarmente è che le Autorità sono chiamate a svolgere questo compito in via generale e preventiva, per il solo fatto che determinati sviluppi, specialmente (ma non unicamente) nei settori indicati, possano incidere sulla protezione dei dati personali. Si tratta di garantire un monitoraggio continuo sugli aspetti più delicati dell'evoluzione della società digitale e dell'innovazione tecnologica, indipendentemente dal fatto che siano o meno in atto trattamenti concreti di dati relativi a persone fisiche interessate.

8. Dalla direttiva 95/46/CE al regolamento: dal mondo di ieri a quello di domani

Non sembrano esservi dunque dubbi sul fatto che il nuovo regolamento, pur mantenendo sostanzialmente fermi i concetti tradizionali fra i quali in particolare quelli cardinali, relativi alle nozioni di dato, di trattamento, di interessato, di titolare, di responsabile, si colloca in una visione del tutto diversa da quella della direttiva, segnando anche concretamente gli enormi mutamenti intervenuti in questa materia durante i venti anni trascorsi tra i due strumenti normativi.

Tanto la direttiva è stata caratterizzata da una struttura rigida e da una concezione sostanzialmente statica della protezione dei dati personali, tanto il regolamento ha alla sua base una concezione normativa dinamica e flessibile, che sconta una continua e inevitabile evoluzione di un settore così strategico nell'ambito della società digitale.

Mentre la direttiva ha posto al centro della sua normativa il dato personale, le condizioni da rispettare per la liceità dei trattamenti e i diritti dell'interessato, il regolamento è strutturalmente incentrato sul titolare e la sua responsabilità. Una responsabilità che è sempre commisurata ai rischi che i trattamenti posti in essere possono determinare, e la cui valutazione, dalla quale dipende anche l'individuazione delle misure di sicurezza da adottare, è sempre rimessa al titolare.

In questo quadro, sia la posizione dell'interessato che la tutela dei suoi diritti, pur restando formalmente centrali, finiscono per essere collocati sullo sfondo, mentre emerge in tutta la sua forza la valutazione di impatto dei trattamenti che spetta al titolare fare e dalla quale dipendono anche le condizioni che devono esser soddisfatte affinché il trattamento sia lecito e conforme alla normativa.

Infine, mentre nel quadro della direttiva l'Autorità era chiamata a svolgere soprattutto un ruolo di garanzia, focalizzato sulla tutela dei diritti dell'interessato e sull'adozione delle misure necessarie ad assicurare che essi fossero rispettati e difesi, tanto nel regolamento l'Autorità diventa presidio della legittimità dei trattamenti e del rispetto del corretto uso dei dati nell'ambito di società digitale in continua evoluzione. Per questo spetta ad essa anche un monitoraggio continuo sulle innovazioni che possono comportare rischi crescenti non solo per le persone fisiche di volta in volta interessate, ma

anche per tutta la comunità.
A questo va aggiunto che, attraverso i meccanismi di cooperazione e coerenza e la partecipazione al Gruppo europeo di protezione dei dati personali, i cui poteri sono enormemente cresciuti rispetto al Gruppo art. 29 previsto dalla direttiva, le Autorità nazionali sono chiamate anche a essere presidio e tutela della società europea nel suo complesso.

9. Due errori da evitare nell'analisi del nuovo regolamento e del ruolo delle Autorità

Basterebbero già queste considerazioni per sottolineare l'enorme cambiamento in atto che impone anche all'Autorità italiana, come a quelle degli altri Paesi, di prepararsi a sfide e compiti molto più importanti e strategici di quelli, pur molto rilevanti, che ha svolto finora.
Il ruolo delle Autorità, come tutta la materia relativa alla protezione dei dati personali assume un aspetto ancora più rilevante se si tiene conto che il nuovo regolamento, proprio perché ha l'obiettivo di assicurare, almeno entro certi limiti, una tutela uniforme su tutto il territorio europeo, è costretto a non limitarsi a imporre norme rigide e rigidamente applicabili in ogni campo ma a fare i conti, invece, con forti elementi di flessibilità.
Del resto, finora i commentatori hanno prestato attenzione soprattutto a sottolineare il salto di qualità connesso al passaggio da una direttiva di armonizzazione, che scontava leggi nazionali diverse tra loro anche se vincolate al rispetto di principi, criteri e condizioni comuni, a una fonte come il regolamento, di per sé vincolante e immediatamente applicabile in tutti gli Stati membri.
Si è, inoltre, visto in questo mutamento di scenario l'effetto di una scelta imposta dal riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale dell'Unione contenuto nella Carta dei diritti e nel Trattato di Lisbona. Secondo questa impostazione, infatti, ciò ha reso indispensabile l'adozione di una regolazione uniforme che fosse in grado di assicurare le medesime garanzie a tutti i cittadini europei.
Questa "lettura" del regolamento è indiscutibilmente fondata e condivisibile.
Del resto è questo il quadro nel quale la nuova normativa è stata presentata fin da quando la Commissione europea promosse, nel lontano luglio 2009, la *Consultation on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data*[6]. Fu infatti da quella Consultazione che scaturirono le prime indicazioni che condussero poi alla presentazione da parte della Commissione, il 1 gennaio 2012, della proposta che è alla base dell'attuale regolamento 2016/679.
In particolare, proprio da quella Consultazione e, soprattutto, dal successivo Parere del

[6] Il Gruppo di lavoro Articolo 29 produsse, in risposta alla Consultazione della Commissione, una importante *Opinion*, che conteneva già i capisaldi di quella che sarebbe poi diventata la proposta di regolamento presentata dalla Commissione. Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29, *Opinion on the future of privacy*, 1°dicembre 2009, WP168

Gruppo di lavoro Articolo 29 sul Futuro della Privacy[7], scaturirono le considerazioni che sono poi state alla base dell'attenzione dedicata al ruolo delle Autorità.
È in questo quadro che vanno collocati gli strumenti di cooperazione e coerenza previsti dal nuovo regolamento; i poteri, compiti e modalità di procedere dell'Autorità capofila; il meccanismo di coerenza di cui alla sezione II del Capo VII. Di qui, infine, il ruolo, forte e robustamente costruito, assegnato al nuovo Comitato europeo per la protezione dei dati personali di cui alla Sezione terza del medesimo Capo VII.
Tutto questo riconosciuto e ribadito, merita tuttavia sottolineare che vi sono almeno due errori che è bene evitare, tanto nell'analisi del regolamento quanto, e soprattutto, nella riflessione sul ruolo delle Autorità di controllo e della protezione dei dati personali nell'ambito dell'Unione.
Il primo riguarda una possibile eccessiva sopravvalutazione degli elementi unificanti contenuti nel regolamento.
In realtà la "flessibilità" della nuova normativa non emerge solo nella parte in cui si incentra la responsabilità del titolare sulla valutazione dei rischi che i trattamenti comportano rispetto ai diritti e alle libertà, e si commisurano a questa le relative misure di sicurezza da adottare.
Essa emerge anche, e in modo persino più evidente, nelle numerose norme che rimettono agli Stati membri il compito di dettare disposizioni integrative[8]. Centrale è, in questo quadro, il Capo IX, che indica espressamente i settori nei quali spetta agli Stati stabilire, pur nel rispetto dei principi contenuti nel regolamento, le normative relative a settori specifici[9].
Il secondo, e ancor più grave, errore da evitare è pensare che sul piano nazionale ben poco sia destinato a cambiare e che, fermo restando il vincolo al rispetto del regolamento europeo e l'obbligo di adeguare la propria attività ai vincoli imposti dai meccanismi di coerenza e cooperazione, l'Autorità italiana possa, di fatto, continuare a operare nell'ambito del Codice per la protezione dei dati personali italiano vigente.
Una impostazione, questa, che presupporrebbe che per adeguare la normativa italiana e le sue modalità di applicazione al nuovo quadro europeo basti l'attività svolta dall'Autorità, anche attraverso l'adozione di nuove prassi; di Linee Guida rivisitate; di nuovi Codici di comportamento; di nuove modalità per valutare le eventuali perdite di dati denunciate dai titolari o per controllare le analisi di impatto di rischio rispetto alle quali il regolamento prevede il suo intervento.
La realtà è, a mio giudizio, assai più complessa. Merita dunque dedicare qualche rapida riflessione anche all'incidenza che la nuova normativa europea ha rispetto all'ordinamento italiano e alla conseguente necessità di mettere in conto una corposa opera di rivisitazione della normativa contenuta nel Codice attuale, che consenta alla "nuova"

[7] Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29, WP168, cit. alla nota precedente

[8] Sul rinvio da parte del regolamento alla legislazione statale "interstiziale" vista, a seconda dei casi, come legislazione di "attuazione", di "armonizzazione", di "completamento", si rinvia a F. Pizzetti, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei fatti personali,* vol. II, *Il Regolamento europeo 2016/679,* cit., e *ivi* specialmente paragrafi 4, 5 e 6 della Guida alla lettura.

[9] Cfr. F. Pizzetti, *ibid.*, specialmente paragrafo 7 della Guida alla lettura.

Autorità di controllo italiana di operare in modo più efficace e coerente con le innovazioni introdotte.

10. Gli effetti del nuovo regolamento sull'ordinamento italiano. Opportunità di un adeguato intervento normativo e rapporti tra le fonti

Per quanto riguarda il ruolo del legislatore statale occorre distinguere i casi in cui il suo intervento è consentito dal regolamento da quelli nei quali esso è indispensabile affinché la nuova normativa possa avere effettiva e completa attuazione nell'ambito dello Stato membro.

Fra i casi in cui l'intervento dello Stato è previsto come possibile, ma non come indispensabile, possono essere citati, ad esempio: l'art. 6, par. 2, che consente agli Stati di introdurre, o mantenere, disposizioni specifiche relativamente alla liceità dei trattamenti per adempiere obblighi legali o compiti di interesse pubblico; l'art. 8, par. 1, che consente agli Stati di fissare un limite inferiore ai sedici anni, ma comunque non sotto i tredici, per la vendita ai minorenni di prodotti della società dell'informazione; l'art. 9, par. 4, che permette agli Stati membri di mantenere, o introdurre, limiti ai trattamenti di dati genetici, biometrici o relativi alla salute, che possono avvenire senza necessità di consenso.

Vi sono poi casi in cui l'intervento dello Stato è previsto come necessario per completare la disciplina regolamentare.

Fra questi è di particolare rilievo tutta la parte del regolamento relativa al nuovo sistema sanzionatorio e alla definizione dei minimi e massimi delle sanzioni da comminare. L'art. 83, infatti, stabilisce solo il limite massimo delle sanzioni comminabili rispetto alle diverse tipologie di violazioni, ma assegna invece agli Stati il compito di definire i limiti minimi. Inoltre, questo stesso articolo rimette agli Stati stabilire in quali casi, e con quali limiti, le sanzioni possano essere estese anche alle autorità pubbliche.

Infine è molto importante, specialmente per l'ordinamento italiano, quanto previsto dall'art. 84, che consente agli Stati membri di stabilire "altre" sanzioni, diverse da quelle stabilite dal regolamento, sia con riferimento alla tipologia sanzionatoria che alla casistica applicabile.

Come è noto, il nostro Codice privacy, nel Titolo III dedicato alla disciplina delle sanzioni, distingue nettamente tra sanzioni amministrative, indicate nel Capo I, e sanzioni penali, indicate nel Capo II. Tenendo conto che il regolamento non prevede mai sanzioni penali, è del tutto ragionevole, e forse persino necessario, che debba essere il legislatore statale a stabilire in modo esplicito se conservare o meno l'apparato sanzionatorio penale, e in quali casi.

Il Considerando 149 consente che gli Stati membri possano stabilire disposizioni relative a sanzioni penali, sia per violazioni del regolamento sia per violazioni di norma nazionali adottate in virtù e nei limiti di questo, specificando inoltre che comunque dovrebbe essere rispettato il principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, proprio il fatto che

il Considerando specifica che possono essere adottate sanzioni penali nazionali sia rispetto a violazioni di norme regolamentari che di norme statali, ove consentite, impone necessariamente una attenta rivisitazione di un Codice che non distingue affatto, perché adottato sotto la vigenza della direttiva, tra le sanzioni penali per violazioni regolamentari europee e quelle relative a violazioni di norme nazionali.
Inoltre, nel caso in cui si ritenesse di confermare l'attuale sistema sanzionatorio penale sarebbe assai sconsigliabile contare unicamente sulla rinuncia a ogni modificazione normativa. Immaginare che sia sufficiente una sorta di "silenzio- assenso" per sostenere, senza alcuna esplicita conferma normativa, il perdurare dell'attuale apparato sanzionatorio penale appare assai discutibile in diritto[10], certamente poco condivisibile in fatto.
Occorre inoltre tenere presente che il Codice Privacy italiano fa delle sanzioni penali un uso ampio e rilevante, tanto da costituire da questo punto di vista un *unicum* anche nel panorama europeo. Una ragione ulteriore che invoca la necessità di una rivisitazione esplicita da parte del legislatore di questa parte, sia che la si voglia mantenere sia che, molto più opportunamente, la si voglia sostanzialmente riformare, magari rinunciando al ricorso stesso alla sanzione penale, sia per violazioni a norme regolamentari che nazionali, se non in casi di assoluta pericolosità e allarme sociale.
A questo va aggiunto che, come esplicitamente prevedono sia l'art. 83, par. 9, sia l'art. 84, ogni sanzione pecuniaria o penale che gli Stati adottino oltre a quelle previste dal regolamento, devono essere comunicate alla Commissione entro il 25 maggio 2018.
Una ragione in più per ritenere poco sostenibile mantenere intatto l'attuale apparato sanzionatorio senza che il legislatore assuma alcuna iniziativa, e senza che l'Autorità provveda a darne comunicazione alla Commissione.
Lo stesso ragionamento, sempre sul versante del sistema sanzionatorio, va fatto tenendo conto che il Considerando 150 prevede che gli Stati membri possano, in certi casi, individuare anche soltanto nel semplice "avvertimento" la sanzione da applicare[11].
Si tratta di un'ipotesi che il nostro Codice non conosce, cosicché sarebbe quanto meno audace pensare di affidare all'Autorità e alle sue prassi il potere di applicare questa sanzione anche in assenza di ogni innovazione normativa.

[10] Un tema ancora tutto da affrontare è infatti il rapporto che sussisterà dopo il 25 maggio 2018 tra la fonte regolamentare comunitaria in materia di protezione dei dati personali e la fonte statale che disciplina nella stessa materia. La questione si porrà sotto almeno due profili diversi ma egualmente importanti. Da un lato si dovrà risolvere l'eventuale contrasto diretto tra norma regolamentare e norma statale nelle materie in cui non è consentita una legislazione statale derogatoria. In questi casi si dovrà affermare, senza ombra di dubbio, la prevalenza della norma europea. Dall'altro si dovrà sciogliere il nodo del rapporto tra norma regolamentare che consente deroghe alla legislazione statale e leggi statali precedenti l'entrata in vigore del regolamento o comunque la sua piena attuazione. Non vi è dubbio che se la legge statale è successiva all'entrata in vigore della norma regolamentare o alla sua attuazione e dispone nell'ambito delle materie derogabili, allora prevarrà la normativa statale. Meno certo invece se si potrà sostenere la stessa cosa nel caso in cui la normativa statale, pur relativa alle materie derogabili, sia antecedente all'entrata in vigore del Regolamenti o addirittura alla sua stessa approvazione.

[11] Invero nel Considerando 150 non è chiarissimo se l'avvertimento è considerato una sanzione o cosa diversa dalla sanzione come tale. In ogni caso resta fermo che il Codice italiano non conosce questo tipo di provvedimento correlato all'accertamento di una violazione e dunque occorrerebbe certamente operare almeno secondo quanto indicato nel testo.

Tra le norme del regolamento che consentono agli Stati l'adozione di discipline derogatorie sono molto importanti anche quella in materia di profilazione e trattamenti automatizzati, di cui all'art. 22 e quella, contenuta nell'art. 23, che consente agli Stati di limitare la responsabilità dei titolari e dei responsabili dei trattamenti con riguardo agli obblighi e ai diritti del Capo III, sempre che ricorrano le cause legittimanti e siano rispettati i contenuti minimi previsti dal medesimo articolo.

11. La riserva alla legislazione degli Stati della disciplina in settori specifici

Ai casi finora richiamati si devono poi aggiungere quelli in cui il regolamento riserva agli Stati la regolazione di particolari settori.
Meritano di essere richiamati i casi contenuti nel Capo IX, che riguardano specificamente i trattamenti relativi alla libertà di espressione e di informazione (art. 85); il trattamento e accesso del pubblico ai documenti ufficiali (art. 86); il trattamento del numero identificativo nazionale (art. 87); i trattamenti nell'ambito dei rapporti di lavoro (art. 88); le garanzie e deroghe per trattamenti di archiviazione e di ricerca scientifica, storica o statistica (art. 89); gli obblighi di segretezza (art. 90).
Agli Stati membri spetta anche la competenza in materia di norme relative ai trattamenti nell'ambito delle chiese o associazioni religiose (art. 91).
Sono tutti settori nei quali la legislazione specifica è riservata agli Stati in virtù delle peculiarità, anche culturali e religiose, che possono caratterizzare i diversi ordinamenti. Questo peraltro non esclude che gli Stati incontrino anche limiti specifici stabiliti dal regolamento stesso, oltre alla necessità di rispettare i principi comuni. Quello che è certo, però, è che spetta al legislatore statale esercitare il potere normativo, avendo cura di rispettare vincoli e principi posti in via generale dal regolamento, che costituiscono limite anche al potere "esclusivo"[12] degli Stati.
Va inoltre sottolineato che nelle materie rimesse alla regolazione nazionale è fatto obbligo agli Stati di dare tempestiva comunicazione alla Commissione delle norme adottate. Questo vale particolarmente per la disciplina statale in materia di libertà di espressione e informazione, di trattamento dati nell'ambito dei rapporti di lavoro, di deroghe ai trattamenti dati a fini di archiviazione, di ricerca scientifica o storica e di ricerca statistica.
Dunque, anche rispetto a questi settori è da chiedersi se eventuali deroghe alle disposizioni regolamentari contenute nel Codice Privacy italiano e le disposizioni nazionali vigenti nei settori di competenza statale debbano essere almeno oggetto di conferma

[12] È ovvio che la dizione potere "esclusivo" degli Stati è una formula mutuata dall'esperienza costituzionale italiana, che però riguarda il potere esclusivo dello Stato nell'ambito della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e regioni. L'analogia è volutamente un poco forzata ma può esser utile, anche tenendo conto che, come si dice un po' sinteticamente nel testo, il legislatore statale nelle materie del Capo IX incontra sia il limite della competenza, che è limitata alle materie indicate, sia i limiti costituiti dai principi e vincoli generali del regolamento. Limiti, questi, che ovviamente incontra anche il legislatore statale nelle materie di sua competenza esclusiva *ex* art. 117, c. 2, Cost., in quanto anche in queste materie esso è vincolato dalla Costituzione.

legislativa, o comunque di comunicazione alla Commissione entro il 25 maggio 2018, e quale debba essere il ruolo della Autorità rispetto a tali comunicazioni.

12. Gli obblighi statali di attuazione del regolamento

Da ultimo, merita richiamare le norme regolamentari che pongono in capo agli Stati veri e propri obblighi di attuazione.
Fra queste le più importanti, e anche le più urgenti da adottare, sono quelle contenute nel Capo VI che riguardano direttamente le Autorità di controllo.
Anche se la legislazione italiana vigente appare in questo ambito già ampiamente conforme al nuovo regolamento, è ovvio che non è pensabile che le poche e scarne norme previste nel Titolo II della Parte terza dell'attuale Codice italiano in materia di protezione dei dati personali[13] bastino a soddisfare tutti gli obblighi che il regolamento pone a carico degli Stati.
Del resto sarebbe ben strano che un apparato normativo rielaborato nel 2003 sotto l'impero della direttiva e, per questa parte, sostanzialmente immodificato, non richiedesse alcun adeguamento a un quadro normativo che vede profondamente mutato il ruolo delle Autorità di controllo, i rapporti che intercorrono tra di loro nell'ambito dei meccanismi di coerenza e un sostanziale ridisegno del ruolo, compiti e poteri del Gruppo di lavoro comune.
È evidente che, anche nell'ipotesi che la normativa nazionale sia, come quella italiana, adeguata anche al nuovo regolamento per quanto attiene all'indipendenza assicurata all'Autorità e alle procedure di nomina (e forse anche ai requisiti dei membri che la compongono), sarà inevitabile che il legislatore, ovviamente sentita l'Autorità stessa, provveda ad adeguare le risorse finanziarie, umane e strumentali al forte incremento di compiti, poteri e attività che il regolamento prevede. Nel contempo, potrebbe essere utile anche cogliere l'occasione per definire meglio requisiti e procedure di nomina dei membri, prevedendo anche procedure di selezione e verifica dei requisiti più trasparenti, ferma restando l'elezione da parte del Parlamento.
In questo quadro potrebbe essere utile anche una normativa più adeguata dell'attuale per quanto riguarda i rapporti tra l'Autorità di controllo in materia di protezione dei dati personali e le altre Autorità di regolazione, sia per segnare meglio i confini tra i diversi ambiti di competenza, specialmente nel settore delle telecomunicazioni e della società digitale, sia per definire in modo più strutturato le eventuali forme di raccordo e cooperazione. Sembra ragionevole ritenere, infatti, che sempre più in futuro anche le Autorità indipendenti di regolazione e di controllo debbano essere chiamate a interagire fra loro, specialmente se si condivide la tesi che col nuovo regolamento anche la protezione dei dati personali non abbia più un orizzonte limitato soltanto alla tutela del diritto fondamentale dell'interessato.
In ogni caso il rinvio alla legislazione statale di ambiti di decisione molto ampi in ma-

[13] Ovviamente il riferimento è al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 e successive modificazioni, generalmente indicato più brevemente come Codice privacy)

teria di indipendenza, organizzazione, composizione, esercizio delle competenze e dei poteri delle Autorità, indica che, almeno rispetto all'ordinamento italiano, è certamente necessario un ampio e incisivo intervento legislativo.

Intervento che, come quelli relativi alle norme interstiziali e integrative precedentemente citate, deve avvenire, per esplicita previsione normativa, entro il 25 maggio 2018. L'art. 51, par. 1, è infatti molto esplicito su questo punto: «Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del presente Capo al più tardi entro maggio 2018, e comunica senza ritardo ogni successiva modifica».

Si tratta dunque di un impegno che il legislatore italiano è chiamato ad assolvere entro un termine molto breve e rigorosamente fissato.

Il primo e fondamentale compito che il legislatore statale deve assolvere, e in modo anche tempestivo considerando i pochi mesi a disposizione, è quello di adempiere a quanto previsto dall'art. 52, par. 4.

Si tratta della norma regolamentare che, anche a rafforzamento e garanzia dell'indipendenza che deve essere assicurata all'Autorità di controllo, stabilisce: «ogni Stato membro provvede affinché ogni Autorità di controllo sia dotata delle risorse umane, tecniche e finanziarie, dei locali e delle infrastrutture necessari per l'effettivo adempimento dei suoi compiti e l'esercizio dei propri poteri, compresi quelli nell'ambito dell'assistenza reciproca, della cooperazione e della partecipazione al Comitato».

Si tratta di una disposizione che va oltre il quadro strettamente nazionale, anche se è al legislatore nazionale che si rivolge.

Non va mai dimenticato, infatti, che nel regolamento le Autorità di controllo hanno un forte dovere di collaborazione tra loro, sia nell'ambito delle attività di cooperazione e coerenza disciplinate nel Capo VII, sia per quanto riguarda i rapporti tra di loro e nei confronti dell'eventuale *leading authority*, sia infine nell'ambito del Comitato europeo per la protezione dei dati, disciplinato nel Capo VIII.

La legislazione chiamata ad attuare quanto previsto dall'art. 52 ha necessariamente un rilievo che va oltre le stesse frontiere nazionali, e presenta un interesse specifico per tutto il sistema di protezione dei dati personali dell'Unione. Si tratta di un aspetto molto importante, che forma oggetto anche di una specifica previsione regolamentare contenuta nell'art. 51, par. 2, che precisa «Ogni Autorità di controllo contribuisce alla coerente applicazione del presente regolamento in tutta l'Unione. A tale scopo, le autorità di controllo cooperano tra loro e con la Commissione, conformemente al Capo VII».

Siamo dunque in presenza di un obbligo che incombe su ogni Stato membro e il cui adempimento ha un esplicito valore non solo nell'ambito del rispetto formale del regolamento ma anche, e soprattutto, nel quadro della cooperazione tra gli Stati membri all'interno dell'Unione.

Tutto questo spiega anche perché il già citato art. 51, par. 4, imponga esplicitamente e tassativamente ad ogni Stato membro di comunicare alla Commissione le disposizioni di legge relative alla disciplina della propria Autorità nazionale di controllo, in modo che la Commissione ne possa tempestivamente verificare la conformità a quanto previsto dal regolamento.

Si tratta di un nodo cruciale, che è bene sia molto chiaro a tutti.
Anche chi, forse un po' affrettatamente, ritenesse che la normativa italiana già in vigore non abbia bisogno di interventi normativi di adeguamento al regolamento, deve mettere in conto che in ogni caso di questo va data comunicazione alla Commissione entro il 25 maggio 2018.
Si deve inoltre tenere presente che tale scelta, certamente non facile da sostenere, sarebbe comunque sottoposta al vaglio della Commissione, con esito almeno problematico, specialmente per quanto riguarda la conformità della regolazione interna dell'Autorità ai compiti che essa deve assolvere nel quadro dei meccanismi di cooperazione previsti dal regolamento, e in particolare di quanto indicato nel Capo VII.
Se invece ci si orienta a ritenere, come sembra necessario, che occorrano comunque corposi interventi legislativi per adeguare anche la attuale normativa relativa all'Autorità italiana al nuovo quadro europeo, è importante che l'Autorità stessa segnali con forza al Governo e al Parlamento la necessità di provvedere, indicando anche le soluzioni che ritiene preferibili e le lacune della attuale legislazione che è indispensabile colmare.

13. La protezione dei dati personali e le Autorità garanti come presidio di libertà nella società digitale.

Siamo così giunti al termine delle considerazioni che la lettura della raccolta di scritti contenuta nel volume, e il nuovo quadro regolatorio europeo ormai in vigore, hanno stimolato e suggerito.
Del valore che il volume ha si è già detto, e di ciò deve essere dato atto all'iniziativa lodevolissima dei curatori e ai contributi degli autori.
La riflessione qui sviluppata va però ben oltre.
Il tentativo, forse troppo audace, che si è cercato di fare è quello di guardare avanti e di indicare almeno gli aspetti del nuovo regolamento che più sfidano sia il legislatore nazionale che l'Autorità garante, senza peraltro dimenticare di sottolineare anche le molte e fondamentali innovazioni che il nuovo quadro regolatorio introduce nel diritto europeo alla protezione dei dati personali.
Quello che è certo è che ormai è iniziata una nuova stagione, nella quale la tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati dei cittadini europei si amplia enormemente.
Questo avviene su due piani: il primo è quello della tutela dei dati personali, che non è più solo difesa del diritto dei singoli ma garanzia per tutta la società europea; il secondo è quello di una normativa solidamente definita ma anche molto flessibile, capace di regolare in modo adeguato anche i futuri, ma già oggi prevedibili, sviluppi della società digitale.
A questi due aspetti se ne aggiunge un terzo: il ruolo delle Autorità di controllo, sia viste nella loro dimensione nazionale che nella loro attività di cooperazione a livello di Unione.
Proprio il rinnovato e rafforzato ruolo delle Autorità è l'elemento di maggiore interesse, specialmente nel momento in cui, con il volume, si vuole celebrare il primo venten-

nio di attività dell'Autorità italiana.
Le Autorità sono destinate a svolgere un ruolo sempre più centrale per la tutela delle libertà dei cittadini europei, persino oltre la difesa dei loro dati personali. Esse sono infatti le istituzioni che hanno la maggiore competenza e la più ampia esperienza in materia di dati e dei loro trattamenti rispetto ad ogni altra Istituzione europea.
Viviamo in un mondo nel quale sempre più la dimensione della realtà digitale e quella della realtà reale si intrecciano fra loro mentre la prospettiva di una civiltà dominata dai Big Data[14], dalla Intelligenza Artificiale, dall'Internet delle cose[15], è già nel nostro presente e ancor più nel nostro prossimo futuro. In questo quadro è evidente che, senza una adeguata regolazione dei trattamenti dei dati e una costante attività di vigilanza e di controllo su come questi sono utilizzati, conservati, protetti, sono le nostre stesse libertà ad essere a rischio.
Mai come oggi è evidente che nessuno più delle Autorità di protezione dei dati personali è in prima fila nello sforzo di tutelare e difendere i diritti di libertà dei moderni nell'ambito di una società che promette un presente/futuro ricco di opportunità ma anche carico di rischi.
Alle Autorità è affidato dunque molto del futuro della civiltà europea e dei diritti che essa ha faticosamente costruito in secoli di lotte e di storia.
L'augurio che come italiani ed europei facciamo al Garante nel suo ventesimo anno di vita è che esso, nei tempi complicati che ci attendono, possa essere sempre più all'altezza del suo passato e, soprattutto, del suo futuro.

[14] A conferma che più il mondo digitale è complesso più è necessario una forte tutela dei dati e, in particolare, dei dati personali, è importante sottolineare lo sforzo compiuto dal Comitato consultivo della Convenzione 108 della CEDU che ha affrontato per primo il tema della sfida posta dai Big Data in questo ambito. Cfr. *Consultative Committe of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data*, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, Strasbourg, 23 January, 2017. Sul rapporto tra protezione dei dati personali e Big Data cfr. però anche Gruppo di lavoro Articolo 29, *Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*, Bruxelles, 16 September 2014, WP221

[15] Sul tema dell'Internet delle cose le Autorità europee di protezione dati si sono già occupati anche sotto l'impero della direttiva, ma mentre era già in discussione l'esame del progetto di nuovo regolamento. Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29, *Opinion 8/2014 on the Recent Developments on the Internet of Things*, Bruxelles, 16 September 2014,WP223

Privacy e imprese: un rapporto difficile?

Augusta Iannini

Keywords: dati personali, privacy, GDPR, Garante Privacy, direttiva 95/46

Il peccato originale nei rapporti tra privacy e imprese lo commise il legislatore del 1996 che, superando le strette indicazioni della direttiva 95/46, introdusse all'art. 1 della legge un principio di garanzia dei diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione nel trattamento dei loro dati personali. Principio di garanzia che si tradusse nella conseguente introduzione delle persone giuridiche, degli enti e delle associazioni all'interno delle definizioni di "dato personale", di "titolare" e di "responsabile" del trattamento. Nella relazione alla legge si rivendica la legittimità della scelta, citando la facoltà prevista dall'art. 3, par. 2, lett. *b)* della Convenzione n.108/1981 ovvero quella prevista nel Considerando 24 della direttiva 95/46, ma si sottolinea anche il limite di una protezione "parziale" a causa della particolare natura delle persone giuridiche. La "riservatezza" di tali entità, secondo il legislatore, non può essere garantita in termini del tutto identici a quelli osservati per le persone fisiche, dovendosi tenere conto di altri concomitanti interessi meritevoli anch'essi di protezione (si pensi, ad esempio, all'utilizzazione indebita che una società commerciale potrebbe fare del diritto di accesso, chiedendo di conoscere le informazioni che la riguardano in possesso di un'impresa in concorrenza).

Dunque, nella impostazione della legge del 1996, sostanzialmente confermata dal d.lgs. 196/2003, le imprese, gli enti, le associazioni non sono solo "titolari" del trattamento ma sono anche "interessati", ovvero soggetti le cui informazioni, intese in senso amplissimo, sono da tutelare con tutte le prescrizioni contenute nelle relative norme.

Nel corso degli anni, tuttavia, le indicazioni contenute nella normativa, nei provvedimenti generali e nelle linee guida dell'Autorità Garante, sono state avvertite come un peso insostenibile per le aziende, tanto da imporre, negli anni più duri della recente crisi economica, un intervento nelle forme della decretazione d'urgenza, intervento che ha ricondotto, sotto questo aspetto, il Codice della privacy ai limiti della direttiva 95/46.

Perché dunque la tutela dei dati personali è stata vissuta come un peso economico tale da essere indicato unanimemente come un limite alla competitività invece che come un'opportunità? Gli interventi del legislatore sono riusciti a conseguire lo scopo di una reale semplificazione?

Dal 1996 ad oggi un'analisi sommaria dei provvedimenti assunti dall'Autorità evidenzia una particolare attenzione per la posizione degli enti come "titolari" del trattamento e quindi come soggetti gravati dall'onere di decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento dei dati e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza. Dunque soggetti titolari di obblighi la cui violazione comporta sanzioni. Numericamente insignificanti appaiono invece i provvedimenti assunti a favore di persone giuridiche nella veste di "interessati" al trattamento. Sotto questo profilo si segnala un provvedimento del 1999, nel quale l'Autorità ha ribadito, in un parere fornito al Ministero delle politiche agricole sull'istituzione dell'Anagrafe delle aziende agricole, la necessità di un bilanciamento tra esigenze di pubblicità e tutela delle aziende. In particolare, riguardo alla disciplina dell'accesso all'anagrafe, si è precisato a quali delle

[*] Il presente contributo è precedentemente comparso come prefazione al volume G. Busia – L. Liguori – O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Roma, 2016, pubblicato in occasione del ventennale del Garante per la protezione dei dati personali.

informazioni dovesse essere limitato l'accesso per eventuali notizie coperte da segreto aziendale e/o industriale o per l'indicazione dell'eventuale ente associativo delegato dall'azienda qualora l'informazione fosse "sensibile" perché idonea a svelare le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati etc.

In altre ipotesi, invece, la tutela delle persone giuridiche come "interessati" ha seguito percorsi argomentativi assai diversi rispetto a quelli delle persone fisiche ed estremamente limitativi dal punto di vista delle tutele.

Ad un "interessato" persona giuridica che si lamentava del trattamento dei propri dati personali operato da Tripadvisor, piattaforma che riceve le valutazioni di utenti del servizio alberghiero, è stato risposto che nel settore turistico-ricettivo la pubblicazione sui siti web dedicati di commenti sull'attività e sulla qualità del servizio della struttura costituisce libera manifestazione di un'opinione personale espressa non sulla persona giuridica ma sulle modalità del servizio reso. Dunque la raccolta e la diffusione di queste informazioni possono avvenire anche senza il consenso dell'interessato, purché non vengano violate norme imperative. Ne risulta quindi limitatissima (al di là del profilo, nel caso di specie, dell'assenza di giurisdizione) la possibilità di chiedere la modifica, rettifica ovvero integrazione delle informazioni diffuse sul sito, rimanendo questa ipotesi circoscritta ai soli casi in cui esse risultino false e abbiano carattere oggettivo e verificabile.

Nella stessa direzione si è collocata la giurisprudenza del Garante a proposito della comunicazione di dati sulla solvibilità e sullo stato d'insolvenza di un'impresa, ritenuta conforme alla legge sulla privacy e consentita anche senza il consenso dell'azienda interessata. La contestazione, nel caso in esame, riguardava il riferimento ad un presunto stato di insolvenza contenuto in una lettera inviata, per il tramite di un legale, dall'impresa creditrice a un'altra società situata all'estero, allo scopo di diffidarla dal pagare un debito a sua volta contratto con la società ricorrente. Il ricorso, presentato da una società commerciale che intendeva opporsi alla diffusione da parte di un'impresa creditrice di informazioni sulla propria situazione patrimoniale, veniva quindi respinto sul presupposto che i dati relativi alla solvibilità o allo stato di insolvenza di un'impresa, al pari di quelli riguardanti i crediti e i debiti, rientrano tra i dati attinenti allo svolgimento di attività economiche, che possono essere utilizzati e divulgati anche senza il consenso delle società.

Dal 1996 al 2007 l'Autorità Garante ha invece emanato molti provvedimenti prescrittivi nei confronti di "titolari" del trattamento, soggetti tra i quali, per la natura delle attività svolte, rientrano inevitabilmente le imprese, le associazioni, gli enti in generale. L'impostazione è quella di un estremo rigore nella tutela dei dati degli interessati, "persone fisiche", in particolare nell'ambito del rapporto di lavoro.

Nel 2000 ad esempio, con un provvedimento riguardante la diffusione dei dati personali dei dipendenti riportati nei cartellini identificativi, il Garante, nel ricordare che i soggetti privati possono diffondere dati personali solo in adempimento di un obbligo previsto da una legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria, ha precisato che la circostanza che il cartellino sia indossato dallo stesso dipendente interessato non fa venir meno il fatto che si tratta pur sempre di una diffusione di dati operata su disposizione del datore di lavoro. Queste valutazioni e le differenti finalità (alcune re-

lative all'organizzazione aziendale, altre relative ai rapporti con la clientela), sottese alla diffusione dei dati personali dei dipendenti attraverso i cartellini identificativi, hanno determinato il Garante a prescrivere che sul cartellino identificativo, con riferimento ai rapporti con la clientela, non sia utile la declinazione delle generalità comprensive dei dati anagrafici, ma sia sufficiente l'immagine fotografica, la definizione del ruolo professionale e del solo nome, numero o sigla identificativa. Neppure il cognome, dunque. Il provvedimento è tuttora efficace.

Nella stessa direzione si sono collocati altri fondamentali provvedimenti generali del Garante, alcune importanti linee guida dell'Autorità in diversi settori: gestione del rapporto di lavoro, programmi di fidelizzazione, videosorveglianza, uso della posta elettronica e Internet in ambito lavorativo e ancor prima istituzione dell'amministratore di sistema. Altri principi si traggono invece dalla giurisprudenza dell'Autorità nel definire istanze di verifica preliminare.

In meno di dieci anni si consolidano ad esempio una serie di limiti: divieto di uso generalizzato e incontrollato di dati biometrici, specie se ricavati da impronte digitali, uso giustificato solo per l'accesso ad aree sensibili e divieto, comunque, di conservazione in archivi centralizzati, consenso dei lavoratori per pubblicare informazioni anche nella Intranet aziendale e così via. Nel provvedimento sulla videosorveglianza, ad esempio, si impongono numerose prescrizioni che, alla luce della consolidata giurisprudenza del Garante, individuano regole di condotta che possono certamente agevolare i titolari del trattamento ma impongono loro anche gravose misure organizzative e di sicurezza. Sulla stessa linea si colloca il provvedimento su posta elettronica e Internet. Il Garante specifica la necessità di imporre misure ai datori di lavoro per l'utilizzo della posta elettronica e di internet dei propri dipendenti, in un'ottica di totale protezione dei diritti degli interessati che si realizza, in particolare, con l'adozione di un disciplinare interno, di misure organizzative che presuppongono «un'attenta valutazione dell'impatto sui diritti del lavoratore» e che comportano certamente un impegno organizzativo e costi economici per le imprese.

Non molto diversa la filosofia nell'affrontare i temi della profilazione e del marketing. Nel 2005 un provvedimento generale sulla fidelizzazione limita l'acquisizione dei dati personali a quelli anagrafici, ritenendo che l'acquisizione di altri dati (titolo di studio, professione, modalità di acquisti etc.) siano sproporzionati rispetto allo scopo delle *fidelity card*, che l'informativa deve essere chiara e inequivoca, soprattutto sulle finalità della raccolta, che il consenso, necessario per eseguire un contratto di cui è parte l'interessato, deve essere specificamente richiesto quando intervengono altre finalità (profilazione, ricerche di mercato, marketing etc.). Inoltre i tempi di conservazione dei dati relativi ai dettagli degli acquisti, se riferiti a clienti individuabili, non possono essere conservati per più di dodici mesi per la profilazione e di ventiquattro mesi per il marketing.

Ad estremo rigore è poi improntato il provvedimento prescrittivo del 25 giugno 2009 nei confronti dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che svolgono attività di profilazione, con il quale si riduce il tempo di osservazione dei dati personali aggregati per finalità di profilazione della clientela da un mese (termine fissato in precedenti provvedimenti specifici di verifica preliminare) addirittura

a due giorni e con indicazione di limitati parametri per la misurazione dei fenomeni rilevanti per la profilazione dell'utenza.
Dunque molte regole, vissute come limitazioni allo sviluppo di attività economiche che nel marketing, anche selvaggio, individuano la loro unica forma di sopravvivenza.
Entra quindi in maniera prepotente il dibattito sui "costi della privacy" per l'attività di impresa, un'impresa che, traboccante di flussi informativi provenienti da una miriade di soggetti che entrano a vario titolo quotidianamente in contatto con essa, intraprende la strada delle proposte di modifica normativa per alleggerire il peso degli obblighi imposti.
Già nel 2007, nonostante il Garante avesse predisposto una guida pratica e misure di semplificazione per le piccole e medie imprese, consistenti per lo più in una "semplificazione" del linguaggio usualmente adottato per i provvedimenti generali, alcuni parlamentari proponevano una serie di emendamenti al "decreto Bersani" sulle liberalizzazioni, per esonerare le aziende dal predisporre misure di sicurezza minime a tutela dei dati personali dei dipendenti, esonero già approvato alla Camera per le piccole e medie imprese. Ne nacque una sollevazione del Garante e di altre associazioni e l'intervento si limitò a misure di semplificazione del documento programmatico sulla sicurezza.
Il tema rimane comunque all'ordine del giorno.
Sinché nel 2011 si realizza una profonda modifica della normativa privacy con due provvedimenti, dal nome emblematico, decreto "sviluppo" (d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106) e decreto "salva Italia" (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito con l. 214/2011). Dunque le modifiche, nel loro complesso, per lo strumento nel quale sono inserite (decreto legge) e per le titolazioni date dai media, depongono per una valutazione di "sfavore" sulla disciplina privacy relativa alle imprese e sull'applicazione che ne è stata fatta nel corso del tempo. Sfavore confermato dal Parlamento che quelle misure ha sostanzialmente approvato. E nel 2012 un altro intervento legislativo completa il quadro delle semplificazioni.
Non è questa la sede per esaminare la nuova disciplina e le criticità che può avere determinato. Il sistema che ne viene fuori, oltre all' introduzione del "*group privilege*" per effetto del quale i dati possono circolare liberamente senza consenso, per finalità amministrativo contabili, all'interno di un gruppo societario, sottrae dalla definizione di "dato personale" tutte le informazioni riferibili alla persona giuridica, agli enti, alle associazioni. La disciplina nazionale si allinea così a quella della quasi totalità dei paesi membri dell'Unione europea e rientra nell'alveo tradizionale della direttiva 95/46.
In estrema sintesi, le imprese ricevono i vantaggi di una gestione più snella dei loro rapporti commerciali, non vigendo più per i loro dati personali gli obblighi dell'informativa e del consenso. Dunque un'innegabile riduzione degli adempimenti nei rapporti con i fornitori e clienti costituiti da persone giuridiche. Indirettamente le aziende beneficiano di una sostanziale liberalizzazione in materia di costituzione, utilizzo e cessione di elenchi e liste (per dati riferiti a società, enti e associazioni) e questo anche con riferimento al marketing e alle comunicazioni promozionali, con l'eccezione del marketing diretto via telefono e posta cartacea: il legislatore infatti non ha modificato, escludendo le persone giuridiche, la definizione di abbonati e utenti per cui il regime di

opposizione, attraverso l'iscrizione nell'apposito registro, continua ad applicarsi anche alle persone giuridiche.
Il quadro delle modifiche normative si completa poi nel 2012 con l'abolizione dell'obbligo di redigere e aggiornare il documento programmatico sulla sicurezza, un onere definito nella relazione di accompagnamento come un adempimento palesemente superfluo. L'abolizione dell'obbligo fa venir meno le sanzioni amministrative e penali previste per questa specifica violazione.
Il sacrificio della perdita della possibilità di esercitare i diritti previsti dall'art. 7 del Codice privacy, non è evidentemente paragonabile al vantaggio di alleggerire gli adempimenti amministrativi.
Tuttavia, poiché rispetto alle imprese gli "interessati" persone fisiche sono i clienti, i lavoratori, i consumatori in genere, il bilancio di queste riforme in termini di risparmio dei costi è tutto da valutare.
Alla stima complessivamente negativa della normativa privacy nei confronti delle aziende, consegue una riflessione sull'interpretazione e sui contenuti di molti provvedimenti adottati nel corso del tempo dal Garante.
Lo sforzo di questi ultimi anni è stato quello di coniugare meglio le esigenze del mercato e dello sviluppo delle tecnologie con il rispetto dei dati personali, cercando di dettare regole meno invasive e semplificando, ove possibile, la lettura di impostazioni consolidate nel tempo.
Nel telemarketing ad esempio, si è stabilito il principio che l'interessato che esprime il proprio consenso, *ex* art. 130, c. 1 e 2, del Codice, per le specifiche finalità indicate nella norma e con le specifiche modalità richiamate, acconsente anche alla ricezione di comunicazioni a carattere promozionale inviate attraverso modalità tradizionali di contatto, come la posta cartacea e le chiamate telefoniche con operatore. Ovviamente anche il diritto di opposizione si estende a tutte le modalità di comunicazione.
Non è tuttora consentito che il consenso venga richiesto insieme al primo messaggio promozionale, neppure se i dati personali sono tratti dai pubblici registri, elenchi, siti web, atti o documenti conosciuti o conoscibili da chiunque e neppure è lecito sollecitare la revoca di un consenso negato. Neppure si registra alcuna innovazione sulla valutazione della libertà del consenso.
Tuttavia, per le diverse finalità in cui si estrinseca l'attività di marketing (invio di materiale pubblicitario, vendita diretta, ricerche di mercato e comunicazioni commerciali), per il Garante è sufficiente acquisire un unico consenso.
Sicuramente hanno il pregio di una inusuale concretezza le indicazioni fornite sullo spam per gli utenti dei *social network*, così come l'individuazione di modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookies denotano un'attenzione per le ragioni delle imprese. Il confronto instaurato con i principali fornitori dei servizi di comunicazione elettronica, con le associazioni dei consumatori, con soggetti dell'accademia e della ricerca ha dato dei buoni frutti.
Un contributo alla certezza, sempre invocata dagli operatori economici, si è realizzata con l'adozione del codice di deontologia e buona condotta per il trattamento dei dati personali senza consenso effettuato a fini di informazione commerciale: nel provve-

dimento vengono elencate le fonti cui è possibile attingere, indicate le modalità del trattamento dei dati, anche giudiziari, ribadita la necessità di predisporre da parte delle società del settore una completa informativa.
Interessanti anche le semplificazioni sulla biometria, con l'esclusione della verifica preliminare in una serie di ipotesi: dati biometrici utilizzati per autenticazione informatica, per l'accesso fisico ad aree sensibili, anche senza il consenso dell'utente; per sottoscrizione di documenti informatici e utilizzazione per scopi facilitativi ma con il consenso dell'interessato.
Restano certamente impregiudicate le numerose misure di sicurezza individuate dal Garante, tra le quali quella che obbliga a cifrare il riferimento biometrico con tecniche crittografiche, con una lunghezza delle chiavi adeguata alla dimensione e al ciclo di vita dei dati.
Ancora inesplorato è invece il tema proposto dal rinvio alla disciplina dell'intero Codice della privacy (di cui sono certamente parte integrante anche i provvedimenti generali pertinenti al tema del controllo a distanza), operato dalla modifica normativa dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (l. 300/1970)
Nel corso degli ultimi anni dunque, il Garante ha adottato provvedimenti significativi nei confronti delle realtà aziendali che operano nel mercato digitale. Sarebbe interessante conoscere se la normativa privacy è ancora valutata in modo così negativo, ma certamente ora il giudizio sarebbe influenzato dall'impatto che si produrrà per effetto del regolamento europeo che spiegherà la sua efficacia dal maggio 2018.
Non è questa la sede per affrontare le contraddizioni contenute nel testo del regolamento. L'impostazione per le imprese è quella di accentuare la prevenzione, in un'ottica imitativa della disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche.
Il principio dell'*accountability*, la corretta analisi dei rischi sin dalla fase iniziale del processo produttivo, la imprescindibile valutazione di impatto privacy per tutti i titolari, con una possibile fase di consultazione dell'autorità di controllo mediata attraverso la figura del DPO, obbligatoria per i soggetti pubblici ma "necessitata" anche per molti soggetti privati, il potenziamento del ricorso a codici deontologici e alle certificazioni, trasferiscono alle imprese, in una prima fase, la complessiva gestione/valutazione del trattamento dei dati personali. Non è chiaro ancora se questi comportamenti virtuosi escluderanno o alleggeriranno le responsabilità nel caso in cui si verificasse un'illiceità nel trattamento dei dati. L'importo elevatissimo delle sanzioni lascia immaginare che sia questa la strada da percorrere. Diversamente le imprese, almeno quelle nazionali, rimpiangeranno le regole che il Garante ha imposto dalla sua istituzione ad oggi e che seppure criticabili talvolta per il formalismo, talvolta per le modalità espressive, talvolta per un attaccamento esasperato alla propria giurisprudenza, hanno consentito in tutti questi anni a chi avesse avuto voglia di applicarle, un reale rispetto per la tutela dei dati personali.

La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico

Licia Califano

Keywords: dati personali, privacy, GDPR, Garante Privacy, direttiva 95/46

Con l'occasione dell'approvazione e pubblicazione del cd. "pacchetto protezione dati" da parte dell'Unione europea, questo Volume intende ripercorrere i venti anni da quando il diritto alla protezione dei dati personali – per convenzione linguistica "diritto alla privacy" – ha fatto il suo significativo ingresso nella legislazione italiana. Un diritto di natura costituzionale, fondamentale, che oggi si costruisce sul concetto di autodeterminazione informativa quale potere del singolo di decidere quale parte di sé, sotto forma di informazioni, far conoscere agli altri, stabilendo altresì chi debbano essere i destinatari, per quali fini e con quali modalità e limiti. Un diritto che, nel nostro Paese, ha un grosso debito di riconoscenza nei confronti degli impulsi provenienti dall'esterno: dal sistema CEDU e dall'Unione europea, dalle loro Carte e Corti, dagli atti da essi derivati. Ma anche l'opera interpretativa svolta sul piano interno dai giudici ha avuto un ruolo importante nell'orientare il processo di codificazione normativa.

Tutto ciò ha quindi portato il legislatore a licenziare la cornice giuridica che, a partire dal 1996, garantisce e rende effettiva la tutela del diritto. Da qui la l. 675/1996 e, successivamente, il d.lgs. 196/2003, noto come "Codice privacy". E tra i principali strumenti di garanzia è prevista un'apposita Autorità amministrativa indipendente, il Garante per la protezione dei dati personali, il cui ruolo è ormai consacrato al livello massimo europeo dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (art. 8, c. 3) e dal Trattato sul funzionamento dell'UE (art. 16, c. 2), nonché valorizzato dal nuovo regolamento UE generale in materia (2016/679).

Fatta questa doverosa premessa, si tratta di capire come il diritto alla privacy sia stato fino ad oggi garantito nel sistema nazionale del potere pubblico, e quale sia stato il ruolo svolto dal Garante in questo processo di vigilanza e tutela. Nel fare ciò, non si può non partire da una breve sintesi del quadro giuridico che è stato disegnato.

Occorre in primo luogo ricordare che si parla della specificità dei trattamenti in ambito pubblico, essendo stata una precisa scelta del legislatore italiano normare questo settore in maniera unitaria, ponendo regole di carattere generale per tutti i trattamenti ivi svolti. La direttiva 95/46/CE aveva in proposito lasciato ampia discrezionalità agli Stati membri, limitandosi a fornire dei criteri trasversali (in particolare, cfr. gli artt. 7, par. 1, lett. *e)*, e 8, par. 4); e la l. 675/1996 aveva in qualche modo ripreso lo schema proposto dalla c.d. direttiva madre, dedicando ai trattamenti posti in essere da parte di soggetti pubblici una sola disposizione specifica (l'art. 27), salvo comunque prevedere singole clausole disseminate in tutto l'articolato.

Invece, il legislatore del 2003, proprio al fine di fornire un testo unico in materia di protezione dei dati personali che fosse il più sistematico, efficace e intellegibile possibile, ha dedicato interi contenitori alla disciplina esclusiva e specifica per i trattamenti posti in essere in ambito pubblico. In quest'ottica vanno pertanto collocati il capo dedicato alle regole generali proprie per i soggetti pubblici (artt. 18-22), il titolo dedicato a profili settoriali (artt. 59-74); per non parlare di quei settori del mondo pubblico soggetti a regole ancor più peculiari, come, per citarne alcuni, l'ambito giudiziario (artt. 46-49), securitario (artt. 53-57) o sanitario (artt. 75-94). Questa scelta di certo rende più facile

[*] Il presente contributo è precedentemente comparso come prefazione al volume G. Busia – L. Liguori – O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Roma, 2016, pubblicato in occasione del ventennale del Garante per la protezione dei dati personali.

per le pubbliche amministrazioni (intese in senso lato) districarsi in una normativa che nel nostro Paese è entrata in vigore più tardi che altrove, e in maniera anche più dirompente (ricordiamo che fino al 1996 l'Italia era infatti priva di una disciplina organica sulla protezione dei dati personali, si trovavano solo specifiche disposizioni disseminate in singoli settori, a partire dallo Statuto dei lavoratori del 1970).

Per quanto riguarda invece alcune delle specificità contenutistiche proprie della normativa privacy dedicata al settore pubblico, non si può non rilevare come essa si costruisca su una regola di base che funge da spartiacque rispetto alla parte dedicata invece all'ambito privato. Mentre in quest'ultimo mondo – cioè quello dei rapporti contrattuali, dei settori produttivi, dell'economia e del commercio, del nesso sinallagmatico tra prestazioni e profitto – il principale (ancorché non esclusivo) presupposto a legittimare il trattamento è il consenso dell'interessato (artt. 23 e 24), in quello delle pubbliche amministrazioni il perseguimento di finalità di carattere istituzionale rende cedevole predetto strumento (cfr., in particolare, l'art. 18, c. 2 e 4).

E il fondamento specifico di questi trattamenti non deve per forza risiedere in una disposizione normativa (art. 19, c. 1), salvo poi alcune significative eccezioni – a partire dalle operazioni di comunicazione e diffusione, per le quali la norma è imprescindibile: art. 19, c. 2 e 3. È d'altra parte evidente che i soggetti pubblici, per esistere e funzionare legittimamente, devono comunque avere alla base una legge che li istituisca e attribuisca loro funzioni di carattere pubblico.

Questa costruzione giuridica non contraddice affatto il concetto di autodeterminazione informativa, che si costruisce essenzialmente sull'istituto del consenso informato, per affidare all'individuo il potere di scelta sull'ambito di circolazione dei propri dati personali**,** e che attiene al tema del confine tra libertà e loro esercizio da parte di ciascuno. Al contrario, essa si innerva sulla forma di Stato stessa, intesa come il rapporto tra governati e governanti, all'interno di quel "contratto sociale" che sta alla base del vincolo di cittadinanza: se il potere pubblico, soprattutto nella sua forma di Stato democratico-sociale, è tenuto a fornire servizi alla collettività di riferimento, allora per farlo deve poter disporre delle informazioni necessarie (ed esponenzialmente crescenti) all'espletamento della propria missione, anche di carattere personale. In questa prospettiva vanno dunque inserite le recenti tendenze alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, a partire, ad esempio, dal Sistema pubblico dell'identità digitale (Spid), in cui il flusso di dati personali tra cittadini ed enti, nonché tra enti stessi, costituisce (dovrebbe costituire) il presupposto per assicurare l'efficacia ed efficienza delle prestazioni, ma al contempo lo snellimento della burocrazia e la riduzione dei costi.

Ovviamente, proprio perché si sta parlando di un ordinamento costituzionale liberaldemocratico, gli apparati pubblici devono disporre di questi dati nel rispetto dei limiti generali di necessità, finalità, proporzionalità, a garanzia delle libertà individuali; e, in ultima analisi della dignità della persona, di cui il diritto alla privacy costituisce presidio irrinunciabile.

Tra le regole generali che governano i trattamenti di dati personali effettuati da parte di soggetti pubblici non possiamo tralasciare le garanzie specifiche con cui sono rivestiti i dati sensibili e giudiziari (artt. 20-21), cioè quelle informazioni dotate di un più elevato tasso di delicatezza in ragione del potenziale discriminatorio che possono dispiegare se

conosciuti e trattati in maniera inappropriata. Discende dunque da qui l'esigenza che tali dati siano trattati per finalità di rilevante interesse pubblico che trovino specifica base in una norma di legge; e laddove quest'ultima non sia sufficientemente dettagliata, allora si deve costruire un dialogo tra amministrazioni e Garante al fine di legittimare questi trattamenti. Il tutto, nella doverosa consapevolezza della loro indispensabilità per lo svolgimento delle attività istituzionali che si intende porre in essere, poiché in gioco ci sono le libertà fondamentali e la dignità della persona umana (art. 22).
Garanzie che si fanno ancora più robuste quando ad essere trattati sono i dati cd. "supersensibili", cioè quelli idonei a rivelare lo stato di salute (e, in parte, anche quelli idonei a rivelare la vita sessuale), legati a doppio filo con l'essenza più intima della persona. In questa prospettiva, pertanto, viene riproposta la necessità di acquisire il consenso dell'interessato (art. 18, c. 4) – salvo poi prevedere delle importanti semplificazioni a vantaggio delle strutture e dei professionisti della sanità (artt. 75 ss.) –, come anche viene imposto un divieto assoluto e insuperabile di diffusione (art. 22, c. 8).
Il quadro giuridico appena descritto, però, non può non fare i conti con la realtà fattuale, caratterizzata da tanti fattori che influenzano e indirizzano l'effettiva tutela del dato personale. Si deve pertanto considerare che l'imponente accelerazione del progresso tecnologico cui abbiamo assistito negli ultimi anni (e cui stiamo tuttora assistendo) ha inevitabilmente investito anche il settore pubblico: da qui, la proliferazione di banche dati pubbliche, la velocizzazione e moltiplicazione dei flussi informativi, l'interconnessione crescente tra gli archivi. A ciò si aggiunga la complessità della società odierna, con fenomeni economici e sociali di carattere globale che hanno reso il dato personale un bene preziosissimo (anche in termini monetari quantificabili), la cui condivisione è assurta al rango di attività umana privilegiata: la rete internet ha infatti consentito un vero e proprio accorciamento delle distanze fisiche, anche tra cittadini e amministratori. Inoltre, non dobbiamo dimenticare che ciclicamente si propongono "emergenze" che spingono il potere pubblico ad allargare i propri spazi di azione e quindi a comprimere le sfere di libertà individuale, attraverso massicce operazioni di controllo sui dati personali: si pensi, ad esempio, alla c.d. sorveglianza di massa avviata in risposta alla riaccesa recrudescenza del pericolo terroristico.
In questo snodo cruciale tra *Sein* e *Sollen*, tra essere e dover essere, un ruolo fondamentale lo svolge (e lo ha costantemente svolto) il Garante per la protezione dei dati personali. Come affermato anche dalla recente e fortemente garantistica giurisprudenza della Corte di giustizia, l'Autorità rappresenta infatti il custode dei principi che regolano il governo della privacy, coniati in sede europea ma ormai pienamente applicati in ciascuno dei suoi Stati membri. In questa sua veste di controllore della conformità dei trattamenti, e grazie al *know-how* e all'esperienza di cui dispone, essa rappresenta il punto di snodo in cui si rende possibile allineare quadro normativo e realtà empirica.
E questa sua collocazione si rende evidentemente ancor più strategica nel contesto pubblico. Infatti, se nel settore privato prevale la componente vigilante, quando i trattamenti sono svolti da parte di soggetti pubblici il Garante è anzitutto un interlocutore in grado di orientare le politiche dell'ente nella direzione più appropriata in termini di tutela della privacy. Questa natura consultiva è evidente nelle funzioni espressamente

affidate dal Codice (cfr. in via generale l'art. 154, c. 1, lett. *g)*, n. 4 e 5, ma, per aspetti specifici, anche gli artt. 19, c. 2 e 20, c. 2 e 3). Ma essa è ancor prima connaturata in una logica più sistematica di leale collaborazione: nella convinzione che agendo in via preventiva, con indicazioni puntuali e raccomandazioni sensibilizzanti, è possibile giungere a trattamenti leciti e proporzionati, e quindi evitare violazioni e conseguenti provvedimenti di carattere repressivo e/o punitivo.

Per chiarire meglio l'importanza di questa delicata funzione svolta dal Garante, si veda quanto fatto su due temi piuttosto centrali: sanità digitale e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di due settori di intervento che rendono al meglio l'idea di quanto la cooperazione del Garante con le istituzioni pubbliche del Paese (Legislatore, Governo, dicasteri, enti territoriali, altre Autorità di controllo, strutture sanitarie, pubbliche amministrazioni di ogni ordine e grado) possa produrre dei risultati reali e tangibili in termini di aumento del livello di protezione dei dati personali degli individui.

Per quanto concerne l'ambito sanitario, anche qui lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione non ha tardato a far sentire il proprio decisivo apporto, soprattutto quando si discute di efficientamento delle prestazioni di cura offerte al paziente. Ma se la semplificazione degli adempimenti, l'incremento delle potenzialità di archiviazione e, al contempo, di comunicazione delle informazioni sul paziente, la velocizzazione delle procedure, lo snellimento dei processi organizzativi, la riduzione dei costi sono certamente obiettivi di politica pubblica legittimi, nell'ottica del bilanciamento tra diritti fondamentali occorre non compromettere la protezione dei dati personali. Nello scenario di una sanità sempre più digitale, sono inevitabilmente aumentate le banche dati contenenti informazioni sullo stato di salute dei pazienti in relazione ad eventi clinici presenti e trascorsi (come, ad esempio, i referti medici, la documentazione relativa a ricoveri, gli accessi al pronto soccorso, ecc.), accessibili da parte degli operatori sanitari, affinché sia consentito loro di conoscere immediatamente il quadro clinico dei pazienti che hanno in cura e, quindi, effettuare le migliori diagnosi e prognosi. La sanità elettronica ha pertanto ricevuto dal Garante una particolare attenzione e cautela, nella ferma convinzione che la tutela della privacy rappresenti, oltre ad un ineliminabile momento di salvaguardia della dignità della persona, un *quid pluris* nella prestazione dei servizi dovuti ai cittadini.

In questi anni si registrano tanti interventi decisivi dell'Autorità – mi limito qui a ricordare solo alcuni temi: referti online, servizi telematici di prenotazione delle prestazioni, telemedicina, interconnessione sanitaria, schede di dimissione ospedaliera, sistema tessera sanitaria –, ma quello che negli ultimi anni si è posto all'attenzione di tutta la comunità è il Fascicolo sanitario elettronico e il dossier sanitario aziendale, cioè i principali archivi in cui tende a confluire tutta la storia clinica degli assistiti dal servizio sanitario pubblico (il primo gestito dalle Regioni, il secondo formato da ciascuna struttura di cura). Il Garante, prima tra tutte le principali istituzioni, nel 2009 ha fornito un quadro di indicazioni tramite Linee guida, affinché questi due strumenti fossero creati e governati nel rispetto della volontà dei pazienti e di un quadro minimo di garanzie di tutela dei dati.

Poi le strade di Fse e dossier si sono divise, essenzialmente per la scelta del legislatore di

regolamentare solo il primo, probabilmente con l'obiettivo finale di superare la frammentazione dovuta alla presenza di raccolte operate autonomamente dai singoli istituti di cura. E così, sulla base dell'art. 12 del d.l. 179/2012, si è avviato il dialogo tra Garante, Ministeri interessati (Salute, Lavoro, Economia), Regioni (quali titolari dei servizi sanitari territoriali), Agid (per gli aspetti infrastrutturali), per la definizione del quadro regolamentare di dettaglio, nonché delle misure tecniche necessarie per l'implementazione del Fse: il parere reso dall'Autorità il 22 maggio 2014 sul regolamento attuativo (poi divenuto d.P.C.M. 178/2015) condensa perfettamente la sinergia di intenti e contenuti maturata in questo primo importante passaggio di un percorso ancora lungo.

Per quanto riguarda invece il dossier sanitario aziendale, la strada si è rivelata più faticosa e accidentata: in primo luogo perché è del tutto assente una cornice normativa di base; in secondo luogo perché i titolari del trattamento sono le strutture sanitarie, e quindi numerosissimi e sparsi su tutto il territorio nazionale, e soprattutto tutte scoordinate tra di loro. L'esito è stato che sono giunte all'Autorità numerose segnalazioni di violazioni del Codice privacy, che, a seguito di accertamenti anche ispettivi, hanno condotto il Garante ad adottare numerosi provvedimenti inibitori, prescrittivi e sanzionatori, al fine di riportare questi organismi in un quadro di conformità ai principi e alle regole della protezione dati. Alla luce di questa esperienza, il Garante ha compiuto uno sforzo ulteriore, adottando, il 4 giugno 2015, delle nuove Linee guida, questa volta dedicate al solo dossier sanitario elettronico, in modo da orientare le politiche di gestione del dato da parte degli organismi sanitari, e quindi prevenire fenomeni di accessi abusivi o trattamenti non autorizzati.

Anche il secondo tema che intendo toccare è indicativo del grande lavoro svolto dal Garante ai fini di una migliore garanzia di protezione del dato personale, attingendo alla varietà di compiti che costellano la sua architettura funzionale: ci si riferisce al sempre più influente aspetto della trasparenza della struttura e dell'attività delle pubbliche amministrazioni, il cui impatto sulla privacy dei cittadini tutti (dai vertici politici ai dirigenti amministrativi, dai dipendenti ai collaboratori a vario titolo, ai comuni cittadini) può essere estremamente invasivo. La trasparenza delle informazioni chiama inevitabilmente in causa anche gli individui: e non tutte le notizie che riguardano le tantissime persone coinvolte sono necessarie a soddisfare il bisogno della collettività di sapere come la macchina burocratica opera; e comunque ci sono categorie di informazioni che devono in ogni caso essere protette, poiché concernono strettamente, appunto, la dignità degli individui.

In questa prospettiva il Garante si è sempre mosso nella convinzione che individuare strumenti di pubblicità rispettosi della privacy degli individui significa modellare in maniera soddisfacente il potere pubblico nell'equilibrio tra conoscenza (dell'attività) e riservatezza (delle persone): è giusto consentire la circolazione delle informazioni necessarie affinché la pubblica opinione possa controllare l'operato dei pubblici poteri ma, al contempo, è doveroso garantire un elevato livello di protezione dei dati riguardanti le singole persone, in modo da evitare che vengano resi ostensibili dati personali inutili a fini di trasparenza, ma che abbiano implicazioni afflittive sulla dignità degli interessati; peraltro, in taluni casi le informazioni pubblicate sono così delicate da rivelare

aspetti anche intimi della vita privata delle persone, rispetto alle quali l'"accessibilità totale" diventa particolarmente invasiva.
Infatti, è proprio la cd. accessibilità totale la prospettiva su cui si è mosso il legislatore negli ultimi anni, in particolare con i due cruciali decreti legislativi che hanno riordinato il frastagliato panorama della pubblicità di atti e documenti per finalità di trasparenza. Il primo è il d.lgs. 33/2013, costruito esclusivamente sugli obblighi di pubblicazione di informazioni sui siti web istituzionali, ai fini di consentire il controllo sociale sull'utilizzo delle risorse pubbliche e in ottica di prevenzione dei fenomeni di corruzione e *maladministration*. Il secondo invece è il d.lgs. 97/2016, di modifica del testo unico precedentemente citato, il quale amplia gli obiettivi per giungere fino alla realizzazione della piena partecipazione dei cittadini alla vita democratica: e lo fa primariamente introducendo una forma di accesso generalizzato che ricorda nelle modalità l'accesso ai documenti amministrativi di cui alla l. 241/1990, ma con requisiti e limiti molto meno stringenti (come l'esonero dalla necessità di dimostrare sia un interesse qualificato che una motivazione).
Il Garante ha così potuto sollevare criticità e suggerire soluzioni che tenessero in maggiore considerazione le fondamentali esigenze di riservatezza dei cittadini interessati, muovendosi lungo le direttrici fornite dai suoi principi ispiratori: necessità, finalità, proporzionalità e liceità. Quindi, l'Autorità ha fornito pareri preventivi al Governo in occasione dell'emanazione dei due decreti legislativi (rispettivamente, datati 7 febbraio 2013 e 3 marzo 2016); ha emesso le proprie Linee guida (15 maggio 2014), un utile strumento rivolto alle pubbliche amministrazioni, per aiutarle nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione online con un'attenzione alla massima tutela possibile del dato personale; ha prodotto una vasta mole di interventi censori (sotto forma di divieti, prescrizioni e sanzioni pecuniarie) nei confronti di amministrazioni che, nel diffondere documenti, hanno violato il Codice privacy. Nel momento in cui si sta scrivendo, il Garante è coinvolto in uno stretto dialogo con l'Autorità nazionale anticorruzione per disegnare assieme, sulla base di un preciso obbligo normativo, i limiti e le esclusioni al «diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», introdotto nel 2016 e ispirato al modello del Freedom of information act.
Quanto detto finora riguarda il passato e il presente. Per il futuro, il regolamento (UE) 2016/679 pone l'Autorità di fronte a nuove sfide. Senza scendere nel dettaglio dei cambiamenti (per certi versi epocali) che il regolamento apporterà, mi limito solo a fornire uno spunto circa la nuova disciplina della protezione dei dati personali (e al ruolo dell'Autorità di vigilanza) rispetto all'ambito pubblico.
Anzitutto, da un punto di vista metodologico, il regolamento generale non distingue chiaramente tra trattamenti effettuati da titolari pubblici e titolari privati, trattando unitariamente i presupposti di liceità del trattamento (art. 6, par. 1), e quindi mettendo sullo stesso piano l'«esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri» con l'istituto consenso e con gli altri requisiti alternativi. In questo, il regolamento rappresenta la naturale continuazione dell'impostazione fatta propria dalla direttiva madre del 1995; tuttavia, ai fini di applicazione interna, dato che l'operatore del diritto dovrà fare i confronti con il Codice privacy, verrà avvertito lo

stacco netto rispetto al paradigma che ha retto fino ad oggi. Si tratterà di capire se questa novità, per la realtà italiana, avrà anche dei riflessi sulla sostanza del quadro di tutele. Venendo ai contenuti con riferimento allo specifico ambito pubblico, il regolamento lascia in effetti un certo margine di discrezionalità al legislatore interno, con riferimento sia ai dati personali cd. comuni (art. 6, parr. 2 e 3) che a quelli sensibili (art. 9, par. 2, in particolare lett. *g*), peraltro con particolare attenzione ai dati genetici, biometrici e sulla salute (art. 9, par. 4). Il che deve dunque spingere in prima battuta il legislatore stesso, avvalendosi anche dell'esperienza maturata dall'Autorità, a valutare: se mantenere in piedi il Codice, quanta parte di esso conservare, dove e come intervenire con una novazione; ciò sapendo che le elevate garanzie attualmente previste dal d.lgs. 196/2003 non risultano necessariamente incompatibili con il quadro regolamentare europeo. Si pensi, ad esempio, all'efficacia dimostrata dal meccanismo messo in piedi sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari da parte degli enti pubblici (artt. 20 e 21 del Codice), con il proficuo dialogo tra: organizzazioni rappresentative (si pensi alla Conferenza delle Regioni o alla Conferenza dei Rettori), autrici degli schemi tipo di regolamenti; singole amministrazioni (dai Ministeri agli enti locali), competenti a redigere il proprio regolamento interno, conforme allo schema tipo laddove presente; Garante, in funzione consultiva a tutela delle esigenze di privacy.

Si presti infine attenzione a due novità di grande impatto, che potranno effettivamente imprimere una svolta rilevante in termini di accrescimento delle garanzie. In primo luogo, il legislatore nazionale, nel legiferare entro gli ambiti cui si faceva cenno, dovrà perseguire «un obiettivo di interesse pubblico» che sia «proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito» (art. 6, c. 3, ultimo periodo): in altre parole, gli atti normativi interni dovranno rispettare il principio di proporzionalità, pena la sua non conformità al regolamento europeo; dopodiché, si tratterà di capire quale organo giustiziale sarà competente a sindacarne la legittimità: cioè se la Corte costituzione o la Corte di giustizia, o entrambe. In secondo luogo, il legislatore stesso, prima di approvare qualsiasi legge che comporti il trattamento di dati personali, dovrà consultare l'Autorità di vigilanza (art. 36, c. 4): finora, invece, la normativa coinvolgeva la funzione consultiva del Garante solo con riferimento agli atti di natura regolamentare o amministrativa, quindi, appare evidente il passo in avanti compiuto dal Garante, e delle tutele che esso può assicurare.

In conclusione, diventa inevitabile immaginare come la combinazione di queste due innovazioni rappresenti un sensibile rafforzamento della protezione dei dati personali, e quindi della tutela della dignità della persona, poiché fornisce un indirizzo univoco alle garanzie di carattere sostanziale, cioè quelle contenute nelle norme, che alle garanzie di natura istituzionale, ossia quelle connesse all'attività di controllo assicurata dal Garante.

Saggi

Focus: la vicenda *Uber*

Uber: modello economico e implicazioni giuridiche

Vincenzo Zeno-Zencovich

Keywords: Uber, sharing economy, disruptive technology, piattaforme digitali, Internet

La recente sentenza della Corte di giustizia UE sul caso *Uber* suscita giustamente molteplici commenti, nei quali, in maniera più o meno marcata, si confrontano la posizione della "innovazione disruttiva" (le tecnologie digitali sovvertono schemi economico-giuridici consolidati e richiedono un approccio profondamente diverso), e quella del governo istituzionale dell'economia (la quale in sostanza ha prevalso sia nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar che nella sentenza della Corte).

Ciascuna posizione ha eccellenti argomenti, e dunque non si può semplicisticamente dividere i campi fra "progressisti" e "conservatori", né sostenere che da un lato ci sarebbe la forza *de iure condendo* e dall'altra la resistenza del *de iure condito*.

Rinunciando quindi a prendere posizione, ci si può limitare a mettere in luce come il fenomeno Uber ponga una serie di questioni di carattere generale che hanno significative implicazioni teoriche per il giurista.

Il primo profilo, tutto socio-economico, è il ruolo che una piattaforma digitale ha nell'organizzazione dei rapporti economico-sociali. Si ripete spesso, quasi fosse un dato inoppugnabile, che Internet ha provveduto a "disintermediare" le relazioni soprattutto economiche. Il che è vero in taluni casi (vado sul sito della compagnia aerea e compro il biglietto; ordino il prodotto direttamente dalla fabbrica), ma, nella maggioranza dei casi, a taluni intermediari, di solito di piccole dimensioni (l'agente di viaggi, l'agente di borsa, la guida, *et similia*) si sono sostituiti altri di dimensioni planetarie (da Google in giù). La "piattaforma" (o, meglio, il soggetto che la gestisce) è il nuovo "intermediario", fra chi cerca e chi offre, fra chi sa e chi vorrebbe sapere; e tutte le svariate combinazioni per le quali persone o enti vogliono entrare in contatto con altri.

Il giurista classico, abituato allo schema bilaterale del contratto, deve adattare questo a una realtà che è strutturalmente trilatere e asimmetrica.

Nella teoria economica – ma non da molto: non più di un decennio – si sono accreditati i c.d. "mercati a due versanti" in cui un soggetto mette in relazione i due versanti (nel nostro caso chi ha un mezzo di trasporto e chi vuole andare da un punto a un altro).

Come tradurre questo rapporto in termini giuridici? Tradizionalmente, in contesti pre-digitali, si utilizzava lo schema del mandato (A dà incarico a B di contrarre con C), che talvolta può essere bilaterale (sia che A che C danno incarico a B di concludere un contratto tra di loro).

Ma lo si può riprodurre in questi casi contemporanei? Da un lato l'intermediario rifiuta la qualità di mandatario, dall'altro, anche a volerla riconoscere, essa lo immunizzerebbe – salvo il caso di dolo – da eventuali inadempimenti del contratto. Se la teoria economica vede nel "mercato a due versanti" un unico "affare", inscindibile nella sua struttura, viene da costruire una figura giuridica corrispondente nella quale le obbligazioni di tutte le parti sono inscindibilmente legate.

Il terzo aspetto, oggetto di intenso dibattito e contestazione, è che il sorgere di questi nuovi intermediari crea nuovi mercati che prima non esistevano, o erano di dimensioni molto ridotte. Su questo mercato si offrono e si acquistano, separatamente, quelli che sono i tradizionali fattori della produzione: la forza lavoro (plasticamente espressa dai polpacci del ciclista di Foodora o di Deliveroo); i beni immobili (le case di AirB&B); i beni mobili (le auto di Uber); il capitale (le *peer-to-peer lending platforms*). I mercati sono "nuovi" sia perché chi fornisce lavoro, beni o capitale prima non ne faceva parte, o

era dall'altra parte pagando e non essendo pagato: di qui l'orrendo neologismo "*prosumer*". E sono "nuovi" perché organizzano in maniera molto diversa rispetto al modello ottocentesco i vari fattori. Il "capitalista" è il titolare della tecnologia che gli consente di gestire la piattaforma: il plusvalore è fornito e acquisito da chi allestisce lo spazio (virtuale) del mercato, non da chi vi entra per vendere e comprare.

Un quarto profilo, più empirico ma con implicazioni sistematiche, è che queste piattaforme si sono sviluppate in settori non soggetti a regolamentazione con effetti solitamente disruttivi di quelle esistenti, mettendo in crisi, (ove mai questa immaginifica metafora sia esistita) il "*level playing field*". Le considerazioni sono varie. Da un lato constatiamo che la gran parte di queste esperienze nascono dove tecnologia avanzata e modesta regolamentazione si incontrano, cioè negli Stati Uniti. Le piattaforme soffrono la regolamentazione e si direbbe quasi che sono incompatibili fra di loro perché l'una vuole avere il sopravvento sull'altra e, almeno, in questa fase storica, non si riesce a trovare l'equilibrio. A voler descrivere la situazione agonisticamente, di fronte alla inarrestabile supremazia delle tecnologie digitali statunitensi, l'Europa risponde con la sua "muraglia cinese" della protezione dei dati personali. Si possono dunque confrontare diverse ideologie – nel senso più fecondo e non spregiativo del termine: negli Stati Uniti la tecnologia digitale è vista come il motore più recente dell'*American way of life* e dell'*American dream*, rispetto al quale la regolamentazione è servente. In Europa è la regolamentazione a essere vista come forma di razionale ed efficiente pianificazione pubblica dello sviluppo economico, peraltro non priva di "*success stories*" come la liberalizzazione delle telecomunicazioni, lo standard GSM, o il *Single European Sky* che consente di volare da qualsiasi punto all'altro del continente con poche decine di euro.

Vi è, infine, una questione che potremmo definire "costituzionale", ovvero quel che, semplicisticamente, potremmo definire "piattaforme come governo". Le società evolute contemporanee evidenziano sempre di più le difficoltà che i soggetti pubblici – nelle loro molteplici articolazioni – incontrano nel governare la società. Riescono a farlo quando erogano risorse o servizi di cui i cittadini hanno bisogno (*e.g.* sussidi, pensioni, servizi educativi o sanitari), ovvero quando dispongono di strumenti persuasivi/coercitivi forti. Per il resto – come è giusto che sia in democrazie avanzate – i cittadini compiono scelte individuali e libere, che però in maniera crescente vengono organizzate attraverso piattaforme telematiche. Soprattutto con riguardo alle mobilità, al tempo libero e alle aggregazioni sociali il ruolo delle piattaforme è decisivo, nel senso che le decisioni dei singoli vengono da un lato influenzate (attraverso la profilazione delle preferenze), dall'altro coordinate da soggetti privati. Uber è un tipico esempio, ma anche le varie piattaforme che informano sulla maggiore o minore disponibilità di posti aerei per una certa destinazione; sull'affollamento alberghiero; sull'intasamento del traffico; sulle preferenze di acquisto nei vari settori merceologici; sulle immagini che suscitano più emozioni; e via discorrendo.

L'importanza del ruolo delle piattaforme è evidente se si confronta quanto accade ora con la situazione di una ventina d'anni fa.

Le piattaforme dunque assumono un ruolo di organizzazione non formalizzato e nel quale le responsabilità – non solo in termini giuridici – sono incerte.

Ancora una volta non si tratta di affrontare la questione in termini manichei, bensì di

analizzare aspetti positivi – di cui peraltro tutti usufruiamo e beneficiamo – e rischi, attuali e potenziali, per effettuare gli inevitabili bilanciamenti.
Il fenomeno Uber, che esprime, in termini anche esasperati, un diverso modello economico, pone questioni di natura trasversale rimescolando assetti consolidati nel tempo, i quali venivano traslati quasi automaticamente alle nuove fattispecie ma che ora si dimostrano inadeguati.

Il caso *Uber* negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti

Luca Belviso

Abstract

Il caso *Uber* mette in luce l'intimo rapporto sussistente fra diritto, mercato e tecnologia, rappresentando un emblema dell'obsolescenza delle regole giuridiche rispetto all'evoluzione dei mercati e della tecnologia.
Ciò emerge dall'analisi di diritto comparato condotta nel presente articolo, che evidenzia il diverso approccio degli Stati rispetto alle problematiche sollevate da *Uber*: eterogeneo e tendenzialmente più aperto negli Stati federati dell'ordinamento statunitense; piuttosto omogeneo e restrittivo nei diversi Stati europei.
Orientamento, quest'ultimo – che deriva dalle molteplici pronunce delle Corti europee in cui si è ricondotta l'attività del nuovo entrante ad un servizio di trasporto svolto in regime di concorrenza sleale – a cui ha peraltro aderito di recente, almeno per ciò che attiene alla riconduzione dei servizi offerti da *Uber* alla mobilità, anche la Corte di giustizia, con una decisione assunta in via pregiudiziale e relativa ad una fattispecie emersa nell'ordinamento giuridico spagnolo.
Nella parte finale dello scritto, con riferimento al panorama europeo, si rileva la mancanza di decisioni adottate a livello politico e il ruolo centrale rivestito dai giudicanti, costretti – loro malgrado – ad assumere scelte relative alla struttura concorrenziale di un mercato, trasformandosi in regolatori e snaturando la classica tripartizione delle funzioni statali.

The Uber case highlights the connection among market, technology and law and represents the symbol of regulatory obsolescence due to market developments and technological changes.
A comparative law perspective shows that even if United States and European countries have different approaches to this issue, in both cases the well-established rules have proven inadequate to deal with the new transport service provided by Uber.
National Parliaments, in particular, avoid to amend the laws regulating urban mobility, leaving the Courts to shape the rules that govern the competitive structure of this market: in this way, judges are transformed into the actual regulators, subverting the classic trisection of state powers.

Keywords: Uber, sharing economy, corti, regolazione, tecnologia

Sommario

1. Il triplice rapporto fra mercato, tecnologia e diritto: un'introduzione al caso *Uber*. – 2. L'elemento tecnologico nella *sharing economy* "*à la Uber*" fra *apps*, *communities*, *algorithms* e sistemi di *feedback*. – 3. Il caso *Uber*. – 3.1. *Uber* e diritto statunitense. – 3.2. *Uber* e diritti nazionali in Europa: un (breve) itinerario fra Francia, Germania, Olanda, Belgio, Italia e Spagna. – 3.3. *Uber* e diritto europeo. – 4. L'insolubile dilemma dell'eterna obsolescenza del diritto. Convergenze verso un modello di giudice-regolatore?

1. Il triplice rapporto fra mercato, tecnologia e diritto: un'introduzione al caso *Uber*

Il mercato, la tecnologia e il diritto sono fra loro intimamente connessi.

Il mercato è in grado di evidenziare carenze e inadeguatezze della regolazione. Ed è il diritto che ha il compito di colmare tali lacune e risolvere dette debolezze[1]. Anche la tecnologia, come il mercato, è strettamente correlata al diritto. Basti pensare a quanto i contesti normativi possano incidere sullo sviluppo tecnologico. O, ancora, si pensi al rapporto inverso, dunque alla tecnologia e al suo innegabile ruolo di fattore di promozione di nuove regole[2].

Questo insieme di brevi considerazioni dà già l'idea dello stretto legame che unisce il diritto al mercato e alla tecnologia. Un rapporto, questo, messo in luce, oggi più che mai, dalla *sharing economy*[3], anche detta economia della condivisione o collaborativa. Al di là delle questioni definitorie che accompagnano tale fenomeno economico, che racchiude in sé attività fra loro eterogenee, alcune delle quali maggiormente orientate al mercato, altre più intrise di socialità e puro spirito di condivisione, si ritiene utile analizzare il modello e le problematiche sottese alla *sharing economy* "*à la Uber*".

Ciò per almeno tre ordini di ragioni: i) perché il gruppo *Uber* rappresenta il più rilevante operatore economico riconducibile alla *sharing economy*, ivi latamente intesa; ii) per la peculiarità del terreno di competizione in cui la stessa impresa opera, rappresentando

---

[1] Sul rapporto fra regolazione e mercato, cfr. B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2014, 5 ss.

[2] Per quanto concerne la relazione intercorrente fra il diritto e la tecnologia, cfr. A.G. Amato Mangiameli, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2017, 147 ss.; G. Finocchiaro, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2012, 831 ss.; V. M. Sbrescia, *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5, 2011, 1207 ss.

[3] La *sharing economy* rappresenta, in base alla definizione offerta *dall'Oxford Dictionary* nel 2015 (https://en.oxforddictionaries.com/definition/sharing_economy), «un sistema economico nel quale beni e servizi sono condivisi fra privati, gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso internet». Sulla *sharing economy*, in generale, cfr. M. Mainieri, *Collaboriamo. Come i social media ci aiutano a lavorare bene e a vivere bene in tempo di crisi*, Milano, 2013; R. Botsman-R. Rogers, *What's mine is yours. How collaborative consumption is changing the way we live*, London, 2010. Per una lettura giuridica, cfr. S. Crosetti, *Il seme da piantare. Le altalenanti sorti della sharing economy in Italia*, in www.amministrazioneincammino.it, 23 ottobre 2017; G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2015, 245 ss. Sui rapporti *peer to peer*, cfr. A. Quarta, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2017, 667 ss.; J. Fingletonn - D. Stallibrass, *Imprese peer to peer, regolamentazione e concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2015, 404 ss.

la mobilità urbana non di linea un mercato dovunque regolato; iii) in quanto il suo ingresso nel mercato ha sollevato, pressoché ovunque, problematiche giuridiche attinenti alla natura dei servizi resi e al rispetto delle regole già applicabili ai vettori tradizionali. Ed è così, pertanto, che lo studio di tale caso offre al giurista l'opportunità di riflettere sul rapporto fra diritto ed economia, fra regole e mercato, fra autorità e libertà, consentendo altresì di osservare l'impatto della tecnologia sui mercati regolati e di interrogarsi sul valore dell'innovazione tecnologica rispetto agli interessi di volta in volta chiamati in causa e riconducibili alla tradizione[4].

Frequente nella letteratura americana in materia di *sharing economy* è, del resto, il riferimento alla "*Uberification of Society*"[5], a riprova della forte rilevanza, anche sul piano sociale, di tale attore del mercato, quindi del suo "modo d'essere", della sua struttura organizzativa e del suo *modus operandi*. Profili, questi, che si intende di seguito descrivere. *Uber* rappresenta, anzitutto, un gruppo societario, costituito negli Stati Uniti e operativo in numerose città di tutto il mondo.

Come è noto, quel che tale operatore economico ha prodotto e immesso sul mercato è un'applicazione software mobile (*app*) su *smartphone*. E, in particolare, l'*app* di *Uber* consente l'incontro fra domanda e offerta di mobilità urbana: ciò, costituendo una *community*, in cui gli iscritti, *drivers* (sul piano dell'offerta) e utenti (sul piano della domanda), possono geo-localizzarsi, visualizzare le distanze e i tempi di attesa, mettersi in contatto, infine accordarsi per la prestazione di trasporto. A fronte del servizio di mobilità reso dal *driver* è dovuto il corrispettivo da parte dell'utente. Tale quota, da pagarsi con carta di credito, è determinata dal gruppo e quantificata con un algoritmo automatizzato secondo il meccanismo del *surge pricing*, metodologia in base alla quale il prezzo della prestazione cresce (fino al 500%) all'aumentare della domanda. Il pagamento, peraltro, viene anche mediato da *Uber*, che, dapprima, introita l'intero importo, poi, trattenuta una parte (circa il 20%) quale compenso per i servizi di competenza, provvede ad accreditare al *driver* la restante quota (circa l'80%). Al termine della corsa, trasportanti e trasportati si valutano vicendevolmente e *Uber*, in presenza di livelli di *feedback* ritenuti non adeguati, può decidere di disattivare i profili dei membri della *community*.

Delineate le caratteristiche fondamentali dell'agire economico della piattaforma, si intende approfondire, nel paragrafo che segue, l'elemento tecnologico che è intrinseco nella *sharing economy* "*à la Uber*", sì da disegnare un quadro che, benché preliminare, si presenti completo rispetto all'analisi prettamente giuridica del fenomeno *Uber*, cui è invece dedicato il terzo paragrafo.

[4] Per alcune considerazioni sul controverso rapporto fra "tradizione" e "innovazione tecnologica", sia consentito il rinvio a L. Belviso, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2017, 170 ss.

[5] Cfr., fra gli altri, H. Schneider, *Uber: Innovation in Society*, New York, 2017.

2. L'elemento tecnologico nella *sharing economy* "*à la Uber*": *apps, communities, algorithms* e sistemi di *feedback*

Ogni anno accresce in modo considerevole l'ecosistema delle *apps*. Queste ultime divengono sempre più numerose, rendendosi disponibili alla *community* della rete. L'ampliata rilevanza di tale ecosistema si deve, in particolare, allo sviluppo delle *apps* sui sistemi di tipo mobile. L'espansione impetuosa dell'*apps economy*, infatti, che si registra sia sotto il profilo numerico che del fatturato, è inevitabilmente correlata alla crescente diffusione dei *device* (*smartphone* e *tablet*). Più aumenta l'utilizzo di questi ultimi dispositivi, più è destinato ad incrementare anche il *business* delle *apps* (e dunque degli sviluppatori delle *apps*, delle piattaforme *software mobile* cui i clienti accedono per acquistare le *apps*, dei produttori di *smartphone* e *tablet*, ecc.)[6].

Per altro verso e parallelamente a tale fenomeno socio-economico se ne rileva uno ulteriore: la tendenza a costituire comunità virtuali (le *online communities*, i *social network,* i *forum,* ecc*)*. Nell'età dell'incertezza – prima di tutto economica ma non solo – le comunità tendono infatti a dare risposte concrete ai bisogni degli individui, colmando quel *gap* di sicurezza che le strutture sociali non riescono ad assicurare adeguatamente. Ci si iscrive ad una *community*, infatti, per soddisfare esigenze fra loro eterogenee: per la maggiore economicità di un bene o servizio offerto nell'ambito del gruppo, per esprimere la propria socialità, per porre interrogativi ad altri membri della comunità e via dicendo[7].

Il terzo crescente fenomeno qui d'interesse è la diffusione di piattaforme *online*, che, raccogliendo dati e informazioni sull'utenza, agiscono sulla base di algoritmi matematici. Due colossi mondiali come Google e Facebook, ad esempio, selezionano proprio tramite detti algoritmi i contenuti pubblicitari da mostrare agli utenti (tramite, ad esempio, le precedenti ricerche o il tempo di visualizzazione di un singolo contenuto)[8].

Il quarto ed ultimo elemento rilevante è l'emersione di sistemi reputazionali. Al commercio tramite *internet*, infatti, sono connessi maggiori rischi relativi a comportamenti opportunistici nell'adempimento dei contratti (per la distanza geografica, per la bassa probabilità di interazioni ripetute, per il loro carattere spesso anonimo, per i costi di uscita irrisori). In tale contesto, contraddistinto da una totale (o quasi totale) assenza di fiducia, trovano diffusione strumenti di *feedback*, che consentono la verifica preventiva della reputazione, sì da misurare la credibilità delle parti contraenti e, così, indiretta-

[6] Cfr. A. Perrucci, *L'ecosistema delle apps ed il ruolo della regolamentazione*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2014, 82 ss. Fra i numerosi studi statistici tesi a dimostrare la crescente rilevanza di tale ecosistema, cfr. OECD, *The App Economy*, *Oecd Digital Economy Papers,* 2013. Sull'ecosistema delle *Apps*, cfr. anche A. Gawer, *Platforms, Markets and Innovation*, Cheltenham (UK) and Northampton (MA), 2009.

[7] Sul tema, cfr. A.A. Lazakidou, *Virtual Communities, Social Networks and Collaboration*, New York, 2012, 1 ss.; cfr. anche Z. Papacharissi, *A Networked Self: Identity, Community and Culture on Social Networks Sites*, New York, 2009.

[8] Per alcune considerazioni, sebbene da un diverso angolo visuale, cfr. G. De Gregorio, *The market place of Ideas in the Post-Truth Age: which Liability for Public and Private Actors on the internet?*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 91 ss..

mente, contenere i rischi di inadempimenti[9].
La *sharing economy* "*à la Uber*" racchiude in sé tutto questo: *apps, communities, algorithms* e meccanismi di *feedback*. L'economia collaborativa o della condivisione, infatti, presenta una forte connotazione tecnologica, trattandosi, come già rilevato, di un sistema economico nel quale beni e servizi sono condivisi fra privati «tipicamente attraverso internet». L'accesso temporaneo a beni e servizi avviene attraverso internet. L'intermediazione fra domanda e offerta di beni e servizi opera mediante internet. L'incontro (fisico o virtuale che sia) fra i privati e, dunque, la condivisione di beni e servizi avvengono, anch'essi, in quanto esiste internet.
E gli operatori economici della *share* condividono naturalmente questa connotazione. *Uber*, come già rilevato, fornisce una *app* agli utenti; crea una *community*; individua le preferenze degli iscritti e conforma le proprie azioni in base ad esse, determinando i prezzi; presenta meccanismi reputazionali che consentono ai suoi iscritti di valutarsi reciprocamente e stimare la credibilità di ciascun membro all'interno della comunità.
Tale modello, fortemente innovativo, appare assai differente rispetto alle modalità con cui i servizi di mobilità urbana non di linea vengono tradizionalmente erogati. E tale diversità, unita certamente agli interessi economici propri di ciascuna categoria, rende sempre più distanti le categorie professionali tradizionali dal nuovo gruppo economico, mondi, questi, che appaiono ad oggi inconciliabili e del tutto incapaci di comunicare.

3. Il caso *Uber*

3.1. *Uber* e diritto statunitense

Il diritto statunitense merita, in relazione al caso *Uber*, un riguardo particolare.
La prima ragione che conduce a polarizzare l'attenzione verso il sistema giuridico degli Stati Uniti attiene alle origini stesse di tale operatore del mercato.
Detto gruppo economico viene fondato, infatti, nel 2009, in California, iniziando, dal 2010, ad operare nella città di San Francisco, negli anni immediatamente successivi, a New York City, Chicago, Washington, e, da lì, infine, diffondendosi, con ampio successo, in quasi tutte le città statunitensi. E, se una spiegazione a tale fortuna la si vuole offrire, essa è da rintracciarsi nella valorizzazione dell'imprenditorialità tipica della cultura statunitense, oltre che nella crisi economico-finanziaria insorta dal 2008 negli Stati Uniti – qui, ancora prima che in Europa –, elementi che hanno costituito il substrato socio-economico ideale per l'ascesa – peraltro così celere! – di *Uber*.
È nel contesto americano, dunque, che si è affermata in un primo tempo tale società, che, con la propria attività di intermediazione, ha consentito l'esprimersi di un'offerta di mobilità (di frequente) a prezzi più contenuti rispetto a quelli richiesti dai profes-

[9] Cfr. fra gli altri, G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2016, 199 ss. Dello stesso Autore, cfr. anche G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, cit., 264-268. Sul ruolo della reputazione nei mercati, benché con riferimento ad un mercato del tutto differente, cfr. anche L. Galli-M. Ramajoli, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2017, 63 ss.

sionisti del settore; ed è proprio nelle città in cui si è affermata, inevitabilmente, che si sono sviluppate anche le prime resistenze dei tassisti e, con esse, sono emerse talune questioni giuridiche. Problematiche, queste, che, come si vedrà, non differiscono da quelle che si rinvengono anche in altri ordinamenti, ma che – ed è quello che induce ad interessarsi a tale sistema – proprio nell'ordinamento nord-americano hanno trovato il loro originario sviluppo.

Dal punto di vista del diritto, la disciplina statunitense in materia di mobilità urbana non di linea non può non risentire della struttura federale dell'ordinamento nord-americano, articolandosi su tre livelli distinti di governo: federale, statale e municipale[10]. A ben vedere, tuttavia, a fronte del limitato ruolo assolto a livello centrale – dove, ad esempio, con il Federal Trade Commission Act del 1914 e con i successivi *Amendments*, si delimita la nozione di *unfair competition* – sono gli Stati federati e le varie municipalità ad essere i veri protagonisti dal punto di vista regolatorio.

Sono questi ultimi, infatti, che, a partire dagli anni Trenta del XX secolo, hanno iniziato a intervenire in materia di servizio taxi, in un alternarsi di fasi di *regulation*, *deregulation e*

[10] A tal fine, si rileva che la Costituzione federale del 1787, all'art. 1, sez. 8, ripartisce i poteri legislativi fra Stato federale e Stati membri, affidando al Congresso, quale organo federale, sia alcuni poteri esplicitamente menzionati (cd. *enumerated powers*) – fra cui si annoverano il "potere della spada" (di dichiarare guerra e di costituire e mantenere gli eserciti), il "potere della borsa" (di imporre e percepire tasse, diritti, imposte e dazi), il potere di regolare il commercio con i Paesi esteri e fra i diversi Stati federati (potere derivante dalla cd. *commerce clause*) - che tutti quei poteri che, pur non espressamente previsti, appaiono fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi della politica del Paese (cd. *implied powers*). Diversamente, gli Stati federati sono titolari di una competenza residua ma generale, dunque ben più allargata, potendo, in base al X emendamento della Costituzione federale, esercitare tutti quei poteri che la Costituzione non attribuisce al Congresso e contestualmente non inibisce agli Stati membri, pur nel rispetto della Costituzione, delle leggi federali e dell'obbligo di non ostacolare il commercio inter-statale (cd. *police power*). Cfr., fra gli altri. D.S. Kaplan, *An introduction to American Legal System, Government, and Constitutional law*, New York, 2015. Di particolare interesse, poi, appare il riferimento agli "*implied powers*", posto che essi si pongono alla base della teoria dei poteri impliciti, la cui rilevanza è nota non solo nell'ordinamento dell'Unione europea, ma anche in quelli degli Stati membri. A livello europeo, in particolare, la teoria dei poteri impliciti, che ha preceduto l'attuale clausola di flessibilità prevista dal Trattato di Lisbona all'art. 352 TFUE, è stata elaborata dalla Corte di giustizia sulla base del dettato dell'art. 308 TCE e ha consentito all'Unione europea: di agire in settori in cui la sua azione non era prevista dai Trattati istitutivi; di attribuirsi, in settori di intervento, poteri non previsti dai Trattati; di far uso di poteri collegati a quelli già previsti (e, dunque, per così dire, di incrementarli) in settori d'intervento. Per ciò che concerne gli Stati membri, si segnala l'utilizzo di tale teoria, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, da parte della giurisprudenza amministrativa, ove ammette l'utilizzo di poteri normativi impliciti da parte delle autorità di regolazione. Cfr., fra gli altri, G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, 703 ss.

ri-regulation[11]. E, osservando tali quadri regolatori, è possibile rilevare talora un'impronta marcatamente statale, altre volte una prevalenza del ruolo municipale. Ciò a seconda che gli Stati federati abbiano deciso di ingerire maggiormente sulla disciplina del servizio, delineando cornici normative che le varie municipalità sono tenute a rispettare nell'adozione delle loro determinazioni (quello che avviene, ad esempio, per lo Stato della California), o, diversamente, abbiano preferito delegare alle diverse realtà locali, completamente e già in radice, il potere di regolare il servizio con propri atti amministrativi (modalità scelta, ad esempio, dallo Stato di New York).

Analizzando, seppur in via generale, i diversi modelli regolatori adottati dalle varie città statunitensi, è possibile rilevare un'estrema eterogeneità, specie con riferimento a tre caratteri – di seguito indicati – che risultano più o meno accentuati in direzione dirigistica-paternalistica a seconda del grado di *ri-regulation* attuato. In particolare:

i) la previsione di un sistema di licenze, che appare, talvolta, contingentato in termini assoluti (come avviene per la municipalità di New York City), altre volte, contingentato salva previsione derogatoria che conferisce alla municipalità il potere di rilasciare licenze oltre il numero predeterminato a livello statale (come a Los Angeles), altre volte ancora, non contingentato (come è previsto a San Diego);

ii) l'esistenza di regimi tariffari, in alcuni casi amministrati per qualsiasi tratta, in altri casi amministrati solo per "tratte sensibili" e mediante la determinazione dei soli massimali (come avviene nelle città di New York City, San Diego e Los Angeles), in altri casi ancora non connotati da alcun tipo di intervento pubblico;

iii) la presenza di obblighi di servizio, come quello di prestare l'attività richiesta senza potersi rifiutare (anche laddove anti-economica) o quello di offrire prestazioni di mobilità anche ai residenti di zone disagiate (obbligo che è di particolare rilevanza in un territorio così esteso!).

L'avvento di *Uber*, come già rilevato, ha generato forti resistenze degli operatori tradizionali e, talvolta, anche interventi da parte delle Corti. E così non poteva non essere, posto che tale gruppo economico, pur svolgendo apparentemente un'attività di intermediazione, finisce per soddisfare, con la propria offerta, lo stesso bisogno di mobilità

[11] La storia della regolazione del servizio taxi negli Stati Uniti è caratterizzata dall'alternarsi di fasi in cui l'intervento pubblico è stato pervasivo con altre in cui si è realizzata una vera e propria *deregulation*. In particolare, le ragioni che hanno condotto a regolare, intorno agli anni Trenta, il servizio di trasporto privato sono da rinvenirsi: i) nella diffusione delle automobili; ii) nella crisi economica del 1929. Tali circostanze, infatti, a cascata, hanno comportato un aumento smisurato dell'offerta, la diminuzione di guadagno per ciascun singolo vettore, l'aumento del prezzo delle corse per far fronte alle esigenze minime di sopravvivenza e la contestuale diminuzione della qualità del servizio (in particolare, per gli aspetti relativi alla sicurezza dei veicoli) e, conseguentemente, anche il successivo crollo della domanda. Tale contesto di generale inefficienza ha spinto i pubblici poteri ad intervenire in maniera, regolando il settore in maniera assai penetrante, al fine di recuperare l'efficienza perduta: ad esempio, mediante l'introduzione di sistemi autorizzatori basati sul rilascio di licenze a favore di soggetti in possesso di stringenti requisiti tecnico-professionali, accompagnati dalla previsione di contingentamenti; ancora, attraverso la determinazione dei prezzi. Tale fase di iper-regolazione non ha tuttavia generato i risultati attesi in termini di efficienza, ragione per la quale si è successivamente deciso di realizzare una *deregulation* del settore, da collocarsi fra gli anni Settanta e Ottanta del XX secolo, connotata dal tendenziale superamento dei sistemi autorizzatori a numero chiuso e dalla liberalizzazione delle tariffe. Anche tale fase di *deregulation*, tuttavia, non ha conseguito gli esiti auspicati, specie sotto il profilo della qualità del servizio reso, generando altresì diversi comportamenti opportunistici da parte dei conducenti. A causa di ciò, molti Stati hanno deciso di ri-regolare il servizio. Cfr. E. Mostacci, *Un arabesco regolatorio tra Federazione e Stati federati: l'avvento di Uber negli Stati Uniti*, in E. Mostacci-A. Somma (a cura di), *Il caso Uber – La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, 43 ss.

urbana cui è teso il servizio erogato dai tassisti.
In particolare, l'accusa principale mossa al nuovo entrante è quella di configurare un'ipotesi di *unfair competition*, in virtù: i) della natura dell'attività svolta, che non sarebbe dissimile da quella dei vettori tradizionali, e ii) dell'indebito vantaggio competitivo ottenuto a seguito della mancata omologazione rispetto al servizio di trasporto con vetture su piazza e, dunque, della violazione delle regole relative al servizio taxi.
In riferimento si segnalano le considerazioni compiute dalla U.S. District Court of Massachusetts, in cui il *Judge* Nathaniel M. Gorton si è espresso – prima che la lite venisse transata – nel senso di configurare la *unfair competition*[12]. Ciò, in forza della legge *antitrust* dello Stato del Massachusetts, che, recependo l'originaria impostazione del Federal Trade Commission Act del 1914, ritiene integrante la fattispecie in esame ogni qualvolta vi sia – come appunto nel caso *Uber* – un danno sostanziale ai *competitors*. Si segnala che tale legge, tuttavia, non troverebbe più corrispondenza con le modifiche apportate all'atto federale del 1914 suindicato ad opera del FTC Amendment Act del 1994, modifiche che, ispirate agli insegnamenti della Scuola di Chicago, hanno delimitato l'ipotesi in esame al solo caso di lesione ai danni dei *consumers*, con irrilevanza di ciò che attiene alla sfera dei *competitors*.
Altra accusa rivolta al nuovo entrante è quella di non rientrare nella *sharing economy* e di non connotarsi dello spirito di condivisione che caratterizza invece le piattaforme riconducibili a tale etichetta.
In riferimento a detta accusa, la municipalità di Anchorage, ad esempio, ha contestato la legittimità del servizio di fronte alla Superior Court municipale, chiedendo ad essa di imporre lo svolgimento dell'attività in condizioni di sostanziale gratuità, dunque senza margini di profitto per la società. Richiesta, questa, che è stata accolta dal *Judge* Micheal Corey della Anchorage Superior Court[13] e che non poteva non comportare, inevitabilmente, anche la scelta di *Uber* di inibire il servizio sul relativo territorio.
In ogni caso, al di là delle pronunce suindicate, l'eterogeneità ha fatto ancora una volta da sovrana, caratterizzando non solo, come già osservato, la delineazione di cornici di regole valevoli per il servizio taxi, ma anche le stesse reazioni degli Stati e delle municipalità di fronte all'ascesa di *Uber*. Reazioni, queste, che sono state, a seconda dei casi: i) favorevoli e tese a non ostacolare l'ingresso del nuovo operatore (come è avvenuto nella municipalità di Pittsburgh); ii) ostili all'ascesa del nuovo entrante e inclini ad estendere anche ad esso la disciplina già applicabile ai vettori tradizionali (come è accaduto nello Stato della South Carolina, oltre che in diverse municipalità, quali Anchorage o New York City[14]; iii) volte a creare una terza via intermedia, sì da regolare la nuova

[12] Cfr. *Boston Cab Dispatch e altri contro Uber Technologies Inc.*, n. Civ. A. 13-10769, del 27 marzo 2014, 26 gennaio 2015 e 19 aprile 2016.

[13] Cfr. *Municipality of Anchorage contro Uber Techs Inc.,* n. 3AN-14-09530CI, del 13 ottobre 2014.

[14] Ad esempio, nella città di New York City il Sindaco Bill De Blasio ha proposto di introdurre, anche per i guidatori di *Uber*, l'obbligo di dotarsi di licenza, suggerendo l'idea di istituire, anche per essi, un sistema regolamentato di ingresso nel mercato. Proposta, questa, che non è stata gradita ad *Uber*, che ha deciso di inserire, nella sua *app*, accanto alla ordinaria modalità di visualizzazione dei *drivers*, una fittizia "modalità De Blasio", con il fine di mostrare all'utente cosa sarebbe successo ove la proposta del Sindaco fosse stata accolta, con la scomparsa dunque delle automobili in circolazione e la comunicazione di un tempo di attesa pari a 25 minuti. Cfr. R. Cohen, *Uber mows down Bill de Blasio*, in *The Washington post*, 27 luglio 2015.

piattaforma e allo stesso tempo non gravare su di essa con vincoli che ne avrebbero impedito l'effettiva operabilità.
Tale ultima opzione è stata attuata da diversi Stati, in quanto capace – perlomeno in teoria – di bilanciare l'interesse all'innovazione tecnologica e allo sviluppo del mercato nel senso dell'efficienza con quelli dell'utenza: interessi, questi ultimi, anch'essi di varia natura, relativi alla loro sicurezza o alla volontà di impedire fenomeni di *price gouging* a loro danno (situazione patologica che si è manifestata con lo smisurato innalzamento dei prezzi in situazioni di emergenza, come è avvenuto in occasione dell'uragano *Sandy* a New York City).
Tali Stati – come la California, il Colorado, il Nevada, il Massachusetts – in particolare, hanno creato, a partire dal 2013, la categoria delle Transportation Network Companies (TNC), in cui rientrano di pieno diritto *Uber* e tutte quelle piattaforme che prestano servizi di mobilità tramite strumenti tecnologici, ricollegando a tale etichetta una disciplina giuridica volta a consentire l'avanzamento economico del nuovo entrante, pur nel rispetto di certi vincoli a garanzia dell'utenza: dunque, disposizioni che fissano requisiti ulteriori e forme di controllo per i *drivers* (California, Colorado, Nevada) o disposizioni che stabiliscono tetti massimi agli incrementi di prezzo (Massachusetts)[15].
Il quadro complessivo sembra dunque costituito da una miriade di sfaccettature, derivanti anche dalla struttura federale degli Stati Uniti, inerenti alla regolazione dei servizi tradizionali, alle decisioni assunte dai diversi decisori pubblici in relazione al fenomeno *Uber*, alle pronunce dei giudici. Il tutto, però, sembra anche atteggiarsi attorno a una direttrice nuova intrapresa dagli Stati, che sembra in grado di valorizzare l'individualismo economico, l'innovazione e lo sviluppo delle nuove tecnologie. E tale via intermedia, come si vedrà con riferimento all'ordinamento giuridico nazionale, sembra evocare e richiamare la strada della "regolazione leggera", più volte suggerita anche dalle autorità amministrative indipendenti del nostro Paese.

3.2. *Uber* e diritti nazionali in Europa: un (breve) itinerario fra Francia, Germania, Olanda, Belgio, Italia e Spagna

Lo scenario europeo in materia di trasporto urbano non di linea[16] appare fortemente regolato. Un quadro, questo, tendenzialmente omogeneo, in quanto caratterizzato – al di là di qualche eccezione - da sistemi di licenze, contingentamenti, tariffe amministrate, obblighi di servizio pubblico e rigide distinzioni fra servizio taxi e servizio di noleggio con conducente.

[15] Per un approfondimento sulle TNC, cfr. E. Mostacci, *Un arabesco regolatorio tra Federazione e Stati federati: l'avvento di Uber negli Stati Uniti*, cit., 75-80. Cfr. il *report* dal titolo *Il servizio di trasporto di passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software - materiali per una ricerca, in Servizio Studi - Corte Costituzionale - Area di diritto comparato*, 113 ss, ove viene delineato anche un quadro maggiormente analitico delle controversie, invero innumerevoli, relative ad *Uber*, sorte negli Stati e nelle municipalità dell'ordinamento in esame.

[16] Per un contributo prezioso atto a delineare i quadri normativi in Europa, cfr. il *report* dal titolo *Il servizio di trasporto di passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software - materiali per una ricerca, in Servizio Studi - Corte Costituzionale - Area di diritto comparato*, cit.

Una tendenziale omogeneità si rileva anche con riguardo alla successione di eventi manifestatesi all'indomani dell'ingresso nel mercato del nuovo operatore economico. All'avvento di *Uber* nelle più importanti città d'Europa sono seguite, infatti, pressoché in ogni contesto, dapprima le rivendicazioni degli operatori tradizionali del settore, poi i provvedimenti delle diverse amministrazioni interessate, infine le decisioni assunte dalle Corti nazionali, quasi mai disponibili ad accogliere le istanze degli esponenti della *new economy*. Atteggiamento di chiusura, questo, peraltro, che non ha riguardato soltanto il servizio *Uberpop*[17], estendendosi, non di rado, anche al servizio *Uberblack*[18].

In Francia, ad esempio, paese in Europa in cui *Uber* ha mosso i primi passi, vi è un sistema normativo ricco di regole e vincoli, specialmente a seguito dell'adozione della legge Thèvenoud del 2014[19], che ha ri-regolamentato il settore del trasporto urbano non di linea apportando diverse modifiche all'originario codice dei trasporti. Ed è proprio sulla base delle disposizioni ivi introdotte – peraltro ritenute (in gran parte) conformi al dettato costituzionale dal Conseil constitutionell[20] – e a quelle contenute nella disciplina *antitrust* che la Cour d'Appel de Paris ha inibito l'erogazione del servizio *Uberpop*, ritenuto una forma di concorrenza sleale[21].

Non troppo dissimile appare la situazione in Germania, ove è sussistente un mercato altamente amministrato – in particolare tramite una legge sul trasporto di persone del 1861[22] – e ove le Corti, sia amministrative che civili, si sono poste in posizione di netta chiusura nei confronti del nuovo attore del mercato[23].

In Olanda, ancora, paese che pur si caratterizza per un sistema maggiormente liberalizzato (dove, ad esempio, pur essendo previsto un sistema di licenze, non esiste alcun contingentamento), il servizio *Uberpop* è stato inibito[24].

---

[17] *Uberpop* rappresenta un servizio di intermediazione fra autisti non professionisti ed utenti. Tale servizio è, evidentemente, quello che ha generato maggiori problematicità e ciò per il maggiore distacco che caratterizza la sua offerta rispetto a quella tradizionalmente resa all'interno del suddetto mercato. In tal caso, infatti, il possesso di uno *smartphone* con l'*app* di *Uber*, un'automobile a 5 porte immatricolata da non più di 8 anni e una patente di guida non sospesa da almeno 3 anni sono sufficienti per divenire *driver* di *Uber*, erogando un servizio di trasporto equiparabile a quello offerto dai vettori tradizionali.

[18] *Uberblack* costituisce un servizio di intermediazione fra autisti professionisti ed utenti: mediante tale servizio, i conducenti già titolari di autorizzazione NCC, e dunque professionisti, divengono anche autisti di *Uber*, offrendo un servizio ulteriore e parallelo rispetto a quello tradizionale.

[19] Cfr. Loi relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur del 1 ottobre 2014, n. 1104.

[20] Cfr. Cons. const., 22 maggio 2015, nn. 468/469/472; Cons. const., 22 settembre 2015, n. 484.

[21] Cfr. Cour app. Paris, Pole 4 - Chambre 10, 7 dicembre 2015, che conferma la decisione di primo grado del Trib. Grande instance Paris - Chambre 312, 16 ottobre 2014.

[22] Cfr. Personenbeförderungsgesetz del 21 marzo 1961.

[23] Cfr. Tribunale amministrativo (VG) di Berlino, ordinanza del 26 settembre 2014, VG 11 L 353.14 (confermata, in sede di reclamo, dal Tribunale amministrativo superiore (OVG) di Berlino, ordinanza del 10 aprile 2015, OVG 1 S 96.14); Tribunale amministrativo superiore (OVG) di Amburgo, ordinanza del 24 settembre 2014, 3 Bs 175/14. In relazione ai giudizi civili, cfr. Tribunale (LG) di Francoforte sul Meno, sentenza del 18 marzo 2015 - 3 08 O 136/14 ed altri (confermata in appello da Corte d'appello (OLG) di Francoforte sul Meno, sentenza del 9 giugno 2016 - 6 U 73/15); Tribunale (LG) di Berlino, sentenza del 9 febbraio 2015 - 101 O 125/14 (confermata da Kammergericht (KG - giudice di appello) di Berlino, sentenza dell'11 dicembre 2015 - 5 U 31/15); Tribunale (LG) di Berlino, sentenza dell'11 aprile 2014, 15 O 43/14.

[24] Cfr. *UberPop discontinues in The Netherlands*, in *www.uber.com*, 18 novembre 2015; *More Woe for Uber as ride-sharing service UberPop ban upheld in the Netherlands*, in *www.techcrunch.com*, 8 dicembre 2014; e *Uber to Drop Low-Cost Uberpop Car-Hailing Service in the Netherlands*, in *The Wall Street Journal*, 18 novembre 2015.

Un atteggiamento di chiusura si riscontra anche in Belgio, a seguito di più pronunce da parte del *Tribunal de commerce de Bruxelles*[25].

Anche osservando l'ordinamento giuridico nazionale, si rileva un mercato connotato da un impianto regolatorio assai pervasivo e riservato, tradizionalmente, ai professionisti autorizzati del settore: tassisti e conducenti NCC. È la legge 15 gennaio 1992, n. 21, in particolare, a delineare le regole applicabili al servizio taxi e al servizio NCC, riconducendo entrambi alla categoria dei servizi pubblici[26].

Per quanto riguarda il servizio taxi, la natura pubblica deriva dalla presenza di taluni obblighi diseconomici che il professionista non assumerebbe se fosse libero di agire in base alla pura logica di mercato: obblighi tariffari; obblighi di prestazione; obblighi di continuità (spazio-temporale) del servizio. E tutta la disciplina del servizio taxi contenuta nella legge quadro conferma tale assetto, incrementandone per così dire la connotazione pubblicistica (ad esempio, ove si esclude l'obbligo di preventiva prenotazione, connotando il servizio in questione quale "servizio di piazza")[27]. Per ciò che attiene, invece, alla pubblicità del servizio NCC, essa non è riconducibile alla presenza di obblighi di pubblico servizio, trattandosi di prestazioni di mobilità non obbligatorie, non continuative, oltre che dal corrispettivo liberamente determinato dalle parti[28]. Un'attività, cioè, questa, che è fortemente caratterizzata da spazi di autonomia privata[29] e che, se si intende ricondurre al diritto pubblico, è solo per la sussistenza di taluni obblighi diseconomici comunque gravanti sui conducenti NCC: fra tutti, l'obbligo di fare ritorno presso la rimessa dopo ogni prestazione di trasporto[30].

A fronte degli obblighi sopra indicati, con quella che potrebbe definirsi una logica di natura compensativa, il legislatore ha deciso di regolamentare severamente il mercato in questione: in particolare, Tramite la predisposizione di un rigoroso sistema d'ingresso al mercato, basato sulla titolarità di licenze taxi e autorizzazioni NCC, e mediante la

---

[25] Cfr. Tribunal de commerce de Bruxelles, dec. 31 marzo 2014, *Taxi Radio Bruxellois*.

[26] Cfr. art. 1, l. 21/1992.

[27] Cfr. art. 2, c. 1 e 2; art. 11, c. 1 e 2, l. 21/1992. In relazione alla disciplina del servizio taxi, si segnala che l'obbligo di continuità è l'unico a non trovare un riferimento normativo espresso all'interno della legge quadro. Tuttavia, parte della dottrina rinviene il suo fondamento giuridico negli artt. 1, c. 2, e 2, c. 1, regolamento 2007/1370/CE, dai quali emerge una nozione ampia di "trasporto pubblico di passeggeri su strada", in cui sarebbe incluso a pieno titolo il servizio taxi, oltre che alcuni principi riferibili alla categoria medesima, fra cui quello di continuità del servizio. Cfr. C. Iaone, *La regolazione del trasporto pubblico locale – Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, 159; M.A. Carnevali Venchi, *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 1109 (seppur con riferimento ai precedenti regolamenti comunitari, che contenevano, a loro volta, analoga definizione e connessi principi).

[28] Cfr. art. 3, c. 1, 2 e 3; art. 11, c. 3 e 4; art. 13, c. 3, l. 21/1992.

[29] Per tale ragione, diffusa è la constatazione che si tratti di un servizio di trasporto disciplinato dal diritto privato o attratto, ad ogni modo, più alla sfera privatistica che a quella pubblicistica. Cfr. Cons. St., sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 3586. In dottrina, cfr. C. Iaone, *La regolazione del trasporto pubblico locale – Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, cit., 148.

[30] Si tratta di una misura la cui finalità sarebbe quella di evitare la sovrapposizione con il servizio taxi e non pregiudicare la sostenibilità economica dell'attività svolta dai tassisti. In questo senso, fra gli altri, A. Somma, *Il caso Uber. Mercati amministrati e disciplina del trasporto pubblico non di linea*, in E. Mostacci-A. Somma (a cura di), *Il caso Uber – La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, cit., 4.

fissazione di un contingentamento[31].

Anche in Italia, dopo l'avvento di *Uber* nel mercato, in attesa di un intervento normativo volto a disciplinare la sua offerta, è dinanzi alle Corti che si è sviluppato il terreno di conflitto fra i vettori tradizionali e il nuovo entrante[32]. E gli interventi pretori, sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo, hanno riguardato tanto il servizio *Uberblack*[33], quanto il servizio *Uberpop*. Tuttavia, solo con riferimento a quest'ultimo servizio il giudice ordinario (*rectius*, i Tribunali di Torino e di Milano) è giunto a confi-

[31] Cfr. artt. 6, 8 e 9, l. 21/1992, in relazione al contingentamento e ai rigorosi requisiti professionali richiesti per l'ottenimento dei titoli autorizzatori. Trattasi di misure che, pur tese a realizzare più elevati *standard* di sicurezza, sia per il passeggero che per la collettività in genere, rischiano di rappresentare una protezione – forse eccessiva – per gli operatori già attivi nella competizione.

[32] Per un quadro maggiormente analitico delle decisioni adottate, sia consentito il rinvio a L. Belviso, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, cit., 185 ss.

[33] Con riguardo al servizio *Uberblack*, i giudici si sono pronunciati in particolare sulla necessità, da parte degli autisti professionisti di *Uber*, di rispettare l'obbligo di ritorno in rimessa, ritenendo gli stessi di essere liberi di operare in base all'esclusivo interesse commerciale nell'ambito di tale attività e non rispettare, dunque, tale vincolo antieconomico. Del resto, potrebbe sembrare «irrazionale alla luce del progresso della tecnica che, dopo la conclusione di una corsa, il conducente, che immediatamente dopo riceva in via telematica altra richiesta, debba necessariamente fare ritorno alla propria rimessa [...] anziché raggiungere direttamente il cliente in attesa» (Così, T. a. r. Lombardia, Milano, ord. 23 ottobre 2013, n. 1131). Al di là e in contrapposizione all'*obiter dictum* summenzionato, tuttavia, si pone il prevalente orientamento giurisprudenziale, incline ad equiparare i servizi NCC e *Uberblack*, per estendere ai conducenti professionisti di *Uber* l'obbligo di ritorno in rimessa e, conseguentemente, legittimare le sanzioni loro inflitte dalle amministrazioni locali per la violazione delle connesse disposizioni precettive e sanzionatorie. Cfr. in relazione alla giurisprudenza amministrativa, TAR Lombardia, Milano, ord. 8 luglio 2016, n. 860; con riguardo, invece, alla giurisprudenza civile, cfr. Trib. Milano, sez. I, 6 luglio 2015, n. 8359 (*contra* Giudice di pace di Milano, 12 novembre 2013, n. 113858). Dette pronunce assumono, in particolare, quale presupposto per la decisione, la (già) piena operatività dell'obbligo di ritorno in rimessa, vincolo la cui efficacia è talora messa in discussione – già per gli NCC, tanto più per il servizio *Uberblack* – a causa della mancata adozione di decreti governativi che avrebbero dovuto dettare le disposizioni di attuazione di tale vincolo. Sull'operatività dell'obbligo di ritorno in rimessa, cfr. N. Canzian, *Il legislatore tentennante sul servizio di noleggio con conducente: l'incertezza ricostruttiva fra reviviscenza e assenza di una disciplina positiva*, in questa *Rivista*. Proprio il mancato rispetto dell'obbligo di ritorno in rimessa ha persino condotto il giudice ordinario a ritenere, in un'occasione, che la condotta degli autisti professionisti di *Uber* integrasse gli estremi della concorrenza sleale *ex* art. 2598 c.c., violando, questi ultimi, vigenti obblighi legislativi, per ottenere un indebito vantaggio competitivo. Tale tesi si rinviene, in particolare, in una decisione del Tribunale di Roma dell'aprile 2017, nota per aver inibito l'erogazione del servizio *Uberblack* sul territorio nazionale. Sentenza, questa, che è stata revocata, nel mese successivo, dalla stessa Corte, con una decisione ad essa antitetica, che ha ritenuto attualmente inefficace l'obbligo di ritorno in rimessa. Cfr. Trib. Roma, sez. IX - specializzata in materia d'impresa, ord. 26 maggio 2017, (R.G. n. 25857/2017), che ha revocato Trib. Roma, sez. IX - specializzata in materia d'impresa, ord. 7 aprile 2017 (R.G. n. 76465/2016).

gurare la concorrenza sleale e inibire l'attività[34].
Per ciò che concerne, infine, la Spagna, si rileva anche qui un mercato intriso di regole[35] e una giurisprudenza ostile che inibisce i servizi offerti dal nuovo entrante[36]. Tuttavia, tale ordinamento ha recentemente acquisito spiccata rilevanza in relazione al caso *Uber*, in virtù di una pronuncia adottata dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale, che, come meglio si vedrà nel paragrafo che segue, potrebbe rendere ancora più restrittivo l'approccio con cui gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea debbono interfacciarsi con la nuova piattaforma.

3.3. *Uber* e diritto europeo

Guardando oltre gli esiti dei pronunciamenti delle Corti e soffermandosi, invece, sulle considerazioni che le stesse hanno condotto per motivare la sussistenza o meno delle pratiche concorrenziali sleali, emerge in modo costante, talora più esplicitamente, altre volte più implicitamente, una fase: quella in cui i Giudici si trovano a dover interpretare la natura dell'attività svolta da *Uber*, al fine di comprendere se, dietro la veste dell'intermediazione elettronica, si celi, invero, una sostanziale attività di trasporto.
In Europa, come già rilevato, le Corti hanno frequentemente – da qui l'omogeneità rilevata –smascherato la realtà delle cose, forti di un diritto che guarda sempre più al dato sostanziale che a quello formale. Solo rilevando nell'attività di *Uber* un servizio di mobilità, infatti, le stesse hanno potuto pronunciarsi nel senso della concorrenza sleale.
Negli Stati Uniti, diversamente – vuoi per la maggiore attrazione (e forse attenzione) verso nuove forme di sviluppo economico e tecnologico, vuoi per la complessità di un quadro che per sua natura non si presta a sistematizzazioni, vuoi, ancora, per la maggiore sensibilità che il diritto della concorrenza indirizza verso i *consumers* e non verso i *competitors* – sembra prevalere la frammentazione e la pluridirezionalità degli indirizzi.
Anche il diritto europeo si è recentemente interessato alla natura dei servizi erogati da *Uber*, in relazione ad una fattispecie sorta nell'ordinamento giuridico spagnolo. In par-

[34] Cfr. Trib. Torino, sez. I - civile, 24 marzo 2017, n. 1553; Trib. Milano, sez. specializzata in materia d'impresa, ord. 25 maggio 2015 (R.G. n. 16612/2015), confermata in sede di reclamo da Trib. Milano, sez. specializzata in materia d'impresa, ord. 2 luglio 2015 (R.G. nn. 35445/2015 e 36491/2015). Al di là delle singole motivazioni che si rinvengono nelle decisioni sopra indicate, il punto focale che si pone a fondamento delle considerazioni sviluppate in ciascuna pronuncia è sempre il medesimo: la natura dei servizi effettivamente resi da *Uber*. Quel che viene contestato, infatti, è che *Uber* rappresenti un mero intermediario fra domanda e offerta di servizi: del resto – come viene messo in evidenza – il gruppo societario determina il corrispettivo, media il pagamento, trattiene una quota dalla prestazione di trasporto resa dai *drivers*, con i quali sembrerebbe costituire un'unica unità economica. Non solo. Altra considerazione che si rinviene nelle decisioni summenzionate è che lo stesso mercato debba essere definito tenendo in considerazione la tipologia di clientela, la soddisfazione dei medesimi bisogni, la fungibilità delle prestazioni: aspetti, questi, che conducono ad inquadrare *Uber* nel mercato della mobilità urbana, in competizione con i vettori tradizionali. Pertanto, l'attività resa da *Uber* – operatore economico che non si colloca dunque in posizione di terzietà rispetto alle parti e che svolge invece assieme ai propri *drivers* un servizio di trasporto – integrerebbe gli estremi della concorrenza sleale, a causa della violazione, da parte dei suoi autisti, di quelle disposizioni relative alle modalità di ingresso nel mercato e allo svolgimento del servizio al cui rispetto sono diversamente tenuti i tassisti.

[35] Cfr. l. 4 luglio 2003, n. 19 (Ley del taxi).

[36] Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Madrid, ordinanza del 9 dicembre 2014 (n. ric. 707/2014).

ticolare, un'associazione di tassisti di Barcellona (denominata Elite Taxi) ha proposto, in data 29 ottobre 2014, un ricorso al tribunale del commercio della stessa città (Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona), affinché accertasse che *Uber* (*rectius, Uber Systems Spain S.L.*), nell'ambito della propria attività con il servizio *Uberpop*: i) violasse le regole relative al trasporto urbano non di linea (specie, l'art. 4 della Ley 19/2003 *del Taxi*, che prescrive l'obbligo di licenza e di autorizzazione per svolgere attività di trasporto, rispettivamente, urbano e inter-urbano); ii) integrasse gli estremi della concorrenza sleale (con violazione della Ley 3/1991 de Competencia Disleal). Chiedendo, per tali ragioni, anche la condanna della società a cessare lo svolgimento della propria attività.

Il tribunale del commercio adito, tuttavia, in dubbio circa la corretta collocazione nel mercato di tale tipologia di servizi – che da una parte sono collegati ad un'applicazione per *smartphone* e sono retribuiti per la messa in contatto fra *drivers* non professionisti ed utenti, ma che dall'altra consentono un servizio di mobilità che altrimenti non esisterebbe – ha ritenuto di non potersi pronunciare sulla domanda prima di aver ottenuto, sul punto, anche l'interpretazione della Corte di giustizia.

Il quesito che il giudice di rinvio spagnolo ha posto alla Corte europea è – in base alla riformulazione operata dalla medesima – se tale servizio debba essere considerato: un servizio di trasporto (con applicazione dell'art. 58, par. 1, TFUE) o un servizio di intermediazione elettronica appartenente alla società dell'informazione (con conseguente applicazione dell'art. 56 TFUE, della direttiva cd. servizi 2006/123/UE, della direttiva 2000/31/CE e della direttiva 98/34/CE).

La Corte, con sentenza del 20 dicembre 2017 (causa C-434/15), pur non negando la natura di intermediario che pur sussiste in capo ad *Uber*, rileva – non distaccandosi da quanto già espresso dall'Avvocato Generale M. Szpunar – che tale gruppo «crea al contempo un'offerta di servizi di trasporto urbano che rende accessibile segnatamente con strumenti informatici […] e di cui organizza il funzionamento generale». Senza tale applicazione – rileva la Corte – i «conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto» e «le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti». Affermazioni, queste – in estrema sintesi – attraverso cui la Corte mette in evidenza il rapporto di strumentalità che sussiste fra intermediazione e mobilità, tale per cui la seconda non esisterebbe se non ci fosse la prima e in base alla quale non appare possibile negare una relazione di colleganza fra le medesime.

Del resto – evidenzia la Corte – «*Uber* esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti»: stabilendo i prezzi, intermediando il pagamento, controllando la condotta dei conducenti e potendo decidere anche di disattivare i loro profili. E tali caratteristiche del servizio reso da *Uber* – in base al ragionamento della Corte – rafforzano quel rapporto di strumentalità fra intermediazione e trasporto (già) messo in luce, mostrando, ancora più chiaramente, la loro inscindibilità funzionale.

Infine, la Corte suffraga le proprie considerazioni anche avvalendosi di giurisprudenza

pregressa[37], in base alla quale la nozione europea di "servizio nel settore dei trasporti" – che si rinviene nella direttiva servizi – deve essere intesa a maglie larghe, ricomprendendo «non soltanto i servizi di trasporto considerati come tali, ma altresì ogni servizio intrinsecamente connesso a un atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo ad un altro tramite un mezzo di trasporto».

Ed è così, pertanto, che tale attività deve essere sottoposta alle norme europee in materia di trasporto: dunque, all'art. 58, par. 1, TFUE e, da tale disposizione, attraverso rinvio, all'intero titolo VI del TFUE dedicato ai "trasporti". Tuttavia, il trasporto rappresenta una materia di competenza concorrente, ove possono adottare atti giuridicamente vincolanti tanto l'Unione europea, quanto gli Stati membri, e in cui questi ultimi possono esercitare la propria competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. E mancando disposizioni europee relative al trasporto urbano, la Corte non può che concludere asserendo che, allo stato attuale, «è compito degli Stati membri disciplinare le condizioni di prestazione» dei servizi riconducibili, formalmente, all'intermediazione, e, sostanzialmente, alla mobilità.

La decisione in esame appare di estrema rilevanza. La Corte sopisce i dubbi maturati sulla natura del servizio: già questo sarebbe sufficiente per sottolinearne la portata. Non è tutto. Nella parte finale della pronuncia, come rilevato, si evoca un regime giuridico ricco di rinvii che legittima le scelte nazionali in relazione al fenomeno *Uber*. Scelte, queste, eminentemente politiche, spesso del tutto mancanti, altre volte non sufficientemente chiare, che inducono di fatto le Corti nazionali a farsi carico di tali istanze, con – si è già visto – un atteggiamento di sostanziale chiusura.

Ma gli effetti della decisione non guardano soltanto al passato, bensì anche al futuro. Se – come già si è potuto osservare – gli Stati nazionali regolamentano severamente il trasporto urbano e se – come la Corte ha statuito – *Uber* svolge un'attività di trasporto riconducibile a quella resa dai vettori tradizionali, allora altro non potrà prodursi che un generale atteggiamento di ostilità verso il nuovo entrante, relegato ad un settore imbrigliato da regole e destinato a soccombere – salvo accetti di "chinare il capo" e rispettare quelle regole – innanzi alle Corti degli Stati membri.

4. L'insolubile dilemma dell'eterna obsolescenza del diritto. Convergenze verso un modello di giudice-regolatore?

In un'ottica di *trait-d'union* con quanto espresso nella premessa del presente elaborato, si intende mettere in luce come il caso *Uber* incarni a pieno titolo un'aspirazione mancata del diritto: quella di essere moderno, "al passo" con il mercato e con la tecnologia. Il mercato tende ad invecchiare le regole. Basti pensare alle crisi economiche, che modificano le abitudini delle persone, conducono a sviluppare nuove modalità di offerta di beni e servizi, comportano la nascita di fenomeni nuovi, che non sempre si è in gra-

[37] La Corte richiama, in particolare, CGUE, C-168/2014, *Grupo Itevelesa S.L. e a./Oca Inspección Técnica de Vehículos SA e a.* (2015), punti nn. 45 e 46.

do di inquadrare nelle tradizionali categorie giuridiche. Già per questo il diritto rischia di essere obsoleto.

Non solo. Nella società dell'informazione, il mercato genera rapidamente nuovi colossi che basano la loro potenza economica proprio sull'innovazione tecnologica. E l'avanzamento tecnologico può, a sua volta, anche irrompere sui mercati, consentire di esprimere in modo del tutto nuovo la domanda e l'offerta di beni e servizi, rendere, perciò, ancora più a rischio-vetustà gli ordinamenti giuridici.

Di fronte a siffatta evenienza, il diritto è costretto, per preservare la propria utilità, ad intervenire. E il giurista è colui che ha il compito di suggerire soluzioni per rendere l'apparato giuridico maggiormente idoneo ad affrontare la sfida, invero già persa in partenza, dell'obsolescenza, per ammorbidire e rendere meno severa tale sconfitta.

Tornando alla fattispecie in esame, le soluzioni emerse in via pretoria – almeno in Europa – non lasciano a *Uber* lo spazio di esprimersi come potrebbe. E, in luogo della valorizzazione dell'innovazione, trovano affermazione istanze, interessi e considerazioni diverse, che pongono l'accento, oltre che sulla già rilevata concorrenza sleale, anche sulla mancata logica della condivisione, sulla finalità lucrativa del nuovo entrante, sul ruolo di primo ordine assunto dall'operatore economico nell'organizzare i servizi, sul rischio di comportamenti opportunistici legati ai meccanismi di prezzo definiti da *Uber*, sulle istanze connesse alla sicurezza dell'utenza e della generalità dei consociati, e via dicendo.

Su questo contesto, "normato" da decisioni assunte a livello giurisprudenziale, non può che esprimersi perplessità: in particolare, in merito alla tendenza dei decisori pubblici di lasciare che sia la giurisprudenza ad assumere le scelte relative alla struttura concorrenziale di un mercato. Costringere il giudice ad indossare la veste di "regolatore" per decidere del destino degli operatori economici significa, infatti, obliare il ruolo del giudicante e della sua funzione giurisdizionale, oltre che soprassedere al principio della separazione dei poteri. In quest'ottica, dunque, sembrerebbe profilarsi una pericolosa convergenza fra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, con un giudice che, da interprete e risolutore di conflitti, diviene regolatore e fonte del diritto.

E la via migliore per uscirne, se si intende non accettare tale impostazione, è quella di evidenziare le opportunità correlate alla rivoluzione-*Uber*, che sono connesse allo sviluppo del mercato, all'efficienza, alla ripresa economica e, anche meno grandiosamente, ad offrire all'utenza un servizio di qualità a basso prezzo. Ciò al fine, poi, di creare un substrato normativo più flessibile e sensibile alle prospettive di crescita. Tale direzione è quella delle TNC; o, ancora, è quella italiana della "regolazione leggera", soluzione regolatoria molto cara agli "arbitri dei mercati" e al Supremo Consesso di

giustizia amministrativa[38], che non ha ancora trovato attuazione, ma che si auspica – per le ragioni anzidette – possa ottenerla. Tanto più che la stessa regolazione minimale appare in rapporto di sicura non contraddizione con quanto recentemente asserito dalla Corte di giustizia sulla natura di *Uber*. La riconduzione all'alveo dei trasporti di tale operatore, infatti, impedisce sì di ricollegare totalmente la piattaforma a un evanescente mercato dell'intermediazione, ma di certo non vincola gli Stati ad omologare lo stesso, per quanto attiene alla disciplina giuridica, ai vettori tradizionali.

Se così è, dunque, non resta che attendere che i Parlamenti si facciano carico del proprio ruolo, consci del fatto che il ritardo alimenta una *querelle* giurisprudenziale senza fine ed espande la funzione delle Corti oltre la propria missione istituzionale, rendendole – loro malgrado – sovrane dei destini degli operatori economici e delle dinamiche concorrenziali dei mercati.

[38] In Italia, la questione relativa ai contenuti della nuova auspicata regolazione di *Uber* si è resa sempre più attuale, con frequenti e numerosi interventi delle autorità pubbliche: in particolare, sono intervenute, dapprima, le autorità amministrative indipendenti, poi il Consiglio di Stato in sede consultiva, infine la Corte Costituzionale. Tale contesto, in cui è l'eterogeneità delle misure suggerite a dominare la scena, presenta due caratteri fondamentali, che accomunano altresì le diverse prese di posizione. Il primo carattere comune è la generale volontà di regolare le nuove offerte, accompagnata da una duplice consapevolezza: che il mercato della mobilità urbana non di linea soffra di una iper-regolazione e che le nuove piattaforme rappresentino un'opportunità per l'ammodernamento del complesso normativo e per lo sviluppo di tale mercato; che i limiti rigorosi posti dalla giurisprudenza non possano essere le soluzioni, ma degli interventi contingenti, giustificati dalla volontà di impedire al nuovo operatore di muoversi senza le briglia della regolazione. E tale intervento normativo, come ha specificato la Corte Costituzionale, deve essere opera del legislatore statale, non potendo le Regioni decidere, da sé, di regolare ed eventualmente escludere l'offerta da parte di *Uber* (cfr. Corte Cost., 15 dicembre 2016, n. 265). Il secondo elemento comune è rappresentato dall'opportunità di regolare l'attività del nuovo attore del mercato in maniera meno pervasiva e stringente rispetto a quanto avviene per i vettori tradizionali (ad esempio, introducendo garanzie per accrescere la sicurezza degli utenti del servizio, pur evitando misure di accesso al mercato e di controllo dell'attività eccessivamente penetranti). Il riferimento è, in particolare, alla via della "regolazione leggera", che è stata suggerita dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), nonché dal Consiglio di Stato in sede consultiva. E tale strada, a ben vedere, consegue ad un'ulteriore e fondamentale considerazione: ovverosia che l'attività resa da *Uber*, pur essendo riconducibile ad un servizio di mobilità e non di intermediazione, debba essere ascritta ad un servizio di trasporto regolato dal diritto privato e non dal diritto pubblico, in quanto tale non necessariamente assoggettabile a tutti i vincoli che connotano la mobilità pubblica non di linea. Relativamente all'AGCM, cfr. AS 1222/2015- Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea (29 settembre 2015); con riguardo all'ART, cfr. atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità (21 maggio 2015); con riferimento al Consiglio di Stato, cfr. Cons. Stato, sez. I, parere interlocutorio 27 maggio 2015, n. 757, nonché cfr. Cons. Stato, sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 3586.

Il legislatore tentennante sul servizio di noleggio con conducente: l'incertezza ricostruttiva fra reviviscenza e assenza di una disciplina positiva

Nicola Canzian

Abstract

L'articolo riguarda i problemi interpretativi relativi all'individuazione della disciplina legislativa attualmente applica-bile ai servizi di trasporto pubblico. Tale disciplina è stata in parte modificata nel 2009, prevedendo un ampliamento degli obblighi a carico dell'attività di noleggio con conducente. Le modifiche sono state quasi subito sospese e il termine della sospensione è stato continuamente rinviato, generando una situazione di precarietà e incertezza; la sospensione di efficacia non è infatti testualmente riferita alle disposizioni vigenti, ma alla disposizione che ha introdotto le modifiche. Alcuni giudici hanno così stabilito che durante il periodo di sospensione debba ritenersi nuovamente applicabile la disciplina previgente, soluzione in base alla quale i servizi offerti da Uber dovrebbero essere inibiti in quanto non conformi a tali pre-scrizioni; altri giudici hanno invece ritenuto che al momento non sia applicabile né la disciplina anteriore, ormai abrogata, né quella formalmente vigente, in quanto sospesa, e pertanto Uber potrebbe continuare a operare in Italia. La valutazione di questa complessa questione intertemporale offre l'occasione per una riflessione sulla possibilità di reviviscenza di norme abrogate a seguito di vicende che riguardano la disposizione "modificatrice".

The paper explores the difficulties in interpreting Italian law on public transport services. This law was partially amended in 2009 to widen the requirements on vehicle hire with driver services. Those amendments have been suspended soon after, and since then the end of suspension has been repeatedly postponed. Since the suspension is referred to the amending provision, some Courts declared temporary reviving the repealed law, while other Courts declared the absence of any specific rule; on that basis, Uber services in Italy could be banned or not. In the light of this matter, the paper focuses on the possible revival of the repealed law due to the suspension of the amending provision.

Keywords: Uber, sharing economy, trasporto pubblico, efficacia temporale, legge 21/1992

Sommario

1. Premessa. - 2. Cenni sulla questione della reviviscenza di norme abrogate. - 3. Le vicende della disposizione modificatrice della Legge quadro del 1992: aspettando Godot? - 4. Le ultime pronunce sul caso *Uber*: la permanenza di esiti ricostruttivi difformi.

1. Premessa

La disciplina dei servizi offerti tramite la piattaforma di Uber è quella prevista per il settore dei trasporti dagli stati membri dell'Unione, come ha di recente stabilito la Corte di giustizia[1]. L'interprete che volesse individuare quali siano nell'ordinamento italiano le disposizioni vigenti che regolano il servizio di trasporto pubblico incontrerebbe tuttavia alcune difficoltà.

La l. 15 gennaio 1992, n. 21 ("Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea") è stata novellata in più parti nel 2009 proprio al fine di precisare e ampliare gli obblighi a carico dell'attività di noleggio con conducente – a cui è riferibile anche il servizio offerto da Uber; l'efficacia della disposizione che ha stabilito queste modifiche è stata però sospesa poco tempo dopo la sua entrata in vigore e tale sospensione è stata da ultimo prorogata sino al 31 dicembre 2018.

La scelta del legislatore di sospendere l'efficacia di una disposizione modificatrice ha posto un particolare problema ricostruttivo: durante il lungo periodo di sospensione, che si protrae da più di sette anni e non è ancora concluso, deve considerarsi vigente il testo della Legge quadro nella sua formulazione originaria, oppure le disposizioni modificate nel 2009 devono essere esse stesse considerate sospese, determinando così una temporanea assenza di disciplina positiva? In altri termini, ci si può chiedere se la sospensione dell'efficacia della disposizione modificatrice determini o meno la c.d. "reviviscenza" delle disposizioni oggetto di modifica nella loro formulazione anteriore.

La questione ha rilevanti effetti pratici, poiché la sua risoluzione determina se al momento deve o meno considerarsi applicabile una consistente parte della disciplina del servizio di noleggio con conducente – ad esempio, con riferimento alla sussistenza dell'obbligo di stazionamento dei relativi mezzi presso la rimessa. In ogni caso, suscita forti perplessità la scelta del legislatore di sospendere per più di otto anni una riforma appena entrata in vigore, soprattutto in un settore che, al contrario, necessiterebbe di un adeguato, univoco e tempestivo intervento normativo, come rilevato anche in un recente monito della Corte costituzionale[2].

[1] CGUE, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL* (2017).

[2] Cfr. C. Cost., 15 dicembre 2016, n. 265, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 2306: «Nel contesto di un dibattito così animato, relativo a fenomeni la cui diffusione è grandemente agevolata dalle nuove tecnologie, è comprensibile che, soprattutto dalle aree metropolitane più direttamente interessate, si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato. È dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione»

2. Cenni sulla questione della reviviscenza di norme abrogate

Prima di analizzare l'evoluzione della normativa sull'attività di noleggio con conducente, può essere utile richiamare sinteticamente gli orientamenti principali in tema di ripristino di norme abrogate; dottrina e giurisprudenza, infatti, si sono a lungo interrogate sul fenomeno della reviviscenza, senza tuttavia delineare un quadro pienamente condiviso[3].

Tutte le riflessioni sul punto dipendono dalla ricostruzione del fenomeno abrogativo.

Un primo orientamento fonda l'abrogazione sulla c.d. "clausola risolutiva implicita", secondo cui la limitazione di efficacia di una norma discende da una condizione immanente alla stessa, che si verifica qualora entri in vigore un'altra norma con essa inconciliabile. Questa impostazione implica nel modo più netto l'autonomia delle vicende della norma abrogata da quelle che possono investire la norma abrogatrice e, così, nega la possibilità della reviviscenza[4]; anche se autorevolmente sostenuta, tale ricostruzione non è però fatta propria dalla parte maggioritaria della dottrina.

Secondo un diverso orientamento, l'abrogazione è un fenomeno "permanente e continuo"[5]. La limitazione dell'efficacia della norma abrogata non è, in questa prospettiva, un evento che si verifica in un certo istante, ma una condizione che accompagna tale norma dal momento in cui entra in vigore la disciplina abrogatrice e solo finché quest'ultima sussiste: è la permanenza nel tempo di una data disciplina che continua a limitare l'efficacia delle eventuali discipline poste sullo stesso oggetto in tempi precedenti, come in un rapporto di forze per cui la norma più recente "blocca" dal punto di vista cronologico quelle più antiche, impedendo a esse di esplicare efficacia per i rapporti sorti successivamente al verificarsi di tale circostanza limitatrice. Si tratta dell'approccio certamente più favorevole alla reviviscenza, ma che non sembra trovare sufficiente consenso.

La parte maggioritaria della dottrina, infatti, ritiene che l'abrogazione sia un "atto istantaneo con effetti permanenti": entrando in vigore, un atto normativo pone una certa disciplina con effetto permanente nel tempo e, contestualmente, determina in modo istantaneo l'abrogazione delle norme previgenti che siano in contrasto con tale disci-

[3] Per una ricostruzione complessiva delle questioni relative alla reviviscenza di norme abrogate v. A. Celotto, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1998; M. Mezzanotte, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rassegna parlamentare*, 3, 2006, 685 ss.; P. Colasante, *La reviviscenza della norma abrogata*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2, 2010, 389 ss.; A. Gigliotti, *Brevi note in tema di reviviscenza degli atti normativi*, in *Nomos*, 1, 2012; F. Petrini, *La reviviscenza di norme abrogate*, *ivi*; V. Marcenò, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013, spec. 42 ss.; P. Vipiana, *La "legislazione negativa"*, Torino, 2017, 78 ss.; volendo, anche N. Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2017, spec. 61 ss.

[4] F. Modugno, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, 1972, 647 ss.; Id., *Abrogazione*, in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1988, 4.

[5] La tesi fu proposta per la prima volta in F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 3 ss.; a tale orientamento hanno aderito anche P. Colasante, *La reviviscenza della norma abrogata*, cit., 389 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, 374; A. Franco, *La reviviscenza di norme abrogate*, Torino, 1988, 90 ss.

plina[6].

L'abrogazione è pertanto generalmente intesa come un fenomeno puntuale, non come una relazione costante fra norma abrogata e norma abrogatrice: non sarebbe quindi corretto ricostruire il fenomeno quale una sorta di "stratificazione", come se la norma abrogatrice si sovrapponesse a quella abrogata, di modo che se si rimuovesse la prima si assisterebbe alla "riemersione" della seconda. Tali presupposti rendono chiaro come mai sia diffusa l'opinione contraria alla reviviscenza[7].

Il rigore di questa impostazione è tuttavia attenuato da almeno un'eccezione, ovvero l'ipotesi che si potrebbe definire di doppia mera abrogazione espressa[8].

In una esemplificazione elementare, si può ipotizzare il caso di una disposizione *C* che si limita a disporre la mera abrogazione della disposizione *B*, la quale a sua volta aveva disposto la mera abrogazione della disciplina *A*.

L'unico modo per conferire un senso all'entrata in vigore di *C* è ritenere che essa determini il ripristino della disciplina *A*. La mera abrogazione di *B*, infatti, non può avere un senso compiuto in sé, poiché *B* ha già disposto in via definitiva il suo unico effetto, determinando a suo tempo l'abrogazione di *A*. Adottando un argomento logico, secondo cui la negazione di una negazione di una volontà si sostanzia nel ripristino di tale volontà[9], l'interprete può dunque riconoscere nella sequenza della doppia mera abrogazione espressa una implicita intenzione ripristinatoria.

La dottrina ritiene così che mediante l'abrogazione della norma meramente abrogatrice il legislatore «assume, *per relationem*, il contenuto normativo della norma legale

[6] È questa la nota e autorevole ricostruzione di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 1, Padova, 1993, 215-219; cfr. anche M. Patrono, *Legge (vicende della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, 923.

[7] Cfr., fra i tanti, M.S. Giannini, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *R. Università degli Studi di Perugia. Annali della facoltà di Giurisprudenza*, Padova, 1942, 29-30; G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 358; A.M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, 272; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, 157; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, IX ed., Padova, 1976, 856 (con riferimento all'abrogazione disposta da referendum abrogativo, ma il ragionamento proposto ha carattere generale); A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, I, *Premesse e disposizioni preliminari*, II ed., Torino, 1999, 462; S. Stammati, *Considerazioni schematiche sulla possibilità giuridica di far "rivivere" le leggi elettorali (277 e 276) del 1993 e sulle ragioni costituzionali che potrebbero giustificare tale "reviviscenza"*, in *ASTRID, Rassegna*, 52, 2007, 5. In giurisprudenza, per tutti, v. Cass. civ., sez. I, 24 giugno 1989, n. 3093.

[8] In dottrina tale caso è stato identificato con l'espressione "doppia abrogazione espressa": così S. Stammati, *Considerazioni schematiche*, cit., 2. Si ritiene preferibile precisare che si tratta di "mera" abrogazione, perché l'abrogazione espressa può astrattamente accompagnarsi all'adozione di una nuova disciplina sostitutiva, mentre la mera abrogazione espressa indica senza alcun dubbio che l'intervento normativo si limita alla sola abrogazione di norme previgenti.

[9] Cfr. S. Stammati, *Considerazioni schematiche*, cit., 2.

precedentemente abrogata»[10]. Tale ricostruzione non contraddice le premesse sulla definitività dell'effetto abrogativo: se si ammette la reviviscenza soltanto in ragione di una supposta volontà obiettiva del legislatore, essa può essere considerata quale una peculiare modalità di novazione della fonte, in cui il rinvio alla norma originariamente abrogata non è testuale, ma parimenti risulta in modo inequivocabile dal collegamento fra le diverse disposizioni abrogatrici[11].

Si tende invece a escludere che la reviviscenza possa verificarsi qualora *B* non si sia limitata alla sola abrogazione di *A*, ma abbia altresì posto una nuova disciplina positiva: in casi come questo, infatti, il significato dell'abrogazione di *B* può certamente esaurirsi nella volontà di caducare la disciplina positiva da questa espressa e sarebbe dunque arbitraria l'attribuzione da parte dell'interprete di una volontà ripristinatoria di *A*[12].

L'orientamento prevalente, che è certamente condivisibile nelle linee di fondo, sconta però un'impostazione che sembra in parte trascurare le modalità effettivamente adottate nella produzione legislativa: nei fenomeni successori posti alla base delle riflessioni sulla reviviscenza, infatti, non si tiene normalmente conto della tecnica della novellazione, a cui pure il legislatore fa frequentissimo ricorso. L'interprete può infatti chiedersi quale sia la conseguenza dell'abrogazione – o della sospensione di efficacia – di disposizioni che hanno modificato il testo di altre, senza tuttavia trovare una risposta precisa nelle conclusioni a cui sono finora giunte dottrina e giurisprudenza.

Tale questione, infatti, è stata affrontata in anni relativamente recenti, soprattutto in relazione all'ipotesi di referendum abrogativi finalizzati a ripristinare i sistemi elettorali per le Camere del 1993 mediante l'abrogazione della novella del 2005 (che aveva introdotto la nuova disciplina intervenendo sui testi previgenti con sostituzioni e aggiunte di articoli)[13]. Parte della dottrina aveva sottolineato come «l'unico senso dell'abrogazione di una previsione normativa che dice che qualcosa è sostituito sarebbe che quel

[10] Così S. Pugliatti, *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1959, 153. In senso conforme v., *ex pluribus*, P. Carnevale, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio? Riflessioni in tema di abrogazione, reviviscenza e referendum elettorali*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Nel "limbo" delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, 2012, 4-5; G. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, rist. 1992, 43; D. Donati, *Abrogazione della legge*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da L. Rossi e S. Romano, 1914, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, 163-164; M. Mezzanotte, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., 688 ss.; G. Giacobbe, *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, 196; A. D'Aloia-L. Cappuccio, *Art. 15. Abrogazione delle leggi*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di Paolo Cendon, *Art. 1-142*, Milano, 2009, 275.

[11] Si può parlare, in tale ipotesi, di «una forma ellittica di produzione normativa mediante rinvio, a cui la nuova legge farebbe ricorso richiamando *ex nunc* le disposizioni di quella abrogata»: così F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Padova, 2015, 52.

[12] Cfr. P. Carnevale, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio?*, cit., 7; G. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, cit., 43.

[13] Su tale vicenda v. i contributi in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Nel "limbo" delle leggi*, cit., e in A. Morrone (a cura di), *Referendum elettorale e reviviscenza di norme abrogate. Sull'ammissibilità dei quesiti per il ripristino del "Mattarellum"*, Bologna, 2012, nonché G.U. Rescigno, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Diritto pubblico*, 3, 2011, 713 ss.; G. Barcellona, *Votare contro. Il referendum come opposizione e norma*, Milano, 2016.

qualcosa deve intendersi come non più sostituito»[14]; altra parte aveva però contestato tale conclusione, sostenendo che non sarebbe stato univoco il senso da attribuire alla mera abrogazione delle disposizioni "modificatrici"[15].
La Corte costituzionale ha giudicato inammissibili i quesiti richiamando sia la stabilità del fenomeno abrogativo, sia soprattutto il divieto di formulare richieste referendarie surrettiziamente propositive[16].
Nell'affrontare la questione, la Corte ha anche proposto una ricostruzione generale del fenomeno della reviviscenza, recependo l'orientamento consolidato secondo cui l'unica finalità di norme dirette a espungere disposizioni meramente abrogatrici «consisterebbe nel rimuovere il precedente effetto abrogativo»[17].
Le ipotesi di reviviscenza puntualmente elencate dalla Corte costituzionale, però, non sembrano essere proposte come tassative, per quanto tutta la motivazione della pronuncia insista sull'eccezionalità del fenomeno e non spinga gli interpreti a estenderne il perimetro. La questione dell'abrogazione delle disposizioni modificatrici ad opera del legislatore rappresentativo resta così aperta, ed è proprio questo il profilo problematico che riguarda le vicende della Legge quadro del 1992.

3. Le vicende della disposizione modificatrice della Legge quadro del 1992: aspettando Godot?

La disciplina del servizio di noleggio con conducente prevista dalla Legge quadro del 1992 è stata novellata in più parti nel 2009.
Più precisamente, il 1 marzo 2009 è entrato in vigore l'art. 29, c. 1-*quater* del d.l. 30

[14] Così M. Luciani, *Intervento*, in *Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali*, *Seminario di ASTRID dell'11 giugno 2007*, in *www.astrid-online.it*. Cfr. anche, fra gli altri, A. Pizzorusso, *La riforma elettorale, la Costituzione e i referendum possibili*, in *Astrid*, 50, 2007, 13; A. Giorgis, *Intervento*, in AA.VV., *I referendum elettorali*, Firenze, 2007, 120-121; A Celotto, *Intervento*, *ivi*, 73-75 (secondo il quale l'abrogazione di una disposizione sostitutiva comporterebbe non tanto la reviviscenza, quanto la riespansione delle disposizioni originarie. Il ragionamento muove comunque dalla premessa che non avrebbe senso un esito diverso); R. Guastini, *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 114-115; A. Anzon, *La "reviviscenza" non è sufficiente a garantire l'ammissibilità dei quesiti referendari sulla legge Calderoli*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Nel "limbo" delle leggi*, cit., 36; M. Armanno, *La "chiarezza" dei quesiti referendari in materia elettorale. Brevi riflessioni a proposito di un limite di ammissibilità d'incerta definizione*, *ivi*, 37 ss.; A. Barbera, *Appunti per una discussione sul ripristino di disposizioni abrogate*, *ivi*, 45; S. Bartole, *Intervento*, *ivi*, 50.

[15] Cfr. P. Carnevale, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio?*, cit., 8; R. Basile, *Note sulla reviviscenza delle leggi elettorali abrogate: un altro tassello dello statuto peculiare delle leggi elettorali?*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Nel "limbo" delle leggi*, cit., 53; A. Pajno, *Intervento*, in AA.VV., *I referendum elettorali*, cit., 107-108.

[16] C. Cost., 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 85 ss., con note di R. Guastini, *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*; A. D'atena, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*; A. Morrone, *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*.

[17] C. Cost., 24 gennaio 2012, n. 13, cit.; per una conferma di questa giurisprudenza v. C. Cost., 15 gennaio 2014, n. 4 in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 86 ss. (spec. 90).

dicembre 2008, n. 207[18]: la disposizione ha introdotto vincoli ulteriori a carico del servizio di noleggio con conducente, stabilendo – ad esempio – che la sede del vettore e della rimessa debbano essere situate nel territorio del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione, nonché imponendo l'obbligo di sosta esclusivamente nella rimessa stessa, nella quale deve avere inizio e termine ogni servizio di noleggio[19].

L'art. 29, c. 1-*quater* è una disposizione che può essere definita modificatrice, in quanto per l'appunto modifica il testo di un atto normativo previgente. Disposizioni di questo tipo determinano un duplice effetto: esse introducono una nuova disciplina e, al contempo, abrogano quella che vanno a sostituire[20]. La peculiarità di tale tecnica è che le disposizioni modificatrici, pur ponendo una nuova regolamentazione, non determinano alcun «cambiamento della imputazione formale della disciplina modificata»[21]: in questo modo si abroga un testo normativo precedente e si introduce al suo posto, nella stessa "sede", un nuovo testo.

La disposizione modificatrice del 2009 è stata oggetto di numerosi interventi successivi, che possono essere distinti in tre fasi: *i)* la sua sospensione di efficacia; *ii)* la previsione di un termine (continuamente posticipato) per l'adozione di norme attuative di rango secondario; *iii)* infine, la specificazione che, nelle more dell'adozione di tali norme attuative, deve intendersi contestualmente prorogata anche la sospensione di efficacia della disposizione modificatrice.

In un primo momento, a partire dal 12 aprile 2009 è stata disposta la sospensione di efficacia dell'art. 29, c. 1-*quater*, al fine di consentire una ridefinizione complessiva della disciplina del trasporto non di linea[22]; non si è trattato di una posticipazione dell'entrata in vigore della novella (evento già verificatosi poco più di un mese prima), ma formalmente della sua sospensione, il cui termine è stato poi più volte prorogato fino

[18] Tale comma è stato inserito in sede di conversione dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14.

[19] L'art. 29, c. 1-*quater,* del d.l. 207/2008 dispone la sostituzione integrale dell'art. 3, dell'art. 8, c. 3, e dell'art. 11, c. 3 e 4, della legge quadro del 1992, nonché l'introduzione degli art. 5-*bis* e 11-*bis*.

[20] V. G. Sator, *Riferimenti normativi e dinamica dei testi normativi*, in P. Caretti (a cura di), *Il procedimento legislativo regionale*, Padova, 1996, 260; A. Pajno, *Intervento*, cit., 107; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 48. Proprio con riferimento alla vicenda in commento, v. Trib. Roma, sez. IX, ord. 26 maggio 2017 (su cui si tornerà *infra*), secondo cui «sotto il profilo concettuale, l'art. 29, comma 1-*quater*, d.l. n. 207/08, prevedendo la sostituzione integrale di commi e articoli di legge preesistenti, implica il duplice effetto dell'abrogazione di tali disposizioni normative […], e, al tempo stesso, dell'introduzione nell'ordinamento giuridico di nuove disposizioni, inserite in luogo di quelle soppresse e nella medesima sede originariamente destinata a queste ultime».

[21] In questi termini definisce l'abrogazione per integrale sostituzione P. Carnevale, *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa fra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in G. Cocco (a cura di), *L'economia e la legge*, Milano, 2006, 125.

[22] La sospensione di efficacia è stata disposta dall'art. 7-*bis* del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, che nella sua formulazione originaria così recitava: «nelle more della ridefinizione della disciplina dettata dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21, in materia di trasporto di persone mediante autoservizi non di linea, da effettuare nel rispetto delle competenze attribuite dal quadro costituzionale e ordinamentale alle regioni e agli enti locali, l'efficacia dell'articolo 29, comma 1-*quater*, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14, è sospesa fino al 30 giugno 2009».

a scadere il 31 marzo 2010[23].

Il legislatore non scelse di disporre la sospensione di efficacia delle disposizioni modificate nel 2009 indicandole nella loro sede formale, cioè nel testo "consolidato" della Legge quadro; la sospensione, in altre parole, riguardava il "mezzo" attraverso cui le modifiche erano state effettuate e non il "risultato", ovvero le disposizioni modificate[24].

Se la sospensione fosse stata riferita direttamente agli articoli della Legge quadro, non avrebbe senso interrogarsi sull'ipotetico ripristino delle disposizioni nella loro formulazione precedente, poiché l'intervento normativo si sarebbe potuto intendere, senza particolari problemi o dubbi, quale esclusiva volontà di sospendere quelle disposizioni senza ulteriori effetti.

Il Parlamento decise invece di sospendere l'efficacia della disposizione modificatrice stessa, non chiarendo quali fossero le conseguenze concrete sul testo della Legge quadro, cioè non specificando se durante tale sospensione dovessero o meno ritenersi applicabili le disposizioni oggetto di modifica nel loro testo originario.

Le successive vicende hanno ulteriormente complicato la ricostruzione dell'assetto normativo.

Il 31 marzo 2010 è spirato il termine della sospensione di efficacia. Pochi giorni prima era però entrato in vigore un decreto legge che stabiliva – sempre ai fini della rideterminazione dei principi fondamentali della disciplina in materia di trasporto pubblico non di linea – che entro sessanta giorni dall'entrata in vigore dello stesso decreto legge sarebbero state adottate, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, disposizioni attuative della disciplina legislativa della Legge quadro[25]. Anche questo termine è stato prorogato numerose volte e da ultimo è stato rinviato al 31 dicembre 2018[26].

Successivamente al 31 marzo 2010 si è così creata una situazione di ulteriore incertezza. Nell'attesa delle disposizioni attuative, è sorto il dubbio se la disciplina legislativa

[23] L'art. 23, c. 2, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102 ha prorogato il termine fino al 31 dicembre 2009; l'art. 5, c. 3, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25 ha prorogato ulteriormente il termine fino al 31 marzo 2010.

[24] L'art. 7-*bis* del d.l. n. 5 del 2009, infatti, dispose la sospensione di efficacia dell'art. 29, c. 1-*quater* del d.l. n. 207 del 2008 e non, invece, delle disposizioni modificate e di quelle aggiunte della l. n. 21 del 1992.

[25] Si tratta dell'art. 2, c. 3, del d.l. 25 marzo 2010, il quale nel testo originario stabiliva quanto segue: «ai fini della rideterminazione dei principi fondamentali della disciplina di cui alla legge 15 gennaio 1992, n. 21, secondo quanto previsto dall'art. 7-*bis*, c. 1, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, ed allo scopo di assicurare omogeneità di applicazione di tale disciplina in ambito nazionale, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa con la Conferenza Unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono adottate, entro e non oltre il termine di sessanta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto, urgenti disposizioni attuative, tese ad impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente o, comunque, non rispondenti ai principi ordinamentali che regolano la materia».

[26] La proroga è stata da ultimo disposta dall'art. 7, c. 5, del d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, convertito dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21 (che ha posticipato il termine al 31 dicembre 2016); dall'art. 9, c. 3, del d.l. 20 dicembre 2016, n. 244, convertito dalla l. 27 febbraio 2017, n. 19 (che ha posticipato il termine al 31 dicembre 2017); infine, dall'art. 1, c. 1136, lett. *b)* della Legge di bilancio 2018 (l. 7 dicembre 2017, n. 205), che ha posticipato il termine al 31 dicembre 2018.

come novellata nel 2009 dovesse ritenersi ancora sospesa e, in caso di risposta affermativa, se nelle more dovesse quindi considerarsi ristabilito in via provvisoria il testo originario della Legge quadro.

Fino al febbraio 2017, le proroghe disposte non stabilivano altro se non la posticipazione del termine per l'adozione del decreto ministeriale. In tale contesto, alcuni giudici hanno ritenuto che le disposizioni introdotte nel 2009 fossero ormai vigenti nonostante non fossero state emanate le "urgenti disposizioni attuative" – della cui dichiarata urgenza, vista la continua posticipazione del termine per l'adozione, è lecito dubitare. Si è ritenuto, infatti, che la previsione di norme attuative adottate con decreto ministeriale non implicasse, neppure indirettamente, un effetto sull'efficacia della disposizione modificatrice del 2009: mentre le disposizioni che, nel corso del 2009, avevano stabilito la proroga si riferivano esclusivamente all'art. 29, c. 1-*quater,* del d.l. n. 207/2008, le disposizioni che avevano previsto la proroga a partire dal 2010 si riferivano soltanto alle norme attuative, senza indicare che l'efficacia delle modificazioni legislative fosse subordinata alla loro adozione[27].

Altri giudici hanno però ritenuto che, al contrario, le modifiche alla legge quadro del 1992 non dovessero considerarsi ancora vigenti in assenza delle norme di attuazione[28]; questo orientamento sembra però trascurare la circostanza che le modifiche fossero già entrate in vigore – benché per un breve periodo – fra il 29 febbraio e l'11 aprile del 2009 e che dunque non dovessero nuovamente entrare in vigore, ma più semplicemente riprendere a esplicare la loro efficacia.

Il legislatore ha infine tentato di chiarire la questione in occasione della penultima proroga del termine per adottare le norme attuative. L'art. 9, c. 3, del d.l. 20 dicembre 2016, n. 244 si limitava, nella sua formulazione iniziale, a posticipare tale termine al 31 dicembre 2017. In sede di conversione in legge è stato aggiunto il seguente inciso: «conseguentemente, la sospensione dell'efficacia disposta dall'articolo 7-*bis*, c. 1, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, si intende prorogata fino al 31 dicembre 2017»[29]. Identica formulazione

[27] «Mentre con il d.l. n. 5 del 2009, art. 7-*bis* veniva disposta la sospensione dell'efficacia del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, art. 29, comma 1-*quater*, con il d.l. n. 40 del 2010, art. 2, comma 3, non viene presa in considerazione la detta efficacia, ma viene posto unicamente un nuovo termine per l'adozione di un decreto ministeriale volto a impedire pratiche di esercizio abusivo del servizio di taxi e del servizio di noleggio con conducente o, comunque, non rispondenti ai principi ordinamentali che regolano la materia, senza alcuna rinnovata sospensione della efficacia delle disposizioni di cui al d.l. n. 207 del 2008. Né potrebbe ritenersi che il mero rinvio ad un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, ancorché previa intesa con la Conferenza Unificata di cui al d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, possa avere l'effetto di impedire l'efficacia di una disciplina inserita nella legge quadro per il trasporto, dotata, peraltro, di una idoneità prescrittiva del tutto indubbia»: così Cass. Civ., sez. II, 15 aprile 2016, dep. 19 maggio 2017, n. 12679, punto 4.5 del considerato in diritto. In senso conforme T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 ottobre 2015, n. 11635, n. 11636 e n. 11637; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 settembre 2012, n. 7516; Giudice di pace Milano, sez. III, 20 febbraio 2017. A favore della vigenza delle disposizioni nel testo novellato v. anche Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 261.

[28] T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 9 aprile 2013 n. 1898 e 8 aprile 2013, n. 1857, secondo cui «il testo "novellato" dell'art. 3 della legge 15 gennaio 1992, n. 21» doveva essere considerato «non (ancora) in vigore». V. anche Giudice di pace, Milano, sez. III, 18 maggio 2016.

[29] Il comma è stato modificato dalla legge di conversione 27 febbraio 2017, n. 19.

ricorre nell'ultima proroga del termine, disposta con la Legge di bilancio 2018[30].
Il legislatore, pertanto, ha fornito un'interpretazione del termine per adottare le norme attuative, intendendo che con esso coincide anche il termine di sospensione dell'efficacia delle modifiche legislative disposte nel 2009: in assenza delle norme attuative deve perciò considerarsi sospeso nell'efficacia l'art. 29, c. 1-*quater,* del d.l. n. 207/2008, cioè la disposizione modificatrice della Legge quadro.
Questa complessa vicenda può essere letta come una delle numerose conferme del cattivo stato della produzione legislativa nell'attuale fase storica, in cui le modalità spesso frenetiche e contraddittorie di redazione dei testi normativi sono uno dei principali fattori che contribuiscono alla crisi della certezza del diritto; il legislatore, infatti, prima adotta riforme, ma poi ne posticipa l'entrata in vigore o comunque l'efficacia, senza indicare in modo inequivoco quale sia la disciplina da considerarsi vigente nel lungo periodo transitorio. Si tratta di un chiaro esempio di quella che, con formula efficace, è stata definita come "legislazione precaria"[31]; soltanto con l'undicesima proroga, dopo ben sette anni dalla prima, il Parlamento ha sentito la necessità di chiarire qual è la sorte delle modifiche legislative approvate nel 2009, senza nemmeno riuscire a eliminare ogni dubbio interpretativo, come si vedrà subito.

4. Le ultime pronunce sul caso *Uber*: la permanenza di esiti ricostruttivi difformi

Posto che due disposizione di rango legislativo del 2017 e del 2018 hanno espressamente precisato che la novella del 2009 deve ancora considerarsi sospesa nell'efficacia, è lecito interrogarsi su quale sia allora la disciplina applicabile: fino a che tale sospensione non scadrà, le disposizioni della legge quadro del 1992 oggetto di modifica potrebbero infatti essere considerate provvisoriamente ripristinate nella loro formulazione originaria, oppure al contrario potrebbero ritenersi più semplicemente sospese. L'alternativa, dunque, è fra la reviviscenza da un lato e l'assenza di una disciplina positiva dall'altro.
A seguito dell'entrata in vigore della proroga del termine del 2017, due pronunce giurisdizionali concernenti le vicende del gruppo Uber hanno dato esiti interpretativi radicalmente differenti a tale questione.
Una prima pronuncia del Tribunale di Roma, a seguito di un ricorso *ex* art. 700 c.p.c., ha stabilito che l'inciso introdotto in sede di conversione deve essere inteso come

[30] Art. 1, c. 1136, lett. *b)* della l. 7 dicembre 2017, n. 205.

[31] Per tale definizione v. il recente studio di E. Longo, *La legge precaria. Indagine sulle trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, il quale nota che «la precarizzazione della legge sta producendo una degenerazione che investe tutto l'ordinamento, perché mette in crisi lo stesso funzionamento delle regole di produzione giuridica prefissate e la garanzia che le regole così formulate siano effettivamente osservate tanto dai soggetti pubblici quanto dagli attori privati, ponendo quindi anche un problema generale sulla trasparenza delle operazioni commerciali che si svolgono sulla base di queste leggi» (26). Sul carattere precario della legislazione v. anche L. Geninatti Satè, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Torino, 2011, 151 ss.

una interpretazione autentica avente effetto retroattivo: «il legislatore, come desumibile dalle espressioni usate – "conseguentemente", "si intende" – ha voluto interpretare, quindi con effetto retroattivo, le norme contenenti le precedenti proroghe riguardante il termine di adozione del decreto ministeriale previsto dal d.l. 25 marzo 2010, n. 40, nel senso di ritenere differito, con dette proroghe, anche il termine di efficacia [previsto] dall'art. 29, c. 1-*quater* del d.l. n. 207 del 2008»[32].

Gli indici testuali richiamati dal giudice consentono in effetti di poter ritenere che tale disposizione consista nell'interpretazione autentica del legislatore. Disposizioni di questo tipo, come noto, creano dubbi concernenti la loro applicazione retroattiva, poiché incidono *ex tunc* sull'interpretazione di disposizioni previgenti. In verità, mentre la dottrina più risalente tendeva a riconoscere la natura dichiarativa dell'interpretazione autentica, oggi prevale l'opinione che essa consista in una disposizione che vuole indirizzare o limitare l'interpretazione di una diversa disposizione previgente[33].

La decisione prosegue specificando che anche qualora non si ritenga che l'inciso introdotto in sede di conversione sia una norma di interpretazione autentica, al fine di non darne un'interpretazione abrogativa esso dovrebbe intendersi «come nuova sospensione dell'efficacia delle modifiche legislative in questione»[34].

Il giudice ha pertanto ritenuto che, successivamente all'entrata in vigore della disposizione introdotta insieme alla penultima proroga, il quadro normativo attualmente vigente consista nella legge n. 21 del 1992 «nella sua formulazione originaria»[35]. Si ha dunque, secondo questa impostazione, una reviviscenza.

Se si ritiene che quella offerta dal legislatore sia una norma di interpretazione autentica, essa allora deve essere intesa come l'obbligo retroattivo di considerare *ex post* il ritorno in vigore della Legge quadro nel suo testo originario a partire dall'aprile 2009.

Se invece si ritiene che la precisazione circa gli effetti della proroga del termine per l'adozione delle norme integrative abbia carattere innovativo, si avrà una reviviscenza non retroattiva: la (nuova) sospensione di efficacia della disposizione modificatrice si tradurrebbe, secondo questo ragionamento, nella rinnovata vigenza delle disposizioni

[32] Così Trib. Roma, sez. IX, ord. 7 aprile 2017.

[33] Cfr. A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, 184 s. *Contra* R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., 147 s. Sull'interpretazione autentica, senza pretese di esaustività, v. anche A. Anzon (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001; M. Cavino, *L'intenzione del legislatore attuale come fondamento del diritto vivente*, in Id. (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, I, Milano, 2009, 43 ss.
Secondo la giurisprudenza costituzionale, «la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica […] non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex plurimis*: sentenze n. 271 e n. 257 del 2011, n. 209 del 2010 e n. 24 del 2009). In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire "situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo", in ragione di "un dibattito giurisprudenziale irrisolto" (sentenza n. 311 del 2009), o di "ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore" (ancora sentenza n. 311 del 2009), a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale»: così Corte cost., sent. 29 maggio 2013, n. 103.

[34] Così Trib. Roma, sez. IX, ord. 7 aprile 2017.

[35] *Ibid.* In senso conforme, anche se con motivazione molto più sintetica, v. T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 9 maggio 2017, n. 167.

modificate nella loro formulazione primigenia a partire dal mese di febbraio 2017.
In ogni caso, in forza della rinnovata vigenza delle disposizioni originarie della Legge quadro sussisterebbe una disciplina puntuale del servizio di noleggio con conducente che – anche se meno dettagliata di quella introdotta del 2009, ancora sospesa – non è rispettata nell'erogazione dei servizi offerti da Uber, tanto che il Tribunale ha inibito l'utilizzo delle relative applicazioni nel territorio italiano.
Uber ha opposto reclamo alla pronuncia, che in tale sede è stata revocata anche in forza di una opposta ricostruzione della vicenda normativa.
In sede di reclamo, infatti, il Tribunale ha fornito una diversa interpretazione della sospensione di efficacia della disposizione modificatrice del 2009 stabilita dall'art. 9, c. 3, d.l. 244 del 2016, sia pure limitatamente al quadro normativo vigente e non affrontando direttamente la questione di quali fossero le norme applicabili fra il 31 marzo 2010 e l'entrata in vigore della disposizione da ultimo richiamata.
Il percorso argomentativo dell'ordinanza dimostra una approfondita conoscenza delle opinioni della dottrina e degli orientamenti della giurisprudenza in tema di reviviscenza e si pone in aderenza all'indirizzo maggioritario. In estrema sintesi, il Tribunale ritiene correttamente che la reviviscenza a seguito di vicende che colpiscono la norma abrogatrice sia un fenomeno eccezionale, «ostandovi la generale non retroattività dell'effetto abrogativo e, dunque, la sua inidoneità a rimuovere la (valida) eliminazione antecedente, oltre che difficoltà di ordine pratico, in relazione al conseguente disordine legislativo, alla non sempre immediata individuazione della legislazione in vigore e al rischio di far tornare ad essere vigenti leggi assai risalenti»[36].
Le motivazioni proseguono illustrando come, al di fuori del caso di doppia abrogazione espressa, la reviviscenza possa essere riconosciuta soltanto «qualora all'esito di un'ordinaria attività interpretativa, emergano sufficienti indizi da cui poter desumere che la volontà del legislatore abrogante fosse nel senso di far rivivere, a seguito della eliminazione della norma abrogante, la norma primariamente abrogata»[37].
Secondo il Tribunale, questi indizi devono avere particolare pregnanza nell'ipotesi in cui si assista non all'abrogazione, ma alla semplice sospensione di efficacia della norma abrogatrice, come nel caso in esame. La conclusione a cui si giunge è quella che, nella vicenda normativa oggetto del giudizio, manchino indici sufficienti a far ritenere che vi sia una volontà obiettivamente ripristinatoria delle disposizioni della Legge quadro del 1992.
La sospensione di efficacia stabilita nel 2017 della disposizione modificatrice del 2009, pertanto, è «dettata dall'esigenza del legislatore di escludere, durante il periodo preso in considerazione, l'operatività degli obblighi imposti dalle disposizioni sospese, in relazione all'insoddisfazione per la disciplina del servizio di trasporto pubblico locale non di linea risultante dalla l. n. 21 del 1992, così come modificata, e all'obiettivo di perve-

[36] Così Trib. Roma, sez. IX, ord. 26 maggio 2017.

[37] *Ibid.*

nire ad un nuovo assetto normativo della materia»[38]. In altri termini, la sospensione di efficacia della novella troverebbe un senso autonomo nel sospendere la disciplina modificata, senza ripristinare o mantenere in vigore quella anteriore. La logica conseguenza è che «la disciplina di settore al momento applicabile va individuata con riferimento alla legge quadro n. 21 del 1992 limitatamente alla parte di essa non interessat[a] dalle richiamate sostituzioni»[39].

Pertanto, il Tribunale ha revocato la precedente ordinanza consentendo a Uber di continuare a offrire i propri servizi in Italia.

La ricostruzione operata dal Tribunale di Roma in sede di reclamo si presta ad alcune osservazioni.

È condivisibile l'impostazione per cui non si nega in termini assoluti che la sospensione dell'efficacia possa provocare la reviviscenza. È vero che le ricostruzioni dottrinarie convergono sull'ipotesi della doppia abrogazione espressa e, dunque, sembrano presupporre che la reviviscenza implichi sempre una successione di due atti normativi omogenei e speculari (quindi due abrogazioni); nell'ottica di privilegiare la volontà implicita del legislatore, tuttavia, non si può escludere che il ripristino possa essere determinato dalla sospensione della norma abrogatrice[40].

La pronuncia da ultimo citata, inoltre, non solleverebbe alcuna obiezione se la sospensione dell'efficacia fosse stata direttamente riferita alle singole disposizioni della legge del 1992 come modificate nel 2009.

La circostanza che la sospensione sia invece riferita alla disposizione modificatrice si pone in modo problematico, perché può essere in realtà assunta quale effettivo indice di una volontà del legislatore di sospendere la modifica in quanto tale (così ripristinando la versione testuale precedente delle disposizioni oggetto di modifica) e non invece quale volontà di sospendere soltanto la disciplina introdotta con la novellazione, tenendo ferma l'abrogazione.

Come si è già descritto, le disposizioni modificatrici hanno un duplice effetto, che è contestuale e sembra inscindibile: esse dispongono l'abrogazione proprio in quanto dispongono la sostituzione di un testo con un altro. In questo senso, la disposizione modificatrice presenta un'affinità con quella meramente abrogatrice. Entrambe, infatti, determinano il proprio effetto in modo istantaneo nel momento in cui entrano

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.*

[40] In giurisprudenza c'è un importante precedente a favore della reviviscenza "temporanea" per effetto della sospensione di efficacia della norma abrogatrice. Il legislatore aveva disposto il differimento dell'entrata in vigore del Testo unico dell'edilizia in un momento in cui esso era già vigente, seppure da pochi giorni; la giurisprudenza, tentando di salvare la volontà del legislatore, ha interpretato il differimento della vigenza quale sospensione di efficacia, ritenendo che durante tale sospensione ritornassero temporaneamente vigenti le norme abrogate dal Testo unico. Sulla vicenda v. M. Caterini, *Reviviscenza normativa e legalità penale. Il caso del testo unico dell'edilizia*, in *Critica del Diritto*, 2003, 185 ss.; G. Casu, *Il rinvio dell'entrata in vigore del Testo unico sull'edilizia*, in *Notariato*, 3, 2002, 333 ss.; M. Mezzanotte, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., 692 ss.; L. Degli Innocenti-D. Colucci, *L'entrata in vigore del testo unico dell'edilizia*, in *Cassazione penale,* 2003, 2508 ss.; Id., *Ancora giurisprudenza in materia di entrata in vigore del testo unico dell'edilizia*, *ivi*, 3231 ss.

in vigore; entrambe, pertanto, raggiungono ed esauriscono il loro scopo al momento dell'entrata in vigore.

A rigore, non avrebbero dunque senso interventi successivi del legislatore che dispongano l'abrogazione o la sospensione di efficacia di tali disposizioni; si è visto però come vi sia ormai ampio consenso nel ritenere che l'abrogazione della norma meramente abrogatrice debba essere intesa come la volontà implicita di ripristinare la norma originariamente abrogata, non essendo possibile dare un senso diverso a un intervento del legislatore di questo tipo.

Parimenti, allora, sembra corretto ritenere che la sospensione di efficacia della norma modificatrice determini la sospensione delle modifiche che essa ha disposto – come ha fatto il Tribunale di Roma in sede di reclamo; non sembra però convincente, invece, ritenere che sia oggetto di sospensione soltanto la parte per così dire innovativa, mentre resti salvo l'effetto abrogativo.

Abrogazione e innovazione, infatti, non sono aspetti scindibili nella tecnica propria della disposizione modificatrice, poiché l'una dipende dall'altra: non sarebbe possibile la modifica del testo previgente senza l'abrogazione della sua vecchia formulazione, come specularmente non vi sarebbe abrogazione se non vi fosse una modifica testuale. Se pertanto si privilegia un'interpretazione che salvaguardi la volontà del legislatore e, allora, si ritiene che la sospensione o l'abrogazione della disposizione meramente modificatrice possa avere delle ripercussioni sulle disposizioni da questa modificate (come pure ha inteso la pronuncia del Tribunale di Roma da ultimo citata), escludere la reviviscenza delle disposizioni nel loro testo precedente sembra una conclusione scorretta. Il legislatore avrebbe ben potuto sospendere l'efficacia delle disposizioni modificate nel 2009 indicandole puntualmente nella Legge quadro; proprio la scelta di intervenire sulla disposizione modificatrice dovrebbe allora intendersi quale indice sufficientemente preciso della volontà di revocare (sia pure solo in modo temporaneo) tale modifica, ripristinando così il testo della legge nella sua versione anteriore.

A fronte della insussistenza di indici precisi ritenuta dal Tribunale, infatti, ci si potrebbe chiedere quali altri elementi avrebbero potuto, se presenti, deporre a favore della reviviscenza. Soltanto una dichiarazione espressa, sembra di capire, avrebbe risolto ogni dubbio e permesso il ritorno in vigore delle disposizioni originarie; ma si potrebbe a ciò obbiettare che, ragionando così, si dovrebbe giungere a negare ogni ipotesi di reviviscenza ad opera di abrogazioni e sospensioni disposte dal legislatore, ivi inclusa quella di doppia mera abrogazione.

Per quanto si tratti di una pessima tecnica legislativa, idonea a generare incertezza, la scelta di intervenire legislativamente sull'efficacia di norme esclusivamente modificatrici non sembra dunque presentare una qualità diversa dalla scelta di intervenire su disposizioni meramente abrogatrici: in entrambi i casi, la volontà che oggettivamente dimostra il legislatore può essere ricostruita come quella di revocare il risultato ottenuto da tale norma nel momento in cui è diventata parte dell'ordinamento, cioè quello di

ripristinare lo *status quo ante*, la precedente situazione normativa[41].

[41] Per l'equiparazione, ai fini della reviviscenza, del caso di abrogazione di disposizione meramente abrogatrice a quello di abrogazione di disposizioni esclusivamente modificatrici v. la dottrina citata alla precedente nota n. 14; gli autori richiamati si riferiscono all'ipotesi di abrogazione referendaria, ma i ragionamenti sembrano a maggior ragione riferibili anche all'ipotesi di abrogazione legislativa. *Contra* v. la dottrina citata nella precedente nota n. 15.

Uber and the challenges for antitrust law and regulation*

Margherita Colangelo, Mariateresa Maggiolino

Abstract

Uber is the most emblematic example of the service platforms that are challenging regulators and antitrust agencies all over the world. Should regulations adapt to the new services of the digital economy? Should competition law change its paradigm in relation to the sharing economy? Despite the growing expansion of these services, in most countries there is still no regulatory framework addressing these problems. This article firstly analyzes the peculiar business model adopted by Uber and the antitrust concerns that it could nourish. And, in so doing, the paper pays heed to the approach that antitrust authorities should have towards the complex rivalry between (regulated) incumbents and (unregulated) new entrants. Then, the paper considers the legal nature of the services provided by Uber, i.e. whether they should be considered as transport services or as services of the information society. Either ways, the chosen characterization will indeed affect the law applied to all digital platforms. The analysis, which adopts a comparative approach, focuses on the European context where national courts are in great turmoil and the CJEU has recently issued a preliminary ruling on the nature of Uber services.

* This Article is the result of a common endeavour. Paragraphs 1 and 4 are by Mariateresa Maggiolino; paragraphs 2 and 3 are by Margherita Colangelo.

Keywords: Uber, competition, antitrust, Court of Justice, sharing economy

Margherita Colangelo
Mariateresa Maggiolino

Sommario

1. Uber and the sharing economy. – 2. Uber and the taxi industry. – 3. Uber before the CJEU: the Spanish case. – 4. Uber and Antitrust Law.. – 5. Conclusions

1. Uber and the sharing economy

Ten years ago we welcomed the advent of digital platforms as the beginning of a new age: the era of a more sustainable economy and society, alternative to that of consumerism and individual ownership.[1] On those platforms, thousands and thousands of persons finally gained the opportunity to re-design their identities as consumers, owners, and workers. Instead of being the mere end points of massive production and distribution processes, platforms' users became collaborative *peers* benefitting from *joint* access to products and skills *put in common*. On those platforms, they could save time and money[2], by sharing, bartering, lending, renting, gifting, and swapping resources[3] that would otherwise be underutilized.[4] There, they could even make friends,[5] and become more active citizens.[6]

However, there is room to argue that "sharing" is not an accurate description of the services that run on digital platforms like Uber.[7] True, Uber matches workers and underemployed individuals with those in need of taxi services and, hence, enables individuals to communicate and collaborate more effectively and efficiently.[8] In addition, it is true that, differently from an online storefront, Uber does not provide any good or service directly. Yet, users pay money and drivers work for profit. Furthermore, Uber is not a passive web portal or mobile application hosting the many transactions occurring between consumers and drivers. Uber supplies the electronic payment system that users and drivers employ, guarantees that pricing works dynamically, organizes

[1] Y. Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in 114 *Yale L.J.* (2004): 273.

[2] R.A. Kaplan, *Regulation and the Sharing Economy*, in *N.Y. L.J.* (2014).

[3] R. Botsman - R. Rogers, *What's Mine Is Yours: The Rise Of Collaborative Consumption,* New York, 2010.

[4] M. Cohen - C. Zehngebot, *What's Old Becomes New: Regulating the Sharing Economy*, in 58 *Boston B.J.* (2014): 6; B. Cannon - H. Chung, *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*, in 31 *Santa Clara High Tech. L.J.* (2015): 23.

[5] Indeed, many sharing platforms enable users to create their own profiles and chat. This embedded social networking feature works also to fuel a reputation system made of review and rating tools – a reputation system that, in turn, serves to counterbalance the risks that users runs by contracting with strangers in lieu of larger well-established businesses.

[6] B. Morgan - D. Kuch, *Radical Transactionalism: Legal Consciousness, Diverse Economies, and the Sharing Economy*, in 42 *J.L. Soc'Y* (2015): 556, 557; J. Orsi, *Practicing Law In The Sharing Economy: Helping People Build Cooperatives, Social Enterprise, And Local Sustainable Economies.* Chicago: American Bar Association, 2012.

[7] G. M. Eckhardt - F. Bardhi, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, in *Harv. Bus. Rev.* (Jan. 28, 2015), accessed 15 July 2017, https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all ; E. Mostacci - A. Somma, *Il caso Uber: La Sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milan, 2017.

[8] T. G. Loucks, *Travelers Beware: Tort Liability in the Sharing Economy*, 10 *Wash. J.L. Tech. & Arts* (2015): 329, 330.

the listings, charges a fee for each exchange, and issues minimum quality standards for drivers. In other words, Uber falls somewhere along a spectrum between purely hosting platforms and direct service providers.[9]
Against this backdrop, the paper intends to offer a legal characterization of Uber, by acknowledging that its technology has actually deprived of meaning some of the existing rules.[10]

2. Uber and the taxi industry

Rules governing transport services of passengers through platforms are the subject of debate in many jurisdictions, particularly in those where Uber has started (or tried to start) operating through one or more types of the activities provided by its business model. The two main (and controversial) services provided by Uber are UberPop (whereby, against the payment of a fee, users connect to drivers that do not hold any professional taxi/chauffeur licences) and UberBlack (where the app links consumers to private licensed professional drivers operating services with rental cars). It is well known that, despite the differences between the countries concerned, a general and strong reaction of taxi drivers against Uber (and similar platforms, such as Lyft) has occurred.
The taxi industry is one of the most heavily regulated in the majority of countries all over the world with some degree of variations, namely in the different forms of quantity regulation, quality regulation, market conduct regulation and price regulation,[11] which imply that typically the regulator or local authorities set the maximum number of operators that may provide taxi services, in addition to licensing and performance requirements for the drivers and the taxi companies (aimed at ensuring safety standards for both drivers and vehicles) and financial responsibility standards (such as compulsory insurance). Moreover, market conduct regulation can include requirements for taxis to pick up all passengers (the so-called "cab rank principle"),[12] and price regulation provides for the setting of maximum rates based on various methodologies.
In general, taxi services enjoy a higher protection than other transportation services because of their supplementary role in public passenger transportation at local level. Several justifications for such a pervasive role of public regulation are traditionally adduced. Among them, the main arguments include the idea that in the absence of control on entry there would be an excessive number of taxis, which would create congestion and pollution, on the one side, and a disastrous competition between them, on the other side, thereby affecting the quality of the service provided. Regulation is also

[9] V. Katz, *Regulating The Sharing Economy*, in 30 *Berkeley Tech. L.J.* (2015): 1067, 1071-1072.

[10] N. Cortez, *Regulating Disruptive Innovation*, in 29 *Berkeley Tech. L.J.* (2014): 175 and C. Koopman et al., *The sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change*, in 8 *J. Bus. Entrepreneurship & L.* (2015): 529, 544.

[11] OECD, *Taxi Services: Competition and Regulation*, 2007, at 19.

[12] Id., at 20 et seq. For a brief overview, see also D. Geradin, *Should Uber be Allowed to Compete in Europe? And if so How?,* in *CPI* (2015), at 4.

supposed to grant the fairness and reasonableness of the fares applied to passengers together with their safety.

In reality, in most countries practice demonstrates that regulation has failed in obtaining efficient results in this sector more than ever. In fact, control on entry has resulted to lead in many cases to undersupply of the service, being a typical complaint the lack of sufficient cars available during peak hours or in certain areas. Also control on prices and quality has not incentivized taxi companies to innovate or implement the quality of the service. More in general, empirical evidence demonstrates that taxi industry is highly subject to regulatory capture in several jurisdictions.[13] Nevertheless, the beneficial outcomes achieved by the experience of deregulation in some countries are not unanimously shared by economic literature, even if the majority concludes in favour of it.[14]

Uber has burnt into this industry as a disruptive element, showing how technological advances have created new ways to operate the service of carriage of persons and bringing the traditional taxi services into question, thereby reopening the debate on their inefficiencies and the need for a renovation of the rules governing the sector.[15] Actually, the use of Internet-based mobile technology to match passengers and drivers has created unprecedented competition in the taxi industry.[16] As a result, incumbent operators, which have benefitted from a substantial and lasting lack of competition in the market, have tried to stop the advent of Uber. Namely, not only they have been lobbying on governments to impose bans and restrictions on Uber's activities. In addition, they have been bringing several lawsuits merging together many issues, ranging from questions pertaining labor law to problems connected to unfair competition laws (claiming that Uber unfairly compete with traditional taxi operators as it does not meet the regulatory requirements applied to them). This has occurred in several Member States, resulting in many cases in a general ban on UberPop (e.g. in France, Italy and Germany) and in diverging views on UberBlack.[17]

The lawsuits and the general debate provoked by Uber have clearly shown the gaps of

---

[13] OECD, *Taxi Services*, at 31 et seq.

[14] See the survey provided by A. T. Moore - T. Balaker, *Do Economists Reach a Conclusion on Taxi Deregulation?*, in 3 *Economic Journal Watch* (2006): 109.

[15] On the "disruption model" followed by Uber, see N.P. Terry, *Regulatory Disruption and Arbitrage in Healthcare Data Proceedings*, in 17 *Yale J. Health Pol'y, Law, & Ethics* (2017): 143, 156-158; M. Anderson - M. Huffman, *The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a Firm, a Cartel, or Something in Between?,* in *Columbia Business Law Review* (forthcoming); Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2017-8, accessed 15 July 2017, https://ssrn.com/abstract=2954632. For a wide analysis of the effects of Uber on safety, privacy, discrimination, and labor standards, see B. Rogers, *The Social Costs of Uber*, in 82 *University of Chicago Law Review Online* (2015): 85, accessed 15 July 2017, at http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev_online/vol82/iss1/6.

[16] J. Cramer - A. B. Krueger, *Disruptive Change in the Taxi Business: The Case of Uber*, in 106 *American Economic Review* (2016): 177.

[17] With regard to UberBlack, in Germany administrative courts in Berlin and Hamburg have considered that Uber violates laws reserving taxis the right to wait at the roadside and pick up passengers and thus basically to blur the taxi and rental car services. In Italy UberBlack has been banned, and then readmitted by the Court of Rome in May 2017.

the existing laws, which appear to be definitely outdated and not suitable to be applied to the novelties put forward by technology. On this point, it is worth mentioning the stance taken by the Italian Constitutional Court, which, in the occasion of a judgment concerning a regional law limiting the carriage of passengers to taxis and NCC services (*noleggio con conducente*, i.e. hire cars with a driver),[18] has clarified that against the existing national legislation, dating back to the 90's, technological progress poses questions debated not only before courts but also in the political and regulatory contexts at both national and EU level: this would suggest the need for an updated and univocal regulatory framework to be met by the legislator. Also the Italian Competition Authority (ICA), intervening specifically in the *querelle* on Uber, has formally invited the legislator to intervene in order to modernize and make the actual legislation more flexible, by creating a level playing field aimed at avoiding practices that can seem unfair and opening the sector to competition with beneficial effects for final consumers.[19] On the other side of the Atlantic the crash with incumbent operators and the innovation process put forward by emerging new technologies have been emblematically described by Judge Posner in a case appealed before the Seventh Circuit on the legitimacy of an ordinance of Chicago City applying specific rules to Transportation Network Providers (TNPs) and challenged by taxi and livery companies.[20] In this occasion Judge Posner has stated: «when new technologies, or new business methods, appear, a common result is the decline or even disappearance of the old. Were the old deemed to have a constitutional right to preclude the entry of the new into the markets of the old, economic progress might grind to a halt.»[21]

Turning back to the European context, from the foregoing issues it appears that the first issue to solve is to determine which rules should be properly applied to Uber. In order to do that, the crucial question to answer primarily concerns the nature of the services provided by Uber itself. Yet, so far, national regulators and courts did not provide any uniform or final answer as to whether Uber offers "transport services" that should fall under the transport regulation, because equivalent to the taxi services, or rather "information society services", to be subject to a different set of rules. This uncertainty has led some national courts to refer to the European Court of Justice

[18] Italian Constitutional Court, 15 December 2016, No. 265. The Court declared such regional law as is illegitimate, as it comes under rules on the safeguard of competition, over which the State has exclusive competence.

[19] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Italia Competition Authority), 10 March 2017, S2782. The ICA has indicated three main points as crucial: firstly, it suggested equalising taxi services and other kinds of similar transport; secondly, it acknowledged that the advent of digital operators has completely modified market development and made obsolete the legislation in force; finally, the ICA recommended the enactment of some legislative tools to compensate the effects that the opening of the market has produced on the incumbent operators, forced to satisfy public service obligations.

[20] *Illinois Transportation Trade Association v. City of Chicago* (2016 WL 5859703).

[21] The ordinance at issue, governing TNPs since 2014, is more permissive than the others governing taxi and livery services. According to the judgment, the different rules applied to TNPs are justified by the fact that their services are different and not interchangeable with taxi service. For an analysis of this judgment, see A. Boitani - S. Colombo, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, in 1 *Mercato Concorrenza Regole* (2017): 61, 67 et seq.

(CJEU) for a preliminary ruling on the matter.[22] Among them, it is worth dwelling on the first request sent to the CJEU in August 2015 by the Juzgado de lo Mercantil No 3 (Commercial Court) regarding the rules to be applied to Uber Spain, operating in Barcelona, Madrid and Valencia without the licences and the authorisations required by the national laws for taxis.[23]

3. Uber before the CJEU: the Spanish case

The Spanish case arises from an action brought by a trade association (Elite Taxi), asking the court to declare that Uber Spain's activity in the form of UberPop constitutes an act of unfair competition and to order it to cease its conduct. The core issue of the questions referred by the national court is whether Uber's activity falls within the scope of Directives 2006/123 and 2000/31 as well as the provisions of the TFEU on the freedom to provide services.

It is worth analyzing firstly the Opinion released by the Advocate General (AG) Szpunar on the case, giving a crucial interpretation of the controversial questions at issue.[24] Given the definition of an "information society service" provided the Directive 98/34 (i.e. a service provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient) and the relevant EU regulatory framework, the reasoning of the AG develops on the following points, starting from the analysis of the main features of Uber's activity, i.e. that drivers on the Uber platform offer passengers a transport service to a destination selected by the passenger and receive the payment whose amount far exceeds the mere reimbursement of expenses incurred. This would in turn exclude that Uber is a ride-sharing platform as well as a mere intermediary who simply matches supply to demand. Above all, being the activity of Uber a composite service, i.e. comprising electronic and non-electronic elements, where the former is not the main one and is not economically independent of the latter, it cannot be classified as an information society service within the meaning of the Directive 2000/31. More specifically, the AG notes that Uber allows persons wishing to pursue the activity of urban passenger transport to connect to its application and carry out that activity subject to the terms and conditions imposed by Uber itself, which are binding on drivers by means of the contract for use of the application. The numerous terms and conditions included in the contract cover both the taking up and pursuit of the activity and the conduct of drivers when providing services. In addition, Uber sets the final price

[22] This is the case of the Tribunal de Grande Instance de Lille, which in March 2016 condemned Uber for unfair commercial practices. Again, Germany's Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) dealing with UberBlack referred the case the CJEU in May 2017.

[23] Case C-434/15, request for a preliminary ruling from the Juzgado Mercantil No 3 de Barcelona (Spain) lodged on 7 August 2015 — *AsociaciónProfesional Élite Taxi v Uber Systems Spain*, OJ 2015, C 363/21. For a comment, see D. Geradin, *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Re lections on the Uber Preliminary Ruling Case*, April 2016, accessed July 15, 2017, https://ssrn.com/abstract=2759379.

[24] Opinion delivered on 11 May 2017.

of the service provided.[25] It follows, according to the AG, that Uber is a "genuine organiser and operator of urban transport services", i.e. a traditional transport service.[26] In a more recent preliminary ruling case, pending before the CJEU and concerning Uber France, the AG has confirmed this view.[27]

Such a qualification clashes with the view expressed by some scholars before the release of the conclusions of the AG, supporting the idea that Uber would have nothing to do with traditional transport services, such as those provided by taxi companies, but belongs to the category of "online market-making platform",[28] creating value by enabling interactions between distinct categories of users, and not by performing transport activities. In other words, according to this approach, Uber is a typical two/multi-sided platform, one of the main examples of what Evans and Schmalensee call as "matchmakers", connecting drivers and riders, which are linked by indirect network effects, as a large number of drivers benefits riders, and vice-versa.[29]

A very different approach is supported by AG Szpunar, which directly addresses the question of the comparison with other intermediation platforms, namely with those used to make hotel bookings or purchase flights.[30] Although he acknowledges that some similarities exist (e.g. as regards the mechanisms for booking or purchasing directly on the platform, the payment facilities, the ratings systems), he argues that in those cases hotels and airlines are undertakings which function completely independently of any intermediary platform. The AG points out that the crucial difference lies in the fact that hotels and airlines and not the booking platforms determine prices and conditions under which their services are provided. In reality, this assumption seems to collide with the stance taken by the Commission and several NCAs in the recent case law on online travel agencies (OTAs, e.g. Booking, Expedia, etc.), occurred in the UK, Germany, Italy, France and Sweden, where such intermediaries have been found

[25] See para. 50: «Although Uber's representatives stated at the hearing that drivers are, in principle, free to ask for a lower fare than that indicated by the application, this does not seem to me to be a genuinely feasible option for drivers. Although drivers are theoretically given such a discretion, the fee Uber charges is the amount resulting from the fare as calculated by the application. Since any reduction in the fare paid by the passenger is to the detriment of the driver, it is unlikely that drivers would exercise that discretion».

[26] Para. 61.

[27] Case C-320/16, *Uber France SAS,* Opinion of Advocate General Szupnar, delivered on 4 July 2017. This case concerns the question whether certain provisions of French law which apply to services such as those offered by Uber should have been notified as rules on services within the meaning of the provisions of EU law on technical notification.

[28] D. Geradin, *Online Intermediation Platforms,* cit., at 8-9 (affirming that UberPop would fit with the definition of information society service under Directive 98/34, as it meets all the elements required).

[29] D. S. Evans - R. Schmalensee, *Matchmakers,* Harvard, 2016. The terminology of two-sided and multi-sided markets derives from economic literature. The expression "two-sided markets" appears in the seminal work of J.-C. Rochet - J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1 *J. Eur. Econ. Ass'n* (2003): 990]. The economic literature on this issue is huge. In general, the fundamental features of two-sided markets are: distinct groups of customers who rely on each other but also on the platform to intermediate transactions between them; indirect externalities across groups of users; and the non-neutrality of the price structure, meaning that the price structure of the platform affects the level of transactions.

[30] See paras. 59 et seq.

as imposing essential conditions of the pricing strategy of the principals through the widespread use of price parity clauses.[31] The AG considers this case law immaterial in the analysis of Uber;[32] nevertheless, as the control over conditions and prices is assumed by him to have a crucial relevance in the assessment of the difference between Uber and other platforms as intermediaries, it does not seem correct to not take into account the considerations mentioned above.

However, rather than the pricing issue, a more correct remark made by the AG regards the fact that, whereas Uber controls applicants' compliance with its own requirements, booking platforms do not exert any prior control on the hotels that have access to the platforms: simply, hotels operate in accordance with the State/local rules specific to their sector.[33] From this point of view, it is worth noting that Uber poses questions similar to those arising in respect of platforms such as Airbnb, as both are in tension with existing regulatory frameworks, which require licensing and other conditions (e.g. insurance, etc.).[34] This aspect turns to the main proceeding in the Spanish case at issue, being one of the referred questions whether the provisions of Directive 2000/31 prevent the imposition of penalties on Uber on account of unfair competition resulting from the activity of drivers providing transport services on that platform. The AG considers Uber responsible for its comprehensive system for on-demand transport and this would be true also in the case an interpretation different from that supported by Szpunar were to be accepted, i.e. that the connection supply were to be regarded as independent of the supply of transport in the strict sense, since these two supplies would ultimately be performed by Uber or on its behalf. In any case Uber, at least as far as the UberPop service is concerned, cannot benefit from the liberalization provided by Directive 2000/31, as it is organized in such a way that Uber cannot, as matters stand, comply with the requirements provided by the existing regulatory framework.[35]

Commenting the Opinion released by the AG, the main critical questions appear to be whether this approach properly considers the features of the platforms, among which Uber plays a unique role, and it is correct to consider the provision of a transport service as the main purpose of Uber's activity, so that this would necessarily lead to the conclusion that Uber must be equated to a transport service provider subject to the

[31] On this topic, see, *inter alia,* A. Ezrachi, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in 11 *European Competition Journal* (2015): 488; P. Akman, *A competition law assessment of platform most-favored-customer clauses*, in 12 *Journal of Competition Law and Economics* (2016): 781; M. Colangelo, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in 8 *Journal of European Competition Law & Practice* (2017): 3.

[32] See footnote 22 of the Opinion.

[33] The AG considers another difference between booking platforms and Uber at para. 60: «Lastly, such booking platforms give users a real choice between several providers whose offers differ on a number of important points from the users' perspective, such as flight and accommodation standards, flight times and hotel location. By contrast, with Uber, these aspects are standardized and determined by the platform, so that, as a general rule, the passenger will accept the service of the most quickly available driver».

[34] See B. G. Edelman - D. Geradin, *Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?*, in 19 *Stan. Tech. L. Rev.* (2016): 293.

[35] Paras. 86-87.

traditional rules applied to transport. As a matter of fact, the CJEU has upheld this approach, stating that the service provided by Uber is more than an intermediation service consisting of connecting, by means of a smartphone application and for remuneration, a non professional driver using his own vehicle with a person who wishes to make an urban journey.[36] The Court notes that, as the provider of that intermediation service simultaneously offers urban transport services made accessible through software tools, the application provided by Uber is indispensable for both drivers and passengers. It also points out that Uber exercises decisive influence over the conditions under which the drivers provide their service. These elements lead the Court to the conclusion that the intermediation service carried out by Uber must be regarded as forming an integral part of an overall service whose main component is a transport service, so that it must be classified as "a service in the field of transport", subject to the common transport policy. However, as currently non-public urban transport services and services that are inherently linked to those services, such as the intermediation service provided by Uber, have not given rise to the adoption of measures based on that policy, the Court refers the Member States to regulate the conditions under which such services are to be provided in conformity with the general rules of the TFEU.[37]

4. Uber and Antitrust Law

When addressing the Uber case, one could wonder whether and how antitrust law could target Uber practices. Actually, first and foremost, the antitrust toolkit helps to better analyze and understand Uber's business.

For example, according to the antitrust jargon, Uber adopts a two-sided business model that exploits the indirect network effects that exist between drivers and users. In other words, and as said before by commenting the AG's opinion, Uber's platform flourishes not only because it enhances efficiency by reducing the under-utilization of cars and driving skills, but also because it enjoys a sort of self-reinforcing effect resulting from the twofold fact that a higher number of drivers attracts more users and vice-versa[38]. By knowing this, one should not overlook that Uber is not a mere provider of some pieces of technology, such as the platform and the connected mobile application. Uber exists and grows because, by matching users and drivers via its platform, it exploits the interdependencies that occur between these two different demands: the demands of transportation and the demand of driving. From the antitrust standpoint, however, the existence of network effects does not justify any intervention, because antitrust law takes markets as they are: it only acts against some business practices that arm the

[36] CJEU, judgment of 20 December 2017, Case C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*.

[37] See paras. 34 et seq. of the Judgment.

[38] D.S. Evans and M. Noel, *Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms*, in 3 *Colum. Bus. L. Rev.* (2005): 667.

competitive process. Rather, the assessment of the magnitude of these effects serves to understand the extent to which platforms' market positions are contendable and, hence, it turns out to be useful in relation to market power inquiries. Indeed, because of indirect network effects, it is true that any potential entrant should have on board enough users before challenging the incumbent.[39]

In addition, the antitrust analysis suggests that Uber platforms is a *system of interoperable software* combined in a complex architecture that, nevertheless, is flexible enough to embrace new components. This means that Uber can easily diversify its business, by associating other products and services to the platform, as it actually did with Uber food. From an antitrust standpoint, this fact produces several consequences. On the one hand, it means that the competition occurring in digital markets is highly dynamic, not to say *fluid*, just because platforms can easily enter new markets by offering new and innovative functionalities.[40] On the other hand, the same capacity of developing new services may permit Uber to profit from pre-emptive strategies that produce exclusionary, though not necessarily anticompetitive, effects. Indeed, who enters new markets by offering novel functionalities to an already-established base of customers raises its rivals' costs, that is, forces rivals to use less efficient and lower-quality technologies that make their offer be less valuable than the offer of the new entrants.[41] Once again, hence, the antitrust analysis does not necessarily reveal the existence of unlawful conduct. Yet, it serves a twofold aim: it improves our understanding of the business rationale underpinning Uber strategies and it highlight the necessity for the antitrust agencies and authorities to be rapid.[42]

Turning to Uber practices, the Uber pricing system raises two main concerns. Firstly, one could argue that it works as a "hub and spoke" tool, that is, as a central instrument – the "hub" – coordinating the prices that drivers – the "spokes" – are asked to apply.[43] Yet, this theoretical possibility has to be ascertained in practice, that is, by exploring whether Uber's algorithm is daily manipulated to reduce competition among drivers and grant them a supra-competitive overcharge. Instead, if Uber's algorithm works as Uber declares it to work, that is, by mirroring how demand and supply change over

[39] See, D. S. Evans - R. Schmalensee, *Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses* (2010), accessed 15 July 2017, at https://ssrn.com/abstract=1353502.

[40] Already in J. Eisenach - T. M. Lenard (eds.), *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*, Boston, 1998.

[41] The literature about this kind of exclusionary strategies is huge. Thus, we refer to one of the leading contribution on the subject, S. C. Salop - D. T. Scheffman, *Raising Rivals' Costs*, 73 *The American Economic Review* (1983): 267.

[42] See W. E. Kovacic, *Antitrust in high-tech industries: improving the federal antitrust joint venture,* 19 *Geo. Mason L. Rev.* (2012): 1097, 1102 (observing that, «[t]he antitrust system peddles furiously on a bicycle to catch up with industry developments that speed ahead in a formula one car»).

[43] M. E. Stucke - A. Ezrachi, *Virtual Competition*, Harvard, 2016, at 50-55.

time in relation to the many and diverse routes[44], no kind of collusion occurs and the case of two drivers charging the same price should be regarded as a coincidence due to market forces rather than as a parallel behavior resulting from collusion.

Secondly, and irrespectively on the previous issue, one could argue that the drivers are independent firms sharing the same rules to charge prices – a fact which is anticompetitive in itself. Yet, as the CJEU suggests[45], there is room to argue that Uber's platform and its drivers represent a single economic unit within which no collusion can occur.

In addition, antitrust law cannot (and should not) do anything against the user data that platforms collect while offering their services, although the information extracted from these data serves to hold back consumers. Indeed, the more data the platform collects, the greater its ability to improve its services, the higher the money that it can earn at least from one of its side, and the higher the switching costs that consumers would bear, if they changed platform. However, such positive feedback loop is a by-product of an activity, that of using those data to improve services, that enhances consumer welfare, by improving products and services to better satisfy their needs and wants. Thus, this feedback loop cannot be forbidden by antitrust law. After all, if antitrust law could prohibit it, then what would it do? Should it prevent the platforms from improving their goods? Should it fix a cap about the amount of users that a platform can hold back? Blatantly, these are not antitrust tools or remedies.

A different issue is whether, taken for granted that taxi regulation should apply to Uber, antitrust law should act against Uber, because it does not comply with those national/local regulations that govern taxi services. Actually, platforms like Uber have increased the output of the services available to consumers and reduced the market price of those services. Thus, the mere existence of Uber and its economic activity is not anticompetitive within the meaning of antitrust law, because it does not harm consumer welfare. And this conclusion holds true, even if the evidence shows that Uber's business harms taxi drivers. Indeed, antitrust law does not aim to protect competitors: it wants markets to work as Darwinist mechanisms including firms that smite their rivals because of their merits and excluding firms that are not as meritorious as their rivals are.

[44] The nature of Uber pricing system has nothing wrong: It mimics the textbook case of a market where prices – but in the Uber case also the quantities, that is, the number of drivers available – adjust themselves almost instantly accordingly to supply and demand. Unlike personalized prices, Uber dynamic price does not change depending on the buyer's reserve price, but because of various factors such as: (a) the company's internal metrics (such as when a web site that sells tickets for shows and sporting events changes its prices because of low traffic logs), (b) competitors' prices (when the company changes its prices to keep up with competitors), (c) the real-time matching of supply and demand (as often happens regarding the prices of airline tickets and hotel rooms), and (d) any other external elements (such as weather conditions, in the case of transport) – See https://newsroom.uber.com/guest-post-a-deeper-look-at-ubers-dynamic-pricing-model, accessed 15 July 2017.

[45] CJEU, *supra* note 36, §§ 39-40, reading that «Uber exercises decisive influence over the conditions under which that service is provided by those drivers. On the latter point, it appears, inter alia, that Uber determines at least the maximum fare by means of the eponymous application, that the company receives that amount from the client before paying part of it to the non-professional driver of the vehicle, and that it exercises a certain control over the quality of the vehicles, the drivers and their conduct, which can, in some circumstances, result in their exclusion. That intermediation service must thus be regarded as forming an integral part of an overall service».

Quite obviously, this does not stands for the idea that antitrust agencies and authorities support firms that act in spite of the law. What just said addresses the fact that antitrust enforcers have limited powers. They can only forbid anticompetitive agreements, mergers, and monopolistic practices. They cannot prescribe obligations and commitments to impose, for example, Uber to comply with taxi regulations. Then, when they can, antitrust enforcers work to guarantee a level playing field, as the Italian Competition Authority tried to do within the powers of its advocacy activity.

A final issue that could be further developed in the next future regards the review and rating systems that Uber provides. By tradition, antitrust law does not inquiry whether consumers are well-informed. By tradition, cases of misleading information fall within the scope of consumer protection law and of disclosure regulation.

However, since information is a product, antitrust law can be used to prosecute firms that, by exploiting their unilateral or aggregated market power, harm the well-functioning of the many markets where many types of information are produced and distributed,[46] with the ultimate goal of reducing the quantity and the quality of the information conveyed to consumers (and investors) to take their decisions.[47] Thus, if it were proved that Uber manipulates its rating and review systems, then there could be room for an antitrust intervention, once Uber's dominant position was established.

In summary, though the advent of Uber significantly changed the competitive dynamics in the transport sector, essentially the Uber case is not a matter of antitrust law that usually welcomes new businesses and displacing technologies.

5. Conclusions

It is a fact that Uber (but also Lyft and other ride-hailing companies) have notably affected the transportation market in many cities around the world. On the one hand, since the law regulates taxi's tariffs, the entrance of the above digital rivals have pushed traditional taxi to improve the quality of their services.[48] In addition, these new operators provide a reliable and affordable transportation option, serving neglected areas and providing employment. On the other hand, Uber and the like have raised many

[46] In other words, as long as there are markets delivering information, there can be anticompetitive agreements, mergers and unilateral conduct limiting their output – that is, the amount of the information available to consumers – and the quality of business supply – that is, the accuracy and reliability of information.

[47] M. Patterson, *Antitrust law in the new economy,* Harvard, 2017. In particular, the Author analyzes the cases of the firms that, like Google, Yelp, Amazon and Standard & Poor's, provide people with the information that they use to make their consumption and investment decisions: «Although some consumers may continue to use multiple sources of information, many will not. Therefore, the products that Google or Amazon list with the lowest prices, or the products with the best reviews, are quite likely to be purchased more often than are other products. … As a result, shoppers may look only to that single source, making information providers like Google and Amazon critically important gatekeepers in their information markets» – at 33-38.

[48] For example, in the US, today's taxi drives make sure that their cars are clean and provide features like operable credit card readers and air conditioning – see S. Wallsten, *The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis?* (2015), accessed 15 July 2017, at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/06/01912-96334.pdf.

concerns mainly with regard to safety, legality, and (unfair) competition with traditional operators.

We have analyzed in the previous pages the uncertainty on the legal qualification of Uber's services. Given the considerations made above, firstly it appears that the Uber saga is a matter of regulation. We believe that applying to Uber the same requirements applied to taxi drivers and other incumbent operators, that in turn would imply its ban, is wrong.

Broadly speaking, there can be essentially two ways of regulating entrants introducing a new business model, i.e. extending the existing rules to the new emerging system, or using the latter to amend and innovate the former. We believe that the latter option is preferable.

To some extent, the Uber saga recalls the situation of many industries with high regulatory entry barriers in the years of liberalization processes, where the opening of the markets to competition followed the stages and the manners established by legislation. The main difference with Uber (and other platforms, as Airbnb) is that it engaged a sort of "spontaneous liberalization", as it started operating without obtaining necessarily regulatory approval.[49] Thus, the idea that we support is that the peculiarities of Uber, as a matchmaker platform, cannot be wasted, so that it is not appropriate to apply to its services the same rules designed for traditional operators.

Rather, two changes should be encouraged. On the one hand, legislators should enable the providers of traditional services to employ and exploit new technologies. When consumers will find a legal offer satisfying their contemporary needs and wants, they will lose any incentive to turn to Uber. In other words, the best way to fight illegal business models is to develop legal business models that are equally good and efficient. After all, this is what the experience about copyright piracy teaches us. In addition, this is what is already happening in those cities where "traditional" taxi companies have developed their own apps. On the other hand, legislators could introduce specific rules about taxation and safety to safeguard the public interest and decide to manage the advent of Uber.

[49] D. Geradin, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization be Applauded or Criticized?*, in *CPI* (2015).

EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and "digital" judicial insulation

Enzo Marasà, Oreste Pollicino

Keywords: ISP liability, Internet service provider, information society services, sharing economy, Uber

Enzo Marasà
Oreste Pollicino

Sommario

1.Introduction. - 2. The judgment. – 3. What actual and potential regulatory implications in practice? What role for Member States' constitutional courts?. - 4. A final comment of a more general relevance.

1. Introduction

«The technological evolution and the consequent economic and social changes need to be addressed not only by the Courts, but also by independent authorities and parliaments, in the light of the several interest involved and the novelty of the cases at stake».

With these words, the Italian Constitutional Court, one year ago (judgment no. 256/2016, related to Uber services), in one of the few decisions in which it has, until now, directly faced the relationship between technology and fundamental rights, aimed to break the (not only Italian) legislative inertia in the field, and to ask for a cooperation between the (constitutional) judicial power and the legislative one.

Words, the above mentioned ones, which seems to not have reached the hoped result, if the Uber regulation conundrum seems to have been (only partially as we will see) solved by another Judge, the Court of Justice the European Union (CJEU), which, on December, 20th issued a long-awaited judgment (C-434/15) in a preliminary reference brought by the Commercial Court of Barcelona in a dispute between Uber and a Spanish Taxi association on the legal nature of Uber services under EU law.
The matter is strictly connected to issues at the core of a recent strain of national judgements of civil and constitutional courts across the EU, which deals with the application of outdated laws or regulations to new technological means that did not exist when such laws were introduced. A number of such rulings had to deal at national level with the compatibility of Uber-like services with domestic law or regulation subjecting the underlying physical service, and/or the traditional providers thereof, to licenses or other restrictive requirements for public safety purposes.
The common conundrum of this strain of rulings rests in the tension between, on one side, Member States' competence and discretion in determining and implementing rules which pertain to public safety and, on the other side, their duty of loyal cooperation with the EU (enshrined in Article 4.3 of the Treaty on the Functioning of the European Union, or "TFEU"). This duty requires Member States to refrain from implementing measures that adversely and disproportionally affect the fundamental freedoms and objectives of the EU (such as competition, freedom of establishment and circulation of services within the Single market, technological neutrality and others).

2. The judgment

In the case at stake, the CJEU had to rule on the crucial question whether the services provided by Uber – consisting in connecting owners of a vehicle and persons who wish to make a urban journey by managing for profit an online technological platform and smartphone application – must be considered "information society services" (i.e. mere electronic intermediation) or rather transportation service under EU law.

The question is crucial to determine the regulatory framework and legal principles applicable to the service in question. Indeed, transportation services fall under Article 58(1) of the TFEU and are disciplined by the special provisions of Title VI (Articles 90-100) of the TFEU, which are expressly excluded from the scope of Article 56 TFEU. Similarly, the Service and e-commerce directives (Directives 2006/123 and 2000/31) expressly exclude transportation services from their coverage, including in particular from the provisions which preclude Member States to subject the covered services to authorisations, licences or other measures restricting the freedom of establishment and the cross-border circulation of physical or electronic services within the EU.

In its ruling, the CJEU first recognizes that Uber services comprise different types of services, each of which may be analysed separately and linked to different provisions and directives of the TFEU on the freedom to provide services. However, it has come to the conclusion that the intermediation service under scrutiny is more than a mere intermediation service because, simultaneously, the provider "renders accessible" and "organizes" urban transport services that, in practice, would not exist without the provider's activities.

In that regard, the CJEU observes that «the intermediation service provided by Uber is based on the selection of non-professional drivers using their own vehicle, to whom the company provides an application without which (i) those drivers would not be led to provide transport services and (ii) persons who wish to make an urban journey would not use the services provided by those drivers. In addition, Uber exercises decisive influence over the conditions under which that service is provided by those drivers. On the latter point, it appears, inter alia, that Uber determines at least the maximum fare by means of the eponymous application, that the company receives that amount from the client before paying part of it to the non-professional driver of the vehicle, and that it exercises a certain control over the quality of the vehicles, the drivers and their conduct, which can, in some circumstances, result in their exclusion. […] That intermediation service must thus be regarded as forming an integral part of an overall service whose main component is a transport service and, accordingly, must be classified not as 'an information society service' within the meaning of [EU law]» (para. 39-40).

Notably, the CJEU does not say that 'a service in the field of transport' is completely immune from the principle governing freedom to provide services within the EU. More specifically, the Court says that in the field of transport such principle «must be achieved, according to the FEU Treaty, by implementing the common transport policy» (para. 44).

However, the Court reminds that «non-public urban transport services and services that are inherently linked to those services, such as the intermediation service at issue in the main proceedings, has not given rise to the adoption by the European Parliament and the Council of the European Union of common rules or other measures based on Article 91(1) TFEU» and therefore «as EU law currently stands, it is for the Member States to regulate the conditions under which intermediation services such as that at issue in the main proceedings are to be provided in conformity with the general rules of the FEU Treaty» (para.46-47).

3. What actual and potential regulatory implications in practice? What role for Member States' constitutional courts?

The immediate practical consequence of the characterization of Uber services as comprised "in the field of transport" is that Uber itself can be required by each Member State to obtain a license or authorization to perform the service, in addition or substitution to its affiliated drivers.

Hence, the CJEU's judgment has put a slate on the chance for Uber (or equivalent platforms) to invoke EU law to preclude Member States from requiring a licence or authorisation to operate its services for profit in connection with non-professional drivers. Nevertheless, Uber also provides similar services in connection to professional, licensed drivers (e.g. UberBlack) and the CJEU's reasoning and wording of the judgment is sufficiently case-specific to preclude a broader application to such services as well.

It seems indeed arguable that a service such as UberBlack is not integral part of a transport service that otherwise would have not been provided or used, since licensed drivers have always been performing transportation services without Uber and could in theory organize a similar service by themselves.

Moreover, other Uber services such as Uber Pool do not necessarily use professional, licensed drivers but are nonetheless intrinsically different from the organization of a taxi-like transportation service. By car-pooling services, such as BlaBlaCar, cars' owners simply share their own routes and related costs with other persons who wish to do the same route (it is therefore a proper car-sharing service).

Said services may fall out of the scope of the judgement and, consequently, be characterized as "info society" or mere "electronic intermediation" services, which cannot be subject to prior authorization.

Even when dealing with the Uber services which are the object of the judgement, Member States have a great responsibility in implementing appropriate regulation, which must in any case comply not only with internal fundamental principles of open and sound competition, technological neutrality and non-discrimination, but also with international principles which derive from being part of the EU, such as that of loyal cooperation with the EU and the other Member States.

For instance, the general and fundamental principle of proportionality of the measures adopted at national level does serve as a limit to the discretion of Member States in deciding what restrictions they can apply to the services in question, even though they are tantamount to "transportation services" within the meaning of EU law. Other principles enshrined in Title VI of the TFEU prohibit Member States to implement disproportionate or inadequate restrictive legislation which discriminates in favour of national companies or specific services.
The role of constitutional courts of Member States is therefore still very important to preserve a legislative and regulatory framework of non-public transport services which is genuinely competitive, technologically neutral and open to undertakings established cross-border. In all Member States, acts of enforcement of national law and regulations can be challenged before national courts by affected natural or legal persons for contrariety to domestic constitutional principles.
Last but not least, the European Commission (and the Council) may still play the head role in the field of non-public transport by defining an EU policy or adopting harmonized legislation governing non-public transportation services, with particular care for new technological platforms such as Uber.
In addition, the European Commission can always intervene with individual decisions or infringement proceedings against Member State which blatantly refrain from adopting appropriate legislation in the field of transportation, to the sole end of protecting certain undertakings or specific transportation services from innovation and competition from other Member States.

4. A final comment of a more general relevance.

It is well known that today, more than ever, courts within their respective legal orders, occupy a privileged position that enables them to identify the risk of potential collisions that may encroach upon the effective protection of fundamental rights between interconnected legal systems. This consequently enables them to forge closer ties between different yet interacting systems. The crucial position of the Courts is amplified yet further with regard to the protection of fundamental rights in the digital age.
This is due to two peculiarities of the Internet.
The first peculiarity is substantive in nature and concerns the awareness that legal reforms tend to lag behind technological advances. The burden of making up for this necessary legislative inertia falls heavily on the shoulders of the courts. However, from our perspective, the novelty of the factual and legal context created by the Internet is even more interesting. Indeed, this is the main reason, along with the inertia of the legislature on national and supranational levels, why the courts increasingly seek assistance and inspiration in relation to the protection of fundamental rights on the Internet with courts of different yet interconnected legal orders even more than they do in the analogical world.
The drawback is that, exactly for the reasons described above, Courts, in digital age,

seem to be always more alone in facing the challenge to protect fundamental rights and economic freedoms in the new technological scenario. A forced - not welcomed - digital judicial insulation.

Il servizio di Uber tra asset dormienti e valore digitale. Quale regolazione?

Franco Becchis, Stefano Valerio*

* Alla stesura ha contribuito Monica Postiglione.

Keywords: Internet, concorrenza, regolazione, sharing economy, Uber

A seguito della richiesta inoltrata dal Tribunale commerciale n. 3 di Barcellona alla Corte di giustizia dell'Unione europea per ottenere un pronunciamento in merito alla vicenda Uber, la stessa Corte si è trovata di fronte a un quesito fondamentale: il servizio offerto da Uber rientra nella disciplina che assicura la libertà di stabilimento ai cosiddetti servizi della società dell'informazione o, piuttosto, è soggetto al quadro regolatorio del trasporto locale urbano?

Un quesito che pone una serie di problemi interpretativi non semplici e la cui risposta, contenuta nella ormai nota sentenza del 20 dicembre scorso, rischia di determinare un restringimento delle condizioni di operatività nell'ambito in cui si sviluppa l'economia delle piattaforme.

Cerchiamo allora di capire, anche sul piano della analisi economica, quali problematiche il quesito posto da Uber solleva e sulla base di quali argomentazioni la Corte di giustizia ha ritenuto di escludere Uber dal campo di applicazione delle direttive che rendono più agevole la libera circolazione dei servizi, qualificandone l'attività come «servizio nel settore dei trasporti».

A ben vedere, sono due nella sentenza i punti centrali intorno a cui ruota il ragionamento della Corte.

Secondo la Corte di giustizia, Uber, pur essendo in linea di principio un servizio di intermediazione fra conducenti non professionisti e passeggeri, svolge anche altre due funzioni importanti: «fornisce un'applicazione senza la quale […] tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto» ed «esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti». In altre parole Uber, dicono i giudici, crea un'offerta di servizi di trasporto urbano e ne controlla e organizza il funzionamento, fissando in via più o meno diretta prezzo delle corse e parametri di selezione dei veicoli e valutazione della condotta dei conducenti. Alla luce di questo, il servizio di intermediazione «deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo in cui l'elemento principale è un servizio di trasporto».

L'impianto argomentativo proposto dalla Corte trae palesemente ispirazione da quello elaborato dal suo avvocato generale, il quale l'11 maggio scorso aveva emesso un parere sul caso Uber che, sebbene non vincolante, è risultato decisivo e influente rispetto alla sentenza.

È opportuno dunque ripercorrere le considerazioni dell'Avvocatura Generale per evidenziarne luci e ombre rispetto all'approccio interpretativo del funzionamento dei meccanismi alla base dell'economia delle piattaforme.

Innanzitutto, il contesto normativo in cui ci si muove impone di ricordare che un servizio della società dell'informazione, così come definito dalla direttiva 2000/31/CE, che a sua volta rinvia alla direttiva 98/34/CE, ha la caratteristica di essere «prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario». L'Avvocatura, nel valutare se Uber possa rientrare in questa definizione, si è concentrata sul tema della prestazione di servizio a distanza per via elettronica, dal momento che onerosità e richiesta individuale sono manifestamente parte del servizio offerto da Uber. A partire da qui, il parere della Avvocatura della Corte di giustizia individuava due componenti: quella digitale – o elettronica, o dell'informazione – e quella industria-

le – legata all'erogazione del bene o del servizio – separandole con intento maieutico.
Ciò portava a definire Uber come un servizio misto, contenente appunto una componente digitale e una fisica, mentre un servizio della società dell'informazione dovrebbe «essere interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici, o altri mezzi elettromagnetici».
Tuttavia, era l'Avvocatura stessa a riconoscere che in alcuni casi la prestazione non può essere dematerializzata e quindi trasmessa elettronicamente. È questo il caso delle vendite *online* che, pur implicando la consegna fisica del bene acquistato, entrano ugualmente nel novero dei servizi della società dell'informazione.
Per valutare se le norme che liberalizzano la circolazione dei servizi della società dell'informazione, contenute nella direttiva 2006/123/CE, siano applicabili anche ai servizi misti, l'Avvocatura riteneva che dovesse essere soddisfatta una delle due seguenti condizioni: indipendenza della prestazione fisica dalla componente elettronica o, in caso di difficile scindibilità delle due componenti, accessorietà di quella fisica.
Rispetto alla prima condizione, sembra che il concetto di indipendenza sia inteso come possibilità che la prestazione fisica esista autonomamente, anche senza la componente elettronica, in altri termini che non sia intrinsecamente legata a essa.
Escludere tale possibilità nel caso in esame, come ha fatto l'Avvocatura, penalizza in prima battuta proprio quegli asset dormienti su cui l'economia delle piattaforme fonda la sua operatività.
Tali asset, secondo il parere dell'Avvocatura, vengono risvegliati dalle piattaforme e pertanto non esisterebbero senza di esse.
Tuttavia, va rilevato che in alcuni casi gli asset dormienti hanno in realtà un mercato e una propria esistenza indipendente dalle piattaforme. Non si tratta infatti di asset proprio dormienti, ma, per usare una espressione un po' ardita, sonnecchianti, che emergono dall'ombra in cui sono relegati dalle asimmetrie informative, per esempio quando per canali anche non digitali si manifesta una domanda che incontra le possibilità di servizio offerte dagli asset stessi. Si pensi al ruolo che giocano in questo senso reti amicali, personali, circuiti degli annunci o semplici passaparola nel consentire l'espressione e la soddisfazione di tale domanda.
Ammesso che non vi sia indipendenza della componente fisica bisogna quindi considerare, seguendo il procedimento analitico dell'Avvocatura, quale delle due componenti attribuisce il significato economico al servizio complessivo, individuando insomma quella principale e quella accessoria.
Nel caso delle vendite *online*, l'Avvocatura ricordava che queste sono state riconosciute nell'ambito dei servizi della società dell'informazione perché offerta, accettazione, conclusione e pagamento avvengono appunto *online*, mentre la consegna è il semplice adempimento di un'obbligazione contrattuale. Pertanto le regole che si applicano alla consegna non dovrebbero influenzare l'erogazione della componente principale del servizio, cioè quella digitale.
Per l'Avvocatura, tuttavia, non tutte le transazioni condotte *online* rientrano nel raggio d'applicazione della direttiva sui servizi della società dell'informazione. Nel caso Uber, infatti, la componente principale sarebbe quella fisica. E qui sta il paradosso. La componente fisica di Uber, ovvero il trasporto, pur essendo giudicata dormiente in assenza

della piattaforma, è considerata la componente fondamentale della sua attività. Secondo l'Avvocatura, il trasporto in auto non esisterebbe senza la piattaforma. Proprio per questo allora potremmo dire che si tratta di un servizio della società dell'informazione, nel senso che è la stessa società dell'informazione ad averlo reso possibile.
Inoltre, non è chiaro perché la consegna della merce non rappresenti la componente principale anche nel caso delle vendite *online*, mentre così è intesa quando si considera il *matching* fra *driver* e cliente, ovvero nel caso di Uber il viaggio, che potrebbe essere considerato come equivalente della consegna nel commercio elettronico.
Da un punto di vista microeconomico poi è proprio la piattaforma a creare valore, perché, rimuovendo i costi di transazione, essa svela offerta dormiente facendola incontrare con una domanda potenziale. Secondo il parere dell'Avvocatura, invece, far emergere in tal modo asset dormienti non costituisce né è classificabile come creazione di valore economico, sebbene nel caso delle vendite *online* sia stato riconosciuto dall'Avvocatura stessa che «la prestazione dell'intermediario rappresenta un valore aggiunto reale sia per l'utente che per l'imprenditore interessato».
Ricapitolando, il *matching* fra *driver* e cliente non è considerato né autonomo, dal momento che il *driver* non avrebbe vita propria senza la piattaforma, né principale, poiché il viaggio organizzato tramite il *matching* assume un'importanza maggiore del *matching* stesso. L'attività di Uber consisterebbe dunque «soltanto in una prestazione di trasporto» e «il servizio è anche presentato agli utenti e percepito dai medesimi in tal modo» come si legge nel parere.
Ancora una volta, viene da chiedersi perché questo non possa valere anche per le vendite *online*; è infatti legittimo immaginare che all'utente interessi maggiormente il completamento della consegna rispetto alla transazione.
Concludendo, va comunque rilevata la fondatezza sul piano economico di alcune osservazioni dell'Avvocatura, in particolare laddove si concentrava sugli aspetti di organizzazione e controllo del processo produttivo fisico. Uber non si limiterebbe a mettere in contatto offerta e domanda, ma di fatto alimenta costantemente offerta determinando, in via anche indiretta, prezzo e qualità del servizio.
Da qui alcune considerazioni e alcuni suggerimenti.
L'Avvocatura Generale della Corte di giustizia, dovendo legittimamente svolgere il proprio compito, ha preso le mosse dal quadro normativo esistente, arrivando peraltro ad ammettere che, anche qualora l'attività di Uber fosse stata inquadrata come servizio della società dell'informazione, si sarebbero comunque dovuti affrontare altri quesiti relativi al ruolo dei conducenti non professionisti che operano per mezzo della piattaforma.
Secondo l'Avvocatura essi «non disponendo di una licenza di trasporto urbano, per definizione non soddisfano […] prescrizioni in merito all'attività di trasporto propriamente detta». Ciò avrebbe potuto determinare di fatto un potenziale conflitto tra la direttiva europea in merito ai servizi della società dell'informazione e i regolamenti locali e nazionali sui trasporti.
Invece di delineare due componenti dello stesso servizio, come ha fatto l'Avvocatura, sarebbe forse stato più corretto riconoscere che il modello proposto dalle piattaforme

si basa su tre fasi: una fase di *information research and treatment*, una fase di *comparison/assessment/decision* e una fase di esecuzione ed erogazione fisica del bene o servizio.
Le tecnologie digitali e di geolocalizzazione, e in particolare gli *smartphone*, hanno trasformato tutte le fasi del processo legato alle scelte di consumo e investimento arricchendo di informazioni disponibili al "tocco di un dito" la prima e l'ultima di queste fasi. La conseguenza è che sono disponibili più servizi a prezzi ragionevoli e questi stessi sono costantemente soggetti a valutazione della loro qualità.
La sfida posta oggi dall'economia delle piattaforme alla regolazione implica un ripensamento dei criteri regolatori vigenti e una comprensione profonda dei processi innovativi.
Si tratta di riconoscere l'esistenza di questo cambiamento, provando se possibile ad anticiparlo, per non correre il rischio di rimanere troppo indietro.
Partendo da una analisi dei bisogni, la regolazione dovrebbe quindi ragionare su mobilità, cibo, accoglienza, incontro, salute, divertimento, formazione, tempo libero e su tutti i servizi offerti dalle piattaforme e chiedersi come accompagnare in modo adattivo il cambiamento tecnologico in atto. La trasformazione e il miglioramento di tali servizi non deve essere ostacolata da vecchie regole che rischiano di congelare l'innovazione.

Saggi

La riforma Orlando: intercettazioni, riservatezza, diritto di cronaca

Il "vorrei ma non posso" di un legislatore che "potrebbe ma non vuole"

Luigi Ferrarella

Abstract

Il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 ha modificato la disciplina sulle intercettazioni con nuove procedure e bilanciamenti tra diritti e interessi che solo in parte fanno ordine sul regime di (finto) proi-bizionismo caratterizzante finora la prassi della loro pubblicazione.
I filtri per la pubblicazione delle conversazioni (presso la polizia giudiziaria, presso il p.m. e infine nel contraddittorio in occasione della procedura di stralcio davanti al giudice) rischiano di rivelarsi un iter complicato e ridondante, sbilanciato su una ossessiva accezione di tutela della riservatezza. Il pericolo è quello di ricreare l'habitat perfetto nel quale si è storicamente prodotto, ai danni delle persone al centro di cronache giudiziarie, il mercato nero nel trattamento delle intercettazioni.
D'altro canto, il decreto almeno apparentemente valorizza il ruolo del giornalista, facendo cadere il "se-greto interno" su tutte le comunicazioni intercettate che, con le cautele del riporto solo di brani essen-ziali, sono già state acquisite dal gip, e specifica inoltre che l'ordinanza di custodia cautelare, depurata dalle conversazioni irrilevanti, dai dati sensibili e dai riferimenti inutili a terzi estranei, è pubblicabile in-teramente e immediatamente.

The Legislative Decree of 29 December 2017, no. 216, by amending the legal frame-work concerning tel-ephone tapping, has outlined a new balance between the relevant interests and rights that turns out to be satisfactory only to a certain extent.
The different steps provided for before the publication of telephone conversations can take place seem to be too much privacy-driven and thus very complicated and redundant. Such scenario raises the risk of creating a "black market" that would most likely affect the individuals concerned by criminal proceed-ings.
However, on the other hand, the Legislative Decree empowers the role of journalists, by removing the so called "internal secret" on all the conversations subject to interception that have already been submit-ted to the Judge for Preliminary Investigations; also, it makes the detention order immediately publisha-ble in its entirety, once sensitive data, references to third parties as well as not relevant conversations have been deleted.

Keywords: intercettazioni, privacy, dati personali, diritto di cronaca, riforma Orlando

Luigi Ferrarella

Sommario

1. L'introduzione di un "triplice scudo" per arginare le indebite propalazioni alla fonte. - 2. Una "battaglia navale" ma senza più le coordinate. - 3. Il "mercato nero" della notizia, cacciato dalla porta, rientra dalla finestra. - 4. La pubblicabilità dell'ordinanza: un embrione di diritto del giornalista ad accedere agli atti non più segreti (con qualche contraddizione). - 5. Interesse pubblico e tutela dei "terzi". - 6. Un altro passo verso la giustizia per chi se la può pagare

1. L'introduzione di un "triplice scudo" per arginare le indebite propalazioni alla fonte

Di taluni riflessi condizionati, che vanno per la maggiore quando si riparla di intercettazioni, per decenza di dibattito bisognerebbe fare quello che nel basket americano *Nba* fanno (invece per leggenda) con i numeri delle maglie indossate dai fuoriclasse: li ritirano dalle arene. Ecco, non sarebbe male ritirare dal gergo dei giornalisti lo stantio ricorso in automatico alla parola "bavaglio", dalle arene dei politici la ruffiana evocazione della "gogna mediatica", e dagli allarmi dei magistrati l'inflazionata profezia di sempre incombenti "regali ai delinquenti". Una bonifica linguistica e mentale, necessaria per provare a scorgere, una volta diradate le nebbie delle posizioni preconcette, che cosa prometta o meno di migliorare il decreto legislativo approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri il 29 dicembre 2017.

Il testo, con il quale l'esecutivo non ha dato molto ascolto ai pareri delle Commissioni parlamentari nell'esercitare la delega che si era fatto dare il 23 giugno 2017 ponendo peraltro la questione di fiducia, per giunta su un testo già frutto di un maxiemendamento governativo nell'altro ramo del Parlamento, muove dal condivisibile proposito di far sì che gli atti giudiziari riportino esclusivamente le conversazioni necessarie ai fini propri dell'atto che le contiene. E tra tutti i modi possibili, sceglie di provare a ridurre in partenza, con un triplice scudo, il rischio di indebite propalazioni delle comunicazioni garantite tra difensore e assistito, di quelle contenenti dati sensibili (specie su salute e sesso) in base al Codice in materia di protezione dei dati personali del 2003, di quelle riguardanti "terzi" estranei alle indagini, di quelle irrilevanti ai fini processuali, e di quelle inutilizzabili, tutte accomunate dall'essere potenzialmente lesive della riservatezza dell'indagato o di "terzi" su circostanze estranee al procedimento.

Il triplice scudo ha un primo strato costituito, per cominciare, dalla redazione selettiva già dei brogliacci da parte della polizia giudiziaria al momento dell'ascolto sotto il controllo del pm, "preventivamente" informato in modo da poter far ugualmente trascrivere (se ritiene) una intercettazione inizialmente apparsa irrilevante alla pg o da poterla successivamente ripescare con decreto dall'archivio riservato; poi ha un secondo strato composto dall'esplicita raccomandazione legislativa al pm e al gip di riportare soltanto i brani essenziali che siano funzionali ai rispettivi provvedimenti, dunque una sorta di ulteriore filtro al quale è tenuto il pm quando chiede (come il gip quando concede) una misura cautelare, o quando si appresta a depositare gli atti *ex* art. 415-*bis*; e infine ha un

terzo strato forgiato nell'ancora ulteriore setaccio che accusa e difesa possono realizzare, prima della conclusione delle indagini, scremando residui di comunicazioni non rilevanti attraverso il contraddittorio (non necessariamente orale in udienza, ma anche solo cartolare) della procedura di stralcio davanti al giudice che decide.

2. Una "battaglia navale" ma senza più le coordinate

Con un pizzico di cinismo, lo scriba potrebbe prefigurare che in questa fase si siederà a godersi lo spettacolo delle scintille e delle impasse (già segnalate da accademici come Glauco Giostra e da magistrati come i sei procuratori della Repubblica firmatari il 20 novembre 2017 di una nota alle Commissioni Giustizia in vista dei pareri parlamentari) che si produrranno in una catena di montaggio così farraginosa, complicata, ridondante, sbilanciata (rispetto a diritto di difesa, efficacia delle indagini e diritto/dovere di informare) su una ossessiva accezione di tutela della riservatezza di indagati e terzi.
La polizia giudiziaria, già al momento dell'ascolto dell'intercettazione, dovrà operare un immediato vaglio di rilevanza delle comunicazioni; trascrivere solo quelle ritenute rilevanti, delle altre indicando soltanto la data, l'ora e il dispositivo; e "preventivamente informare sui contenuti" il pm non con una "trascrizione sommaria" come avveniva prima nei tradizionali brogliacci (ora vietati dall'art. 268 c.p.p., c. 2-*bis*), ma con una "annotazione" (art. 267 c.p.p., c. 4), in modo che il pm, se ritiene una di queste conversazioni "rilevante per i fatti oggetto di prova" (art. 268 c.p.p., c. 2 *ter*), con "decreto motivato" possa ordinare di trascriverla. Se poi l'avvocato vorrà esercitare il diritto difensivo di verificare che nel "*mare magnum*" di comunicazioni cestinate come irrilevanti dalla pg (con il *placet* del pm) non vi siano invece intercettazioni utili alla difesa di cui chiedere al giudice la trascrizione, allo stesso genere di "battaglia navale" dovrà giocare il difensore, ma solo in 10 giorni in generale, e potendo esclusivamente ascoltare tutte le registrazioni ma non fare copia degli audio e nemmeno delle relative annotazioni, soltanto consultabili.
Altri, e ben più autorevolmente dei giornalisti, rifletteranno sulle criticità ad ogni angolo. A cominciare dal dubbio se l'opera di selezione dell'irrilevanza debba elidere le intere intercettazioni o solo singole sotto-parti di una stessa comunicazione, con il rischio o che si perda la tanto inseguita tutela della riservatezza oppure che al contrario, fuori dal contesto, non si capisca più niente e si equivochi tutto nel frammento superstite. E poi il possibile ruolo preponderante della polizia giudiziaria nella concreta gestione dei tempi e del numero di intercettazioni simultaneamente da seguire per il pm; o l'interpretazione del "preventivamente" rispetto all'obbligo di avviso al pm da parte della pg circa le comunicazioni da essa ritenute irrilevanti; o le conseguenze pratiche, sull'effettività del teorico potere di controllo e ripescaggio del pm, della loro immediata trasmissione nell'archivio riservato. E, ancora, la razionalità o meno della scelta del legislatore (ribadita con il rifiuto di recepire sul punto il parere della Commissione Giustizia del Senato e i suggerimenti della lettera di sei procuratori della Repubblica) di privilegiare, come criterio per lo stralcio in fase di ascolto, la "non rilevanza" per le indagini anziché la "non manifesta rilevanza" (se non addirittura, come forse sarebbe

stato più adeguato, la "pertinenza"): il che sembrerebbe peraltro disegnare per lo stralcio delle intercettazioni una griglia paradossalmente più stretta di quello che l'art. 190 c.p.p. stabilisce per la non ammissione al dibattimento delle prove "manifestamente irrilevanti". Fino ai timori di indebolimento del diritto di difesa, di fronte all'impossibilità di estrarre copia delle registrazioni nei 10 giorni di tempo a disposizione (prolungabili a 30 in casi eccezionali) per chiedere l'acquisizione di conversazioni rilevanti per la difesa e non trascritte; e fino alle incertezze sul contenuto di un contraddittorio che davanti al giudice la legge non impone sempre orale in udienza, ma ammette e anzi sembra sponsorizzare anche soltanto cartolare.

3. Il "mercato nero" della notizia, cacciato dalla porta, rientra dalla finestra

Ciò che invece il metalmeccanico della notizia può intuire è la sensazione che in quel genere di procedura si possa ricreare l'habitat perfetto nel quale si sono storicamente prodotti, ai danni delle persone al centro di cronache giudiziarie, i peggiori misfatti giornalistici nel trattamento delle intercettazioni: e cioè la penombra di un ibrido (finto) proibizionismo, «*in the dark of secrecy*» per dirla con Jeremy Bentham e con le parole del giurista e filosofo convinto che «solo nella misura in cui la pubblicità ha luogo può operare uno qualsiasi dei controlli applicabili all'ingiustizia giudiziaria, dove non c'è pubblicità non c'è giustizia, la pubblicità è l'anima stessa della giustizia».
Al momento del deposito degli atti, infatti, ci saranno a un polo le trascrizioni sommarie delle conversazioni rilevanti, al polo opposto la sola indicazione di data-ora-dispositivo di quelle valutate sin dall'inizio irrilevanti dalla polizia giudiziaria, e in mezzo le "annotazioni" fatte dalla polizia al pm sul contenuto di intercettazioni che poi il pm abbia valutato di non far trascrivere perché non rilevanti. Se queste "annotazioni" di conversazioni poi non rilevanti e non trascritte (che con il deposito saranno consultabili ma non copiabili dagli avvocati) saranno eccessivamente stitiche, vanificheranno la funzione di bussola che devono avere per non fare del pm un passacarte della polizia, e del difensore un cieco vagante tra montagne di audio. Ma se comunque consentiranno a pm e legali di farsi una idea del contenuto, in modo da poter esercitare le rispettive prerogative, finiranno per assomigliare a quegli attuali brogliacci che il legislatore (vietando le "trascrizioni anche sommarie") si premura tanto di non far più arrivare nelle temute mani dei giornalisti al momento del deposito degli atti.
Come soluzione è allora immaginabile che la polizia giudiziaria e il pm - per non ridurre la procedura preventiva di selezione delle comunicazioni irrilevanti a un simulacro modellato di fatto sulla sola scelta della pg già al momento dell'ascolto, e nello stesso tempo per non lasciare poi negli atti depositati notizie giudicate infine dal pm come non rilevanti ma inizialmente riassunte nella "annotazione" della pg - alla luce dell'avverbio "preventivamente" finiranno per doversi parlare attraverso lo scambio di pre-annotazioni volanti, redatte informalmente dalla pg e altrettanto informalmente restituite corrette (cioè depennate o rimpolpate) dal pm. Esattamente il contrario di

quanto ammoniva il parere del Csm, che raccomandava di «evitare la redazione di note o appunti separati di problematica gestione e conservazione»: tutto un materiale che resterà a galleggiare in un opaco limbo processuale quando, negli atti ufficiali infine depositati, verrà sostituito dalle invece previste micragnose notazioni di data-ora-apparecchio delle comunicazioni irrilevanti espulse dalla pg all'esito del "preventivo" contatto con il pm.

Sarà la situazione peggiore per il giornalista che non voglia fare la buca delle lettere. Il quale, specie nei procedimenti con più indagati e quindi con più avvocati e quindi con la scusa del "liberi tutti" tra suggeritori convinti a quel punto di potersi mimetizzare nel gran numero di potenziali fonti, diventerà (come anche prima della nuova legge) destinatario di ogni genere di leggenda metropolitana attribuita a questa o quella intercettazione parcheggiata nell'archivio riservato, ma (diversamente da prima della nuova legge) non avrà più la possibilità di verificarne l'autenticità e il senso nel contesto: e dovrà chissà come barcamenarsi tra l'assenza di ufficiali brogliacci banditi dalle nuove norme, la presenza reale di "annotazioni" non copiabili dagli avvocati e dunque tramandate solo a voce e a memoria dagli "iniziati" ammessi per lavoro alla loro conoscenza, e l'invece semiclandestina presenza di notazioni informali destinate ad alimentare il peggio di quel "mercato nero" della notizia che si voleva abolire.

Rischierà cioè di essere costantemente proiettato un film - la selezione in contraddittorio del materiale penalmente rilevante all'insegna però per gli avvocati del guardare ma non toccare, ascoltare ma non copiare, oltretutto in tempi non commisurati alla mole di audio da ascoltare - già visto (e pure senza lieto fine) almeno da chi, per mestiere, ebbe l'avventura nel 2007 di assistere all'identico sistema con il quale il Tribunale di Milano pensò di «garantire le prerogative dei parlamentari e le esigenze del diritto di difesa» degli indagati in una tappa di una inchiesta su due scalate bancarie: la tappa nella quale il gip, dovendo decidere se domandare al Parlamento (come chiesto dai pm) l'autorizzazione all'utilizzazione di 73 intercettazioni indirette di 6 parlamentari, le mise a disposizione (con le appena ricordate limitazioni logistiche) dei 168 difensori degli 84 indagati. Fu una baraonda che si protrasse per tutti i quattro giorni di questo tipo di udienza a porte chiuse, con il cerino rimasto in mano ai giornalisti che - in una situazione ibrida né di segreto totale né di trasparenza totale - si ritrovarono a dover galleggiare negli spezzoni di intercettazioni che, veri o falsi, completi o travisati, cominciarono ugualmente a essere fatti circolare (a seconda dell'interesse di cordata, di partito, di impresa) da questa o quella persona fra le ormai non più poche (indagati, avvocati, magistrati, finanzieri, periti, cancellieri) che da quel momento potevano contare sul fatto che tutti gli altri ne potessero avere teorica conoscenza attraverso l'ascolto senza copia (che oggi, per aggiunta, sarebbe pure senza brogliacci). Con il risultato che gli interlocutori di quelle intercettazioni, invece di finire sui giornali una volta sola ma con le loro parole vere e esatte e complete, finirono ripetutamente "maciullati" per molti giorni sugli organi di informazione con pezzi di frasi false-sbagliate-equivocate-decontestualizzate per come venivano riferite da chi aveva interesse a ritoccarne il senso.

4. La pubblicabilità dell'ordinanza: un embrione di diritto del giornalista ad accedere agli atti non più segreti (con qualche contraddizione)

Sperando di sbagliarsi su questo lato della luna nera, bisogna però anche riconoscere l'embrione di un baluginìo di chiarore su un altro lato della luna: quello nel quale il legislatore sembra aprire, per la prima volta, a un abbozzo di riconoscimento del ruolo dei giornalisti, pur senza arrivare ad avere l'esplicito coraggio di ammetterli a un accesso diretto e trasparente agli atti non più segreti nei vari momenti di *discovery*, e anzi producendo in parte effetti collaterali poco razionali.

All'art. 3 il decreto legislativo introduce l'art. 268-*quater* c.p.p. prevedendo che, con l'ordinanza con la quale il giudice acquisisce al fascicolo le intercettazioni rilevanti prodotte dal pm o fatte acquisire dalla difesa al termine del contraddittorio orale o cartolare finalizzato allo stralcio di quelle irrilevanti, «viene meno il segreto sugli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione», che dunque inizierebbero a poter essere pubblicati quantomeno nel contenuto. E alla lettera b) dell'art. 2 cambia anche l'art. 114 c.p.p. sul divieto (sanzionato dall'art. 684 c.p.) di «pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare» (procedimenti presidiati dall'ammenda da 51 a 258 euro, e nella pratica quotidiana giocati sulla ragionevolezza o meno di una sorta di "modica quantità" dei virgolettati dell'atto riportati dal giornalista). Al c. 2, infatti, dopo le parole «dell'udienza preliminare», il decreto legislativo interpone un inciso: «, fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292», cioè l'ordinanza con la quale il gip dispone una misura cautelare.

Per la nuova legge, dunque, da un lato cade il "segreto interno" su tutte le comunicazioni intercettate che (oltretutto redatte già con le cautele del riporto solo di brani essenziali) siano infine state acquisite dal gip; e dall'altro lato viene specificato che uno specifico atto, l'ordinanza di custodia cautelare, una volta depurata dalle conversazioni irrilevanti, dai dati sensibili e dai riferimenti inutili a terzi estranei, è pubblicabile interamente (non solo nel contenuto) e immediatamente, senza quindi più incorrere nella "pubblicazione arbitraria" punita dall'art. 684 c.p.

Questa modifica dell'art. 114, che debutterà tra 12 mesi perché prima il legislatore vuole saggiare in concreto la "bonifica" della procedura selettiva in vigore fra 6 mesi, da un lato non appare che lo "sbianchettamento" della realtà quotidiana, visto che già oggi le misure cautelari eseguite vengono in larga misura pubblicate dai giornalisti dopo essere state recuperate sottobanco (spesso in maniera incompleta, imprecisa, in tempi sfasati) nel "nobile accattonaggio" giornalistico tra tutti coloro che ne dispongono; e dall'altro lato certifica quello che già stava (paradossalmente per assenza) nel testo della legge di prima, e cioè che dal punto di vista della pura pubblicabilità l'ordinanza di custodia cautelare poteva in teoria già essere scritta senza limitazioni perché non è un atto di indagine coperto da segreto.

Non che qui si voglia sponsorizzare una postura del giornalista tale da ignorare il carico di violenza che può essere inflitta a una persona ignara nel farle sapere a mezzo

stampa che è indagata, oppure il potenziale di strumentalizzazione del quale il cronista si farebbe tramite se rivelasse una misura cautelare prima ancora che fosse eseguita. Ma un conto è la deontologia alla quale il giornalista ritenga di conformarsi, un altro conto è ciò che può sembrare più o meno razionale, un altro ancora sono le intenzioni del legislatore, e un altro conto è quello che sta davvero scritto in una legge. Tutti registri di per sé non necessariamente sovrapponibili. Si consideri il tenore letterale del nuovo decreto legislativo laddove, all'art. 329, c. 1, pone il segreto interno - quello che vige «fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza» - non soltanto (come prima) sugli «atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria», ma anche (adesso) sulle «richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine» e sugli «atti del giudice che provvedono su tali richieste», quindi in sostanza anche sulle proroghe di intercettazioni chieste dal pm e autorizzate dal gip.

Il risultato, piaccia o non piaccia, e anche se può legittimamente apparire curioso, è che il legislatore, mentre ha voluto estendere il segreto interno alle proroghe di intercettazioni o di indagini, non ha invece ritenuto di cogliere questa medesima occasione per estendere il segreto interno anche a tutta un'altra serie di atti del pm che, seppur funzionali alle indagini, non sono atti di indagine: come l'informazione di garanzia, o la stessa iscrizione nel registro degli indagati (ove non sia presidiata dall'apposita rara segretazione), o persino la richiesta del pm di misura cautelare, e a maggior ragione appunto l'ordinanza del gip di misura cautelare. Atti che dunque in teoria, non essendo segreti per la nozione di segreto descritta dall'art. 329 c.p.p., dal punto di vista della pura pubblicabilità già prima potevano - e ora a maggior ragione potranno - essere scritti dai giornalisti, anche letteralmente e anche prima che le persone interessate ne abbiano conoscenza, e senza incorrere nel reato di pubblicazione arbitraria previsto dall'art. 684 c.p.: fermo restando invece che il giornalista potrebbe pur sempre trovarsi nella situazione di essere incriminato per altre differenti forme di responsabilità, dal "favoreggiamento" dell'indagato (se fosse provato il nocumento all'indagine a causa della notizia) al concorso nella "rivelazione del segreto d'ufficio" da parte del pubblico ufficiale (se identificato costui, e se provata l'istigazione operata dal giornalista), dalla "diffamazione" sino al "trattamento illecito di dati personali" in violazione delle norme sulla privacy.

Peraltro nella nuova legge che mette per iscritto una facoltà che era appunto già ricavabile nelle precedenti norme, e cioè la piena pubblicabilità dell'ordinanza di misura cautelare, si fatica a comprendere la ragione per la quale viene indicato liberamente pubblicabile il provvedimento cautelare del gip, e non anche ciascuno dei singoli atti (pure non più segreti) che in esso il gip compendia. Ed è buffo che proprio un giornalista che dal 2006 (quantomeno dal convegno Anm a Napoli su "*Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*") perora l'accesso diretto del giornalista agli atti non più segreti, quale antidoto al *Far West* del (finto) proibizionismo e anzi come anche miglior garanzia proprio per le persone al centro di cronache giudiziarie, per onestà intellettuale debba ora rilevare l'incongruenza di un legislatore che da un lato ritiene di esplicitare in una norma la piena e immediata facoltà di pubblicare l'ordinanza d'arresto di una persona o di sequestro di un bene (che per definizione è un fotogramma

iniziale nel quale è preponderante l'impostazione dell'accusa), e invece dall'altro lato non ritiene di esplicitare altrettanto per le successive ordinanze (con i relativi atti) magari favorevoli alla difesa, quali ad esempio il provvedimento con il quale il Tribunale del Riesame annulli l'ordinanza di custodia cautelare del gip.

Tuttavia in questa embrionale e poco coordinata novità si sbaglierebbe a sottovalutare del tutto sia il riconoscimento di un principio che responsabilizza i giornalisti e contribuisce ad alzarne gli standard professionali e deontologici, sia la prospettiva che questa mini-modifica possa innescare pure un altro passo avanti se letta in parallelo all'art. 116, c. 1, c.p.p., in base al quale anche «durante il procedimento chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti», e all'art. 43 delle disposizioni di attuazione del c.p.p. , in forza del quale «l'autorizzazione prevista dall'art. 116 non è richiesta nei casi in cui è riconosciuto espressamente al richiedente il diritto al rilascio di copie, estratti o certificati».

Sinora i magistrati tendevano a non riconoscere al giornalista l'equiparazione alle parti processuali man mano che vi fosse un momento di *discovery*, e dunque nemmeno l'interesse qualificato a un accesso agli atti diretto e trasparente; ed è senz'altro possibile che analoghe resistenze (tanto più se rafforzate dallo scetticismo degli avvocati) si protraggano anche nei primi tempi del nuovo assetto. Ma è innegabile che avrebbe sempre meno senso la riproposizione di questi dinieghi ora che il legislatore specifica che è interamente e immediatamente pubblicabile l'ordinanza di misura cautelare depurata all'esito delle operazioni di stralcio del materiale ritenuto «irrilevante». Sicché, per questa via, si potrebbe forse indirettamente approdare ugualmente all'accesso diretto e trasparente da parte del giornalista a un atto che, in quanto pubblicabile, egli dovrebbe dunque anche poter chiedere di ottenere all'ufficio giudiziario che lo ha emesso: smarcandosi così dal (sempre difficile da dosare) rapporto personale con fonti tutte per definizione non disinteressate (il magistrato della Procura, il magistrato del Tribunale, l'avvocato dell'indagato, gli avvocati dei coindagati, i cancellieri, poliziotti, carabinieri, finanzieri, vigili e ogni altra forza dell'ordine, i consulenti tecnici, i traduttori, l'indagato stesso), ed anzi tendenti a cercare di strumentalizzare il giornalista con il pezzettino di notizia che sono disposti a dargli.

Lungi dunque dall'essere una norma di banale maggiore "comodità" per il giornalista, essa potrebbe contribuire a iniziare a incrinare, se non a spezzare, quei rapporti incestuosi nei quali oggi, nel *Far West* del (finto) proibizionismo, a vincere finisce per essere sempre e comunque il più scorretto, a prescindere dal lavoro che fa: il magistrato più ambizioso o più vanitoso che vuole usare i giornalisti; ma anche l'avvocato più aggressivo e scorretto; l'imputato (sia concesso l'errore) più "eccellente"; il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio introdotto nel circuito mediatico ai fini della sua progressione in carriera o della sua logica di cordata interna; e, naturalmente, il giornalista più spregiudicato e meno attento agli effetti collaterali sulle persone al centro delle cronache giudiziarie.

5. Interesse pubblico e tutela dei "terzi"

Dal punto di vista dei giornalisti, peraltro, sarà altrettanto interessante vedere come nella futura redazione degli atti verrà declinata la nozione di "rilevanza per le indagini" all'interno di comunicazioni (quand'anche tra o con interlocutori "terzi") caratterizzate da interesse pubblico.

Il decreto delegato, e prima ancora la legge delega, sembrano infatti molto risentire della carsica idea che vorrebbe schiacciare le cronache sulla sola rilevanza giudiziaria (anziché anche sull'interesse pubblico di notizie vere e proposte con essenzialità e continenza) e postulare in sostanza che non si debba mai scrivere di persone terze rispetto agli indagati di un procedimento giudiziario. Fenomeno, quest'ultimo, assai più circoscritto di quanto una fallace propaganda tenda a diffondere, come dimostrano i dati non di chissà quale cronista-ultrà ma dell'Unione Camere Penali Italiane, che durante il campione di ricerca del secondo semestre 2015 ha riscontrato che su 7.730 cronache giudiziarie solo il 7,3% riportava stralci di intercettazioni, i quali, a loro volta, soltanto nel 7,5% dei casi riguardavano estranei alle indagini.

Quantità a parte, persino la Cassazione civile ha già avuto modo nel 2014 di esplicitamente escludere questa sorta di ventilato coprifuoco informativo sui "terzi", peraltro in un caso molto delicato (Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21404) di intercettazioni di una inchiesta nella quale, fuori dall'ambito di rilevanza penale, una conduttrice tv discuteva del timore di essere sostituita in ragione o meno di un favore sessuale: «Non è sostenibile in linea generale che, quando in un atto processuale non coperto da segreto secondo le regole del codice di procedura penale, risulti contemplato un fatto o una notizia che siano relativi a persona che non sia in esso coinvolta come "parte", e che siano potenzialmente lesivi del suo onore, della sua reputazione, della sua riservatezza o di altri interessi primari, automaticamente si debba ritenere che l'esercizio del diritto di cronaca riguardo al processo debba avvenire per ciò solo omettendo qualsiasi riferimento a detta persona, perché il suo coinvolgimento in quella veste comporterebbe di per sé la carenza dell'interesse pubblico del lettore alla conoscenza di ciò che lo riguarda. Occorre provvedere invece sempre a un accertamento concreto dell'esistenza o meno di tale interesse, che può dunque sussistere anche se l'informazione emergente dall'atto concerna persona non coinvolta». E questo perché «la conoscenza dell'esercizio della pretesa punitiva penale e delle sue modalità è (data l'invasività e la pervasività della giurisdizione penale) correlata per definizione all'interesse pubblico».

E del resto il Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica del 19 febbraio 2016 all'art. 6 ammette: «La divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti». E «la sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica», il che significa per converso che essa può invece restringersi se ha rilievo sul loro ruolo pubblico.

Quello che fa il giornalista, dunque, è un bilanciamento in concreto, come uno sguardo alla casistica più controversa può forse chiarire. Gli sms sentimentali nel 2005 tra un noto immobiliarista indagato e una famosa attrice all'epoca a lui legata, ad esempio, erano stati spediti fra personalità entrambe pubbliche per le rispettive professioni, ma i messaggini non avevano rilevanza penale per l'indagine sulle scalate bancarie né interesse pubblico per la collettività, quindi non c'era motivo di scriverli, e difatti (ma questo molti lo dimenticano o lo ignorano quando citano sempre questo caso) il quotidiano nazionale romano che lì pubblicò fu poi sanzionato dal Garante della Privacy. All'opposto, invece, è il caso delle intercettazioni che, in una inchiesta in materia ambientale, colsero il compagno (indagato) di una ministra utilizzare questo legame per accreditarsi presso aziende che dipendevano dalle decisioni della ministra stessa: il fatto che il compagno sia poi stato archiviato non toglie che fosse allora (e resti oggi) di interesse pubblico, e quindi convintamente meritevole di pubblicazione, la notizia dello sfruttamento del ruolo della ministra da parte del suo compagno. Così come appare arduo sostenere che non dovessero essere ad esempio scritte le intercettazioni, non penalmente rilevanti per i due interlocutori imprenditori indagati invece nel cuore dell'inchiesta su alcuni appalti pubblici, dalle quali emergeva che un sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, "terzo" non indagato, avesse soggiornato in una lussuosa vacanza in albergo a spese di uno dei due interlocutori dell'intercettazione: non c'era rilevanza penale, ma c'era l'interesse pubblico alla pubblicazione, peraltro indirettamente confermato dalla scelta del sottosegretario di dimettersi dopo la pubblicazione.

6. Un altro passo verso la giustizia per chi se la può pagare

Sempre una osservazione del decreto legislativo dall'angolo di lavoro del cronista può poi anticipare il timore che il tipo di neo-procedura selettiva inveri sempre più il luogo comune che vuole la giustizia un bene fruibile da chi se lo può permettere e pagare: e ciò perché il nuovo prefigurato assetto finirà per allargare in maniera insostenibile la forbice tra l'indagato che avrà i soldi per rendere effettiva la propria conoscenza delle intercettazioni passibili di incidere sulla propria posizione, e l'indagato invece che non avrà i soldi per curare questo aggiuntivo aspetto cruciale della propria difesa. Lo rende intuibile un calcolo banalmente aritmetico, e cioè l'esempio di un processo milanese per corruzione, di quelli non bagatellari ma nemmeno mastodontici, come ce ne sono di frequente in questa materia per sforzi e tempi profusi nelle indagini: centinaia di migliaia di fonie relative a diversi Rit, 715 giorni di registrazione, pari a 10.000 ore trasfuse in 91 Dvd e riassunte in 32.000 pagine di brogliacci. Al costo di 80.000 euro tra spese materiali e impegno di due giovani distaccati dallo studio legale a questo compito di ascolto per tre giorni a settimana per sei mesi: chi si potrà permettere standard del genere per dare contenuto ad un altrimenti guscio vuoto di garanzia?

Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente previsto dall'art. 617-*septies* c.p.

Roberto Bartoli

Abstract

Nel disciplinare il reato di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente, il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 ha cercato di colmare una lacuna emersa nel sistema penale previgente a tutela della riservatezza offesa da aggressioni alla medesima provenienti dall'impiego di strumenti captativi a carattere tecnologico, punendo quelle compiute da chi è presente nell'ambiente sottoposto a registrazione audio e/o video. L'articolo esamina gli elementi soggettivi e oggettivi del delitto e si sofferma in particolare sull'estraneità della captazione e dell'uso del materiale captato dal *factum criminis*. La nuova fattispecie punisce infatti la sola diffusione, lasciando quindi la captazione a mero antefatto penalmente irrilevante. Se questa scelta sembra coerente con la considerazione che la riservatezza è offesa solo nel caso di diffusione, essa tuttavia rende la nuova tutela inefficace nel momento in cui la diffusione sia garantita dal diritto di cronaca, creando quelle lacune che si voleva colmare, specie nel caso di separazione soggettiva tra chi capta e chi diffonde.

By criminalizing the dissemination of illegal audio/video recordings the Legislative Decree no. 216 of 29 December 2017 aims at strengthening the protection of the right to privacy of the aggrieved person from any third parties' interference through the use of new technologies. The essay explores the substantive and objective requirements of this new offense and addresses the lack of coverage of the acts of recording or using the recording. In fact, the offense introduced by the Legislative Decree does only cover the conduct of circulating audio and video recording, while the act of recording is not relevant per se from a criminal law perspective. The article argues that, while this approach is compatible with the view that the right to privacy is affected only in case of dissemination of the relevant recordings, no protection is afforded in case the circulation is legally authorized on the basis of the exercise of the freedom of press.

Keywords: privacy, registrazioni, diritto di cronaca, intercettazioni, riforma Orlando

Sommario

1. Dalla legge delega al decreto legislativo. – 2. Uno sguardo al passato: le lacune del sistema penale previgente a tutela della riservatezza. – 3. - La formulazione della fattispecie e l'incriminazione della sola diffusione: gravi rischi per l'efficacia della tutela. – 4. Le modalità e gli strumenti di captazione e il dolo specifico. – 5. Le ipotesi di esclusione della responsabilità, la perseguibilità a querela, il rapporto con altri reati

1. Dalla legge delega al decreto legislativo

Con l'introduzione nel codice penale dell'art. 617-*septies*, rubricato «Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente», l'art. 1, d.lgs 216/2017, ha dato attuazione al c. 84, lett. b), l. 103/2017.

Quest'ultima disposizione conferiva al Governo la seguente delega: «prevedere che costituisca delitto, punibile con la reclusione non superiore a quattro anni, la diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente. La punibilità è esclusa quando le registrazioni o le riprese sono utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca».

La nuova fattispecie incriminatrice prevista nel decreto di attuazione della legge delega è così formulata: «Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa».

2. Uno sguardo al passato: le lacune del sistema penale previgente a tutela della riservatezza

Il nuovo delitto persegue lo scopo di colmare alcune lacune emerse nel sistema penale previgente a tutela della riservatezza offesa da aggressioni provenienti dall'impiego di strumenti captativi a carattere tecnologico. Tuttavia, come vedremo meglio in seguito, a causa dell'operatività del diritto di cronaca rispetto a una fattispecie che incrimina soltanto la diffusione e non anche la captazione/utilizzazione delle notizie riservate (v. *infra*, § 3), c'è il rischio che la riforma si riveli meno efficace di quanto appaia sulla carta. In buona sostanza, ci si trova davanti a quella legislazione la cui efficacia risulta – per così dire – in parte disinnescata dall'interno, similmente a quanto accaduto, ad esempio, per i delitti di scambio elettorale politico-mafioso vecchia versione, traffico di

influenze illecite, corruzione tra privati, dove la stessa configurazione del fatto tipico e della disciplina risulta inconferente rispetto alla stessa fenomenologia criminologica degli accadimenti esprimenti il disvalore.

Per mettere bene a fuoco l'esistenza nel sistema penale previgente di lacune di tutela da colmare, occorre avere presente, da un lato, i comportamenti che in astratto risultano offensivi della riservatezza e, dall'altro, quelli che risultavano punibili e non punibili prima dell'introduzione del nuovo delitto.

Sotto il primo profilo, la riservatezza può essere offesa attraverso captazioni e diffusioni da parte di soggetti terzi – per così dire – estranei alla dimensione privata della vittima oppure attraverso captazioni e diffusioni da parte di soggetti che invece, attraverso la legittima partecipazione a incontri o conversazioni, entrano a contatto con la dimensione privata del soggetto che viene captato. Nella prima prospettiva, si tende a tutelare la riservatezza intesa come "luogo" inaccessibile, intoccabile, inconoscibile da terzi estranei; nella seconda, la riservatezza è invece intesa come spazio che pur essendo accessibile alla conoscenza altrui (l'autore è legittimato a partecipare a un qualcosa e quindi a conoscere) contiene notizie che non devono essere comunque fraudolentemente captate e indiscretamente propalate. Si potrebbe dire che nel momento in cui un soggetto autorizza altri a partecipare a incontri o conversazioni, se da un lato lo spazio della riservatezza muta, restringendosi in quanto "partecipato", dall'altro lato, però, permane la necessità di difendere tale spazio da terzi estranei e cioè l'interesse del captato a che le notizie oggetto dell'incontro o della conversazione non siano portate a conoscenza di coloro che non facevano parte di quello spazio.

Sotto il secondo profilo dei comportamenti punibili e non punibili prima della riforma, si deve osservare come il nostro legislatore abbia fatto la scelta di punire soltanto la captazione e diffusione di suoni o immagini realizzate da terzi estranei e non anche quelle realizzate da chi partecipa a incontri o conversazioni. E infatti, le fattispecie di cognizione di comunicazione telefonica e di intercettazione di comunicazione telematica (rispettivamente previste dagli artt. 617 e 617-*quater* c.p.), nonché la fattispecie di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis* c.p.), richiedono che la captazione sia realizzata da un terzo estraneo e che la diffusione riguardi notizie captate secondo tali modalità. In particolare, la fattispecie di cognizione di comunicazione telefonica prevede espressamente che la conversazione registrata avvenga tra persone diverse da chi capta o che comunque non siano a lui dirette e che sia registrata la *conversazione*, vale a dire i suoni provenienti da entrambi i soggetti interlocutori; e gli stessi requisiti vengono pacificamente ricavati in via interpretativa anche nella fattispecie di intercettazione di comunicazione telematica[1]. Con la conseguenza che ai sensi degli artt. 617 e 617-*quater* c.p. non è punibile il soggetto che registra il proprio colloquio telefonico/telematico

[1] Sul punto, v. per tutti G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 307 ss.; A. Lago, *Art. 617*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, t. III, Milano, 2015, 651 ss.; C. Pecorella, *Art. 617* quater, *ivi*, 671 ss.; A. Valsecchi, *I delitti contro la inviolabilità della corrispondenza, delle comunicazioni e dei segreti*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in F. Palazzo - C.E. Paliero, *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, vol. VII, Torino, 2011, 314 ss.

con altro interlocutore[2], né il soggetto che registra uno soltanto dei due interlocutori mentre assiste alla sua comunicazione[3].

La fattispecie di interferenze illecite nella vita privata richiede che l'ottenimento delle notizie e delle immagini sia "indebito", ricavandosi da tale requisito l'irrilevanza penale della captazione realizzata dalla persona presente, in quanto chi partecipa all'incontro o alla conversazione percepisce direttamente le notizie e le immagini e quindi non le ottiene "indebitamente"[4]: con la conseguenza che, nonostante qualche pronunciamento contrario nella giurisprudenza di merito[5], ai sensi dell'art. 615-*bis* c.p. non è punibile la registrazione di conversazione fra presenti effettuata da un partecipante alla medesima[6], né il soggetto che nella propria dimora riprende fraudolentemente i rapporti intimi intrattenuti con il proprio partner[7].

Alla stessa stregua non poteva essere punita la diffusione di conversazioni captate da chi partecipa, in quanto, come accennato, è pacifico che, sempre per tutte le fattispecie, la diffusione debba riguardare le notizie e le immagini captate secondo le modalità indicate dalla legge[8].

Non solo, ma a ben vedere, non tutte le captazioni e diffusioni realizzate da terzi estranei risultavano punibili, in quanto anche rispetto a queste ipotesi il legislatore ha compiuto una notevole restrizione dell'area del penalmente rilevante, distinguendo a seconda del luogo in cui si realizza la captazione. E infatti, ai sensi dell'art. 615-*bis* c.p. risultano punibili soltanto le captazioni realizzate da terzi estranei rispetto a notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., vale a dire la privata dimora comprensiva delle appartenenze: con la conseguenza che attraverso quella fattispecie non sono punibili le captazioni realizzate da soggetti terzi

---

[2] Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2008, n. 12042, in *Riv. pen.*, 2008, 627 ss., Cass. pen., sez. II, 27 gennaio 1984, n. 8988, in *Cass. pen.*, 1986, 333 ss., con nota di Beretta.

[3] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 2013, n. 15003, *CED* 256235; Cass. pen., sez. V, 6 marzo 2009, n. 28251, *CED* 244196; Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 2008, n. 4926, Caliandro, *CED* 243153.

[4] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, t. I, cit., 290; A. Valsecchi, *Art. 615*-bis, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, t. III, cit., 588; G.L. Gatta, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, in F. Viganò - C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, cit., 297 ss.

[5] Pret. Roma, ud. 5 luglio 1999, Est. Callari, Imp. Cecchi Paone ed altri, in *Cass. pen.*, 2000, 2794 ss. e spec. 2799 ss., con nota adesiva di R. Blaiotta, *Il reato di interferenze illecite nella vita private in un caso di registrazione senza consenso di un'intervista*, *ivi*, 2803 ss.; Trib. Roma, 13 novembre 1985, Rotondo, in *Foro it.*, 1986, II, 497 ss., cono nota di G. Fiandaca.

[6] Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 1981, n. 5934, in *Cass. pen.*, 1982, 1529 ss.

[7] Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2017, n. 22221, *CED* 270236, secondo cui «non integra il reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis* c.p.) la condotta di colui che mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva provveda a filmare in casa propria rapporti intimi intrattenuti con la convivente, in quanto l'interferenza illecita prevista e sanzionata dal predetto articolo è quella proveniente dal terzo estraneo alla vita privata»; Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2007, n. 1766, *CED* 239098; Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 1529 ss.; Trib. Torino, 11 aprile 1986, in *Giur. cost.*, 1988, 2, 219; Pret. Rimini, 7 dicembre 1985, P., in *Foro it.*, 1987, II, c. 12.

[8] In questo senso, con riferimento al delitto di interferenze illecite nella vita privata, già F. Palazzo, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del "nuovo" art. 615-bis c.p.)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, 149; con riferimento al delitto di cognizione di comunicazione telefonica v. A. Lago, *Art. 617*, cit., il quale riporta tuttavia una sentenza di merito in senso contrario: Trib. Milano, 12 aprile 2002, in *Giur. mer.*, 2003, 737 ss.

in luoghi pubblici o aperti al pubblico (nonché in appartenenze che risultano – per così dire – volontariamente esposte al pubblico). Come abbiamo visto, unica eccezione l'ipotesi di presa di cognizione delle comunicazioni o conversazioni telefoniche o telematiche, dove, prescindendosi dal luogo fisico in cui si trovano gli interlocutori, lo "spazio" penalmente rilevante diviene – per così dire – la stessa comunicazione dove l'agente si deve intromettere per intercettare.

Insomma, in estrema sintesi, si può affermare che prima della riforma in esame erano punibili la captazione/diffusione da parte di terzi estranei:

- realizzate nella privata dimora altrui (art. 615-*bis* c.p.);
- di conversazioni telefoniche o telematiche, indipendentemente dal luogo fisico in cui si trovavano gli interlocutori (artt. 617 e 617-*quater* c.p.).

Al contrario, non erano punibili:

- la captazione/diffusione da parte di terzi estranei di suoni e immagini di terzi in luogo pubblico o aperto al pubblico, al netto della registrazione mediante intercettazione di comunicazioni telefoniche o telematiche;
- la captazione/diffusione da parte di partecipanti all'incontro o conversazione, quale che fosse il luogo dell'incontro o della conversazione, e quindi anche nell'ipotesi in cui avvenisse nella privata dimora.

A dire il vero, in termini – per così dire – astratti, la sola diffusione (non anche la captazione) di suoni o immagini captate sia da terzi estranei che da partecipanti a incontri o conversazioni, e indipendentemente dai luoghi, avrebbe potuto assumere rilevanza penale attraverso la legislazione sulla *privacy*, ma nella sostanza essa non ha mai trovato applicazione. Più precisamente, mentre la diffusione di immagini (ed estensivamente di suoni) captati da terzi estranei (in luogo pubblico o aperto al pubblico) sarebbe stata affidata alla tutela civile prevista dalla l. 633/1941 sul diritto d'autore, la diffusione di immagini o suoni captati da chi partecipa a incontri avrebbe potuto essere punita dalla fattispecie di cui all'art. 167, c. 1, d.lgs. 196/2003 (Codice privacy)[9].

3. La formulazione della fattispecie e l'incriminazione della sola diffusione: gravi rischi per l'efficacia della tutela

In considerazione di queste lacune di tutela e in considerazione del notevole sviluppo tecnologico che ha determinato una capillare diffusione di strumenti sempre più sofisticati nel captare suoni e immagini (si pensi agli *smartphone*) e sempre più efficaci nel divulgarli (si pensi alla combinazione di *internet* con i *social network*), il legislatore ha avvertito l'esigenza di punire le aggressioni alla riservatezza realizzate da chi è presente ad incontri e conversazioni.

[9] In argomento cfr. Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2011, n. 18908, in *CED* 250378, dove si afferma che «non è illecito registrare una conversazione perché chi conversa accetta il rischio che la conversazione sia documentata mediante registrazione, ma è violata la privacy se si diffonde la conversazione per scopi diversi dalla tutela di un diritto proprio o altrui».

D'altra parte, come accennato all'inizio, la particolare formulazione della fattispecie, combinata con l'operatività del diritto di cronaca, rischia di compromettere l'efficacia della riforma.

Il punto dal quale partire è che, a differenza di quanto avviene per i delitti di cui agli artt. 617 e 615-*bis* c.p., la nuova fattispecie non prevede in modo distinto la punibilità per la captazione e per la diffusione, ma prevede la punibilità per il solo fatto di diffusione, dove la captazione costituisce un antefatto non punibile autonomamente. In buona sostanza, la captazione risulta essere di per sé penalmente irrilevante, mentre ciò che assume rilevanza è la sola diffusione (non anche la rivelazione).

Si tratta di una scelta che merita attenta considerazione. A ben vedere, infatti, attribuire rilevanza alla captazione di chi partecipa a incontri o conversazioni può apparire privo di senso, visto che la riservatezza si offende soltanto con la diffusione: la stessa rivelazione, pur violando la riservatezza, non assume un significativo disvalore in virtù della ridotta propalazione della notizia.

D'altra parte, si tratta di una soluzione che suscita perplessità, in quanto c'è il rischio che il sistema non sia efficace nel momento in cui entra in gioco il diritto di cronaca. Come abbiamo visto, tutte le fattispecie che ruotano intorno alla captazione e diffusione di notizie scindono tra l'ipotesi della captazione e quella della diffusione prevedendo la punizione per entrambe. Non solo, ma si pensi anche alla fattispecie di rivelazione di segreti d'ufficio (connessa ad eventuali intercettazioni) e a quella di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale. Ciò significa che, con riferimento a queste fattispecie, nell'ipotesi in cui un unico soggetto capta e poi diffonde, se la diffusione può risultare coperta dal diritto di cronaca, tuttavia la captazione risulta invece punibile non essendo coperta dal diritto di cronaca. Parimenti, nell'ipotesi in cui un soggetto capta e un altro diffonde, posto che, se coperta dal diritto di cronaca, la diffusione non è punibile, tuttavia il soggetto che ha captato risponde penalmente. E, sia detto per inciso, non mancano oltretutto orientamenti secondo cui il diritto di cronaca verrebbe addirittura meno nel momento in cui si diffondono notizie ottenute attraverso la realizzazione di precedenti delitti[10].

Ebbene, così congegnato, il sistema consente da un lato di soddisfare quelle esigenze di informazione pubblica tanto care alla Corte EDU, ma dall'altro lato non permette di disincentivare quei comportamenti, oltretutto prodromici alla diffusione, che senza dubbio aggrediscono la riservatezza attraverso comportamenti fraudolenti.

Al contrario, la scelta operata dal legislatore di punire soltanto la diffusione determina, nel momento in cui entra in gioco il diritto di cronaca, che la sola captazione non possa essere punita, venendosi a ricreare quel vuoto di tutela che si intendeva colmare: come vedremo, è sufficiente che un terzo e un giornalista si accordino per captare e diffondere, perché entrambi non rispondano ovvero, detto diversamente, soltanto se non potrà trovare applicazione la scriminante del diritto di cronaca per mancanza di uno dei requisiti costitutivi entrambi i soggetti saranno punibili.

[10] Cfr. Cass. pen., sez. V, 27 novembre 2008, Quilici, in *CED* 242615, con riferimento alla fattispecie di interferenze illecite nella vita privata , dove si afferma che «non è consentito riconoscere e legittimare l'esercizio del diritto di cronaca quando [il giornalista] utilizzi notizie e immagini ottenute in spregio alla norma di legge».

Vero tutto questo, c'è da ritenere che con ogni probabilità sarebbe stato più opportuno incriminare, ancorché con pene ridotte (in verità anche la diffusione è punita con una pena davvero troppo elevata: reclusione fino a quattro anni), se non la captazione fraudolenta, quanto meno l'utilizzo della stessa, come del resto era stato prospettato in alcuni precedenti progetti di riforma non andati poi a buon fine[11]. Anche perché la stessa captazione fraudolenta, proprio in quanto fraudolenta, esprime senza dubbio un certo disvalore nel momento in cui lo stesso contesto della conversazione e dell'incontro viene considerato una sorta di "spazio inalterabile". Se infatti registrare una conversazione a due non esprime disvalore sul piano della riservatezza, perché – lo ripetiamo – senza diffusione la conversazione resta comunque riservata, tuttavia esprime disvalore sul piano relazionale, perché conversazioni e incontri nei quali uno registra e lo sa e un altro è invece all'oscuro di tutto, sono nella sostanza falsati, non essendo alla pari, ma squilibrati: mentre chi registra è prudente, chi è registrato non ha motivo di esserlo, soprattutto se poi tra i soggetti v'è un rapporto interpersonale di confidenza o intimità; mentre chi registra induce e orienta, in funzione di un eventuale utilizzo della registrazione, chi è registrato si relaziona senza ulteriori finalità e subendo le dinamiche altrui. E comunque, se proprio non si vuole riconoscere un disvalore alla mera captazione fraudolenta, quanto meno si può riconoscerlo all'utilizzo della stessa, trattandosi di condotta che determina un pericolo concreto per l'offesa della riservatezza.

4. Le modalità e gli strumenti di captazione e il dolo specifico

Oltre a problemi di formulazione, la fattispecie pone un'altra questione di grande rilievo, e cioè se sia punita la diffusione soltanto di conversazioni captate da chi era presente oppure anche di quelle captate da terzo estraneo in luoghi diversi dalla privata dimora. Il problema nasce a causa di una infelicissima e farraginosa formulazione della fattispecie. Stando alla lettera della legge, sembra che il legislatore abbia distinto due diverse ipotesi. Da un lato, quella delle «riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati», dall'altro, quella delle «registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione». Poiché il participio passato "svolte", essendo al femminile, non può che essere riferito soltanto alle conversazioni e non anche agli incontri, si dovrebbe ritenere che la partecipazione diretta del soggetto che effettua la captazione sia richiesta soltanto per le registrazioni di conversazioni e non anche per le riprese di incontri privati. Se così fosse, in buona sostanza, il legislatore avrebbe distinto tra riprese di immagini, rispetto alle quali la captazione può avvenire soltanto da parte di terzi, e registrazioni di suoni, rispetto ai quali invece la captazione può avvenire da parte di terzo o di un soggetto

[11] Si v. il disegno di legge n. 1611 della XVI legislatura, oltretutto già approvato dal Senato, che prevedeva l'introduzione nel codice penale dell'art. 616-*bis* (riprese e registrazioni fraudolente), così formulato: «Chiunque fraudolentemente effettua riprese o registrazioni di comunicazioni e conversazioni a cui partecipa, o comunque effettuate in sua presenza, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni se ne fa uso senza il consenso degli interessati».

presente.
Tuttavia risulta preferibile la soluzione che richiede sempre la presenza di chi capta. Anzitutto, perché la stessa legge delega, formulata in modo decisamente più chiaro, si riferisce a «riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente», dove stavolta il participio passato "svolte" è riferito sia alle riprese che alle registrazioni. Inoltre, è la presenza e quindi il carattere fraudolento della captazione che attribuisce disvalore al tutto.
A ben vedere, però, anche questa scelta di punire la captazione realizzata soltanto da soggetti presenti è destinata a suscitare alcune perplessità. Fuori dai luoghi di privata dimora, sarebbe stato più opportuno distinguere tra immagini e suoni. Mentre infatti rispetto alle prime, trattandosi di realtà che in luoghi pubblici o aperti al pubblico tutti possono captare sarebbe opportuno escludere la punibilità (e non è un caso che rispetto all'immagine la tutela tenda ad essere riservata alla responsabilità civile, come si ricava dalla legge sul diritto d'autore), rispetto ai suoni, invece, sarebbe opportuno punire non soltanto la captazione realizzata da chi è presente, ma anche dal terzo estraneo e sempre nell'ipotesi in cui le notizie vengano utilizzate, e ciò perché i suoni (le conversazioni) non sono di per sé esposte al pubblico, con la conseguenza che anche la captazione fraudolenta da parte di terzi esprime un disvalore.
Per quanto riguarda gli strumenti di captazione, la circostanza che si punisca soltanto la diffusione potrebbe indurre a ritenere che possano assumere rilevanza soltanto gli strumenti che sono capaci di fissare in modo stabile il suono o l'immagine. Tuttavia, si deve ritenere che tali strumenti possano consistere sia in mezzi che fissano le immagini e il sonoro, sia in mezzi che consentono la sola captazione, senza una fissazione stabile. Anche perché, a ben vedere, al giorno d'oggi è anche possibile e praticata una diffusione contestuale alla captazione: si pensi alla possibilità di realizzare "dirette" sui *social network*. Mentre è da escludere che integri la fattispecie l'ipotesi in cui, condivisa in una *chat* a due registrazioni o immagini, queste poi vengano diffuse dal ricevente in altra *chat*, mancando la fraudolenza.
Infine, altro punto problematico della fattispecie è la previsione del dolo specifico, consistente nel "fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine". Si tratta di un requisito del tutto disfunzionale rispetto alla fattispecie incriminatrice: poiché s'incrimina la sola diffusione, l'offesa alla riservatezza si realizza nel momento in cui si diffonde e a prescindere dalle finalità. In buona sostanza, non esiste alcuna correlazione di disvalore tra la condotta di diffusione e il dolo specifico. La previsione di un dolo specifico si sarebbe potuta giustificare meglio rispetto a una fattispecie che puniva autonomamente la registrazione, creandosi un nesso funzionale che faceva della registrazione un antefatto della diffusione esprimente un disvalore a sé. D'altra parte, tale requisito sembra destinato a perdere rilevanza nel momento in cui si valorizza quello della fraudolenza, nel senso che la finalità soggettiva di recare un danno potrà essere ricavata dal requisito della fraudolenza che deve accompagnare la captazione.

5. Le ipotesi di esclusione della responsabilità, la perseguibilità a querela, il rapporto con altri reati

Il secondo c. dell'art. 617-*septies* prevede due ipotesi di esclusione della punibilità calibrate sulla circostanza che le condotte di captazione/utilizzo/rivelazione non sono autonomamente punibili, mentre punibile è la sola diffusione.
Si tratta di scriminanti frutto di un bilanciamento in cui si è deciso di dare maggior perso all'esercizio di alcuni diritti rispetto al bene della riservatezza.
In particolare, la punibilità è stata anzitutto esclusa «se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta e immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa»: in buona sostanza, dall'utilizzo della registrazione sembra che debba derivare la diffusione. D'altra parte, così formulata la disposizione non ha molto senso, in quanto l'ipotesi scriminante finisce per essere attagliata su un fatto diverso da quello tipico, vale a dire sull'utilizzo delle riprese e registrazioni, invece che sulla loro diffusione. Detto in altri termini, la formulazione adottata dal legislatore sembra riferirsi a un'ipotesi rispetto alla quale la nuova fattispecie non può trovare nemmeno applicazione, in quanto la condotta presa in considerazione è l'utilizzo, mentre la diffusione è concepita come evento. Tuttavia nel fatto tipico configurato dal legislatore la diffusione risulta essere la condotta. Più semplice sarebbe stato affermare che non è punibile "la diffusione" in un procedimento amministrativo o giudiziario, ma anche questa espressione non sarebbe stata felice se si considera che sul piano della realtà empirica, un soggetto che utilizza una registrazione di solito non diffonde, ma utilizza e più precisamente rivela. In realtà, questa ipotesi di non punibilità aveva senso soprattutto rispetto all'impiego di una registrazione, tuttavia – come accennato – non prevista dal legislatore come reato.
In secondo luogo, si fa riferimento al diritto di cronaca. Già abbiamo visto come questa scriminante, combinata con la particolare formulazione della fattispecie, possa determinare un notevole restringimento dell'area del penalmente rilevante. Adesso si tratta di vedere più in dettaglio come opera.
In particolare, se il giornalista registra e poi diffonde, si deve ritenere che il suo comportamento possa essere coperto dalla scriminante, là dove sussistano i requisiti della rilevanza pubblica della notizia, della verità e della continenza, e ciò proprio perché la mera captazione non costituisce di per sé una violazione di legge.
Parimenti, se un soggetto e un giornalista si accordano affinché il primo registri e il secondo diffonda, si deve ritenere che entrambi i soggetti, avendo operato per la diffusione, andranno impuniti là dove sussista la scriminante.
Se invece, in assenza di un concorso, il giornalista "si limita" a diffondere registrazioni fatte da altri, il discorso si fa un po' più complesso. Per quanto riguarda il giornalista che diffonde, si deve ritenere che il suo comportamento non sia punibile, potendosi tuttavia discutere se non sia punibile perché atipico, non avendo realizzato la registrazione, oppure perché, sempre che ne sussistano tutti i requisiti, scriminato dal diritto di cronaca, come del resto avviene già oggi allorquando "una fonte" dà a un giornalista una registrazione e quest'ultimo la diffonde. Sembra preferibile questa seconda solu-

zione, anche perché alla fin fine la diffusione c'è e la riservatezza risulta compromessa. Per quanto riguarda il soggetto che capta, si pone il problema se il suo comportamento possa essere punito, in quanto nella sostanza si avvale del giornalista per diffondere, oppure se la sua condotta non sia punibile in quanto si estende anche a lui la scriminante. Per coerenza sistematica è preferibile questa seconda soluzione (la scriminante opera oggettivamente estendendosi a tutti i concorrenti), soluzione che tuttavia, come abbiamo già accennato in precedenza, finisce per indebolire notevolmente la tutela, visto che il soggetto non potrà rispondere per la fraudolenta captazione non essendo autonomamente punita. Con la conseguenza finale che le ipotesi punibili da questa fattispecie sembrano essere soltanto quelle che risulteranno non coperte dal diritto di cronaca.

Ecco allora che diviene fondamentale precisare quest'ultimo aspetto, dovendosi osservare che il diritto di cronaca potrà operare soltanto se l'intera registrazione o l'intero filmato sono coperti dai requisiti della scriminante, con la conseguenza che è sufficiente che una sola parte non sia coperta per andare incontro alla responsabilità penale.

Ai sensi del terzo comma, il reato è procedibile a querela dell'offeso: com'è stato efficacemente spiegato nella relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, «in maniera coerente con l'impianto della stessa legge di delega che impone di dare attuazione al principio generale della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni».

Infine, per quanto riguarda i rapporti tra art. 615-*bis* e art. 617-*septies* c.p., si deve ritenere che tra le due fattispecie non possa crearsi alcuna interferenza, proprio in virtù del fatto che mentre l'art. 615-*bis* richiede la terzietà del captatore, l'art. 617-*bis* richiede invece la presenza: così, nell'ipotesi in cui nei luoghi indicati dall'art. 614 un soggetto presente riprenda o registri, tale comportamento risulta penalmente irrilevante, a meno che poi non venga diffuso, trovando in questo caso applicazione non l'art. 615-*bis*, ma l'art. 617-*septies*, e ciò perché l'art. 615-*bis*, c. 2, richiede che le notizie e le immagini diffuse siano state ottenute nei modi indicati nella prima parte dell'articolo, e quindi da parte di soggetto terzo.

Stesso ragionamento per quanto riguarda i rapporti tra art. 617 e 617-*septies*, dovendosi osservare come oggi risulti punibile l'ipotesi in cui venga registrata la conversazione di uno solo degli interlocutori da chi si trova ad esempio presente nella stanza dove avviene la telefonata.

Saggi

I pericoli del *marketplace of ideas.* Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive

Margherita Ramajoli

Abstract

Due recenti sentenze della Corte di giustizia hanno gettato un'ombra di incompatibilità eurocomunitaria sulla normativa italiana d'attribuzione delle nuove frequenze per la diffusione di programmi con tecnica digitale. Al di là dei casi di specie le due sentenze pongono alcune domande di fondo: esiste una concorrenza effettiva nel mercato delle comunicazioni di massa? Il diritto nazionale non si limita a consolidare lo *status quo*? Da ultimo, ha un senso parlare in materia di *marketplace of ideas*, in cui la più ampia diversità di opinioni, scorrendo attraverso i canali della discussione, porta a una soluzione adeguata dei problemi della vita sociale?

Two recent judgments of the Court of Justice of the European Union question the compatibility with EU law of the Italian legislation for the allocation of new digital frequencies. Beyond the specific cases, the two judgements raise some basic questions: is there effective competition in the mass-market? Is national law merely consolidating the status quo? Finally, does it make sense to talk about a marketplace of ideas, in which the widest diversity of opinions, flowing through the channels of discussion, leads to an adequate solution to the problems of social life?

Keywords: comunicazioni elettroniche, *marketplace of ideas*, pluralismo, concorrenza, media

Margherita Ramajoli

Sommario

1. Le sentenze della Corte di giustizia. – 2. Il *marketplace of ideas*. – 3. Fatti contro diritto. – 4. I pericoli del *marketplace of ideas*.

1. Le sentenze della Corte di giustizia

La storia giuridica delle comunicazioni elettroniche è afflitta da vizi atavici, che emergono periodicamente. Il settore è caratterizzato da un diritto che è alla perenne rincorsa del fatto compiuto e che spesso si limita a cristallizzare le strutture di mercato già esistenti. Ciò è testimoniato recentemente da due importanti sentenze della Corte di giustizia, che s'innestano in un ampio filone di pronunce giurisdizionali e di procedure d'infrazione, che reputano la nostra disciplina in contrasto con le regole europee sotto alcuni profili decisivi[1].

Il giudice europeo in sede di rinvio pregiudiziale ha chiarito il significato di alcune disposizioni di diritto derivato dell'Unione europea gettando un'ombra di incompatibilità eurocomunitaria sulla normativa italiana d'attribuzione delle nuove frequenze per la diffusione di programmi con tecnica digitale[2].

Il giudice europeo si è espresso sia sui criteri nazionali applicati per l'assegnazione delle frequenze, i quali proteggono la posizione degli operatori nazionali già attivi sul mercato che oltretutto hanno ottenuto un vantaggio concorrenziale in violazione dei requisiti di legge, sia sul procedimento nazionale di assegnazione adottato, che ha visto l'indebito coinvolgimento di soggetti politici, anziché di autorità indipendenti.

La prima sentenza (26 luglio 2017, causa C-112/16, *Persidera*) ha ad oggetto il meccanismo di conversione delle reti analogiche esistenti in reti digitali previsto dalla normativa italiana. L'art. 4, par. 2, della c.d. direttiva concorrenza[3], dell'art. 5, par. 2, c. 2, e dell'art. 7, par. 3, della c.d. direttiva autorizzazioni[4], e l'art. 9, par. 1, della cd. direttiva quadro[5],

[1] Per una ricostruzione in materia cfr. B. Tonoletti, *La televisione digitale terrestre dal protezionismo alla concorrenza*, in M. Cuniberti - E. Lamarque - B. Tonoletti - G.E. Vigevani - M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 251 ss.; G. Avanzini, *Sistema di assegnazione delle frequenze radio-televisive tra valorizzazione economica e tutela del pluralismo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2013, 317 ss.

[2] Come precisato dalla stessa Corte di giustizia, «non spetta alla Corte, nell'ambito di un procedimento instaurato a norma dell'art. 267 TFUE, pronunciarsi sulla conformità o sulla compatibilità di norme nazionali con il diritto dell'Unione europea. Tuttavia, la Corte è competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione che possano consentirgli di pronunciarsi su tale conformità o compatibilità in vista della soluzione della lite sottoposta alla sua cognizione» (punto 35).

[3] Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

[4] Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

[5] Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

stabiliscono che i diritti d'uso delle radiofrequenze devono essere attribuiti sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. La Corte di giustizia ha osservato che questi criteri devono essere rispettati non soltanto al momento dell'assegnazione iniziale delle radiofrequenze, ma anche in occasione di qualsiasi assegnazione successiva, o di una proroga, oppure, come nel caso in questione, di una conversione delle radiofrequenze nel contesto della transizione verso il digitale.
Di conseguenza, una disposizione nazionale che porti a prolungare o addirittura a rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito si pone in contrasto con il complesso delle direttive esistenti. Evenienza che si verifica allorché il meccanismo di calcolo delle reti digitali da assegnare, da un lato, tenga conto anche delle reti analogiche illegittimamente possedute da un operatore, dall'altro, risulti idoneo a favorire taluni operatori rispetto ad altri, violando così il principio di non discriminazione e di proporzionalità.
Con altra sentenza emessa in pari data (26 luglio 2017, causa *Europa Way e Persidera*, C-560/15) il giudice europeo ha affrontato la questione della sospensione della procedura nazionale di ripartizione delle frequenze televisive digitali da parte del Ministero per lo Sviluppo Economico e del successivo annullamento della stessa procedura da parte del legislatore nazionale.
L'art. 3 della direttiva quadro stabilisce che le autorità nazionali di regolazione operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati. La Corte di giustizia ha osservato che l'indipendenza di tali autorità sarebbe compromessa se fosse consentito a soggetti quali il Ministro dello Sviluppo Economico italiano e il Parlamento italiano di sospendere o persino di annullare una procedura di selezione per l'assegnazione delle radiofrequenze organizzata sotto la responsabilità dell'autorità stessa. Indebite interferenze della politica nelle competenze e nella sfera d'indipendenza dell'autorità di regolazione italiana, e cioè dell'AGCOM, contrastano con il diritto UE.
Al di là dei casi di specie le due sentenze pongono alcune domande di fondo: esiste una concorrenza effettiva nel mercato delle comunicazioni di massa? Il diritto non si limita a consolidare lo *status quo*? Sono «fragili e vulnerabili», per utilizzare le parole dell'Avvocato Generale Kokott nella causa C-112/16, i meccanismi su cui si fondano le reti e i servizi di comunicazione elettronica[6]? Da ultimo, ha un senso parlare in materia di *marketplace of ideas*, in cui la più ampia diversità di opinioni, scorrendo attraverso i canali della discussione, porta a una soluzione adeguata dei problemi della vita sociale?

2. Il *marketplace of ideas*

L'espressione *marketplace of ideas* (letteralmente piazza di mercato delle idee) mette bene in luce la tensione tra il profilo spirituale della libertà di manifestazione del pensiero e il profilo economico della libertà d'impresa. Questa tensione, sia pure con accenti differenti, attraversa ogni continente, ogni periodo storico e ogni mezzo di comunicazione di massa, dalle radio alle televisioni, per arrivare ai *social media*.

[6] Conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 30 marzo 2017, causa C-112/16, punto 1.

La paternità dell'espressione *marketplace of ideas* è attribuita al giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes jr., che l'avrebbe impiegata nella sua *dissenting opinion* nel caso *Abrams v. United States* (1919). Più precisamente il giudice Holmes parla di «*free trade of ideas*», e cioè di libero scambio delle idee, e precisa che «*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*»[7].
É stato in realtà il giudice della Corte Suprema William O. Douglas ad impiegare il termine *marketplace of ideas* nella decisione del caso *United States v. Rumely* (1953) e da lì l'espressione è divenuta d'uso comune nella dottrina e giurisprudenza nordamericana.
La metafora del *marketplace of ideas* si fonda su alcuni concetti propri dell'ordinamento statunitense. Da un lato, il mercato è presentato come il luogo della libertà, con un valore etico, prima ancora che economico, e, più a monte, la garanzia dei diritti economici si pone come una conseguenza diretta del riconoscimento dei diritti di libertà civile e politica dei cittadini[8].
Dall'altro, la libertà di espressione non viene intesa come un diritto naturale meramente individuale, bensì alla stregua di un *commod good*. In questa logica il massimo benessere per la collettività è raggiunto solo consentendo la più libera espressione degli interessi individuali: se il diritto individuale riceve una tutela piena, ne seguirà il vantaggio sociale del reciproco confrontarsi delle idee. È il cosiddetto pluralismo esterno, ossia il pluralismo inteso come possibilità di ingresso di quante più voci consentano i mezzi tecnici di trasmissione, in modo che tutti i consociati possano a loro volta accedere a una varietà di opinioni diverse[9].
Precipitato concreto di queste idee è il fatto che nell'ordinamento nordamericano non ha mai trovato applicazione il modello della riserva statale in materia radiofonica prima e televisiva dopo, che invece da noi si è imposto per buona parte del secolo scorso.
Tuttavia, a ben vedere, qualche sorge dubbio sulla perfezione, coerenza e linearità di ciò che s'intende per *marketplace of ideas*[10].
Anzitutto, su un piano generale non è affatto certo che il mercato sia una piazza, un luogo aperto, una zona di libertà, dal momento che non tutti i soggetti possono essere o possono continuare ad essere attori del mercato, ma ottengono tale ruolo solo quelli economicamente più forti. Risultato che contrasta con la presunta matrice egualitaria sostanziale del *marketplace*.
In secondo luogo, i dubbi e le perplessità si fanno più stringenti nel particolare settore dei mezzi di comunicazione di massa. L'oggetto del mercato condiziona il mercato stesso e l'informazione è un "prodotto" con proprie specificità. In altri termini il *marketplaces of ideas* non è un *marketplace* simile a tutti gli altri.

---

[7] *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J. dissenting).

[8] M. Libertini, *Il mercato: modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, vol. III, spec. 353 ss.; Id., voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, ann. III, 192 ss.

[9] D.L. Teeter jr. - B. Loving, *Law of mass communication. Freedom and Control of Print and Broadcast Media*, New York, 2011, 6 ss.

[10] Sulla distruzione del «*myth of the neutral marketplace of ideas*» facendo uso prevalentemente di argomentazioni economiche cfr. G. Brazeal, *How much Does a Belief Cost? Revisiting the Marketplace of Ideas*, in 21(1) *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2011, 32-33.

Tutto ciò diviene particolarmente evidente se si riflette sulle modalità con cui si è formato il mercato radiotelevisivo. Esse condizionano ancora oggi l'assetto del mercato, che non può dirsi ben funzionante, e mettono in luce i pericoli del *marketplace of ideas*.

3. Fatti contro diritto

Si è sopra accennato alla frattura tra il piano del diritto e il piano dei fatti che per lungo tempo ha afflitto il settore delle comunicazioni di massa. Dal punto di vista del diritto, in Italia è mancata agli inizi la condizione normativa indispensabile per creare un *marketplace of ideas* in ambito radiofonico e televisivo: la l. 103/1975 aveva previsto un regime di monopolio statale, con un unico soggetto pubblico legittimato a trasmettere via etere.

La principale ragione addotta a fondamento della riserva pubblica, più volte evidenziata dalla Corte costituzionale, consta di più passaggi logici: le radiofrequenze sono presenti in natura in quantità limitata; la scarsità del bene conduce inevitabilmente al formarsi di un monopolio; un monopolio pubblico è preferibile, per le sue garanzie di imparzialità, rispetto a un monopolio privato[11].

Dal punto di vista fattuale, invece, il settore delle radiodiffusioni è stato concepito come ogni altro mercato, governato dalla regola *first come best served*. Il fenomeno radiotelevisivo privato si diffonde negli anni Settanta-Ottanta del secolo scorso al di fuori del quadro normativo, in assenza di qualsiasi attività regolazione pubblica, grazie a un'occupazione di fatto dell'etere da parte di emittenti private.

Da qui la progressiva formazione di un duopolio pubblico-privato e un intervento sanante da parte del legislatore. Infatti la l. 223/1990 ha previsto una pianificazione dell'etere, ha introdotto un regime concessorio per le televisioni private e ha adottato una specifica disciplina antitrust, il cui effetto è stato in realtà di "stabilizzare" la posizione dominante privata esistente. Infatti di stabilizzazione ha parlato la Corte costituzionale, la quale con la sentenza del 7 dicembre 1994, n. 420 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che fissava un tetto anticoncentrazione pari al 25% delle concessioni nazionali disponibili, permettendo di fatto a una medesima impresa di essere titolare fino a tre reti.

Successivamente altre leggi (dalla l. 249/1997 per arrivare al d.lgs. 177/2005) hanno dettato ulteriori misure antitrust e hanno nuovamente disciplinato l'attività di pianificazione e di assegnazione delle radiofrequenze affidata all'AGCOM. L'attuale testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici stabilisce il numero massimo dei programmi televisivi autorizzabili (20%) e delle risorse raccoglibili da un solo soggetto (20% di quelle riferite al c.d. SIC, ossia Sistema Integrato delle Comunicazioni).

Tuttavia, sia la specifica disciplina antitrust, sia l'attività di assegnazione delle frequenze sono state oggetto di enorme quantità di contenziosi, che non sembrano destinati a

[11] Sul punto, se si vuole, cfr. M. Ramajoli, *Strumenti giuridici per il governo radiotelevisivo*, in *Foro amministrativo*, 10, 1993, 2005 ss.

finire, come stanno a dimostrare le due pronunce della Corte di giustizia che hanno censurato la disciplina italiana d'attribuzione delle nuove frequenze. Tra le varie argomentazioni utilizzate dalla sentenza 26 luglio 2017, causa C-112/16 (*Persidera*), è interessante quella che fa leva sulla violazione del principio di non discriminazione da parte di una normativa interna che mira a consolidare lo *status quo ante* sviluppatosi in un contesto *praeter legem*. Questo, lo si ribadisce, è un difetto ricorrente nella disciplina dei mezzi di comunicazione di massa, che interviene solo dopo un lungo periodo di a-regolazione.

Ma l'Italia non è l'unico Paese in cui la voluntary self regulation dell'etere ha regnato sovrana per lungo tempo, con effetti di trascinamento sul lungo periodo. Negli Stati Uniti la prima disciplina normativa in materia (il Radio Act del 1912) stabiliva sì che qualunque stazione via etere avrebbe dovuto domandare una licenza governativa, tuttavia il rilascio di tale licenza era stato concepito come atto dovuto, in base all'idea che l'accesso alle radiofrequenze fosse un diritto di ogni cittadino. Questa impostazione fu corroborata dalla giurisprudenza, la quale sostenne che l'amministrazione era priva del potere discrezionale di rifiutare il rinnovo di una licenza sulla base del pericolo di interferenze, e, in altra occasione, addirittura che i titolari di licenze potevano operare su qualsiasi frequenza, anche contravvenendo alle disposizioni del Secretary of Commerce[12].

Pure qui, come in Italia, la mancanza di regolazione pubblica, sostituita da una *self regulation*, ha prodotto *chaos* (essenzialmente interferenze e deterioramento della qualità della ricezione), per utilizzare un altro termine divenuto proverbiale, impiegato, tra primi, dal giudice della Corte Suprema Frankfurter, nelle premesse alla *opinion of the Court* della sentenza *National Broadcasting Company v. United States* (1943).

Di qui nel 1927 la fissazione di nuove regole, dovute invero a una pluralità di ragioni: oltre a ragioni tecniche di ordine del settore, anche a ragioni economiche al fine di non pregiudicare gli investimenti sostenuti dalle imprese operanti nel settore, e, a detta di alcuni, ragioni politiche intese a dare spazio a voci amiche[13].

L'aumento straordinario di canali grazie alle nuove tecnologie, prima tra tutti la tecnologia digitale, ha mutato in Italia, come nel resto del mondo, il quadro di riferimento. È possibile così domandarsi se la diffusione di un numero tendenzialmente illimitato di contenuti informativi renda obsoleta la regolazione pubblica di ogni mezzo di comunicazione di massa, televisione compresa.

4. I pericoli del *marketplace of ideas*

Nonostante il profondo mutamento del quadro di riferimento, una specifica disciplina pubblicistica nel settore delle comunicazioni di massa è comunque indispensabile.

[12] *Hoover v. Intercity Radio Company*, 286 Fed. 1003 (D.C. Cir. 1923); *United States v. Zenith Radio Corporation*, 12 Fed. (2nd) 616 (D.C. Ill. 1926).

[13] Cfr., da ultimo, T. Hazlett, *The Political Spectrum. The Tumultuous Liberation of Wireless Technology, from Herbert Hoover to the Smartphone*, Yale, 2017.

Infatti uno sfruttamento più efficace dello spettro hertziano non è condizione sufficiente ad impedire la formazione di posizioni dominanti lesive del pluralismo informativo e neppure una disciplina generale antitrust è di per sé idonea a garantire l'esistenza di un mercato concorrenziale delle idee[14].

Le specificità del mercato di riferimento reclamano una disciplina normativa altrettanto specifica, che sappia promuovere tutti i molteplici valori in gioco, dalla tutela dei *newcomers* a quella degli utenti.

Una specifica regolazione pubblica s'impone anche per i *media* non tradizionali, che presentano caratteristiche peculiari. Non a caso negli Stati Uniti è in corso un vivace dibattito sulla necessità vuoi di un ripensamento della tradizionale teoria della concorrenza, ritenuta non adeguata per l'era d'Internet, vuoi di una regolazione che consideri *essential facilities* soggetti come Amazon[15].

Grazie ai social media «mai nella storia dell'umanità la libertà d'espressione ha avuto tante opportunità»[16]. Al pari e forse ancor più della radiotelevisione, i *social media* hanno un impatto fortissimo, dal momento che sono diventati i canali fondamentali attraverso cui una buona fetta della popolazione e pressoché tutti i c.d. *millennials* fanno esperienza del mondo. Ma, al contrario della radiotelevisione, i *social media* sono appunto sociali, nel senso che aumentano la capacità dei singoli di costruire legami con altri individui o interi gruppi e sono alleati preziosi di quelle minoranze che nutrono interessi specialistici. Infine il mercato dei *social media* è caratterizzato per la sua dimensione naturalmente globale, per l'estremo dinamismo e soprattutto per un'idiosincrasia nei confronti della regolazione pubblica.

Questa insofferenza verso la disciplina regolatoria porta con sé alcuni pericoli per il *marketplace of ideas*, sia dal lato dell'offerta, sia dal lato della domanda.

Dal lato dell'offerta emergono strategie escludenti da parte delle imprese dominanti. Gli imprenditori che operano in questo particolare mercato presentano caratteri diversificati e le differenti tipologie imprenditoriali sono di difficile inquadramento normativo -per inciso, anche i fruitori del servizio presentano caratteri diversificati e di difficile inquadramento normativo, come mostrano le conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia nella causa C-498/16, secondo cui un utente di Facebook, che si avvale del *social network* per svolgere attività di pubblicazione di libri, mantiene lo *status* di consumatore[17].

La pletora di soggetti attivi tende ad adottare pratiche discriminatorie che costituiscono una reale minaccia al *marketplace of ideas*. Mentre le società fornitrici dell'accesso alla

[14] M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2005, 195 ss.

[15] L. Khan*, Amazon's Antitrust Paradox*, in 126(3) *Yale Law Journal*, 2017, 564 ss., che riprende, modificandolo, criticandolo e superandolo, il titolo del noto scritto di R.H. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, 1978. In questo contesto si veda anche la particolare posizione recentemente espressa da G.E. Vigevani*, Fondamento costituzionale e autonomia dei media di servizio pubblico nell'età della rete*, Torino, 2017, spec. 31 ss., il quale configura il servizio pubblico radiotelevisivo come «istituzione di garanzia» nell'era digitale.

[16] T. Garton Ash*, Libertà di parola. Dieci principi per un mondo connesso*, Milano, 2017.

[17] Conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 14 novembre 2017, causa C-498/16.

rete (*access provider*), solitamente compagnie telefoniche, possono rallentare la velocità d'accesso a determinati servizi in concorrenza con i propri, i grandi motori di ricerca (*Internet service provider*), tendono ad alterare i risultati naturali delle ricerche orizzontali degli utenti, mettendo sempre in evidenza i *link* ai propri servizi verticali e riservando posizioni deteriori ai servizi verticali dei concorrenti[18].

A tal riguardo la pratica discriminatoria tenuta da Google di personalizzare gli algoritmi di ricerca in modo da fare comparire determinati risultati specifici a discapito di altri, privando così l'utente della possibilità di una scelta attiva, è giunta davanti alla Commissione europea. La vicenda si è conclusa con l'impegno da parte di Google di presentare, in maniera comparabilmente attrattiva per gli utenti, almeno tre servizi concorrenti, e questo impegno era stato ritenuto soddisfacente dalla Commissione stessa. Tuttavia, è stato osservato come l'Unione europea abbia qui fatta propria un'immagine di "mercato accomodante". Infatti essa ha ritenuto sufficiente per l'esistenza di un mercato realmente concorrenziale la sola presenza delle condizioni elementari di libero scambio, rinviando a un secondo momento, o, meglio, procrastinando indefinitamente l'introduzione delle misure necessarie per rendere effettiva la concorrenza sul mercato[19].

Se dal lato dell'offerta mancano i presupposti per un *marketplace of ideas*, la situazione non appare migliore dal lato della domanda. Infatti il sistema dei *social media* assicura la *plurality*, che implica una «molteplicità di soggetti attivi nella comunicazione», ma non la *diversity*, che indica una «necessaria diversità di punti di vista, opinioni e argomenti della comunicazione»[20].

Il pericolo, apparentemente paradossale, dell'immenso *social marketplace of ideas* è l'isolamento rispetto a punti di vista divergenti. Sunstein ha parlato di *echo chambers* in cui «centinaia di migliaia, o forse milioni, o addirittura centinaia di milioni di persone stanno essenzialmente all'ascolto dell'eco assordante delle loro stesse voci»[21].

È sì vero che questa tendenza umana appena descritta è sempre esistita. Gli psicologi parlano a tal proposito di *biased assimilation*, per cui le persone assimilano le informazioni secondo modalità volte a confermare le loro precedenti credenze secondo un pregiudizio di conferma[22]. Però le scienze sociali hanno dimostrato che i bozzoli di informazione raggiungono livelli particolarmente elevati quando viene data forte rilevanza all'identità di gruppo oppure gli scambi avvengono in modalità anonima; ciò è quanto appunto avviene nei *social media*, con l'ulteriore rischio di promuovere l'estremismo e diffondere falsità[23].

---

[18] Per una critica serrata alla "discriminazione algoritmica" cfr. C. O'Neil*, Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017, trad. it. di *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, 2016.

[19] B. Tonoletti*, Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2014, 5 ss.

[20] V. Pampanin*, Tutela del pluralismo informativo e regolazione economica nel mercato convergente della comunicazione*, in G. Avanzini - G. Matucci (a cura di), *L'informazione e le sue regole*, Napoli, 2016, 163 ss., spec. 170 ss.

[21] C.R. Sunstein*, #republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, trad.it. di *#republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, 39.

[22] Su questo fenomeno cfr., per tutti, P. Legrenzi, *Fondamenti di psicologia generale*, Bologna, 2014.

[23] Più in generale sul ruolo delle emozioni nella selezione delle informazioni e nella ricerca della verità cfr. M. Ferraris, *Post verità e altri enigmi*, Bologna, 2017.

Anche se qualsiasi generalizzazione è sbagliata e non si deve mai peccare di catastrofismo[24], tuttavia il problema c'è ed è serio: la rete non può porsi come zona franca dal diritto. Per evitare i pericoli insiti nel *social marketplace of ideas* è necessaria una apposita regolazione, la quale però non può consistere nella mera trasposizione di strumenti concepiti per garantire *plurality* e *diversity* dei *media* tradizionali, ma deve essere volta a preservare il carattere tendenzialmente libero e aperto della rete[25].

Poco sopra si è sostenuta la forte specificità del *marketplace of ideas,* che non ha nulla da spartire con il mercato delle automobili o di altri beni di consumo. Si è cercato tuttavia di far emergere come i pericoli del *marketplace of ideas* siano i pericoli di qualsiasi *marketplace*: in assenza un'adeguata regolazione pubblica il mercato assume una forma mono o oligopolistica, diviene cioè un non mercato.

Solo che nel caso del mercato delle idee questo pericolo risulta particolarmente drammatico, per le sue ricadute sull'ordinamento democratico. Una effettiva libertà di manifestazione del pensiero richiede condizioni di base che permettano alle persone di espandere i propri orizzonti e di entrare in contatto con punti di vista discordanti e non scelti in anticipo, per stimolare curiosità, apertura e anche umiltà. Infatti, come ha detto nello scorso secolo il giudice federale Learned Hand[26], «lo spirito della libertà è lo spirito che non è mai troppo sicuro di essere nel giusto».

[24] In questo senso cfr. C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *Il disincanto che serve per la rete*, in *Domenica del Sole 24 ore*, 10 settembre 2017.

[25] Così F. Donati, Democrazia, pluralismo delle fonti di informazione e rivoluzione digitale, in Federalismi.it, 20 novembre 2013.

[26] L. Hand, The "Spirit of Liberty" Speech, in www.btboces.org.

Digital platforms and the law: contested issues

Giorgio Resta*

* Paper presented at the Conference "Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge", Universität Bayreuth, July 6, 2017. I would like to thank Dr. Francesco Mezzanotte and Dr. Alberto De Franceschi for their comments on a first draft of this paper. The usual disclaimer of liability applies.

Keywords: digital platforms, data protection, competition, consumer protection, Internet service provider

Sommario

1. Introduction – 2. Competition law – 3. Consumer protection – 4. Data protection

1. Introduction

Any discussion of the legal issues raised by digital platforms faces at the outset two main difficulties. The first is the lack of a clear and widely shared definition of what a digital platform is. The second is the stark heterogeneity of the issues involved, which are not restrained to a single discipline, but lie at the interface of different branches of the legal system, like consumer law, competition law, administrative law, labor law, data protection, etc.

Digital platforms have been defined either broadly or narrowly[1]. A broad definition has been proposed by the German Monopolies Commission, according to which platforms are all Internet businesses providing «intermediation services which allow for *direct* interaction between two or more distinct groups of users that are connected by *indirect network effects*»[2]. Likewise, the European Commission defined an online platform as «undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups»[3]. A paradigmatic example of a narrow definition is to be found in art. 1 of the Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, according to which digital platform is any «information society service accessible through the internet or by similar digital means which enables customers to conclude contracts with suppliers of goods, services or digital content»[4].

The distinction between the two legal definitions parallels the dichotomy, arising out of the debate in economic theory, between two-sided *non-transactions* markets and two-sided *transactions* markets[5]. The critical element is whether or not digital platforms

[1] J. Sénéchal, *The Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of These Services – A double Challenge for European and National Contract Law,* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 39.

[2] BKartA, B6-113/15, *Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks. Executive Summary*, June 2016, at 2.

[3] *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy* (European Commission, 24 September 2015).

[4] Research group on the law of Digital Services, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms,* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2016, 164, at 166; a similar stance is taken by C. Busch - H. Schulte-Nölke - A. Wiewiórovska-Domagalska - F. Zoll, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for European Consumer Law?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 3.

[5] L. Filistrucchi, *How many markets are two-sided?*, in *The CPI Antitrust Journal*, July 2010 (2); on the economics of digital platforms, see D.S. Evans - R. Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms,* Boston, 2016; J.C. Rochet - J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 4, 2003, 990; A. Hagiu - J. Wright, *Multi-Sided Platforms*, in *International Journal of Industrial Organization*, 43, 2015,162; M. Rysman, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, 23, 2009, 125.

enable customers to order goods, services or digital content in exchange for payment. Each option has its own advantages, as well as shortcomings. If one opts for a narrower definition, emphasizing the transactional element, several typologies of platforms - like general Internet search engines, rating websites and social networks - would be left aside. On the other hand, adopting a broader construction of the notion of digital platforms, the scope of the analysis would be significantly widened as to include socially important phenomena, but at the cost of making the identification of a common legal framework significantly more difficult.

This paper has mainly an informative character, being aimed at providing a short overview of the legal treatment of digital platforms under Italian law, rather than proposing a structured theoretical framework. Therefore, it seems preferable to opt for a broader definition of digital platforms, including «all software-based facilities that actively encourage the interaction between providers and users of content, goods or services»[6]. Accordingly, the regulation of a wide range of activities should be considered, such as «online advertising platforms, marketplaces, search engines, social media and creative content outlets, application distribution platforms, communications services, payment systems, and platforms for the collaborative economy»[7].

As to the second point, focusing only on the private-law aspects of digital platform contracts would lead to a partial assessment of the wide-ranging social and economic impact of digital platforms. Indeed, this new form of business, favored by the convergence of a series of «disruptive technologies»[8], is altering the economic structure of many sectors of the Italian economy (first of all transportation and accommodation services)[9], and as a result is seriously challenging the traditional regulatory framework[10]. Therefore, it would be unwise not to take into account a broader range of issues, also of a non-contractual nature, in relation to which legal controversies have arisen or seem like to arise under Italian law.

As to the applicable legal sources, it is worth emphasizing that in Italy there is no general law on digital platforms. Actually, an ambitious and interesting bill is pending in Parliament, but it has very few chances of being passed before the end of the leg-

[6] E.I. Obergefell - A. Thamer, *(Non-) Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries: The Facts: Context and Overview on State of Play*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil,* 2017, 201, 202.

[7] *Ibid.*

[8] N.K. Katyal, *Disruptive Technologies and the Law*, in *The Georgetown Law Journal*, 102, 2014, 1685; see also V. Hatzopoulos - S. Roma, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy Under EU Law,* 54 *Common Market L. Rev.* 81 (2017).

[9] According to the preliminary study attached to the Bill 3564 on The Sharing Economy (see below, note 11), in 2015 there were about 186 collaborative platforms, out of which 69 dealt with crowdfunding, 22 with transportation, 18 with consumer sales, 17 with tourist services.

[10] Such an impact is obviously not limited to Italy: see C. Twigg-Flesner, *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law,* in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution,* Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, 21.

islature[11]. As a result, the discipline is fragmentary and the provisions applicable to the digital platforms are scattered in various parts of the legal system, and namely in the Civil code, the Consumer code, the Code of Data Protection, various statues aimed at fostering competition among businesses, local regulations and bylaws, etc.[12] Given the lack of an organic and comprehensive regulatory framework, courts and administrative agencies have played in the last decade an important role in filling the gaps of statutory law, or at least adapting it to a rapidly changing social environment.

This paper will provide an overview of the most important developments, focusing in particular on three main themes: *a*) unfair competition; *b*) consumer protection; *c*) privacy and data protection. Despite the artificial division among the sections, it shall be clear at the outset that the issues involved are strictly related and many of them turn around the questions most frequently debated within the international literature on digital platforms[13]. Among them are the following:

what is the platform operator's role: mere facilitator, broker or supplier of integrated services?

what are the duties of platform operators vis-à-vis consumers and suppliers?

what are the limits of private autonomy in terms of consumer protection and data privacy principles?

What is the legal regime of "gratuitous contracts" in the digital environment?

2. Competition law

Competition law is an important laboratory to test the legal treatment of digital platforms. Italian courts and administrative agencies have been frequently called upon to decide cases concerning the violation of antitrust law and the law on unfair competition.

As to former, proceedings have been brought, for instance, against online travel agencies, such as Booking and Expedia, on the ground of vertical restrictions[14]. In par-

[11] *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione (Law on digital platforms aimed at the sharing of goods and services and provisions to encourage the sharing economy),* Atti Camera n. 3564, 27 January 2016. On the policy choices involved in the regulation of the sharing economy see S.R. Miller, *First Principles for Regulating the Sharing Economy,* in *Harvard Journal on Legislation*, 53, 2016, 147.

[12] See for a detailed overview A. De Franceschi, *The adequacy of Italian law for the platform economy*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1*,* 2016, 56.

[13] See, for instance, M. Colangelo - V. Zeno-Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules, and Consumer Protection in Travel Industry*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2016, 75; V. Zeno-Zencovich - G. Giannone Codiglione, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, in *Concorrenza e mercato,* 2016, 29; C. Busch - H. Schulte-Nölke - A. Wiewiórovska-Domagalska - F. Zoll, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for European Consumer Law?*, cit., 5-9.

[14] On this see in particular G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza e regole,* 2016, 425; G. Pitruzzella, *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in *Concorrenza e mercato,* 2016, 15; M. Colangelo - V. Zeno-Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules, and Consumer Protection in Travel Industry,* cit.

ticular, the Italian Competition Authority (*Autorità garante della concorrenza e del mercato,* hereinafter ICA) challenged the "most favorite nations" clauses – clauses obliging hotels and other undertakings not to apply better price and conditions in relationships with other OTAs and channels of distribution – frequently included in standard-form contracts with the suppliers. According to the authority, such vertical agreements unlawfully distorted the competition in the relevant market of online reservation systems, as – among other considerations – they limited the possibility for new entrants to compete by lowering the agency fees and obtaining a cheaper final price for the rooms offered to consumers. As a result of the investigation, both Expedia and Booking decided to eliminate or substantially alter such clauses and therefore the ICA dropped the proceedings on April 2016[15]. The solution favored by the competition authority was eventually translated into formal law: the new art. 1, al. 166 of the Law 4 August 2017, n. 124, provides that MFN clauses are null and void, irrespective of the national law applicable to the contract[16].

Similarly to the experience of other European countries, some of the most important legal issues concerning digital platforms have arisen in Italy as a result of the rapid diffusion of the Uber application[17]. This has led to intense litigation[18], to various (and up to now unsuccessful) attempts to regulate the matter, to the rise of protest movements and generally to a heightened public debate about the promises and risks of digital platforms. The main chapters of this tale have been carefully recalled by Alberto De Franceschi[19]; therefore, I will limit my remarks to the essential elements of the litigation and to its most recent developments.

The services offered by Uber through its applications UberPop and UberBlack have been challenged on the basis of various legal provisions, but mainly on the ground of the violation of the provisions on unfair competition, and namely art. 2598 of the civil code.

UberPop, in particular, has been in the eye of a thunderstorm since 2015, when the Court of Milan issued an interim injunction on its use over the entire national terri-

[15] ICA, decision 23 March 2016, n. 25940, in *Bollettino,* 11 April 2016, 5.

[16] See art. 1, al. 166, Law 4 August 2017, n. 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza:* «è nullo ogni patto con il quale l'impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalità e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto».

[17] For a comparative overview, see M.J. Sørensen, *Private law perspectives on platform services: Uber – a business model in search of a new contractual legal frame?,* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 15; E. Terryn, *The sharing economy in Belgium: A case for regulation?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 45; N. Rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso,* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2015, 957.

[18] See, lastly, the important decision of the UK Employment Appeal Tribunal, of 10 November 2017, in the case of *UBER BV et al. v. Aslam, Ferrar, Dawson and oths.* (qualifying Uber drivers as "workers" under the local regulatory scheme).

[19] A. De Franceschi, *The adequacy of Italian law for the platform economy,* cit., 58-61.

tory[20]. Its main competitors, the holders of cab licenses, claimed that Uber was guilty of an infringement of Italian competition law, since it made profits by not complying with state law provisions regulating public transportation services. Uber tried to argue that it was not competing in the same market, since it was merely a supplier of a digital interface, which could be freely used by customers and drivers, depicted as members of a community, and not a transport enterprise. The court rejected such arguments and granted the interim injunction. At this point Uber sued the original claimants – individual taxi drivers, associations of cab holders, radio-taxi companies, trade unions, etc. – before the Court of Turin in order to obtain a declaratory judgment affirming the lawfulness of the service at issue and overturning the preliminary injunction. The Court of Turin ruled on March 2017 against Uber[21]. Its main findings are the following: Uber is not simply a digital intermediary or the provider of a service of the information society within the meaning of Directive 2000/31/EC. By contrast, it is a transport undertaking. Indeed, it selects, recruits and instructs drivers, who are contractually bound to Uber. The fare for the ride is unilaterally determined by Uber, which adopts the surge pricing technique and keeps 20% of the amount paid by the customers. Shortly, Uber is not simply providing the technical means to low down the transaction costs and establish a direct communication between members of a virtual community, but is directly structuring and organizing a transportation service on a large scale. As the Advocate General Szpunar recently observed in *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain,* a case brought before the European Court of Justice, the application provided by Uber «does much more than match supply to demand: it created the supply itself»[22]. From a functional point of view, the Court concludes, Uber is not that different from the old (and much less efficient) radio taxi undertaking: it is an organizer of transport services.

As an autonomous market player, Uber is not complying with the stringent requirements set by the Italian 1992 law on unscheduled public transport services, and namely the obligation for drivers engaging in such activity to pass an exam and obtain a certification of the driving abilities; to own or possess a car with specific safety requirements; to obtain a transport license by the territorial municipality; to have appropriate third-party liability insurance, etc.

By violating such public law provisions, Uber is artificially cutting its own costs, thereby managing to keep prices low and to gain increasing market shares, to the detriment of its "traditional" competitors. All of this amounts to acts of unfair competition, prohibited by art. 2598 of the Italian civil code.

Considering that both the Court of Milan and the Court of Turin – two influent courts

[20] Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord. 25 May 2015, in *Corr. Giur.,* 2016, 356; the decision was confirmed by Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord. 9 July 2015, ivi, 2016, 360, with a comment by S. Serafini, *La concorrenza sleale per violazione della normativa pubblicistica del trasporto urbano non di linea: il caso Uber.*

[21] Trib. Torino, sez. spec. impresa, 22 March 2017, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica.,* 2017, 284, with a comment by G. Resta, *Uber di fronte alle corti europee.*

[22] See the Opinion of General Advocate Szpunar in the cases C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL,* par. 43; and in C-320/16, *Uber France SAS,.*

– have reached the same result, one could reasonably assume that, if no statutory reform intervenes, Uber Pop will stay out of the Italian market for the next future. As regards Uber Black, by contrast, the situation is less clear-cut. Indeed, the Court of Rome, called upon to rule on the request for a preliminary injunction by various companies, associations of taxi drivers and car rentals, issued a nationwide ban on April 7, blocking the service across Italy[23]. The ban was grounded on the unfair competition claims, and namely on the violation of the provisions of the 1992 law on unscheduled public transport services. The reasoning was similar to the one adopted by the Court of Turin. However, the same Court, on rehearing, lifted the ban on May 26 on a very specific ground: the temporary suspension by the Italian Parliament of some of the provisions of the 1992 law (a suspension that was functional, in the hope of the legislature, to the adoption of a systematic reform of the entire sector)[24]. As a result, Uber Black is as of today operative in Italy. Although it will not be an easy step, given the type of interests involved, only a legislative reform seems to be able to bring back some clarity and certainty in this field.

3. Consumer protection

Although functionally different, the rules aimed at protecting the fairness of competition and consumer welfare tend to converge and systematically overlap in the context of European regulatory private law[25]. Consumer law may be regarded as an essential component of the law of market regulation[26]. It is not by chance that the Italian Competition Authority is at the same time in charge of the enforcement of antitrust law and of some of the key provisions of consumer protection law[27]. In this capacity, the ICA has been recently faced with major consumer protection cases dealing with prominent digital platforms. Some of them deal with the directive 2005/29/EC on unfair business-to-consumer commercial practices; others with the directive 2011/83/EU on consumer rights and directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts. Defendants in these cases are some of the biggest digital platforms worldwide, such as Facebook, WhatsApp, Tripadvisor, Amazon.

The acquisition of WhatsApp by Facebook originated the first proceeding brought by the ICA against WhatsApp Inc. on the ground of the violation of the law prohib-

[23] Trib. Roma, sez. spec. imp., ord. 7 April 2017.

[24] Trib. Roma, sez. spec. imp., ord. 17 March 2017, r.g.n. 25857/2017.

[25] On this see, lastly, F. Mezzanotte, *Regulation of Business-Clients Relationships through 'Organisational Law'*, in *European Review Of Contract Law*, 13, 2, 2017, 131.

[26] M. Colangelo - V. Zeno-Zencovich, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2015, 76; G. Colangelo - M. Maggiolino, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 363.

[27] The ICA is the authority entrusted with the implementation of Regulation 2006/2004/EC (see arts. 27 and 66 of the Italian Consumer Code).

iting unfair commercial practices[28]. The critical point was represented by the planned sharing of customers' data by the two companies. One of the economic grounds for the acquisition was represented by Facebook's interest in accessing personal data of WhatsApp's customers; accordingly, WhatsApp unilaterally modified its terms and conditions, including its privacy policy, with the aim of obtaining consumers' consent to the planned data sharing.

According to the ICA, the procedure adopted to inform the consumers about the modification of the terms and conditions of service and obtain their authorization of sharing data with Facebook was seriously flawed and constituted an unfair commercial practice within the meaning of arts. 20, 24 and 25 of Consumer Code. Consumers, according to the ICA, were induced to accept the new terms of service, and namely the data sharing policy, by abusive means. Such a conclusion was reached on the following grounds[29]: *a*) the holders of a WhatsApp account were notified that the consequence of a refusal to accept the conditions would have been the termination of the contractual relationship; *b*) although an option to opt out was formally guaranteed, despite the threatened interruption of service, the practical steps that had to be taken were such as to discourage any dissent: consumers could learn about this possibility only after clicking on the hyperlink "read terms and conditions" (placed under the mask "accept"), and the consent option was flagged as a default choice. As a result, consumers were induced to accept the new terms of service under the fear of having their account discontinued and by the lack of transparency with regard to the opt-out option. According to the ICA, this amounts to an unfair practice, since the data sharing policy is not essential to the use of WhatsApp and the threatened termination of service is not proportional to the aims pursued[30]. Therefore, WhatsApp was fined with 3 million Euros.

Two general aspects of the reasoning deserve to be specifically emphasized. First, the ICA maintained that the procedure adopted to obtain consumers' consent was technically a "commercial practice", despite the objection, raised by WhatsApp, that personal data have no economic value and the contract was a gratuitous one[31]. Expressly referring to the EU Commission's findings in the antitrust proceeding brought against Facebook/Whatsapp[32], the ICA confirmed that personal data are a valuable economic resource and they are sought for by digital platforms both on the ground of network effects and of their possible uses in the advertising[33]. Secondly, the ICA attributed particular importance to a behavioral law & economics perspective, in distinguishing the

[28] ICA, decision 11 May 2017, n. 26597, *WhatsApp – Trasferimento Dati a Facebook,* in *Bollettino* n. 18/2017, 57.

[29] *Ibid.*, pars. 18-31.

[30] *Ibid.*, pars. 27-66.

[31] *Ibid.*, par. 54; on the relationship between "gratuitous" digital contracts and the Unfair Commercial Practices Directive see in particular M. Narciso, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2017, 198, 201.

[32] Merger procedure, Case No. COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, 3 October 2014.

[33] ICA, decision 11 May 2017, n. 26597, cit., pars. 53-55. See likewise the recent decision 9 August 2017, n. 26729, *App Pokemon Go,* pars 32-34.

various ways of providing information and their consequences in orienting consumers' choices (so-called framing effect)[34].

The second major case also deals with WhatsApp's terms and conditions[35]. Whereas the first proceeding was based on the law of unfair commercial practices, the second one mainly concerns the Directive 93/13/EEC on unfair terms, as implemented by arts. 33-38 of the Italian Consumer code. The case is obviously an important one, since the terms and conditions adopted by the biggest digital platforms tend to be standardized worldwide, being usually a quite literal translation of the original terms adopted under US law. In particular, they are informed to the so-called AYOR model, which tends to deny any serious engagement on the part of the service provider, shifting duties and burdens unilaterally on the consumer's shoulders[36]. As a matter of fact, the ICA declared many of the key provisions of WhatsApp's standard terms incompatible with EU and Italian consumer law. In particular, 5 categories of clauses were specifically scrutinized, and namely those limiting the trader's liability, regulating the availability and termination of service, providing for the unilateral modification of contractual terms, solving jurisdiction and choice of law issues, and lastly those concerning the use of English language.

As to the first category, the trader tried to argue that the clauses limiting WhatsApp's liability were simply aimed at defining the object of the contract (nature of the service and remuneration scheme). However, the ICA rejected this argument, putting the emphasis instead on the serious imbalance between rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer. Whereas the consumer paid for the service received with his/her own personal data – valuable consideration in the opinion of the Authority[37] –, the trader discharged its liability for any kind of contractual breach, irrespective of its nature and source. Not only liability was excluded for acts of third parties, but also for interruptions of service or data-breaches due to the trader's negligent behavior. Also, whereas the customer could face unlimited liability, a compensation cap of 100 $ was agreed upon in favor of the trader. This was clearly against art. 33, al. 1 and 2 of the Consumer Code, and indeed the ICA reproached WhatsApp for the imposition of a blanket exclusion of liability, irrespective of its responsibility for the non-performance[38].

Similarly, as regards the second category, the ICA found that the clauses granting WhatsApp an unlimited discretion in interrupting the service or parts of it, without legitimate grounds and without a period of delay, as well as terminating the contract, were radically incompatible with Italian consumer law, reflecting a serious imbalance

[34] ICA, decision 11 May 2017, n. 26597, cit., par. 60.

[35] ICA, decision 11 May 2017, n. 26596, *WhatsApp – Clausole Vessatorie,* in *Bollettino* n. 18/2017, 57, 73.

[36] On the so called AYOR (At Your Own Risk) model, see V. Mak, *Private Law Perspectives on Platform Services. Airbnb: Home Rentals Between Ayor and Nimby*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 19.

[37] ICA, decision 11-5-2017, n. 26596, *WhatsApp – Clausole Vessatorie*, cit., pars. 62-63.

[38] *Ibid.*, pars. 67-72.

between contractual rights and obligations arising under the contract[39]. Furthermore, the ICA pointed out a clause according to which, in case of termination, WhatsApp would have the discretionary power to transfer customers-related data to third parties, was in contrast with the very logic of termination of contracts under Italian law, considering in particular the huge monetary value of personal data[40].

WhatsApp enjoyed discretionary power also with regard to the modification of the terms of service. In particular, the contract provided that WhatsApp was not only free to unilaterally amend such terms, financial conditions included, but that it was also neither obliged to justify the exercise of such power, nor to previously inform the consumer about the reasons of the intended modification. According to the ICA, this was in contrast with the case law of the ECJ, which has frequently held that the *ius variandi* can be lawfully agreed upon only if it is subordinated to a legitimate ground detailed in the contract and the consumer is previously informed about reasons and effects of the modification[41].

As to jurisdiction and choice of law issues, the standard terms included an international jurisdictional clause providing for the competence of Californian courts and for the applicability of the law of California. The ICA held them to be void, as in contrast with the Consumer Code (art. 33, c. 2, lett. u), as well as with EC Regulation 2008/593, "Rome I" (art. 6)[42]. Indeed, such clauses – which tend to be the same for most digital platforms[43] – prevent the consumer from availing herself of her natural forum, which is represented by home-state courts[44]; furthermore, they run against the prohibition to deprive the consumer from the mandatory protection of the otherwise applicable law, which is the law of her country of residence.

As to the last category, the ICA found not acceptable the provision establishing the prevalence, in case of conflict, of the English version of the terms of service over the Italian translation. Despite no substantial divergence was found between the two, the ICA held that in case of doubt contractual terms have to be interpreted *contra proferentem* and in favor of the consumer, even if this interpretation would not be supported by the original version of the contract[45].

The other two cases that are worth recalling bring to the light the role played by the online intermediary vis-à-vis the general public and the consumers.

A few years ago, the ICA, and on rehearing the Administrative Court for Lazio, were called upon to decide a case brought by the Italian Association of Hotels against Tr-

[39] *Ibid.*, pars. 73-79.

[40] *Ibid.*, pars. 80-81.

[41] *Ibid.*, pars. 84-91.

[42] *Ibid.*, pars. 92-93.

[43] V. Zeno-Zencovich - G. Giannone Codiglione, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, cit., 49.

[44] See art. 15, Regulation 2001/44, Brussels I Regulation.

[45] ICA, decision 11 May 2017, n. 26596, cit., pars. 97-98. For a similar case involving the use of English without translation in the language of the consumer, see KG Berlin, 8 April 2016, in *Multimedia und Recht*, 2016, 601.

ipadvisor[46]. The controversy was not very different from the more famous Expedia case decided by the Paris Tribunal de Commerce on the basis of claims brought by the French Association of Hotel Restaurants and Cafés[47]. In particular, it was debated whether the publication of such hosts' authored reviews of hotels and restaurants, without a prior check on their accuracy or truthfulness, might amount to an unfair commercial practice, prohibited by art. 18 of the Italian Consumer Code. In the proceedings before the Competition Authority, two issues gained particular importance: *a*) the role of Tripadvisor, as a trader or as a host provider; *b*) the standard of care.

As to the first point, the ICA rejected the argument, advanced by Tripadvisor, according to which it had to be considered merely a host provider, and as such not responsible (under art. 18 of the Directive 2005/29/EC) for the comments and reviews posted autonomously by individual users[48]. Tripadvisor, in other words, tried to downsize its role as that of a mere intermediary, providing the technical means to collect and further diffuse information about third parties' commercial activities. The ICA found this argument unconvincing and hold instead that Tripadvisor was a "trader" for the purpose of the Consumer code, not limiting itself to the mere storage of information, but actively engaging in the classification and systematization of the information[49]. Furthermore, Tripadvisor's business model was based on the sale of advertising spaces and of business profiles, the assemblage and diffusion of third parties' comments being only the superficial element of a more structured activity[50]. As a trader, Tripadvisor was under the duty not to engage in unfair commercial practices. In fact, such a duty was contravened insofar as Tripadvisor actively advertised its services as being based on serious and truthful reviews issued by actual travellers or customers. However, the investigation made clear that many reviews were unsubstantiated and sometimes had no relation with the reality. The systems of control adopted by Tripadvisor proved to be ineffective, which is not surprising given that Tripadvisor's employees in charge with the checking of the online content were 5 in the entire Europe, out of whom only one could speak Italian. Therefore, Tripadvisor was sanctioned by the ICA – with a fine of 500,000 Euros – for the violation of the law on unfair commercial practice.

This ruling – which is convergent with other decisions on the extra-contractual liability

[46] ICA, decision 19 December 2014, n. 25237, *Tripadvisor-False recensioni online,* in *Bollettino,* n. 50/2014, 86.

[47] M. Colangelo - V. Zeno-Zencovich, *Online Platforms, Competition Rules, and Consumer Protection in Travel Industry*, cit., 86.

[48] ICA, decision 19 December 2014, n. 25237, cit., par. 81.

[49] *Ibid.*, pars. 87-88.

[50] *Ibid.*, par. 87.

of Tripadvisor for defamatory reviews[51] – was challenged before the Administrative Court for Lazio[52]. The Court confirmed the qualification of Tripadvisor as a trader, but came to a different conclusion with regard to the negligence in organizing and supervising its review system. According to the Administrative Court, the structure of the site and the presentation of the ratings did not foster the perception of factual accuracy and truthfulness of the reviews. The consumers dealing with such reviews could easily ascertain the nature of subjective evaluations and not of assertion of facts; furthermore, Tripadvisor never advertised the existence of a system of fact checking. As a result, one could not conclude that Tripadvisor misled the consumers, and on this basis the ICA's ruling was overturned[53].

The second case concerns one of the most famous multi-sided digital platform: Amazon Marketplace[54]. The proceeding brought by the ICA against Amazon EU Sarl and Amazon Services Europe Sarl focuses, once again, on the role of the digital intermediary within the triangular relationship between customer, supplier and platform. One of the main issues consisted in the applicability of pre-contractual information duties (arts. 49-51 Consumer Code) to the digital intermediary. In particular, consumers claimed that they had been misled when they purchased goods advertised and offered for sale on the Amazon platform, but that were actually sold by third parties. They also pointed out the ineffectiveness of Amazon's post-sale guarantees. The investigation led by the ICA confirmed the seriousness of such claims, finding that consumers were often influenced in their decision to purchase a good by the false impression that Amazon was the immediate supplier, and learnt about the actual seller's identity only after the purchase. They also found a serious lack of transparency as regards the origins of the goods, the right of withdrawal, the legal guarantee of conformity of goods under art. 49 Consumer Code. Therefore the ICA sanctioned Amazon for unfair commercial practices and for the violation of the pre-contractual information duties.

[51] Trib. Venezia, ord. 24 February 2015, in *Corr. Giur.,* 2016, 78, with a comment by R. Gelli, *False recensioni su Tripadvisor: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato.* The owner of a restaurant in Venice claimed that the harshly negative reviews written by an anonymous client were completely unfounded in fact and defamatory in nature. Tripadvisor tried to argue that its role was that of a mere host provider, and as such it was exempted from liability on the basis of art. 14 E-Commerce Directive. The Court rejected this argument, giving weight to the fact that Tripadvisor advertised is activity as the source of reliable advices and ratings, which are based on the "actual experience of true travellers", and fostered the impression of seriousness and professionalism (impression strengthened by the existence of a system of double checking administered by Tripadvisor). As a result, the exemption of liability provided for by the E-Commerce Directive was held not applicable to the case at issue and Tripadvisor, being negligent for omissions on the basis of the general tort clause of art. 2043 c.c., was obliged to remove the defamatory posts.

[52] T.a.r. Lazio, sez. I, 13 July 2015, n. 9355, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica,* 2015, 494.

[53] For further remarks on this case see M. Colangelo - V. Zeno-Zencovich, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, cit., 86-87.

[54] ICA, decision 9 March 2016, n. 25911, *Amazon-Marketplace-Garanzia legale,* in *Bollettino,* n. 11/2016, 38.

4. Data protection

As emerged also from the previous discussion, in the world of big data any transaction is in itself a source of economic value not only because it allows for the exchange of goods and services to people who value them most, and this at a very low cost, but also because it is itself the source of a new, invaluable resource: personal data[55]. The commodification of personal information is one of the most important phenomena of contemporary society and it has an enormous impact on the categories of private law[56]. For the limited aims of this paper, it is sufficient to point out two issues, which are strictly connected: *a*) the rise of gratuitous contracts as a leading business model of the data driven economy; *b*) the growing intersection between the law of consumer protection and the law of data privacy.

(a) Access to many key-services of the platform economy – from the search engines, to email accounts, to social networks – is nowadays offered "for free". This scheme is coherent with the logic of multi-sided platform economy, since the policy of low or no-prices offered to one side of the market is compensated by the benefits received, as a result of the network effect, from the other side of the market[57]. Its implementation relies on a marketing strategy and on a legal strategy: the former consists of increasing the total amount of customers by hiding the actual costs of the transaction and by fostering the perception that the trader is the only party that loses something[58]; the latter is aimed at taking advantage of the common law framework, on which most standard-form contracts are built, by combining the absence of consideration for the user and the non-binding effect for the supplier[59]. Furthermore, nobody would doubt that such services, despite the appearances, are not actually offered "for free". Indeed, they are rewarded very generously, albeit not transparently, since they are paid for by personal data involved in the transaction[60]. Personal data are collected, used and sold not only for direct advertising purposes, but also because they allow traders to engage

[55] See A.-A. Wandtke, *Ökonomischer Wert von Persönlichen Daten. Diskussion des 'Warencharakters' von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicehr Sicht*, in *Multimedia und Recht*, 2017, 6; H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity,* in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution,* cit., 51.

[56] See generally C. Prins, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity,* in L. Guibault - P.B. Hugenholtz, *The Future of the Public Domain. Identifying the Commons in Information Law,* Alphen aan den Rijn, 2006, 223, 253; and with specific regard to the legal architecture of the digital single market, C. Wendehorst, *Consumers and the Data Economy*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2017, 1; S. Lohsse - R. Schulze - D. Staudenmayer, *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2017, 97.

[57] See generally J.C. Rochet - J. Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, cit., 1017-1020; G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, cit., 435; R. Podszun - S. Kreifels, *Digital Platforms and Competition Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 33, 35.

[58] J. Sénéchal, *The Diversity of the Services Provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-Performance of These Services*, cit., 43.

[59] V. Zeno-Zencovich - G. Giannone Codiglione, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, cit., 40.

[60] G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, cit., 426-427; see also M. Bisges, *Personendaten, Wertzuordnung und Ökonomie*, in *Multimedia und Recht*, 2017, 301.

in dynamic pricing[61]. It is not surprising that data are becoming a dominant currency in the digital economy[62]. They have been valued in total at over 300 billion Euros, according to the European Data Protection Supervisor[63]. Furthermore, the standard-form contracts of many digital platforms, such as Facebook and Twitter, provide that the supplier acquires an unlimited and not exclusive license on all content uploaded by the consumer on the platform – from images and sounds to reviews and ratings -, and this of course greatly increases the value of the data involved in the transaction[64].

Such a scheme of remuneration challenges the traditional regulatory environment, which was built on the assumption that products or services are typically traded by one provider to a multitude of consumers in exchange for money. It raises consequently various legal issues, pertaining to competition law, contract law and consumer law[65]. Indeed, it has been recently debated whether: *a*) big (personal) data may be the source of concentration and abuse of market dominance and can be regarded as essential facilities; *b*) the zero-pricing policy prevents the qualification of the relationship as a contract; *c*) consumer law applies to gratuitous contracts.

The competition law issue recently attracted the attention of the Italian Competition Authority, which launched a joint investigation together with the Italian Telecommunications Authority and the Data Protection Authority[66]. As regards the question sub *b*), Italian contract law is not based on the common-law logic of consideration and therefore has no difficulty in accepting that a promise might be binding even in the absence of a counter-performance[67]. Finally, as regards the last issue, it can be hardly doubted that when personal data are treated as counter-performance for a "free" service, the remedies afforded by consumer law should be applicable[68]. This, indeed, is the solution fostered in principle by the EU Commission's Proposal for a Directive on certain as-

[61] P. Rott, *Data Protection Law as Consumer Law – How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2017, 113.

[62] C. Langhanke - M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2015, 218.

[63] EDPS, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy,* Brussels, 2014, 8, 9.

[64] V. Zeno-Zencovich - G. Giannone Codiglione, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, cit., 41.

[65] See in particular the important papers by C. Langhanke - M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, cit., 218; C. Wendehorst, *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in R. Schulze - D. Staudenmayer - S. Lohsse (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford - Baden-Baden, 2017, 327.

[66] ITA, decision 30 May 2017; ITA, decision n. 217/17/Cons, 30 May 2017; see also http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/6441412.

[67] For a reference to the common law perspective see C. Twigg-Flesner, *Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law*, cit., 41; on the dichotomy between the two approaches see M. Narciso, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, cit., 199.

[68] See above, par. 3, with specific regard to the Unfair Commercial Practices Directive. For a general assessment of the legal treatment of gratuitous digital contracts from the various branches of EU consumer law, see M. Narciso, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, cit., 200-202; M.B. Loos, *Standard terms for the use of the Apple App Store and the Google Play Store*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 10.

pects concerning contracts for the supply of digital content[69].

(b) But this raises a further issue, and namely how consumer law, and more generally contract law, relates to the law of data protection[70]. It is worth pointing out at the outset that the protection afforded by the law of data privacy is based on the logic of "status" and not of "contract": the fundamental right to informational self-determination is granted to everybody as a human being (see also art. 8 European Charter of Fundamental Rights) and is not dependent on the subjective role played in a specific contractual relationship; it cannot be waived nor forfeited, even as a result of individual negotiations; any interference in the personal sphere is constructed by the law as inherently precarious, since the data subject's consent can always be withdrawn, unlike the consumer's *ius se poenitendi,* which has to be exercised within a short delay. Data privacy law has therefore a wider scope, whereas consumer protection is narrower and more specific[71].

The two branches of the law frequently overlap in the platform economy, and their implementation, given the different *ratio*, should not be regarded as alternative, but cumulative. Not all data subjects are consumers, according to EU law; but many consumers in the digital economy are indeed data subjects. If this is the case, then consumer law might enrich and strengthen the protection afforded by data protection law.

The paradigmatic example is represented by the case law on unfair contract terms and privacy policy[72]. The Italian Data Protection Authority, since its very first 1997 decision, has openly referred to the law of unfair contract terms to declare invalid a blanket consent included in a bank's standard terms and lacking the prerequisites of information and specificity[73]. Likewise, the German courts have in many occasions held that not transparent and unfair terms of digital platforms' privacy policy are invalid as against the law of unfair terms[74].

At the same time, the different rationale of the two areas of the law might well lead to a divergent assessment of the same phenomenon. This is illustrated by the hypothesis of personal data as counter-performance. Whereas from the perspective of consum-

[69] COM (2015) 634, art. 3.1: «This Directive shall apply to any contract where the supplier supplies digital content to the consumer or undertakes to do so and, in exchange, a price is to be paid or the consumer actively provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data». For a detailed analysis (and a critical assessment) of the Proposal, with specific reference to the issue of gratuitous digital contracts, see M. Narciso, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, cit., 203-206; G. Spindler, *Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze - Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte*, in *Multimedia und Recht*, 2016, 147, 150.

[70] On this see P. Rott, *Data Protection Law as Consumer Law – How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law*, cit.; H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*. cit.

[71] See also C. Langhanke - M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, cit., 219.

[72] On this issue see lastly C. Wendehorst - F. Graf von Westphalen, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, 3745.

[73] Data Protection Authority, decision 28 May 1997, doc.web n. 40425, in *Corr. giur.*, 1997, VIII, 915-917, with a comment by V. Zeno-Zencovich, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del garante*.

[74] For a detailed analysis P. Rott, *Data Protection Law as Consumer Law – How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law*, cit.,114-115.

er law the existence of a *quid pro quo* is a signal of the reciprocity of the contractual obligations, and is therefore regarded as a manifestation of consumer choice, for the law of data protection the very idea of data as counter-performance immediately casts some doubts about the freedom and spontaneity of the declaration of consent[75]. Indeed, the Italian Data Protection Code, anticipating the solution adopted by the General Data Protection Regulation, provides that consent is valid only if it is "freely given" (art. 23, c. 3, d.lgs. 196/2003).

The first problem that has to be solved, therefore, is to clarify whether a declaration of consent to the processing of personal data issued in consideration of a counter-promise or counter-performance is valid under the law of data protection. Can such a consent be considered "freely given"? It is worth noting that the above-mentioned requirement has been interpreted in three alternative ways[76]: *a*) consent is free if it has been given on the basis of specific and comprehensive information; *b*) consent is free if it is informed and has not been given under pressure (and namely with the aim of obtaining access to a service which the data subject regards as essential); *c*) consent is free if it has not been given under monetary pressure, and namely as a counter-performance for the benefits received. The case law of the Italian Data Protection Authority seems to suggest that solution *b*) is the most frequently adopted. Indeed, faced with cases of data gathering for advertising purposes and the creation of profiles, the DPA has repeatedly stated that the access to a service offered by the data controller cannot be made dependent on consent to the processing of data unrelated to the service rendered (so-called *linkage prohibition*)[77]. That is to say, a provider cannot subordinate the performance of the main obligation to data subject's consent to commercial advertising, the creation of profiles, or generally the sharing of data with third parties[78]. This

[75] See European Data Protection Supervisor, *Opinion on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, n. 4/2017, contesting the assumption that personal data could «be compared to a price, or money» (7), since personal information «is related to a fundamental right and cannot be considered as a commodity»; therefore the Opinion criticizes the use of the notion – adopted by the proposed Digital Content Directive – of personal data as "counter-performance".

[76] See S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali,* Rimini, 2016, 43; Ead., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2016, 513, 519.

[77] DPA, decision 28 May 1997, www.garanteprivacy.it, doc. web n. 40425; decision 28 July 1997, doc. web n. 40057; decision 8 September 1997, doc. web. n. 1055101; decision 22 October 1997, doc. web. n. 1055346; decision 10 June 2003, doc. web n. 29836; decision 3 February 2005, doc. web n. 1109503; decision 12 October 2005, doc. web n. 1179604; decision 3 November 2005, doc. web n. 1195215: «da capacità di autodeterminazione non è assicurata quando si assoggetta in blocco l'accesso ai servizi alla previa autorizzazione a trattare i dati conferiti per i medesimi servizi allo scopo di perseguire una finalità diversa ed ulteriore, qual è l'invio di comunicazioni commerciali […] Non è quindi conforme alla disciplina di protezione dei dati personali la scelta di Aspi di raccogliere il consenso per la finalità di *marketing* all'interno delle condizioni generali di contratto, non potendosi definire detto consenso 'libero'»; decision 9 March 2006, doc. web n. 1252220; decision 25 September 2014, doc. web n. 3457687; decision 24 January 2013, doc. web n. 2433614; decision 4 July 2013, doc. web. n. 2542348; decision 8 January 2015, doc. web n. 3857003. For a detailed analysis of the stance taken by the DPA, see S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., 530-540.

[78] On the linkage prohition see C. Langhanke - M. Schmidt-Kessel, *Consumer Data as Consideration*, cit., 221.

approach has been now validated by art. 7, al. 4 of the GDPR, where it is provided that: «when assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, inter alia, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract».

Once the linkage prohibition is respected (one might think at the simple hypothesis of a reduction of the insurance premium in exchange for the installation of a data device in the car), and the data-subject has received extensive and clear information[79], no further objection can be raised against the use of consent as a counter-performance. In particular, it cannot be argued that this amounts to a "monetary pressure", which prevents the consent from being considered "freely given"[80]. To adopt such a perspective would mean to transplant into the law of data protection a principle of "market-inalienability" which is expressly limited by art. 3 of the European Charter of Fundamental Rights to the field of body parts and tissues, and is justified by the direct implication of the principle of respect for human dignity[81].

The second issue concerns the relationship between the (unilateral) act of consent and the contractual agreement[82]. Also from this point of view one might talk about a clash of the underlying logic. The consent to data processing, as a specific exercise of the right to informational self-determination, should be considered inherently precarious

[79] It is worth noting that the issue of information preliminary to the person's consent obtains enormous importance not only from the perspective of data protection law, but also from those of competition and consumer law. Indeed, the lack of transparency concerning the structure of costs and the nature of contract may distort competition and unduly influence the consumers' transactional decisions. Behavioral studies have demonstrated that by presenting an offer for free, traders blind consumer to the actual (non-monetary) costs and artificially induce them to enter into the contractual relationship (EDPS, *Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy (Preliminary Opinion),* Brussels, 2014, 32). Indeed, consumers are not always aware of what they are giving when paying with data rather than with money (*Opinion on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, n. 4/2017, 9). Therefore one might argue that the zero-cost model, if not supported by adequate information, might materially distort the economic behavior of the consumer or at least of specified groups of consumers. Technically, it could amount to an unfair or misleading commercial practice within the meaning of the Consumer Code, since the lack of information is specifically related to «the price or the manner in which the price is calculated, or the existence of a specific price advantage» (arts. 21-22). Privacy policies are not an answer, since in most cases they are vague and do not clarify the value and uses of personal data. Therefore, one could probably make a case for a specific duty to inform concerning the value and proposed uses of personal data as an offspring of both data protection and consumer law (see in part. art. 6 Consumer Rights Directive; on this issue see the detailed analysis by A. De Franceschi, *Digitale Inhalte gegen Personenbezogene Daten: Unentgeltichkeit oder Gegenleistung?,* in M. Schmidt-Kessel - M. Kramme, *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt,* Sipplingen, 2017, 113, 125-131).

[80] For a more detailed discussion of the criticized stance see S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., 519-521.

[81] On this see G. Resta, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile, Ottavo aggiornamento*, Torino, 2013, 92-106; Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2002, 801-848.

[82] On this issue see for a dogmatic assessment, D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali,* in *Rivista critica del diritto privato*, 1998, 339; more recently A. De Franceschi, *Digitale Inhalte gegen Personenbezogene Daten: Unentgeltichkeit oder Gegenleistung?*, cit., 120.

(as it is the consent to the publication of the image); by contrast, the contract binds the parties for the future, it has *force de la loi*. Should contract law trump data protection? Or is the opposite true?

This issue has been starkly debated under Italian law[83]. The majority of the scholars opted for the recognition of a right to withdraw the consent even if this was given in exchange for a counter-performance[84]. The GDPR has brought some clarity on this field: art. 7, al. 3, provides that the «data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time». Whereas the same provision makes clear that the withdrawal has no retroactive effect, it is still unclear whether the data controller might have any resulting claim. It seems reasonable to assume that the withdrawal of consent enables the other party to terminate the contract, in relation to which consent to data processing was an essential pre-requisite[85]. By contrast, it is more controversial whether the data controller might claim damages for non-performance, at least within the limits of the reliance interest[86].

[83] G. Resta, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2000, 299.

[84] S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., 554-555.

[85] But see, for a more detailed discussion, A. De Franceschi, *Digitale Inhalte gegen Personenbezogene Daten: Unentgeltichkeit oder Gegenleistung?*, cit., 134-135.

[86] On this problem see G. Resta, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, cit., 322-333.

Certification Mechanism as a Tool for the Unification of the Data Protection European Law

Giovanni Maria Riccio, Federica Pezza*

Abstract

The present paper moves from a critical analysis of the new Regulation on Data Protection, which, in the view of the Authors, would not be able to adequately address the complexity of the interests at stake, with the consequence of pre-empting the actual realisation of its harmonisation purposes. Moving from this assumption, the paper looks at the technical measures introduced by the same Regulation and, at this regard, it take into account how the adoption of these rules may foster the construction of a unique legal framework within the EU territory. And in fact technical rules, differently from the legal ones, are not subject to national traditions and to the variables of the interpretative processes. Therefore, the harmonisation purpose of the GDPR, difficult to realise from a strictly legal standpoint, would rather be facilitated from a more technical/formal point of view by means of one of the instruments introduced, namely the certification mechanism regulated by Article 42 GDPR. As we argue, certifications could represent a powerful harmonising tool, acting both as an accountability tool and as a guarantee for cross boarder transfers.

* Although this article is the result of a joint reflection, paragraphs 1, 5 and 6 must be attributed to Giovanni Maria Riccio; the remaining paragraphs to Federica Pezza.

Keywords: GDPR, data protection, certifications, harmonization, accountability

Giovanni Maria Riccio
Federica Pezza

Sommario

1. GDPR: Expectations vs Reality. - 2. The role of certifications. Art. 42 GDPR in a nutshell. - 3. Legal effects. - 4. Certifications as accountability tool. - 5. Certifications as a guarantee for cross-border transfers. - 6. Conclusions

1. GDPR: Expectations vs Reality

Approved on 14 April 2016 by the EU Parliament, the General Data Protection Regulation (GDPR)[1] replaces the previous Data Protection Directive 95/46/EC, with the main purpose of harmonising data privacy across the Europe.

There are two principle reasons behind the Regulation. On one side, it is the reaction to the approach adopted in the previous Directive, often criticised for its excessive flexibility. Differently from Regulations, in fact, Directives are not directly applicable in the Member States, leaving freedom of choice upon their implementation. Arguably, this freedom would not only pre-empt the actual harmonisation, but might even constitute a danger when coming to personal rights as the ones at stake.

At the same time, national regulations and provisions held by Data Protection Authorities have progressively jeopardized the harmonization purposes, making harder the flows of personal data and threatened the commercial exchanges within the internal market.

On the other side, the Regulation represents the effort of taking into account those technological developments that, by enhancing free and multiple flows of data, have the potential to undermine EU citizens' data privacy and, for this reason, require further mechanisms of control. As we will see, the approach followed by the EU authorities in this sense is a risk-based one, imposing a duty on the organisations to preliminary evaluate the possible risks connected to their activities and, if necessary, to put in place the adequate mitigation measures.

One year after its implementation, however, the Regulation does not seem able to fully achieve its aims. Some of the tools and instruments introduced[2], in fact, due to the lack of a clear and specific definition, are still ambiguous and not likely to be interpreted in the same way in different Member States. In other words, despite the efforts of the European Commission, we are still far from achieving a harmonised legal framework and from providing clear and unequivocal rules to the European operators. Also in the light of this remark, the Article 29 Working Party has elaborated a series of guidelines[3], addressing the most controversial areas of the GDPR. The space left to the European and national authorities shows that the Regulation is conceived as a step-by-step legi-

[1] GDPR, *General Data Protection Regulation - Regolamento UE 2016/679* (hereinafter "GDPR").

[2] See for example the notions of Data Portability and Data Protection Officer (DPO).

[3] Namely, *"Guidelines on Data Portability", "Guidelines on Data Protection Officers", "Guidelines on the Lead Supervisory Authority", "Guidelines on Data Protection Impact Assessment"*. For more details see http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083

slative process, and that the issue of its final version will be progressively completed.
This paper, although recognising the relevance of similar interventions, moves from the idea that GDPR' ambiguity is the predictable result of its incapability to adequately take into account the expectations of different EU countries. Data protection is, in fact, a controversial area, where social, political and economical considerations all play a role, potentially affecting the unification purpose of the European institutions.
Starting from a comparative approach, the paper will also analyse how national rules have influenced the GDPR and, at the same time, the creation of autonomous rules by the European Commission. In fact, some of the provisions of the GDPR seem to be inspired by a risk based approach, without imposing specific obligations on data controllers and leaving data controllers themselves the assessment of data processing operations and the evaluation of the level of risk and of the security measures to be implemented.
As for the first aspect, the analysis of the German case represents a further confirmation of the possible drawbacks related to the adoption of a liberal approach. The original draft adopted of GDPR, in fact, has already been subject to strong criticism due to the amount of exemptions provided. In particular, it has been noticed that it would not be proportionate. And, because of this, it would result in an unacceptable violation of Article 8(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. [4]This is just an example of what can happen when the different actors are given unreasonable freedom in such a delicate area.
The second issue is even more intriguing also because it involves the analysis of the mixture between legal rules and technical (and technological) rules. At this regard, the paper will take into account, in particular, how the adoption of these technical rules may foster the construction of a unique legal framework within the EU territory. The point is that technical rules, differently from legal rules, are not subject to national traditions and to the variables of the interpretative processes.
Starting from these considerations, the present paper argues that the harmonisation purpose of the GDPR, difficult to realise from a strictly legal standpoint, would rather be facilitated from a more technical/formal point of view. Namely, it would take place by means of the instrument introduced, for instance, by Article 42[5] GDPR, a certification mechanism aimed at demonstrating compliance for processing operations by controllers and processors.
This thesis is further validated from the analysis of the current situation. Certification mechanisms, in fact, originally confined to non-legal areas such as sustainability[6], have increasingly been used to ensure compliance also in legal contexts. The latest examples in this sense are certification marks, introduced at the EU level pursuant to the provi-

[4] D. Meyer *Critics: Germany's GDPR implementation riddled with holes, illegalities,* at https://iapp.org/news/a/critics-germanys-gdpr-implementation-riddled-with-holes-illegalities

[5] See Article 42 GDPR and Recital 100 GDPR.

[6] These include Industry Specific Sustainable certifications, internally recognised sustainability standards, ISO 26000 Standards. For more details see https://www.rmagreen.com/sustainable-certifications.

sions of Articles 74a to 74k of the EUTMR[7].
The first path of the present analysis will investigate the main features of certifications, among the already existing international information security standards, which can be applied by the data controllers.
Secondly, the paper will consider the legal effects of applying such certificates, in order to comply with the requirements of the GDPR and avoid or limit the penalties hold by the GDPR. In particular, the paper aims at analysing how certification mechanism may be compliant with regulations concerning risk assessments, data breach notification and privacy by design.

2. The role of certifications. Art. 42 GDPR in a nutshell

Chapter 4 of the GDPR, defining the duties of the controller and of the processor, legally formalises for the first time the mechanism of "certification". A first reading of Article 42, in its combination with Article 43 and in the light of Recital 100 of the GDPR, clarifies the main characters of this tool, together with the underlying policy.
First of all, and quite interestingly, certifications are voluntary[8]. The non-legally binding nature of the instrument, however, does not affect its potential for harmonisation. In fact, the same considerations applicable to soft law instruments will come into play in a similar scenario. Namely, voluntary instruments are important as they «often serve as an authoritative way to allow treaty parties to resolve ambiguities in a binding text or fill the gaps»[9].
Secondly, certifications are limited in scope and in time. On one side, they have to be established for «processing operations by controllers and processors». In this sense, the Regulation extends its scope to controllers and processors that are not subject to it within the framework of personal data transfers to third countries or international organizations[10]. On the other, according to Art. 42(7) GDPR «Certifications shall be issued to a controller or processor for a maximum period of three years and may be renewed, under the same conditions, provided that the relevant requirements continue to be met»[11], in order to ensure updated technological solutions which are effectively able to comply with security and, in general, with data subjects' privacy expectations.
This circumstance, often criticised as imposing an undue burden on the certified bodies, finds its main reason in the need of ensuring constant monitoring. However, the alleged burden is mitigated by the last sentence of Art. 42(1) clarifying that «the specif-

[7] Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No. 207/2009 on the Community trade mark.

[8] On this point, see Article 42(3) GDPR, requiring the certification to be voluntary and available via a process that is transparent.

[9] D.L. Shelton *Soft Law 2008,* GW Law Faculty Publications & Other Works, 2008.

[10] See Article 42(2) and Art. 46(2)(f) GDPR.

[11] See Article 42(7) GDPR.

ic needs of micro, small and medium-sized enterprises shall be taken into account»[12].
This second aspect, by linking the length of the certification to the respect of "the relevant requirements", anticipates the discussion over formalities and procedure. According to Art. 42(5) GDPR, «a certification pursuant to this Article shall be issued by the certification bodies referred to in Article 43 or by the competent supervisory authority, on the basis of criteria approved by that competent supervisory authority pursuant to Article 58(3) or by the Board pursuant to Article 63».
Two separate remarks are required for understanding this provision. First, a preliminary distinction between issuance of the certification and approval of the relevant criteria and, second, its combination with Art. 43, Art. 58(3) and Art. 63 GDPR.
With regard to the competent certifying bodies, the text of Art. 42(5) leaves two options opened: (a) the competent supervisory authority and (b) the certification body.
Indeed, the first of the two alternative does not require further explanation, as national supervisory authorities (also known as data protection authorities or DPAs) «do not represent a novelty and will continue to exist in Chapter 6 of the GDPR»[13].
In our opinion, however, it is likely that the DPAs will not directly issue certification mechanisms, but will provide the rules to comply with for certification bodies and will validate the certifications already existing or specifically created for ensuring a full protection of personal data.
More issues arise when coming to certification bodies, both for the novelty of the concept and the necessary integration with the text of Articles 43, 58(3) and 63 GDPR.
Schematically, the issuance[14] of a certification from a certification body requires three conditions to be met:
a) certification bodies shall have «an appropriate level of expertise in relation to data protection»[15] (Art. 43(1)GDPR);
b) they «shall provide the competent supervisory authorities with the reasons for granting the requested certification»[16] (Art. 43(5) GDPR).
c) Member States shall ensure that certification bodies are accredited (43(1) GDPR) by the relevant DPA and/or the national accreditation body[17] named in accordance with

[12] The same kind of mitigation applies to Data Portability. According to Article 20(2) GDPR, in fact, **«**In exercising his or her right to data portability pursuant to paragraph 1 the data subject shall have the right to have the personal data transmitted directly from one controller to another, where technically feasible**»**.

[13] Ashurst, *The General Data Protection Regulation(GDPR),* 2017. See also Articles 51-59 GDPR, specifying national supervisory authorities role.

[14] And the renewal. See Article 42(7) GDPR

[15] See Article 43(1) GDPR.

[16] See Article 45(1) GDPR.

[17] More in detail, the main issue in Italy consists in the lack of an authorised national body. In this sense, *GDPR, Il Garante Privacy: "Serve un Provvedimento sulle cerificazioni"*, in *Corriere Comunicazioni*, 2017.

Regulation (EC) No. 765/2008[18].

Notably, like the certification and for the same above-mentioned reasons, also the accreditation is limited in time[19] and it is subject to the requirements set out in Art. 43(2) GDPR[20].

In short, a formal process (the "Job Task Analysis") is undertaken, with the purpose of determining what professional do, under what conditions and with what levels of knowledge and skills. In addition to this, an annual audit is undertaken by the accreditation body and, eventually, this is associated with continuing education.

As a result, the accreditation not only provides a high degree of assurance as to the substance and integrity of the certification program but, because of the professional training associated to it, is also a competitive driver for organizations around the world[21].

In this respect, some legal scholars have pointed out[22] that, for efficiency and scalability reasons, third party certifications by certification bodies should be preferred over certifications by DPAs. In fact, by taking on and sharing the burdens of supervision and oversight with the DPAs, certification bodies would not only reduce DPAs' workload but also protect their functional independence. This conclusion is further confirmed by the evidence that « at this time, it seems like the vast majority of DPAs do not plan to issue certifications themselves»[23].

Turning to "certification criteria", according to Art. 42(5) GDPR (first line, second half), «certifications shall be issued on the basis of criteria approved by the competent supervisory authority or by the European Data Protection Board(EDPB)»[24]. This sentence has to be read together with the previous one. As a result, although certification bodies will be able to issue certifications under certain conditions, they will be anyway subject anyway to the approval of criteria by the DPA or EDPB.

Moreover, Art. 42(5) (second line) specifies that «Where the criteria are approved by the Board, this may result in a common certification, the European Data Seal»[25]. A similar solution, embraced by part of the doctrine[26], looks particularly suitable to our thesis. The adoption of a EU baseline certification, in fact, would allow providing EU wide consistency among different Member States, without sacrificing the need for

[18] According to *CIPL Discussion Paper Certifications, Seals and Marks under the GDPR and Their Roles as Accountability Tools and Cross-Border Data Transfer Mechanisms,* 2017 (hereinafter "CIPL Discussion Paper") **«**to the extent accreditation is performed by national accreditation bodies as opposed to DPAs, such bodies must ensure that their accreditation of GDPR certification bodies are performed by staff with expertise in data protection and other related matters**».**

[19] It lasts for 5 years.

[20] These criteria, however, are yet to be established. Also, according to *CIPL Discussion Paper*, the elaboration should be open to public comment and industry input before finalisation.

[21] See *Europe IAPP Data Protection Digest*, 13 October 2017.

[22] See *CIPL Discussion paper*.

[23] S. Meissner, *Privacy Seals: the European Privacy Seals, Europrise*, May 2016.

[24] See Article 42(5) GDPR (first line).

[25] Article 42(5) GDPR.

[26] See *CIPL Discussion Paper*.

flexibility. In other words, it would be acting as a general framework, whose actual implementation shall take into account the specific organisation and/or context.

3. Legal effects

This brief excursus on the certification mechanism codified by Art. 42 GDPR has revealed some of its specific features.

Conceived by the EU legislator as accountability tools, certifications are *voluntary* devices, whose validity is *limited in time and in scope*. Plus, they are *subject to the approval of specific criteria* and have to be issued by *competent bodies*.

In other words, it might be argued, certifications consist in a bundle of limits, clearly contradicting their harmonisation purpose.

Furthermore, certifications may be European or even national, as confirmed by the first paragraph of Art. 42, which encourages the adoption of these tools in particular, but not exclusively, at Union level.

However, in our view, these limitations do not affect certifications' potential as harmonising instrument. Separately, they only contribute in shaping and clarifying certifications' content, by making the monitoring process more effective.

Thus, the claimed unification process would not only be possible but would be a two-fold one, resulting from the combination of two different angles.

On one side, "certifications, seals and marks"[27] constitute a tool for demonstrating compliance and accountability. In this sense, a part from being an element for the authorities to consider when imposing a fine (and the amount of the fine)[28], they would also play a role with respect of specific obligations of the controller or processor[29].

Secondly, in a broader dimension, they «can be used as accountable, safe and efficient cross-border data mechanisms under the GDPR, provided they are coupled with binding and enforceable commitments»[30].

These two perspectives, as we will see below, both constitute the expression of what we regard as the underlying harmonisation aim. In fact, on one side, «by signalling a certain level of data protection (…), certifications could streamline and shorten B2B due diligence processes between certified and non-certified organisations seeking qualified and trusted business partners». By avoiding protracted negotiations about privacy and data security, this would lead to a «greater speed of doing business» within the EU community.

In addition to this, and in the light of our "second angle", their unification role can be extended to cross border transactions. Eventually, in the long term, this mechanism is

[27] In this sense, *CIPL Discussion Paper* specifies that the EU legislator does not distinguish among the three features.

[28] For more details on the determination of the "if" and the "quantum" see C. McCluskey, *Privacy & Data Protection 2017 GDPR series: fining powers of the supervisory authority,* 2017.

[29] See Articles 24(3), 25(3), 28(5) and 32(3)GDPR.

[30] See on this point *CIPL Discussion Paper* and Article 46(2)f GDPR.

likely to create and enhance interoperability with other legal systems. This would bring to a significant improvement in geographical coverage and reach.

4. Certifications as accountability tool

Discussing certifications role as a tool for demonstrating compliance requires a better understanding of the policy objectives behind the GDPR.
In this respect, it has been noticed that the Regulation «effectively incorporates a risk-based approach to data protection, requiring organisations to assess the "likelihood and severity of risk" of their personal data processing operations to the fundamental rights and freedoms of individuals»[31]. This has been based on the presence of various provisions in Chapter IV of the GDPR referring to "risk" and "risk-assessment", together with Recital 74, clearly stating that measures of controllers should take into account the risk to the rights and freedoms of natural persons. Risk assessment helps organisations to classify processing activities according to their risks to individuals, prioritise compliance and devise appropriate mitigations.
Interestingly, certifications have a role to play in this context and, namely, two complementary functions are involved. First, they act in the physiological phase, *ex ante*. By obtaining the grant of certification, in fact, private sector organisations demonstrate both to the individuals and to the other organisations their compliance with certain standards. In this sense, a part from constituting an element for DPAs' compliance evaluation, Art. 42 is also a factor to potentially increase individuals' trust and confidence in the organisation.
Secondly, certifications can turn into an *ex post* tool, with the purpose of creating and maintaining «verifiable and demonstrable proof of risk assessments in the event of internal or external audits or investigations by the DPA» or/and acting as an instrument to mitigate the risk[32]. If analysed from a liability rules perspective, it can also be noted that these tools may comply with diligence standards that must be respected by data processors and data controllers. However, the GDPR does not provide an automatism, in the sense that the liability of the operators involved in a data processing is subject to a case-by-case analysis, where the adoption of certifications is not considered as a complete proof that exempt data processors and controllers from liability, but as «an element by which to demonstrate compliance with the obligations of the controller».
Therefore, it is not a case if the GDPR expressly refers to the above-mentioned expression in some of its provisions. Namely, Art. 24(3) (responsibility of the controller), Art. 25(3) (data protection by design and by default), Art. 28(5) (Processor) and Art. 32(3) (security of processing) all refer to the certification mechanism, as an element by which demonstrating compliance with specific sets of standards. Similarly, other

[31] CIPL GDPR Interpretation and Implementation Project Risk*, High Risk, Risk Assessments and Data Protection Impact Assessments under the GDPR*, 21 December 2016.

[32] In this sense, other measures were introduced such as pseudonymisation, data minimisation and security.

provisions implicitly refer to this tool, insofar as they mention «measures to mitigate the possible adverse effects». One of these references is in Art. 33, codifying the duty for the organisation to notify personal data breaches to the relevant DPA.

In this regard, it is interesting to specifically address (i) the connection between the certification mechanism and the privacy by design approach under Art. 25(3) GDPR and (ii) its role with regard to the data breach notification.

As known, the notion of "privacy by design (PbD)", codified for the first time in Art. 25, has been used during the last decade of the past century by some scholars[33] and then endorsed by public institutions position papers and national and international acts. Together with Privacy by Default, PbD «operates on the basis of privacy concerns being addressed proactively instead of reactively»*;* in this sense, it has been noticed, this concept would not be about protecting data but designing so that data does not need protection[34].

For this purpose, Art. 35 GDPR integrates Art. 25 text, requiring Data Protection Impact Assessments (DPIA) to be carried out any time a new project processes personal data that are likely to result in a high risk to the rights and freedoms of individuals. Again, in this context, certifications come into play as, «an element to demonstrate compliance »[35],according to the third paragraph of Article 25 [36]. In addition to this, these tools can be included in the list of those «necessary safeguards into the processing» which will act as mitigation measures pursuant to Art. 25(1) GDPR.

With the same purpose of enhancing data security, Art. 33 GDPR codifies the duty for the controller to notify a personal data breach to the relevant DPA. This is not a completely new provision as it was already provided in the EU legislation as well as into national regulations.

According to the above mentioned Art. 33, the notification has to be done «not later than 72 hours after having become aware of it»[37]. The underlying policy is made clear by Recital 88, according to which «a personal data breach may, if not addressed in an appropriate and timely manner, result in physical, material or non-material damage to natural persons such as loss of control over their personal data or limitation of their rights, discrimination, identity theft or fraud, financial loss, unauthorised reversal of pseudonymisation, damage to reputation, loss of confidentiality of personal data protected by professional secrecy or any other significant economic or social disadvantage to the natural person concerned».

However, the same art. 33(1) GDPR partially mitigates this principle introducing an exception. This obligation, in fact, has to be carried out «unless the controller is able

[33] N. Flannery, *GDPR series: a design for life? Design the future of privacy Data Protection Ireland,* in 17(2) *Privacy and Data Protection,* 2017.

[34] *Ibidem.*

[35] See Article 25 GDPR.

[36] However, as made clear in Article 42(4) GDPR **«**A certification pursuant to this Article does not reduce the responsibility of the controller or the processor for compliance with this Regulation and is without prejudice to the tasks and powers of the supervisory authorities which are competent pursuant to Article 55 or 56**».**

[37] See Recitals 85, 87 and 88 GDPR.

to demonstrate that the personal data breach is unlikely to result in a risk to the rights and freedoms of natural persons». In particular, the Recital requires the demonstration to be «in accordance with the accountability principle»[38].
As a result, the certification mechanism of Art. 42 GDPR, might play a part also in this respect, as an instrument to possibly demonstrate the notification was not necessary. In addition to this, also in this scenario, certifications can constitute a mitigation measure. As such, they would form part of the essential content of the notification, under Art. 33(3)d.[39]
Again, the GDPR does not provide a clear obligation on data processors and data controllers, leaving a space for these subjects to self-judge the measures implemented and to carry on a risk analysis on the breaches occurred.

5. Certifications as a guarantee for cross-border transfers

The benefits connected to Art. 42 implementation, going beyond the European legal framework, are likely to positively impact on the future cross-border transactions.
As a general rule, in fact, transfers of personal data to countries outside the EEA may take place if these countries are deemed to ensure an adequate level of data protection[40]. The competent body for assessing the adequacy of protection is the Commission, whose "adequacy findings", in the form of a decision, are binding in their entirety in all Member States. The consequence is that cross-border transfers will be allowed without the need of further protection measures.
The recitals of the GDPR do not clearly explain the reason behind this long standing approach. Recital 101 on one side recognises the necessity of cross-border flows of personal data for the expansion of international trade, on the other states that the level of protection of natural persons ensured in the EU by the GDPR should not be undermined.[41]
The problem of a similar approach is that the list *of "*adequacy findings*"* is currently limited.[42] In addition to this, these assessments are subject to periodic reviews and monitored from the Commission on an ongoing basis. They can be repealed, amended or suspended. Eventually, they might be challenged before the ECJ. This was the case

[38] See Article 33(1) GDPR.

[39] Article 33(2)(d) GDPR describes the measures taken or proposed to be taken by the controller to address the personal data breach, including, where appropriate, measures to mitigate its possible adverse effects.

[40] Loyens & Loeff, *GDPR cross-border data transfers*, 26 April 2017.

[41] E. Ustaran, *GDPR series: international data transfers 2.0,* in 17(5) *Privacy and Data Protection*, 2017.

[42] *Ibidem,* pointing out how «in reality, and given the reduced number of countries that qualify as "adequate", in the majority of cases, controllers or processors wishing to transfer personal data internationally will need to deploy a mechanism that provides appropriate safeguards for the data».

of the US "Safe Harbour" scheme, whose provisions had to be replaced[43] after the well-known *Schrems* case[44].

Art. 46 GDPR provides a set of options for all the situations were an adequacy finding has not intervened. Significantly, this results in more flexibility[45] for both the exporters and the importers of personal data in selecting the data mechanisms that best suits their needs[46].

In particular, in its second period the article states that «the appropriate safeguards referred to in paragraph 1 may be provided for, without requiring any specific authorisation from a supervisory authority, by», among the others[47], «an approved certification mechanism pursuant to Art.42»[48] This system, anyway, in order to work, has to be coupled with «binding and enforceable commitments of the controller or processor in the third country to apply the appropriate safeguards». In other words, also in this case, certifications will constitute a necessary (but not sufficient) element for the purpose of the final evaluation upon the validity of cross-border transactions[49].

6. Conclusions

The present paper, moving from the incapacity of EU institutions to adequately address data protection harmonisation from a strictly legal standpoint, looks at the certification mechanism introduced by Art. 42 GDPR as a possible tool for the unification process. A similar approach is further validated from the analysis of the current situation, where certifications have been successfully adopted for their guarantee function not only in non-legal but also, and more recently, in legal contexts.[50]

More specifically, this harmonising process would be a twofold one. On the one side, in fact, acting as an accountability tool, certifications can push in the long term toward

[43] EU-US Privacy Shield. See for further guidance http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=605819

[44] Case C-362/14.

[45] D. Gabel - T. Hickman, *Chapter 12: Impact Assessments, DPOs and Codes of Conduct – Unlocking the EU General Data Protection Regulation*, in *White & Case*, 22 July 2016.

[46] E. Ustaran, *supra.*

[47] Similar provisions apply to codes of conduct pursuant to Article 40, which, once approved by the competent authority, play the same guarantee function, provided that coupled with binding and enforce-able commitments. On this point, it has been noticed that the Binding Corporate Rules (BCR) pursuant to Article 40 would be a de facto form of certification. See Loyens & Loeff*, supra.*

[48] Eventually, in the lack of any of the instruments set out by Article 46(2) GDPR, the same Article 46, in its third period, provides that transfers will be allowed if ad hoc safeguards are contractually agreed, subject to authorisation from the competent supervisory authority". See *Bird & Bird Guide to the General Data Protection Regulation*, May 2017.

[49] Furthermore, in the long term, and provided that the introduction of conflict requirements is avoided, certifications might contribute to the creation of interoperability among different systems of different countries.

[50] Certification marks introduced by Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No. 207/2009 on the Commu-nity trade mark.

the adoption of common standards in different organisations within the EU. This would result, *inter alia*, into a greater speed of doing business, avoiding protracted negotiations.

On the other, the text of Art. 46 GDPR is likely to extend certifications' impact beyond the EU Community. The provision, in fact, expressly regards certifications as one of the possible guarantees for cross border transfers, provided that binding and enforceable commitments of the controller are put in place. Eventually, this may lead, in the long term, to the creation of interoperability with other systems of different countries.

In the light of this premise, the potential benefits connected to the certification mechanism are undeniable. In this sense, it has been noticed, by formalising a tool that only existed in practice, the GDPR has the potential to increase the value of such schemes in the eyes of the public, and also in the eyes of organisations.[51]

However, while recognising the positive implications of a similar solution, one has to consider the undeniable difficulties related to its implementation. The evidence in this sense is that «considering the state of play, it is unlikely that certifications will be issued as of May 25, 2018»[52]. Furthermore, for the implementation to be effective, two conditions shall be put in place. If on one side the adoption of an "EU baseline certification" is recommended, on the other the active participation of the private sector organisations will be essential. In fact, while the establishment of an EU wide mechanism would ensure consistency, respecting the differences among the Member States, the participation of private organisations in the elaboration of certification criteria would provide the necessary legitimation to the system.

A positive signal in this direction comes from a recent news release, confirming that «discussions about certifications are continuing(within the Working Party 29) and will be proposed for adoption at the next plenary meeting in February»[53]. These discussions, together with the announced development of new guidelines on data breach notification and DPIA within the Group, might constitute a significant step for the actual implementation of Art. 42 and the realisation of its harmonisation (or rather unification) goal.

[51] *Unlocking the EU General Data Protection Regulation*, *supra.*

[52] S. Meissner, *supra.*

[53] See *Europe IAPP Data Protection Digest*, 13 October 2017.

L'*Estonian e-Residency*: verso uno Stato sempre più "*cross-border*"?

Lucia Giuditta Sciannella

Abstract

L'articolo analizza l'istituto dell'*e-Residency* estone, un progetto ambizioso approvato dal Parlamento nel 2014 che, per la prima volta, consente a chiunque di acquisire la residenza digitale in un altro Stato. Come altri innovativi istituti dell'avanzato Stato digitale estone, l'*e-Residency* pone una sfida alle tradizionali nozioni di residenza, cittadinanza, territorio e confine, con implicazioni profonde sulle tradizionali teorie dello Stato e della cittadinanza. Lo studio offre le informazioni necessarie per comprendere le funzioni e gli obiettivi dell'istituto, nonché le ricadute che possono aversi sul mercato unico digitale dell'Unione europea.

The paper analyzes Estonia's e-Residency initiative, an ambitious project approved by Parliament in 2014 that, for the first time, enables people from anywhere in the world to become digital residents of another State.
Like other advanced developments in the Estonian "e-state", the e-Residency project challenges traditional notions of citizenship, territoriality, residency and border, with profound implications for theories of the state and citizenship in the modern era.
The analysis provides with the necessary information to understand the functions and aims of e-Residency, as well as the implication that it offers for the EU Single Digital Market.

Keywords: Estonia, e-residency, Digital Identity, Digital Single Market, e-Government

Sommario

1. Premessa. – 2. *e-Residency* e sistema di *e-government* estone: profili essenziali. – 3. Il programma di *e-Residency*: origini e modalità di attuazione. – 4. Gli effetti dell'istituto dell'*e-Residency*. – 4.1. L'*e-Residency* e i mutamenti della forma-Stato. – 4.2. L'*e-Residency* e il suo influsso sulla costruzione del mercato digitale unico europeo. – 5. Conclusioni.

«We Estonians have shown that we can survive in the cloud,
You don't have to live in Estonia to be part of our country»[1].

1. Premessa

Il 21 ottobre 2014, il Parlamento estone ha modificato la normativa di regolamentazione dei sistemi di identificazione personale, prevedendo l'emissione di carte di identità elettroniche anche a favore di cittadini stranieri non residenti in territorio nazionale. Esse non sono equiparabili ai tradizionali documenti di riconoscimento in quanto non danno diritto alla cittadinanza o alla residenza fisica o fiscale in Estonia, ma possono essere utilizzate per accedere alla piattaforma di *e-government* e alla vastissima gamma di "*e-services*" che il Paese ha già implementato da qualche anno per i propri cittadini, in particolare nel campo dell'*e-business*. Inoltre, la carta accorda al residente digitale – attraverso collaudati sistemi fiduciari digitali (*e-trust*) – la possibilità di porre in essere documenti ufficiali mediante firma digitale senza alcuna necessità di entrare o risiedere fisicamente nel Paese.

Secondo quanto affermato nella legge istitutiva, l'obiettivo dell'*e-Residency* è la promozione dello sviluppo «*of the Estonian economy, science, education or culture by providing access to e-services with the Estonian digital document; whereas the potential e-resident must prove either a legitimate interest in the use of e-services or indicate a previous relationship with Estonia*»[2]. Le finalità sarebbero dunque molteplici ma, in realtà, si condensano in unico e importante obiettivo, ossia quello di attirare investimenti in Estonia favorendo l'apertura di *sturt-up* e società commerciali[3], in grado di creare plusvalore economico che il Governo intende poi reinvestire nello sviluppo dell'infrastruttura digitale del Paese[4].

[1] T. Kotka, *Estonia's deputy secretary-general for communications and state information systems and the architect of the e-Residency law*.

[2] *Estonian Identity Documents Act*, RT I, 23/03/2015, 16, § 205 (2) and § 206 (1).

[3] Sotto questo profilo, l'iniziativa sembra rivestire particolare interesse soprattutto per *start-up*, nomadi digitali e piccole e medie imprese che vogliono collocare il proprio prodotto su un mercato più ampio, oltre che per le migliaia di imprese straniere già presenti in Estonia che assicurano il 60% dell'*export* e impiegano il 36% della popolazione attiva e per le quali l'*e-Residency* offre la possibilità di svolgere in modalità remoto gran parte dell'attività amministrativa e gestionale.

[4] Tale finalità traspare chiaramente dalle parole del Direttore del programma di *e-Residency*, Kaspar Korjus: «*We believe no one should be held back from their entrepreneurial potential just because of where they live or where they choose to travel. Through e-Residency, a new digital nation is emerging with a population who share that vision of a borderless digital world for all. We're very thankful to all the pioneers and early adopters that are already benefiting from e-Residency, but we're also really excited about growing the program and ensuring our new digital nation is the best place in the world to establish and manage a business*».

Ma nonostante i significativi risvolti che interessano il profilo commerciale ed economico, tale pioneristica iniziativa estone presenta notevole interesse soprattutto dal punto di vista giuridico, in quanto come già accennato, si pone come un innovativo sistema di identificazione digitale "*cross-border*", slegato dalla cittadinanza o dalla presenza fisica di un soggetto in un territorio nazionale, venendosi a distinguere per originalità e potenzialità di applicazione. In particolare, quest'ultima si sostanzia nel conferire al soggetto una nuova identità che si affianca a quella tradizionale e con la quale è possibile instaurare una nuova modalità di affiliazione a uno Stato, con potenziali ricadute sulle tradizionali categorie di "cittadinanza", "residenza", "confine", "territorio". Queste ultime – come di seguito si vedrà – pur rimanendo elementi di caratterizzazione della forma-Stato, tendono, difatti, a perdere centralità nella definizione dell'identità di uno Stato, come l'Estonia appunto, che esercita la quasi totalità della propria attività nel *Cyberspazio* e che necessita di nuove soluzioni per definire il senso di appartenenza. Per queste ragioni, le parole dell'ex Presidente estone, Toomas Hendrik Horjus, – secondo cui l'*e-Residency* «*alters geography*»[5] – assumono una portata inedita per il contesto nazionale e quello europeo, nel senso che la presenza di residenti "virtuali" consente al Paese di mantenere inalterata la propria identità e funzionalità a prescindere dal territorio e, se si vuole, da una popolazione ivi allocata, puntando, invece, sulla gestione dei flussi che attraversano la Rete[6].

Alla luce di queste prime riflessioni, emerge con forza l'interesse a indagare sulla portata di tale istituto. In primo luogo perché, sebbene l'idea dell'*e-citizenship* non rappresenti un'assoluta novità, non vi sono, ad oggi, a livello comparato, soluzioni analoghe con cui altri Stati hanno reso fruibili i propri servizi pubblici e privati a cittadini stranieri non residenti, introducendo un elemento in grado di modificare assetti organizzativi consolidati. In secondo luogo, sempre in prospettiva comparata, l'introduzione di un innovativo sistema di identificazione transnazionale potrebbe modificare in breve tempo gli attuali scenari geo-politici europei e, forse, globali. Difatti in una fase in cui sempre più attività pubbliche e private trovano allocazione in Rete, la presenza di efficaci sistemi di identificazione diventa essenziale per il funzionamento del mercato e per la tutela al suo interno dei diritti dell'utente. Secondo alcuni autori, la mancanza di metodi comuni di identificazione digitale sicuri, in un'economia mondiale basata sempre più sui flussi transfrontalieri e sulle interconnessioni, potrebbe determinare fenomeni di "crisi dell'identità globale", oltre che ostacolare lo sviluppo economico e precludere l'uso del pieno potenziale di una "*cross-globe digital economy*"[7]. In tale considerazione risiede la ragione che ha spinto l'OECD, già nel 2011, a richiamare con forza l'attenzione degli Stati sull'importanza di una progressiva implementazione di una gestione globale

[5] Come può leggersi sul portale del programma di *e-Residency* (https://e-resident.gov.ee).

[6] A questa tendenza si lega un'importante decisione assunta recentemente dal Governo estone e che sembra destinata a innovare profondamente anche lo stesso diritto internazionale pattizio. Ci si vuole riferire all'Accordo concluso con il governo lussemburghese finalizzato a istituire una "*Data Embassy*" in Lussemburgo, in cui è stato fatto il *backup* di tutti i dati e i sistemi elettronici del sistema *e-government* del Paese (https://e-estonia.com/estonia-to-open-the-worlds-first-data-embassy-in-luxembourg/).

[7] Si veda, in tal senso, S. Saxby, *Electronic identity: The global challenge*, in *Computer law & Security review*, 30, 3014, 112.

dell'identità digitale, in grado di consentire interazioni affidabili a tutela dell'utente[8]. L'idea è quella di incoraggiare i Governi nazionali a sviluppare sistemi di gestione dell'identità dei propri cittadini basati sull'interoperabilità, così da armonizzare i servizi di *e-government* a livello interstatale per poi collaborare al reciproco riconoscimento dei rispetti sistemi statali. E tali aspetti, come di seguito si vedrà, assumono una portata dirimente in ambito europeo, atteso che la "Strategia digitale 2020" posta in essere dalla Commissione europea individua nel riconoscimento reciproco dei servizi di identificazione e autenticazione elettronici e servizi fiduciari transfrontalieri l'elemento qualificante per l'attuazione del *Digital Single Market* (DSM). E proprio in risposta alle sollecitazioni derivanti da tale impellente esigenza, l'Unione europea potrebbe sfruttare le potenzialità del programma estone dell'*e-Residency* per offrire ai cittadini europei un sistema comune di identificazione elettronica.
Pertanto, partendo da una ricostruzione teorica dell'articolato sistema di *e-government* estone, lo studio esamina la portata dell'istituto dell'*e-Residency*, fornendo le informazioni necessarie per comprendere le funzioni, gli obiettivi e le ricadute sul piano nazionale ed europeo.

2. *e-Residency* e sistema di *e-government* estone: profili essenziali

Analizzare la portata dell'istituto dell'*e-Residency* significa anzitutto proiettarsi in un contesto statuale – quello estone – nel quale il paradigma tecnologico ha rappresentato la pietra miliare su cui è stata costruita una nuova idea di statualità, simbolicamente e iconicamente rappresentata con la formula di "*e-State*" o di "*e-Estonia*", per sottolineare lo straordinario ecosistema tecnologico che caratterizza tale Paese e le cui origini risalgono al 1991, anno di riconquista dell'indipendenza nazionale. A partire da questa data, in un contesto nazionale caratterizzato da una generale scarsità di materie prime e di risorse finanziarie, l'Estonia ha preparato la sua svolta digitale attraverso la predisposizione di un piano strategico nel quale sono stati delineati i principi ispiratori del sistema di *e-government*: diritto di accesso alla Rete, trasparenza, efficienza e partecipazione democratica. Nel 1996 – su impulso di Toomas Hendrik Ilves, futuro Presidente della Repubblica – venne lanciato il piano "*Tiger Leap*" che garantiva connettività Internet e utilizzo delle tecnologie digitali in tutte le scuole e gli edifici pubblici estoni e che trovò una sua prima concretizzazione nel *backbone* della Pubblica Amministrazione (denominato "*EEBone*").
Il consolidamento del sistema di *e-government* estone ha acquisito poi una sua definitiva configurazione a seguito dell'introduzione di due fondamentali elementi di caratterizzazione: l'identità digitale e la piattaforma "X-Road".
Quanto al primo, l'Estonia ha sviluppato un sistema di identificazione e di autenticazione elettronica dotato di potenzialità di memorizzazione dati ad alta sicurezza e utilizzabile come documento legale per l'identificazione personale e per la sottoscri-

[8] OECD, *Digital Identity Management, Enabling Innovation and Trust in the Internet Economy*, 2011.

zione di qualsiasi documento, nonché come "chiave" di accesso per tutti i servizi di *e-government*[9]. Ufficialmente introdotto nel 1992, tale sistema si basa su una carta di identità digitale dotata di un programma di crittografia a chiave pubblica (PKI) ad alta risoluzione che consente di identificare in maniera sicura il possessore in un qualsiasi ambiente elettronico. La "e-ID" è basata su un *Personal Identification Number* (PIC) e funziona con un *chip* elettronico contenente due codici alfanumerici. Utilizzando un lettore di *smart card* e un *computer* collegato in Rete, gli utenti possono utilizzare la carta sia per l'autentificazione personale, sia per la firma digitale. Il primo codice consente ai cittadini di autenticarsi e di accedere a tutti i servizi erogati dalla piattaforma di *e-government*, mentre il secondo viene utilizzato per firmare documenti e compiere transazioni *online*. La distinzione tra le operazioni di autentificazione e di transazione che possono essere compiute con la "e-ID" estone è fondamentale per la sicurezza dell'identità e per la trasparenza delle operazioni *online*.

Il possesso della carta di identità digitale è stato reso obbligatorio con legge del 2002 e ciò ha consentito all'Estonia di essere «*is years ahead of countries still trying to work out how to authenticate people without physical contact*»[10]. Ad oggi, la "e-ID" è posseduta dal 98% degli estoni e utilizzata quotidianamente dall'88% di essi; è gestita dal Governo che ne stabilisce e ne garantisce i requisiti di sicurezza e di qualità[11].

Nel 2007 è stata implementata la "*m-ID*" come ulteriore espansione della funzionalità della "e-ID". Essa consente all'utente di dotarsi di una SIM rilasciata da un operatore di telefonia estone e attivarla tramite *computer*, usando la propria carta di identità digitale. La "*m-ID*" fornisce la stessa tipologia di accesso ai servizi mediante i due codici PIN e lo scambio dati avviene con una connessione crittografata in grado di garantire un alto livello di sicurezza.

Il secondo elemento di caratterizzazione è da ricercare nell'esteso processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, attentamente pianificato sul piano tecnologico, nonché sorretto da un vero e proprio arsenale normativo diretto a corredare tale processo dai diritti dell'utente in Rete, a partire dal riconoscimento del diritto di accesso a Internet, da una pervasiva normativa a tutela della *privacy*[12], dalla trasparenza

[9] A norma del *Digital Signatures Act* (DAS) del 7 marzo 2000, la firma digitale ha lo stesso valore legale della firma autografa e, associata alla "ID-Card", ne garantisce l'autenticità e l'obbligatorietà nella gestione dei rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione.

[10] Come può leggersi sulla pagina di apertura del portale della carta digitale (https://e-estonia.com/solutions/e-identity/"ID-Card").

[11] Nel 2017 è stata utilizzata circa 530 milioni di volte per le autenticazioni e circa 350 milioni di volte per sottoscrivere digitalmente i documenti.

[12] Nel 1996 il Parlamento estone ha approvato il "*Personal Data Protection Act*" che ha introdotto il principio del «*right to informational self-determination*»; nel 1997 il "*Databases Act*" ha sancito il principio del diritto del cittadino di conoscere i suoi dati in possesso dell'autorità pubblica, cui hanno fatto seguito il "*Digital Signature Act*" nel 2000, che ha introdotto la piena equivalenza della firma digitale alla firma autografa; nel 2001, il "*Public Information Act*" ha introdotto il diritto di accesso alle informazioni destinate a un uso pubblico e, infine, nel 2005, l'"*Electronic Communications Act*" ha stabilito la tipologia di informazioni che devono essere rese pubbliche sui siti *web* della pubblica amministrazione.

nel trattamento dati[13].

Un'infrastruttura tecnologica particolarmente innovativa è stata poi in grado di trasporre sul piano fattuale la cornice giuridica e renderla funzionale alle esigenze del sistema. Tale soluzione tecnologica predisposta dal governo estone porta la denominazione di "X-Road" e si sostanzia in un sofisticato sistema decentrato di connessione dati messo a punto nel 2000 dal Governo in collaborazione con l'Università di Tallin, con l'idea di standardizzare l'uso dei vari *database* le cui informazioni provenivano da fonti diverse[14]. Esso funziona come un sistema integrato che raccorda la maggior parte dei servizi pubblici e privati del Paese, consentendo ai rispettivi *databases* di dialogare tra essi e scambiare i relativi dati. Il suo particolare grado di flessibilità e di comparabilità dei dati informativi ne ha consentito negli anni un utilizzazione sempre più estesa, con un progressivo e costante aumento di "*e-services*" che sono stati immessi nella Rete e interconnessi ai flussi già esistenti nel sistema. La piattaforma è congegnata in modo che ogni istituzione o ente che si aggrega ad essa deve condividere i propri dati. In tal modo, ogni istituto – attraverso una connessione protetta e crittografata tramite la tecnologia "*Blockchain*" – può utilizzare i dati memorizzati in altri *repository* ed evitare di richiedere più volte i dati allo stesso utente, consentendo un servizio più efficiente e più veloce.

Il sistema è corredato da rigide misure di sicurezza che prevede l'autenticazione, l'autorizzazione a più livelli dell'infrastruttura, il monitoraggio dei singoli *databases*, la cifratura dei dati[15]. Inoltre, i cittadini sono in grado di controllare l'utilizzo dei dati che li riguardano, con la possibilità di aprire un *enquiry* per richiedere informazioni in merito ad accessi non autorizzati da parte di terzi[16].

Attualmente, l'infrastruttura sorregge oltre un migliaio di *database* che offrono *online* il 99% dei servizi pubblici e consentono circa 600 milioni di transazioni annue, con il coinvolgimento di 900 tra enti pubblici e privati e 200 registri pubblici[17].

Alla luce di tali dati, emerge in modo chiaro la portata rivoluzionaria del sistema di "X-Road", ad oggi ulteriormente accentuata dalla prevista possibilità di operare lo scambio automatico dei dati a livello transfrontaliero. Alla messa a punto di tale importante innovazione lavora il *Nordic Institute for Interoperability Solutions*, con sede a Tallin, un ente governativo con il compito di sviluppare tale tecnologia per renderla poten-

[13] Essa viene garantita attraverso l'*Estonian Catalogue of Public Sector Information System* (RIHA), ossia un catalogo dei *database* che fornisce informazioni sui dati in possesso dello Stato e sui soggetti autorizzati a trattarli, nonché dal *Database Act* che, tra l'altro, prevede il diritto del cittadino di conoscere i dati che lo riguardano in possesso della Pubblica Amministrazione.

[14] Dal punto di vista giuridico, il funzionamento del sistema è disciplinato da un regolamento del 2003 che è stato, da ultimo, modificato nel 2016 per armonizzarlo con il regolamento europeo "eIDAS".

[15] A seguito dell'attacco informatico subito nel 2007, l'Estonia ha predisposto un esteso programma di *cybersecutrity* mediante la implementazione di una *Keyless Signature Infrastructure* (KSI) con tecnologia *blockchain*, progettata da una società estone e utilizzata a livello globale come sistema per garantire che le reti e i dati siano sicuri e tutelati. Per questa ragione, il sistema garantisce un sicuro scambio di dati con la crittografia che utilizza codici che variano ogni secondo.

[16] Nel 2009 è stato creato l'*Estonian Informatics Centre* il cui obiettivo principale è quello di rafforzare la *Cybersecurity*.

[17] I dati sono reperibili all'indirizzo, https://e-estonia.com/solutions/interoperability-services/x-road.

zialmente adattabile agli sviluppi delle ICT e dell'intelligenza artificiale. Attualmente, la piattaforma di "X-Road" è stata implementata in Finlandia, Azerbaijan, Namibia e Isole Faroe e il primo scambio transfrontaliero di dati è stato avviato a giugno 2017 tra Estonia e Finlandia. In prospettiva, la positiva esperienza di tale piattaforma renderebbe possibile un suo utilizzo anche nell'ambito del mercato digitale unico europeo.
Allo sviluppo di un vero e proprio «*common service space*» ha poi contribuito la creazione di un unico punto di accesso al sistema di *e-government*, che è costituito dal portale dell'"*e-Citizen*"[18].
A partire dal 2005, il Governo estone ha messo a punto la *Estonian Broadband Strategy*, individuando nello sviluppo dell'infrastruttura della banda larga su tutto il territorio nazionale la priorità strategica diretta a delineare un avanzato modello di "*e-State*", che ha consentito non solo l'implementazione del già collaudato sistema di "X-Road", ma anche l'utilizzo della Rete per eleggere i propri rappresentanti in Parlamento e al Parlamento europeo, grazie a un sofisticato sistema di "*e-Voting*"[19].
L'elevato livello di fiducia raggiunto dal complessivo sistema di *e-government* ha rafforzato l'uso diffuso della carta di identità digitale nelle transazioni e dato così forte impulso all'*e-commerce*, facendo dell'Estonia il primo Paese al mondo per numero di *sturt-up* presenti nel territorio nazionale.
La strategia del Governo di impiantare il processo di costruzione del sistema di *e-government* lungo queste coordinate – unitamente all'avvio di un ampio processo di acculturazione digitale che ha coinvolto l'intera popolazione – ha consentito l'instaurarsi di un rapporto di fiducia reciproca tra istituzioni e tra queste ultime, i cittadini e il settore privato, basato sulla trasparenza, sulla circolazione di informazioni e *best practices*.

3. Il programma di *e-Residency*: origini e modalità di attuazione.

L'*e-Residency* rappresenta, dunque, solo l'ultimo tassello di un pervasivo e articolato sviluppo digitale intrapreso dallo Stato estone.
L'istituto nasce da un'idea lanciata nel 2007 dall'allora viceministro delle Comunicazioni, Taavi Kotka, riproposto nel 2012 dall'esperto in *Cybersecurity*, Anto Veldre, ma concretamente avviato da Taavi Kotka, Ruth Annus e Siim Sikkut nel 2014, a seguito del contributo ottenuto dall'*Estonian Development Foundation* – un'istituzione pubblica controllata dal Parlamento il cui compito è quello di investire in idee innovative – alla realizzazione del relativo progetto.
Fatto proprio dal Governo, il programma di *e-Residency* è stato poi inserito tra le priorità dell'"Agenda Digitale estone 2020", con l'obiettivo di incrementare gli investimenti nel

[18] Il portale unico è accessibile all'indirizzo www.eesti.ee.

[19] Cfr. L.G. Sciannella, *La Digital Nation e il futuro dello Stato-Nazione: il caso di "e-Estonia"*, in *DPCE online*, 1, 2015.

campo dell'economia digitale[20].

Il 1° dicembre 2014, il Parlamento estone ha approvato gli emendamenti all'*Identity Documents Act* e allo *State Fees Act*, per il riconoscimento della piena legalità delle carte di identità digitali transnazionali. Secondo la nuova normativa, «*e-resident is a foreigner, to whom Estonia has created a digital identity based on identity of the country of citizenship and issued a digital identity card*»[21].

La prima carta digitale è stata rilasciata il 4 dicembre 2014 al giornalista britannico Edward Lucas e dopo soli tre mesi dall'approvazione parlamentare, l'Estonia aveva oltre 1500 e-residenti provenienti da 73 Paesi. Ad oggi, il numero di residenti digitali ha raggiunto le 27.000 unità provenienti da 143 diversi Paesi, con 4272 imprese nate su iniziativa di residenti digitali. Secondo le stime ufficiali, la popolazione digitale estone sta crescendo più rapidamente dalla popolazione reale. Difatti, le statistiche confermano che il numero di carte di identità transnazionali rilasciate settimanalmente è superiore al numero di nascite registrate ogni settimana nel Paese[22].

L'*Identity Documents Act* elenca in maniera ampia i presupposti giustificativi per l'ottenimento dell'*e-Residency*, precisando che il richiedente deve dimostrare di avere «*a relationship with the Estonian State*» o «*legitimate interest in the use of e-services of the Estonian State*»[23]. La legge dettaglia poi i casi che possono comportare il rigetto della richiesta, con la precisazione che lo stesso non può essere oggetto di riesame dinanzi agli organi giurisdizionali estoni[24].

L'*iter* procedurale prevede che il richiedente invii un messaggio di posta elettronica all'*Estonian Police and Border Guard Board* contenente i dati personali (inclusi quelli bio-

[20] Come può leggersi nel testo, «*Estonia will start offering its secure and convenient services to the citizens of other countries. Virtual residence or e-residence will be launched, meaning that Estonia will issue non-residents with electronic identity in the form of digital ID cards. The aspiration for Estonia is to become as re-known for its e-services as Switzerland is in the field of banking*» (http://www.itl.ee/public/files/DigitalAgenda2020_Estonia_ENG.pdf).

[21] *Appendix to explanatory memorandum to draft legislation of Estonian Identity Documents Act and State Fees Act. Appendix 1* [*Mitteresidentidele digitaalse isikutunnistuse väljaandmine: e-residentsuse loomine. Kontseptsioon. Isikut tõendavate dokumentide seaduse ja riigilõivuseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskirja juurde. Lisa 1.*], 2014.

[22] I dati sono disponibili su https://e-resident.gov.ee.

[23] *Identity Document Act*, cit., § 206 (1).

[24] Più in particolare, la legge prevede il rigetto della domanda se: 1) il richiedente costituisce una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale; 2) la residenza digitale viene richiesta per l'esercizio di un'attività commerciale vietata dalla legge estone; 3) il richiedente presenta dati identificativi falsi; 4) sussistono "circostanze" che possono giustificare l'eventuale rifiuto; 5) il rilascio del documento non è conforme al raggiungimento degli obiettivi previsti dalla legge.

metrici[25]) e la motivazione[26]. La richiesta viene poi elaborata dagli organi competenti, cui spetta il compito di accertare l'identità del richiedente – anche mediante la raccolta di elementi ulteriori richiesti direttamente allo Stato di provenienza del richiedente – e la fondatezza della motivazione. A norma dell'*Identity Documents Act*, l'eventuale rigetto della richiesta – così come la sospensione *ex-post* della validità della carta di identità dell'*e-Resident* – non richiede l'obbligo di motivazione da parte delle autorità estoni, atteso che la condizione giuridica del residente digitale non comporta l'acquisizione di alcun diritto.

Conformemente a quanto previsto dalla legge, i dati identificativi del richiedente vengono archiviati in un apposito *database*, il cui scopo è quello di «*ensure the interior security of the state by keeping record of the identification of persons and the issue and revocation of identity documents*»[27]. La legge precisa che i dati del richiedente trattati ai fini del rilascio della "ID-Card" sono garantiti da un sistema di sicurezza a tre livelli (ISKE), già da tempo utilizzato dal Governo estone per la gestione dei dati.

La *Digital Citizenship* garantisce, attraverso il rilascio della "e-ID", i servizi di identificazione e di autenticazione digitali e l'accesso alla piattaforma "X-Road"[28]. In pratica, ciò consente al residente digitale di autenticare con la firma digitale tutti i documenti pubblici o privati, da qualsiasi parte del globo e in qualunque momento. I documenti in tal modo sottoscritti possono essere marcati temporalmente, crittografati in modo sicuro e archiviati. Le possibilità di frode sono significativamente ridotte dall'utilizzo della tecnologia "*Blockchain*", attualmente considerato lo strumento tecnologicamente più sicuro per l'autenticazione dei documenti, visto che i dati creati tramite tale tecnologia non possono essere modificati o contraffatti senza lasciarne traccia nel sistema,

[25] L'inserimento dei dati biometrici nel documento avviene in conformità al regolamento (CE) 2252/2004. Ma tale previsione è del tutto irrilevante per i residenti digitali, in quanto l'"ID-Card" che viene loro rilasciata non costituisce un documento di viaggio o di ingresso in Estonia. Per questa ragione, secondo alcuni tale raccolta di dati biometrici costituirebbe una misura eccessiva che contrasterebbe con il principio di proporzionalità di cui all'art. 6 della direttiva sulla protezione dei dati. L'utilizzo dei dati biometrici non dovrebbe essere estesa anche all'identificazione digitale. Come noto, il problema che si pone in questo caso attiene alla successiva fase di memorizzazione e conservazione di tali dati sensibili e alla tutela che deve essere accordata alla *privacy* del titolare. Il Governo estone ha confutato tale critica, sostenendo che la procedura si rende necessaria per scongiurare il pericolo di una eventuale duplicazione di identità. Ma, forse, tale tutela può essere garantita mediante strumenti meno direttamente intrusivi della *privacy* e della riservatezza del richiedente. Cfr., in tal senso, S. Särav - T. Kerikmäe, *e-Residency. A Cyberdream Embodied in a Digital Identity Card?*, in *The Future of Law and Technologies*, London, 2016, 62.

[26] Cfr. § 102 (1) del regolamento attuativo emanato dal Governo in cui sono elencati i documenti da allegare alla richiesta e le condizioni da rispettare per il rilascio della "ID-Card".

[27] *Ibidem*, §152.

[28] Su questo punto, la legge prevede che il Governo possa limitare l'accesso del residente digitale alla piattaforma di "X-Road" al fine di contenere «eventuali rischi».

con un notevole rafforzamento del livello di fiducia nel servizio[29].
Inoltre, il residente digitale può utilizzare la "e-ID" estone per stabilire un'azienda in territorio estone e gestirla da qualsiasi parte del globo[30]. A tal riguardo, l'Estonia offre una *Flat Tax* al 20%, con il totale abbattimento dell'aliquota per le imprese che reinvestono i profitti nel Paese, una contabilità semplificata ed interamente digitalizzata, un

[29] Sono molti a considerare la tecnologia "*blockchain*" l'Internet del futuro che garantirà a tutti la possibilità di concludere, senza più intermediari, transazioni inalterabili, immodificabili e, dunque, affidabili in quanto sottratti da azioni di contraffazione. Secondo le previsioni del *World Economic Forum* entro il 2025 la gran parte delle attività commerciali saranno registrate su tecnologie *Blockchain*, con un'incidenza positiva di oltre il 10% sul PIL mondiale. Tecnicamente, si tratta di un *database* strutturato in blocchi tra essi collegati e sincronizzati tramite la Rete che sfrutta la tecnologia *peer-to-peer*, consentendo a chiunque di diventarne un "nodo". I "blocchi" memorizzano le transazioni correlati da un marcatore temporale (*timestamp*). Le informazioni vengono scambiati in forma sicura, accessibile e senza alcuna preventiva autorizzazione da parte di soggetti terzi che garantiscano le transazioni. Dal punto di vista giuridico, la *Blockchain* funge da registro pubblico e condiviso da tutti i partecipanti e consultabile in tempo reale. Ogni transazione viene registrata in un *network* aperto a tutti i suoi partecipanti e può essere verificata e registrata automaticamente dai vari nodi del sistema, mediante un processo di disintermediazione su ampia scala potenzialmente senza precedenti, basate su transazioni automatizzate ritenute certe e incontrovertibili dall'intera comunità virtuale in quanto chiunque può accedere al database e ogni partecipante possiede una copia dei dati in virtù della decentralizzazione. Il protocollo riesce a garantire affidabilità anche in presenza di errori su alcuni nodi, in quanto esso è in grado di verificare la correttezza delle singole transazioni e proteggere il registro da possibili alterazioni attraverso un meccanismo matematico denominato *proof-of-work*. Come messo da più parti in evidenza, la tecnologia *Blockchain* segna il passaggio «dalla fiducia verso le persone alla fiducia verso la matematica», con impieghi che potrebbero rivelarsi di natura rivoluzionaria per molte tipologie contrattuali e innumerevoli attività di *business*. Essa è, difatti, suscettibile di dare una risposta positiva alle molte questioni che ancora restano insolute nel *Web*, quali la tutela della *privacy* e la sicurezza dei dati, in quanto ha il potenziale di rivoluzionare il mondo digitale consentendo un consenso distribuito in cui ogni transazione *online* può essere verificata. E questa operazione viene compiuta senza alcuna compromissione della *privacy* delle parti coinvolte, in quanto il consenso distribuito e l'anonimato sono due caratteristiche importanti della tecnologia *Blockchain*. In tempi remoti lo scambio avveniva fisicamente, poi si è passati alla necessità di introdurre terze parti che fungessero da garanti dello scambio, con la tecnologia *blockchain* lo scambio può avvenire con un elevato livello di sicurezza, certificato dalla Rete, senza la necessità di un mediatore. Essa porta enormi benefici in termini di semplificazione, contenimento dei costi, eliminazioni degli intermediari, offrendo un grado elevato di sicurezza e, al contempo, di semplificazione. Nel 2016, Marc Andreessen – cofondatore della *Netscape Communications Corporation* – ha evidenziato il largo consenso che la tecnologia *Blockchain* sta conoscendo, parlando della stessa come della più importante scoperta tecnologica compiuta dall'uomo, superiore allo stesso Internet (https://www.coindesk.com/marc-andreessen-balaji-srinivasan-discuss-bitcoin).

[30] Il programma non consente di acquisire la residenza fiscale in Estonia, a meno che l'impresa non decida di aprire una sede nel Paese. In tal caso, nell'ipotesi di pagamento delle imposte in Estonia, secondo la Convezione contro le doppie imposizioni, queste possono essere poi recuperate come crediti di imposta nel Paese d'origine. Questo aspetto si lega anche ad una delle critiche più immediate e dirette che è stata formulata e che attiene al sotteso obiettivo del Governo di utilizzare l'*e-Residency* per trasformare il Paese in una sorta di paradiso fiscale. Ma, ad una lettura complessiva del programma, tale critica sembra possa dirsi infondata. E ciò per la stessa infrastruttura del programma, che consente un livello alto di trasparenza e di cooperazione tra Stati, soprattutto per quanto concerne la politica fiscale e il controllo che può essere operato sulle attività delle imprese che ottengono la residenza digitale in Estonia. I dati e i documenti relativi alla fiscalità di un'impresa sono disponibili in Rete ed è estremamente difficile, se non impossibile, contraffarli atteso l'utilizzo della tecnologia *blockchain*. Anzi, la circolazione di tale istituto a livello interstatale e sovranazionale potrebbe consentire una ridistribuzione più equa delle imposte tra Stati. Più Stati usano sistemi simili o più entità iniziano ad utilizzare l'*e-Residency* e più facile sarà la cooperazione tra i paesi nell'ambito della cooperazione fiscale. Infine, l'obiettivo di offrire agevolazioni fiscali sembra non essere al centro degli interessi del Governo estone, il quale appare molto più propenso a ottimizzare le risorse economiche che possono essere generate dal programma mediante la vendita dei servizi digitali di cui il Paese detiene un primato mondiale.

servizio di gestione aziendale interamente *online*, nonché un servizio di *home banking* in multi-valuta[31].

Nel dicembre 2015, è stato sottoscritto un partenariato con "*Bitnation*"[32], al fine di consentire ai residenti digitali estoni di utilizzare il servizio di "*Public Notary*" per autenticare contratti e accordi commerciali[33]. A parte il non trascurabile dato relativo al fatto che uno Stato dell'Unione europea abbia – attraverso questo accordo – riconosciuto formalmente una nazione virtuale come *partner* per lo sviluppo di servizi di *e-governance*, l'elemento più interessante ai fini della nostra analisi risiede nella possibilità offerta ai residenti digitali di notarizzare una serie di documenti affidandoli alla *Bloackchain* di *Bitnation*, il che equivale a legittimare l'esistenza di una "*blockchain jurisdiction*"[34]. Più recentemente, la collaborazione con la piattaforma "*Bitnation*" e con il protocollo che a quest'ultima è più legato, ossia quella della moneta virtuale "*Bitcoin*", ha portato i responsabili del progetto di "*e-Residency*" a richiedere al Governo estone di battere la prima criptomoneta di Stato, denominata "*Estcoin*", allo scopo di agevolare gli scambi commerciali dei residenti digitali[35]. Secondo il responsabile del programma di *e-Residency*, Kaspar Korjus, le *Estcoin* – grazie alle identità digitali sicure usate dai residenti

[31] I residenti virtuali possono effettuare *online* ogni tipologia di operazione bancaria: apertura conto, trasferimento fondi, pagamenti. Tale modalità procedurale ha tuttavia presentato, sin dall'inizio, questioni di compatibilità con gli obblighi previsti dalla normativa europea sulla trasparenza bancaria, con l'*Estonian Banking Code of Practice* e con l'*Anti-Money Laudering/Counter Terrorism Financing Legislation* (AML/CTF), diffusa a livello internazionale a seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001. Tale legislazione prevede che le banche accertino in presenza l'identità di ogni cliente. Allo scopo di adeguarsi a tali obblighi, il *team* del programma di *e-Residency*, in collaborazione con una locale *sturt-up* (Leapln) e con la LHV Bank, ha messo a punto un *software* in grado di ovviare alla necessità dell'interazione in presenza per l'apertura di un conto bancario, prevedendo una procedura che comporta un collegamento video. Tale innovazione ha poi richiesto una modifica della legislazione interna. Per questo, il 15 giugno 2016, il Parlamento estone ha approvato la legge di modifica del sistema bancario, che consente l'apertura di un conto corrente senza prevedere la presenza fisica del richiedente presso la sede nazionale dell'istituto bancario. La legge ha stabilito che l'importo totale dei pagamenti mensili che possono essere compiuti tramite questi conti non possono superare i 10.000 Euro per le persone fisiche e i 25.000 Euro per le società. Gli istituti bancari hanno l'obbligo di annullare il contratto senza preavviso se il soggetto non compare presso la sede della banca nonostante ripetute richieste in tal senso o se l'*e-Residency* dovesse essere revocata dal Governo estone. Il 25 ottobre 2016, il Ministro delle Finanze ha poi emanato il regolamento che disciplina la procedura per l'apertura del conto *online* presso una banca estone. Viene espressamente previsto l'obbligo, per la banca, di avere un contatto visivo mediante videochiamata con il cliente anteriormente all'apertura del conto. Tale procedura è soggetta a registrazione e ad archiviazione nel *Cloud* dell'istituto bancario e del Ministero.

[32] Si tratta di una piattaforma collaborativa lanciata nel 2014 sotto l'impulso di Susanne Tarkowski Tempelhof, che offre in Rete i servizi propri degli apparati statali, in maniera decentrata e al di fuori di un qualsiasi dimensione spaziale o territoriale. Insomma, il primo autentico prototipo di Nazione virtuale. Mediante una serie di algoritmi vengono proposti servizi multipli che vanno dalla firma digitale, al *time-stamping* e archiviazione di documenti, alla stipula di contratti assicurativi, servizi notarili, servizi bancari basati su *Bitcoin*, un cripto-valuta diffusa in tutto il mondo (https://bitnation.co).

[33] La tecnologia *Blockchain* rappresenta, in questo ambito, una straordinaria opportunità di sicurezza e semplificazione, anche se lascia aperti interrogativi sulle ricadute che possono prodursi sulla tutela dei pubblici registri, finora garantita dallo Stato. Il rischio potrebbe essere quello dell'affievolirsi della tutela del soggetto statale, con un indebolimento dei profili di responsabilità.

[34] In tal senso, si vedano le affermazioni di T. Tempelhof su https://bitnation.co/blog/pressrelease-estonia-bitnation-public-notary-partnership.

[35] La dichiarazione è stata presentata *online* da Kaspar Korjus, direttore del programma di *e-Residency* (https://medium.com/*e-Residency*-blog/estonia-could-offer-estcoins-to-e-residents-a3a5a5d3c894)

digitali – potrebbero rappresentare un innovativo strumento per commerciare in modo sicuro in un ambiente digitalmente affidabile e trasparente. In prospettiva, se il governo farà proprio tale progetto, la cripto-moneta potrebbe essere utilizzata per le transazioni sia in ambito pubblico che privato, con ricadute significative anche all'interno della "zona euro".
Tale ultima iniziativa segna dunque un passaggio ulteriore nell'ambizioso programma estone di digitalizzazione, aprendo scenari ancora non del tutto predicibili ma sicuramente in grado di innescare trasformazioni profonde negli ordinamenti statali e in quello europeo.

4. Gli effetti dell'istituto dell'*e-Residency*

Al di là della denominazione, l'istituto dell'*e-Residency* non è, come già accennato, un visto di ingresso o un passaporto, ma si sostanzia in un innovativo e sicuro sistema di identificazione digitale transnazionale rilasciato da uno Stato membro dell'Unione europea che accorda a chiunque la possibilità di svolgere numerose attività nello spazio deterritorializzato della Rete. Esso tocca una molteplicità di profili e restituisce uno scenario giuridico complesso di difficile lettura, in cui coesistono categorie tradizionali e nuove prospettazioni. Di seguito si tenterà di indagare sulle sue ricadute sia sull'assetto statuale, sia sull'ordinamento comunitario.

4.1. L'*e-Residency* e i mutamenti della forma-Stato

Quanto alle ricadute sul piano interno, l'*e-Residency* è stato introdotto nell'ordinamento estone per incentivare gli investimenti economici dall'estero e, dunque, rafforzare il tessuto imprenditoriale nazionale. Ma esso ha conosciuto, nell'arco di un brevissimo tempo, un'evoluzione significativa, emancipandosi da tale iniziale configurazione economica per abbracciare traguardi più ambiziosi che riverberano effetti sul piano giuridico e istituzionale, ove «*is now creating a new bordeless digital nation where many opportunities provided by traditional nations can be offered entirely online to anyone, anywhere*»[36]. Secondo le parole del Presidente estone, tale metamorfosi si rende necessaria per assicurare che «*governments remain relevant in the digital era*»[37]. E per perseguire tale obiettivo, l'idea sembra essere quella di trasformare il Paese in un importante *hub* di servizi incentrati sulle tecnologie *web-based* e le ICTs. Se, storicamente, gli Stati hanno rafforzato il proprio potere agendo sulla crescita della popolazione, sul sostegno all'imprenditoria e sui tassi di immigrazione, nell'attuale fase storica, essi, secondo quanto sostenuto dal responsabile del programma di *e-Residency*, Taavi Kotka, «*one of the key factors influencing a state's ability*

[36] Secondo le affermazioni del Direttore del programma di *e-Residency* Kaspar Korjus, consultabile all'indirizzo https://medium.com/*e-Residency*-blog/estonia-could-offer-estcoins-to-e-residents-a3a5a5d3c894.

[37] Così nelle parole del Presidente estone Kaljulaid (https://medium.com/*e-Residency*-blog/estonia-could-offer-estcoins-to-e-residents-a3a5a5d3c894).

[…] is the number of customers (people and businesses) that it can generate or attract»[38].
L'affermazione – ripresa da molti commentatori[39] – indica il nuovo percorso intrapreso dall'Estonia, spinta sempre più a sfruttare la tecnologia per offrire servizi personalizzati da "collocare" sul mercato globale[40], utilizzando a tal fine anche una collaudata ed efficace strategia di "*Nation Branding*"[41], incentrata sulle ICTs[42].
Tale tendenza non rappresenta una novità in termini assoluti, in quanto gli Stati già da tempo hanno adottato – sulla spinta del *New Public Management* – schemi di funzionamento che richiamano tecniche manageriali e sistemi gestionali privatistici. Ciò che invece appare assumere una funzione del tutto nuova e originale nel contesto estone attiene alla possibilità che lo Stato – attraverso avanzati sistemi di identificazione elettronici – eroghi i servizi non più solo a favore dei propri cittadini, ma anche di tutti coloro i quali, operando scelte in base al rapporto "costi/benefici" e alla qualità del servizio offerto, richiedono e ottengono la residenza digitale nel Paese. Sicché, il Governo sarà spinto a migliorare l'offerta di nuovi servizi che consentirà di mantenere e consolidare il proprio "portafoglio di utenti", fidelizzando quella quota di mercato già acquisita e, al contempo, ricercare – sul piano globale – nuovi potenziali "clienti" per aumentare le "vendite" e, quindi, incrementare la propria presenza sul mercato dei servizi digitali.
Tale tendenza è suscettibile di favorire una nuova ed originale forma di "concorrenza" tra gli ordinamenti nazionali, che viene a determinarsi sulla base della quantità e della qualità dei servizi digitali erogati, nei confronti dei quali il *digital citizen* tende ad approcciarsi sulla base di una logica di opportunità e di convenienza, con implicazioni che finiranno con il ricadere anche sulla stabilità dei rapporti politici interstatali.

---

[38] T. Kokta, *Country as a Service: Estonia's New Model*, marzo 2016.

[39] O. Williams-Grut, *Estonia wants to become a 'country as a service' and already has 10,000 virtual residents*, in *Business Insider Australia*, 2 maggio 2016.

[40] Secondo alcuni tale tendenza qualifica la contemporaneità come l'era in cui «*Everything as a Service*» (F. Paul, *Are you ready for Country as a Service? Estonia offers "e-residence"*).

[41] Come noto, il concetto di "*Nation Branding*" viene ritenuto essere una delle più genuine espressioni del c.d. "*soft power*". Esso ha attirato sempre più l'attenzione dei Governi nazionali, soprattutto nei contesti emergenti, in cui le tecniche del *marketing* aziendale sono state utilizzate per creare e comunicare un'originale e innovativa visione dell'identità nazionale, scaturente dall'esigenza di intercettare i grandi mutamenti nel tessuto politico, sociale e culturale legati ai processi di globalizzazione. In questi contesti, all'esercizio del potere coercitivo si sostituisce una concezione di potere che si esercita attraverso la capacità di persuadere e di attrarre, facendo uso di risorse non tangibili come "cultura, valori, istituzioni della politica". J.S. Nye, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, New York, Public Affairs, 2004, 9. Joseph Nye, *Soft Power, The Means to Success in World Politics*, New York, 2004 (trad. it., J.S. Nye, *Soft Power. Un nuovo futuro per l'America*, Torino, 2005).

[42] Esemplificativo di tale approccio è senz'altro il portale dell'*e-Residency*, che ricalca l'idea del "*Brand*" ed è diretto ad esaltare la gamma di servizi digitali che il Paese offre al *digital citizen*. Costruito attorno a tre temi chiave in grado di attirare l'attenzione e instillare fiducia nell'utente – *Digital Society*, natura incontaminata, *smart people* – il *gateway* digitale si presenta con un *design* minimalista immerso in una tonalità blu intenso che si apre con la frase «*Join the new digital nation*», evidenziando che «*The Republic of Estonia is the first country to offer e-Residency a government issued digital identity that empowers entrepreneurs around the world to set up and run a location-indipendent*». La particolare idea di indipendenza e di intraprendenza che si vuole trasmettere è altresì accentuato dallo *slogan* «*we always find a way*», che evidenzia l'unicità di un Paese presentato come «*a Startup State*», che ha costruito il proprio *reputation capital* sull'implementazione di servizi tecnologicamente innovativi (K. Korjus, *E-Residency: Experimenting Worldwide Digital Inclusion*, 19 maggio 2016).

Ora, l'evoluzione appena descritta presenta implicazioni sia positive che negative. Quanto agli aspetti negativi, i Governi nazionali che hanno uno scarso sviluppo digitale potrebbero subire uno svantaggio notevole da questa logica, non solo in termini di competitività sul mercato globale, ma anche in considerazione del rischio di subire fenomeni di "spopolamento digitale", con quote significative di propri cittadini che ricercano altrove beni e servizi e con conseguenti perdite di introiti fiscali ed economici. In un'ottica invece positiva, le stesse tendenze in atto potrebbero invero stimolare nuove forme di cooperazione interstatale favorite da sistemi sicuri e affidabili di identificazione digitale transnazionale che riducono costi e rischi di frodi e garantiscono all'utente la possibilità di interagire al di là dei confini nazionali, contribuendo in tal modo allo sviluppo di un modello economico incentrato sui reali bisogni degli utenti[43].
Sul piano più squisitamente giuridico, tali inediti profili evolutivi della forma-Stato nella *Digital Era* pongono implicazioni anche su altri versanti, attinenti al riconoscimento dei diritti di cittadinanza e alla salvaguardia dei circuiti democratici imperniati sull'appartenenza e sulla partecipazione. È indubbio che il programma di *e-Residency* abbia innescato un fenomeno di disallineamento della cittadinanza dalla territorialità, ponendo una sfida aperta al tradizionale concetto di appartenenza a un luogo fisicamente determinato e geograficamente delimitato e in cui i diritti concessi dal singolo Stato sono strettamente legati ai confini territoriali. Anche se storicamente la cittadinanza non è quasi mai stata inscindibilmente legata al territorio – nel senso di una costante presenza di gruppi di residenti in un dato territorio esclusi dalla cittadinanza – la presenza fisica su un territorio è stata da sempre ritenuta invece requisito fondamentale per formalizzare l'appartenenza ad esso, in quanto la concessione della cittadinanza si è sempre legata indissolubilmente all'idea della sussistenza di "un vincolo di appartenenza" a un determinato Paese[44].
L'avvento dell'era digitale e, con essa, di istituti della portata dell'*e-Residency*, sembra rimettere in discussioni il vincolo tradizionalmente esistente tra residenza, cittadinanza e territorio. Se, per un verso, è pur vero che l'istituto estone non interferisce con i diritti di cittadinanza, per altro verso, l'articolata cornice giuridica e tecnologica che lo contraddistingue sembra porre elementi che potrebbero in futuro avere ricadute sullo *status* del cittadino. A tal proposito, la legge istitutiva dell'*e-Residency* offre importanti elementi di riflessione. In essa, il legislatore ha affermato che lo *status* del residente digitale consente «*to participate in public and private administration of Estonia*». Ora, come noto, la partecipazione costituisce una dimensione centrale della cittadinanza, che può indurre ad avanzare richieste di inclusione. Inoltre, una delle condizioni per ottenere lo *status* di *e-resident* è che il richiedente abbia "legami" con l'Estonia o un "ragionevole interesse" a utilizzare i suoi *e-service*. Infine, insistendo sulla necessità di attrarre investimenti per favorire lo sviluppo economico del Paese, la legge pone in evidenza la necessità che il residente digitale sia motivato ad offrire un contributo al benessere del Paese.

[43] T. Kokta - C. Alvarez del Castillo - K. Korjus, *Estonian e-Residency: Redefining the Nation-State in the Digital Era*, in *Cyber Studies Programme*, Working Paper Series, no. 3, September 2015, 13.

[44] Si pensi, in proposito, alla Convenzione europea sulla nazionalità che fa più volte riferimento alla sussistenza di «*a lack a genuine link*» come condizione per la salvaguardia della cittadinanza.

Pur restando al momento ferma la constatazione per cui l'*e-Residency* non produce effetti sul piano dell'acquisizione dei diritti di cittadinanza, è pur vero che la situazione potrebbe conoscere importanti evoluzioni nel momento in cui il residente virtuale fosse chiamato a consolidare i propri vincoli con l'Estonia e, in forza di ciò, rivendicare una qualche forma di appartenenza ad essa.
Negli sviluppi più recenti, un'apertura in tal senso sembrerebbe provenire da un'interessante iniziativa intrapresa da una fondazione estone che collabora con gli sviluppatori del programma di *e-Residency* e diretta a mettere a punto un innovativo progetto denominato "*Consensus AI*" [45].
Si tratta di una piattaforma *open source* decentralizzata che utilizza la tecnologia *Blockchain* e l'intelligenza artificiale per condurre sperimentazioni di *governance* collettiva. Partendo dalla constatazione della sostanziale inadeguatezza degli attuali sistemi di *governance* nel tenere il passo con i cambiamenti globali indotti dalla tecnologia digitale, la piattaforma "*Consensus*" mira – mediante strategie di *Crowdsourcing* – a coinvolgere i cittadini nell'elaborazione delle singole *policies* sulla base dei principi di interdipendenza e di interconnessione. La parte più interessante del progetto attiene alla scelta degli sviluppatori di sperimentare la piattaforma all'interno della comunità dei residenti digitali[46]. Tale scelta apre nuovi e inediti scenari nel programma di *e-Residency*, che sembrano andare nella direzione di coinvolgere i residenti digitali nei processi decisionali, rafforzando i legami tra lo Stato estone e i *digital citizens*. Se tale possibilità troverà concretizzazione, allora l'*e-Residency* cesserà di essere uno strumento che reca un mero vantaggio economico per assumere le sembianze di una nuova forma di cittadinanza disancorata dalla fisicità dei luoghi.

4.2. L'*e-Residency* e il suo influsso sulla costruzione del mercato digitale unico europeo

Quanto alle ricadute sul piano comunitario, il rapido e significativo sviluppo digitale dell'Estonia è stato sorretto da un impianto normativo essenziale ma efficace e, soprattutto, dalla messa a punto di uno dei più sofisticati e sicuri sistemi di identità digitale transnazionale, con una grande potenzialità di apertura sull'istituendo "*Single Digital Market*" europeo. E sono, appunto, le ricadute che possono prodursi a livello comunitario a rappresentare uno dei profili più interessanti dell'istituto estone dell'*e-Residency*. Ma per offrirne un'attenta lettura è necessario accennare – in via preliminare - alla strategia europea per il mercato digitale unico.
Come noto, a distanza di un decennio dallo scoppio della crisi economica e dall'avvio della globalizzazione digitale, l'UE non è stata ancora in grado di beneficiare – almeno

[45] Gli obiettivi e le varie fasi di sviluppo del progetto sono consultabili all'indirizzo https://consensus.ai.

[46] Così come confermato nel messaggio di lancio del programma dal suo responsabile, Oleg Gustol. Tale scelta è stata così commentata dal responsabile del programma di *e-Residency*, Kaspar Korjus: «*We are very proud that Consensus AI has decided to launch its project by offering a chance for e-residents to be the first adopters. The e-Residency program is always keen on supporting new services and opportunities for our community of forward thinkers and passionate advocates for innovative and disruptive ideas*».

quanto gli USA e la Cina – del plusvalore dovuto alla circolazione di flussi, dati, idee e informazioni. Non vi sono "giganti" tecnologici europei alla stregua di Amazon o Facebook e l'economia digitale europea appara ancora divisa e frammentata lungo i confini nazionali. Sebbene l'Europa continui a rappresentare il più grande «*consumer market*» mondiale, le sue aziende hanno difficoltà a raggiungere gli stessi tassi di crescita delle imprese digitali americane o cinesi. Il continente europeo è dominato da società e piattaforme digitali statunitensi: nel 2015, il 54% di tutti i servizi *online* utilizzati nell'UE sono basati negli USA, mentre i servizi transfrontalieri dell'UE rappresentano solo il 4% di tutti i servizi *online* utilizzati nell'UE. Tale situazione di difficoltà è in parte dovuta alle dinamiche proprie dell'economia digitale. Sfruttando l'elasticità della struttura di Internet, le *start-up* digitali hanno potuto conseguire tassi di crescita esponenziali, con un impatto dirompente sugli assetti industriali tradizionali. I noti esempi di Facebook, Uber o Spotify mostrano come gli "*over the top*" possano attrarre milioni di nuovi clienti in pochissimo tempo, entrare in numerosi mercati e svolgere interi assetti industriali, con effetti che tendono a consolidare posizioni monopolistiche e a favorire mercati «*winner-take-all*».

Per assumere una posizione competitiva all'interno di un'economia mondiale basata sempre più sui flussi transfrontalieri e sulle interconnessioni, l'Unione europea necessita di sistemi efficaci di scambi dei dati, di identificazione e di autenticazione, senza i quali rischia di perdere la propria influenza nel dare forma e sostanza all'economia digitale del XXI secolo. È per questa ragione che la Commissione europea, già con la Comunicazione del 6 maggio 2015[47], ha posto l'obiettivo di rimuovere i vincoli giuridico-economici che oggi limitano il funzionamento del mercato digitale a livello statale e transfrontaliero e, al contempo, favorire l'implementazione di reti di comunicazione sovranazionali che facilitino l'interscambio attraverso funzionali e sicuri servizi fiduciari e di identificazione elettronica. Tale ultimo obiettivo è disciplinato dal regolamento 910/2014, del Parlamento e del Consiglio, del 23 luglio 2014, (c.d. "*eIDAS*" - *electronic IDentification Authentication and Signatur*) che ha, in particolare, dettato una base normativa per l'interoperabilità giuridica e tecnica fra i Paesi dell'UE degli strumenti di identificazioni, autenticazione e firma, in modo da favorire transazioni sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni. A tal fine, il regolamento in parola interviene lungo tre direttrici: (i) fissa le condizioni in base alle quali gli Stati membri devono riconoscere i mezzi di identificazione elettronica di persone fisiche e giuridiche mediante il principio del reciproco riconoscimento tra gli Stati stessi; (ii) stabilisce le norme relative ai servizi fiduciari, in particolare per le transazioni elettroniche; (iii) introduce una base normativa per le firme digitali, i sigilli elettronici, le validazioni temporali elettroniche, i documenti elettronici e i servizi relativi ai certificati di autenticazione dei siti *Web*. Tra i servizi fiduciari un ruolo importante ricopre la firma elettronica qualificata, che il regolamento "eIDAS" equipara alla firma autografa riconosciuta, come tale, in tutti gli Stati membri.

Sul piano attuativo, il regolamento in questione non detta un sistema di identifica-

[47] Commissione Europea, COM (2017), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Bruxelles, 10 maggio 2017.

zione transnazionale, ma parte dal presupposto che ogni Stato membro sia dotato di un proprio sistema di identità elettronica e che sia rispondente a una serie di requisiti minimi in base ai quali viene poi certificato dalla Commissione e, di conseguenza, riconosciuto come valido ed accettato anche dagli altri Stati membri[48]. Entro il 29 settembre 2018 sarà resa operativa la piattaforma di interoperabilità "*eIDAS-Network*", che dovrà garantire la circolarità delle identità digitali nell'ordinamento dell'UE, con la messa in condivisione dei sistemi implementati a livello nazionale e poi certificati dalla Commissione[49]. A partire da questa data, i cittadini europei che avranno accesso, attraverso il proprio sistema nazionale, alla piattaforma di "*eIDAS*" potranno utilizzare la carta elettronica per usufruire dei servizi digitali erogati dagli altri Stati che avranno notificato il proprio schema di identità digitale.

Tuttavia, il ricorso a tale articolato sistema per garantire la piena funzionalità di un mercato unico digitale incentrato su libera circolazione dei dati e sul commercio transfrontaliero *online*, sembra, ad oggi, rappresentare un passo verso un futuro purtroppo lontano, a causa dei molteplici ostacoli derivanti dal forte divario digitale che continua a connotare molti Paesi membri dell'UE. Difatti, accanto a Paesi che ancora permangono caratterizzati da un sistema di *e-government* scarsamente strutturato, vi sono Paesi che hanno già da tempo avviato *best practices* per collegare la loro infrastruttura di *e-government* ai temi dell'Agenda Digitale europea, ponendo solide basi per l'affermazione di un mercato autenticamente "*cross-border*" [50]. E, in questo contesto, il reciproco riconoscimento di 28 diversi sistemi nazionali di identificazione e di autenticazione personale rischia di favorire l'affermazione di un mercato digitale "a doppia velocità", con ricadute negative sul piano nazionale ed europeo[51].

Una diversa soluzione a tale persistente frammentarietà potrebbe invece derivare dalla promozione di un processo di integrazione, o meglio di armonizzazione circolare – in un'ottica di *cross-fertilization* – in cui il confronto tra istituti già collaudati in ambito statale contribuisce alla determinazione della regola comunitaria, che a sua volta condiziona i sistemi interni[52].

---

[48] Allo scopo di dare attuazione al quadro di interoperabilità, il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1501 tratteggia i requisiti tecnici, stabilendo che l'architettura informativa di identificazione degli Stati membri dovrà basarsi su "nodi", cioè su centri di interconnessione che devono consentire lo scambio di dati e informazioni tra cittadini. Inoltre, atteso che tali infrastrutture trasmettono e ricevono dati personali, sono applicabili le norme in materia di protezione dei dati personali di cui alla direttiva 95/46/CE.

[49] Il regolamento in questione stabilisce che ogni singolo Stato membro, all'atto della notifica, debba specificare altresì «i livelli di garanzia» (basso, significativo, elevato) per i sistemi di identificazione rilasciati. In proposito, il regolamento prevede che vi sia, da parte degli Stati membri, un'interpretazione uniforme dei livelli di garanzia.

[50] Come può evincersi dai dati dell'ultimo *Digital Economy and Society Index* (DESI), emerge uno scenario complessivo che evidenzia una forte sperequazione tra i 28 Stati membri dell'UE, con una particolare *performance* positiva degli Stati dell'area nordica, in particolare, Danimarca, Svezia, Olanda, Finlandia, Estonia e Irlanda e, invece, una situazione di criticità in Paesi – come l'Italia, Romania, Grecia e Bulgaria – in cui continua a registrarsi una crescita digitale frammentata, un basso tasso di connettività alla Rete, con un forte *digital divide* tra la popolazione (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi).

[51] In questo senso, cfr. T. Kerikmäe - S. Särav, *Legal Impediments in the EU New Technologies in the Example of e-Residency*, in 8(2) *Baltic Journal of Law & Politics*, 2015, 85.

[52] Come già evidenziato, tra l'altro, da T. Kerikmäe - S. Särav, *op. cit.*, 85 ss.

Nel caso di specie, il solido quadro giuridico e tecnico che supporta, in Estonia, l'istituto dell'*e-Residency* potrebbe offrire un modello di riferimento per addivenire, a livello sovranazionale all'adozione di un sistema comune di identificazione e di autenticazione che possa fungere da elemento propulsivo per la costruzione del mercato digitale unico europeo. Difatti, nella misura in cui quest'ultimo si fonda sugli stessi principi che regolano il mercato "fisico", ossia le quattro libertà, il *digital divide* potrebbe essere significativamente ridotto mediante l'implementazione di servizi elettronici comuni, in sostituzione di una pletora di singole e discordanti iniziative transfrontaliere, potenzialmente lesive dei diritti del *Digital Citizen*.

Come da più parti sottolineato, un aspetto centrale per coinvolgere fattivamente i cittadini europei nell'economia digitale è quello di vedersi garantiti i diritti sia nella sfera *offline* che in quella *online*. Questo problema si pone in massimo grado nell'ambito dell'adozione di sistemi di identificazione digitali, ove è necessario approntare strumenti che garantiscano ai dati personali dell'utente di circolare in tutta sicurezza. Tale esigenza richiede una fattiva integrazione tra il "formante legale" e il "formante tecnologico", ossia, da un lato, il sistema normativo chiamato a garantire che i dati raccolti, divulgati e trattati dagli Stati membri vengano trattati nel rispetto delle più ampie regole sulla protezione dei dati e, dall'altro, l'architettura della rete tecnologica che dovrà consentire ai sistemi nazionali di riconoscersi reciprocamente.

Nel caso di specie, l'Unione europea potrebbe ampiamente beneficiare dell'avanzato sistema di identificazione transnazionale che l'Estonia ha già sperimentato e che sarebbe in grado di fungere da archetipo di un nuovo sistema comune di identificazione, nonché di un nuovo modo di concepire la crescita digitale nello spazio comunitario. I vantaggi che ne deriverebbero sembrano davvero molti, a partire dal fatto che l'adozione di un sistema comune di identificazione e autenticazione transnazionale, suscettibile di essere aperto a livello extra-europeo, potrebbe in poco tempo aprire spazi di crescita importanti per l'economia digitale del continente europeo.

Secondo i dati diffusi dall'*United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) nell'ambito del progetto "*e-Trade For All*", il 90% delle attività commerciali sarà *online* entro i prossimi 30 anni[53]. Questo dato è destinato a modificare radicalmente l'attuale scenario economico globale, con il rischio però di emarginare un'importante fetta di popolazione mondiale, non in grado di beneficiare di tale crescita, spesso a causa della mancanza di infrastrutture adeguate. Gli ostacoli finanziari e amministrativi alla creazione e alla gestione di un'impresa potrebbero essere insormontabili e molte attività potrebbero avere difficoltà ad accedere a tutti gli strumenti di cui necessitano, a partire dai servizi di *e-banking*. In questo contesto, la presenza nel continente europeo di un

[53] Particolare interesse ricopre, in questo senso, la considerazione secondo cui « *Policies that support digital trade can play an important role in delivering inclusive and sustainable growth. Increasingly, policymakers will need to make sure that they are as attentive to facilitating 'digital' trade as they are to 'traditional' trade – and the boundaries between the two will continue to blur. Where countries are falling behind in providing effective physical communications infrastructure and an enabling regulatory environment, firms and individuals may still be able to benefit from the opportunities of digital trade by utilizing an "outsourced" regulatory framework from other governments which are able to provide an effective platform. The Estonian experiment with e-residency is an early example of this and deserves close attention*» (così D. García *Santibáñez* Godoy - A. Heal, *Trade in the Digital Age: Can e-Residency be an enabler for Asia-Pacific Developing Countries*, in *The Trade Insights*, n. 17, marzo 2016.

sicuro sistema di identificazione digitale transnazionale potrebbe avere un ruolo fondamentale nel contribuire a liberare il potenziale imprenditoriale mondiale[54].

5. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni condotte, emerge come l'originale e innovativo programma estone di *e-Residency* – impiantato su un collaudato sistema di identificazione elettronica – abbia introdotto nel panorama globale un nuovo concetto di identità personale che, grazie alla Rete, si emancipa dal territorio nazionale per assumere un'originale dimensione transnazionale, delineando i contorni di un nuovo "*global digital citizen*". Tale importante evoluzione si collega strettamente al processo di digitalizzazione che l'Estonia ha avviato già da tempo e trova riscontro anche alla luce dei grandi mutamenti intercorsi a livello globale. Come già evidenziato, tra gli altri, da Taylor, la tecnologia digitale ha segnato l'avvento di un «momento della complessità che può essere inteso come il passaggio da un mondo strutturato in base a "griglie" a un mondo organizzato secondo delle "reti"»[55], dal quale sono nate inedite connessioni e nuovi rapporti che richiedono ora nuove rappresentazioni. In un mondo in cui miliardi di persone usano Internet come la prima e più importante piattaforma globale di scambio, si dissolvono le categorie e i concetti che hanno consentito per secoli l'esercizio su scala territoriale del potere politico e vengono ad emersione nuovi paradigmi, cui si collega anche una diversa redistribuzione del potere. In questo contesto, l'*e-Residency* estone ci offre l'esempio paradigmatico della nuova organizzazione del potere nella società informazionale e di come esso abbandoni il tradizionale riferimento territoriale per abbracciare nuove identità e nuove appartenenze, che spingono per il riconoscimento di nuovi diritti e di rinnovate forme di partecipazione. Esso è, dunque, suscettibile di avere un impatto rivoluzionario sui rapporti interstatali che dovranno ora ridefinirsi sulla base di nuovi stilemi, in cui il senso di appartenenza sembra definirsi più in termini "relazionali" che non geometrici e fisici, con la conseguenza – ancora tutta da esplorare – che si potranno avere più residenze digitali, in ragione delle esigenze del singolo e della qualità dei servizi offerti dai vari ordinamenti[56].

Sotto molteplici profili, dunque, l'avanguardastico programma di *e-Residency* del Governo estone – pur necessitando ancora di affinamenti sul piano procedurale e funzionale – sembra offrire uno strumento importante per veicolare i mutamenti in corso, di cui potrebbe beneficiare appieno l'istituendo mercato digitale unico europeo. Come già evidenziato, la realizzazione di quest'ultimo impone la rimozione dei vincoli giuridico-economici che oggi ne limitano le potenzialità di sviluppo e, al contempo,

[54] Ed è anche questa la ragione per cui l'istituto dell'*e-Residency* sta attirando l'attenzione di molti imprese e molti cittadini britannici, interessati a mantenere un accesso diretto al mercato europeo. La stampa britannica ha parlato di un effetto «*bolthole*» (M. Shearlaw, *Brexit bolthole? For €100 you can become an e-resident of an EU country you've never visited*, in *The Guardian*, 15 luglio 2016).

[55] M.C. Taylor, *Il momento della complessità. L'emergere di una cultura a rete*, Torino, 2005, 57 ss.

[56] T. Kokta - C.I. Vargas Alvarez del Castillo - K. Korjus, *Estonian e-Residency: Benefits, Risk and Lessons Learned*, in A. Ko - E. Francesconi, *Electronic Government and the Information System Perspective*, New York, 2016, 4 ss.

l'implementazione di reti di comunicazione sovranazionali che facilitino l'interscambio attraverso funzionali e sicuri servizi fiduciari e di identificazione elettronica in grado di consentire ai cittadini europei di poter utilizzare le piattaforme digitali che erogano servizi di *e-government* degli altri Paesi membri.

L'Unione europea ha tentato di far fronte a tali importanti sfide favorendo l'interoperabilità dei sistemi nazionali di identificazione elettronica, che dovrebbero interagire sulla base del principio del reciproco riconoscimento. L'idea sottesa è quella di incoraggiare i Governi nazionali a porre in essere schemi di gestione delle identità che possano garantire ai cittadini europei l'accesso ai servizi di *e-government* di tutti gli Stati membri, con la conseguenza che l'Unione europea avrà 28 distinti sistemi di identificazione elettronica, che dovrebbero fungere da base legale e tecnica per il funzionamento del mercato digitale. Ma su questo versante, come emerso dall'analisi condotta, l'attuale fase di implementazione del mercato digitale unico presenta profili di criticità, dovuti soprattutto al permanere di un quadro fortemente segmentato su linee nazionali sia in termini di interoperabilità legislativa che tecnica che, ad oggi, ostacolano lo sviluppo di un sistema comune di gestione delle identità digitali. Per tale ragione, soluzioni innovative come quelle già sperimentate dall'Estonia possono essere valutate in termini di efficacia e trasposte a livello sovranazionale, in modo da evitare inutili e rischiosi duplicazioni di procedure e apparati tecnologici. Ma tutto ciò richiede un intervento proattivo da parte del legislatore comunitario che dovrà superare l'ambiguità del regolamento "eIDAS" e ridefinire il quadro normativo sulla base di un'originale operazione di "*legal and technological trasplant*" che sia indirizzata a mettere a punto un sistema comune europeo di identificazione digitale, partendo dal prototipo normativo e tecnologico dell'*e-Residency* estone.

Disciplina e utilizzo degli Open Data in Italia

Francesco Sciacchitano

Abstract

Il presente studio intende analizzare la disciplina e lo sviluppo degli Open Data in Italia e cercare di stabilire quale sia il loro reale valore. Lo studio prende le mosse da una panoramica sul concetto di Open Data, in cui vengono analizzati, tra gli altri, i concetti fondamentali di "dato aperto" e di "formato aperto" nonché i punti di contatto e le differenze con i Big Data. Lo studio analizza poi le norme che disciplinano gli Open Data ed il loro effettivo utilizzo in Italia. Più nel dettaglio, lo studio analizza i principali portali nazionali di Open Data, presentandone le basi dati e il loro effettivo utilizzo da parte della PA. Infine, lo studio presenta la situazione italiana rispetto al contesto europeo e mostra l'evidente progresso dell'Italia, che -grazie alle attività svolte nell'ultimo biennio- è passata dal gruppo dei *Followers* a quello di testa dei *Trend-setter*. Gli Open Data rappresentano dunque una risorsa di enorme valore e, a causa della frammentarietà del territorio e delle amministrazioni italiane, per sfruttarne appieno le potenzialità occorre una politica unitaria e di coesione che sia in grado di far crescere la fiducia nell'innovazione e cultura digitale.

The essay aims at exploring the legal framework and the latest developments concerning Open Data in Italy. At the outset, the analysis provides and overview on the concept of Open Data where the author examines, among others, the relevant key notions, as well as similarities and differences between Open Data and Big Data. The analysis also explores the legal framework applying to Open Data and their effective use in Italy, also in view of the attitude thereto of the Public Administration. Finally, the essay focuses on the Italian scenario in light of the European context and shows that Italy ranks among the most advanced countries by virtue of the developments occurred in the last two years, as witnessed by the upgrading of Italy from the *Followers* level to the *Trend-setter*

[*] Con la collaborazione di Eleonora Capozi.

Keywords: Open Data, Big Data, Codice Amministrazione Digitale, dati aperti, digitalizzazione in Italia

Sommario

1. Introduzione. – 2. Concetto e definizione di Open Data. – 3. Open Data e Big Data. – 4. Il valore degli Open Data. – 5. La disciplina degli Open Data in Italia. – 6. Le disposizioni del CAD sugli Open Data ed il ruolo dell'AGID. – 7. Il riuso di dati e programmi informatici. – 8. I principali portali nazionali di Open Data. – 9. La situazione italiana in rapporto al contesto europeo. – 10. Conclusioni

1. Introduzione

Nel corso della storia i governi, la scienza, le grandi imprese e i ricercatori hanno sempre cercato di raccogliere ed analizzare dati sui comportamenti dei membri della società e delle loro comunità in modo da poterli monitorare, regolare, sfruttare o anche solo spiegare.

Fino a poco tempo fa, raccogliere e analizzare dati era una attività che richiedeva molto tempo e costi cospicui, per cui essa era tradizionalmente limitata a eventi di rilievo e ad altre occasioni "statiche", ben circoscritte nel tempo e con un campione di destinatari precisamente identificato. Di conseguenza, i dati caratterizzati da un buon grado di affidabilità e di qualità sono sempre stati gelosamente custoditi o commercializzati a prezzi molto elevati.

Negli ultimi anni, invece, le cose hanno iniziato a cambiare: il valore dei dati affidabili e di buona qualità è rimasto alto, ma la loro natura e le procedure per la loro raccolta sono cambiate del tutto. La "*disruptive innovation*" generata da Internet[1] ha rivoluzionato il modo in cui i dati sono raccolti (o, adesso si potrebbe dire, "prodotti"), gestiti, analizzati, conservati e utilizzati. L'accesso dei cittadini alla rete, facilitato dalle nuove tecnologie dell'*information and communication technology* (di seguito ICT) e dalle innumerevoli tipologie di "*devices*" con cui tanto le persone quanto le macchine[2] si collegano a Internet, genera un flusso costante di dati, aggiornati e variegati, relazionali e comportamentali, grazie ai quali è possibile stabilire in modo chiaro e indiscutibile dove si orientano le preferenze di una ampia fascia della popolazione. I dati stessi non possono più essere considerati una "risorsa scarsa"; al contrario, essi stanno per diventare la fonte principale di informazione su come produrre conoscenza, condurre affari e gestire la cosa pubblica.

Per rendere l'idea della quantità di dati che vengono prodotti oggi vale la pena richiamare la nota affermazione di Hal Varian, Chief Economist di Google, secondo cui la razza umana oggi produce in due giorni la stessa quantità di dati (più o meno 5 *Exabyte*

[1] C. Christensen, *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston, 2013.

[2] Per una efficace disamina di come le comunicazioni *machine-to-machine* e l'Internet delle Cose stanno modificando le nostre abitudini e consentono una raccolta di dati comportamentali impensabile fino a pochi anni fa, vale la pena consultare il rapporto del BEREC "*Enabling the Internet of Things*", pubblicato in data 29 febbraio 2016 sul sito del BEREC. Il rapporto si occupa, tra l'altro, della quantità di dati disponibile, dei problemi di tutela dei consumatori nei confronti della circolazione di dati che li riguardano e delle questioni legate alla sicurezza ed alla privacy.

di informazioni) che è stata prodotta dall'alba della civilizzazione fino al 2003[3]. Questo è il concetto cui fa riferimento il termine "Big Data": enormi quantità di dati, dinamici, variegati e digitali (caratteristica forse principale del termine) che vengono messe insieme, condivise e distribuite sulle reti ICT e analizzate da una nuova generazione di "*data analytics*" in grado di categorizzare il flusso dei dati e renderlo fruibile. Alcuni di questi dati, caratterizzati dal formato aperto (ossia indipendente rispetto alla piattaforma su cui sono diffusi e fruibile da chiunque), prendono il nome di "Open Data".
In questo articolo tenteremo dunque di definire gli Open Data e di differenziarli rispetto ai Big Data, di comprendere quale sia veramente il loro valore economico nonché di analizzare le disposizioni che ne regolano l'utilizzo in Italia ed il grado di fruibilità delle basi dati su cui essi sono raccolti.

2. Concetto e definizione di Open Data

Il concetto di "Open Data", o dati aperti, nasce all'interno della più ampia disciplina dell'*open government*, che si prefigge di rendere la pubblica amministrazione maggiormente aperta ai cittadini, tanto in termini di trasparenza quanto di partecipazione diretta al processo decisionale, anche attraverso il ricorso alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione.
Una grossa spinta all'affermarsi del movimento Open Data in ambito governativo è stata data da Barack Obama durante il suo primo mandato da Presidente degli Stati Uniti d'America, con la promulgazione della Direttiva sull'*Open Government* del dicembre 2009[4]; essa prevede che (ove possibile) l'amministrazione statunitense pubblichi le informazioni di cui dispone «on line, utilizzando un formato aperto [*open*] che possa cioè essere recuperato, soggetto ad azioni di download, indicizzato e ricercato attraverso le applicazioni di ricerca web più comunemente utilizzate. Per formato *open* si intende un formato indipendente rispetto alla piattaforma, leggibile dall'elaboratore e reso disponibile al pubblico senza che sia impedito il riuso dell'informazione veicolata». Non è ancora chiaro a quali dati[5] si riferisca esattamente la Direttiva, ma questa definizione, come vedremo in seguito, contiene buona parte delle caratteristiche poi riprese dal movimento Open Data in Europa. La ragione principale che ha portato i paesi europei alla condivisione della politica di oltreoceano è stato il valore di questi

[3] Hal Varian, citato da R. Smolan - J. Erwitt, *Human Face of Big Data*, Sterling, 2012.

[4] Nel *Memorandum for the heads of executive departments and agencies*, dell'8 dicembre 2009, si legge: «Fin dove possibile e sottostando alle sole restrizioni valide, le agenzie devono pubblicare le informazioni on line utilizzando un formato aperto (open) che possa cioè essere recuperato, soggetto ad azioni di download, indicizzato e ricercato attraverso le applicazioni di ricerca web più comunemente utilizzate. Per formato open si intende un formato indipendente rispetto alla piattaforma, leggibile dall'elaboratore e reso disponibile al pubblico senza che sia impedito il riuso dell'informazione veicolata».

[5] Gli Open Data fanno riferimento a informazioni sulle tematiche più disparate: ad esempio, cartografia, genetica, composti chimici, formule matematiche e scientifiche, dati medici e pratica, delle bioscienze, dati anagrafici, dati governativi della pubblica amministrazione, dati che derivano da soggetti pubblici acquisiti mediante ricerche o rilevazioni le più diverse, ecc.

dati in termini di riutilizzabilità a scopi commerciali[6].
Il termine "*open*" viene mutuato da altri movimenti e comunità di sviluppo, come l'*o-pen source*, l'*open access* e l'*open content*, la cui filosofia è basata sulla libera fruibilità e sulla interoperabilità, ossia la capacità di diversi sistemi e organizzazioni di lavorare insieme ("inter-operare") [7]. Nel caso degli Open Data, l'interoperabilità consiste nella capacità di combinare una base di dati con altre: il punto cruciale di un bacino di dati (o linee di codice) accessibili e utilizzabili in modo condiviso è il fatto che questi dati possono essere liberamente "mescolati" con altri dati provenienti da fonti anch'esse aperte[8]. L'interoperabilità è la chiave per realizzare il principale vantaggio pratico dell'apertura: essa aumenta in modo esponenziale la possibilità di combinare diverse basi di dati, e quindi sviluppare nuovi e migliori prodotti e servizi.
Nonostante il concetto di dato aperto non sia originale e neppure nuovo, al momento non si riscontra un accordo generale e condiviso su una definizione puntuale del ter-mine, a differenza, ad esempio, di quanto già avviene con l'*open source* e l'*open access*, per i quali diverse dichiarazioni formali sono state comunemente accettate e condivise a livello internazionale.
La definizione più affidabile e maggiormente utilizzata di dato (o contenuto) aperto è quella sviluppata dall'Open Knowledge Foundation[9]: «un contenuto, una informazione o un dato si definisce aperto se chiunque è in grado di utilizzarlo, riutilizzarlo e ridistribuirlo per qualunque scopo senza alcuna restrizione legale, tecnologica o sociale o, al massimo, con l'obbligo di garantirne la provenienza e l'apertura»[10]. I tratti caratteristici dei dati aperti, secondo l'Open Knowledge Foundation[11], sono:

- disponibilità e accesso: i dati devono essere disponibili a tutti, in formato disaggregato (*bulk*). L'accessibilità rappresenta il criterio chiave secondo cui tutti i dati diventano accessibili al di fuori della piattaforma e dell'organizzazione (o dell'ente) che li ha generati;
- riutilizzo e ridistribuzione: i dati devono essere forniti a condizioni tali da permetterne il riutilizzo e la ridistribuzione, pertanto essi devono essere disponibili in un formato aperto (per formato "aperto" si intende un formato le cui specifiche siano pubblicamente e liberamente disponibili[12]), utile (per formato "utile" si intende un formato che sia "*machine-readable*") e modificabile. Un tipico esempio di "formato

[6] V. *infra*, il paragrafo sul valore degli Open Data.

[7] T. Heath - C. Bizer, *Linked Data: Evolving the Web into a Global Data Space*, Synthesis Lectures on the Semantic Web: Theory and Technology, February 2011.

[8] C. Bizer - M.Vidal, - H. Skaf-Molli, *Linked Open Data*, New York, 2017.

[9] https://okfn.org.

[10] http://opendefinition.org/od/2.1/en.

[11] https://okfn.org/opendata.

[12] Si badi bene, si fa riferimento al formato aperto di tipo "*open source*", che è ben diverso da un formato "proprietario aperto": i formati *open source* possono essere sia letti che modificati da qualunque applicazione, mentre il formato proprietario aperto può essere letto da molte applicazioni ma modificato solamente acquistando un programma proprietario. Spesso la casa madre permette di scaricare gratis il lettore dal suo sito, mentre è a pagamento il programma per la realizzazione dei contenuti, e/o la conversione da o verso altri formati.

aperto" è il formato CSV, che può essere aperto da qualsiasi software[13]. Al contrario, i formati di Microsoft Office (.doc, .xls, .ppt), quelli di quick time (.mov) [14] e quelli di Adobe (.PDF) sono codificati in formato proprietario, ossia in un formato di file di cui non siano liberamente fruibili le specifiche tecniche complete[15];

- partecipazione universale/diritto d'uso illimitato: ciascun individuo deve essere in grado di usare, riutilizzare e ridistribuire i dati, senza alcun tipo di discriminazione, senza che occorra alcuna licenza o secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali.

A questi tre parametri viene comunemente aggiunto quello della gratuità o semi-gratuità: i dati disponibili devono essere accessibili a un prezzo congruo, se non a un costo pari a zero[16].

In realtà occorre ammettere che anche questi indicatori non possono ancora essere considerati universali: come vedremo nel paragrafo in cui analizzeremo i database esistenti in Italia, molto spesso capita di imbattersi in dati "liberi" ma non aperti, che consentono un accesso limitato per via della sensibilità delle informazioni; altre volte capita di dover utilizzare dei dati che richiedono un costo, seppur marginale[17]; in entrambi i casi si parla ugualmente di Open Data[18].

In concreto, ci sono diversi tipi di dati la cui "apertura" sarebbe di grande beneficio per la popolazione di qualunque Stato:

- cultura: i dati relativi alle opere culturali (per esempio titolo ed autore) che sono generalmente raccolti e detenuti dalle gallerie, biblioteche, archivi e musei;

[13] Altri tipi di formato aperto sono i formati TXT (testo semplice), ODT (documenti office per testo), ODS (documenti office per fogli di calcolo), ODP (documenti office per presentazioni), TeX o LaTeX (un linguaggio di impaginazione molto usato in campo scientifico/matematico), DVI (formato di descrizione testo usato in molti sistemi unix-like), XML (un linguaggio di markup), HTML e XHTML (linguaggio di markup, gestito dalla W3C), PNG (immagini), SVG (immagini vettoriali, gestito dalla W3C), OpenEXR (immagini), GeoJSON (vettoriale come il CVS), ecc.

[14] Alcuni esempi di formati proprietari (con la relativa estensione): Adobe Illustrator .ai; Adobe Flash .flv; Advanced Systems Format .asf; Audio Video Interleave .avi; DivX .divx; H.264 (codec video); Macromedia FreeHand .fh; Microsoft Excel .xls; Microsoft Word .doc; Microsoft PowerPoint .ppt; MPEG-4 .mp4, .mpeg4; Nero AG .nrg; PSD di Adobe Photoshop .psd; QuickTime .mov; RealMedia .rm; Tagged Image File Format .tif; Windows Media Audio .wma; Windows Media Video .wmv.

[15] Sul formato PDF della società Adobe vale la pena spendere qualche parola in più: si tratta di un formato proprietario che in un primo periodo era chiuso. Si poteva scaricare gratis il lettore Acrobat Reader dal sito della Adobe, mentre erano a pagamento Adobe Acrobat per creare file pdf, e Acrobat Distiller per convertire da altri formati a pdf. Quando la specifica del pdf è divenuta pubblica, sono comparsi programmi gratuiti per convertire da altri formati a pdf, o realizzare contenuti e salvarli direttamente in questo formato. Questi programmi leggono solo "pdf ibridi", ossia generati in altri formati e poi convertiti in pdf. Se si sono convertiti in pdf, è possibile eliminare il pdf, ritornare al formato originale per modificarlo, e convertirli di nuovo in pdf. Questi programmi però non possono aprire file che sono nativamente pdf, quelli realizzati con i prodotti Adobe, per i quali serve il lettore della casa madre. Il formato pdf non può quindi definirsi propriamente "*open*" ma solo "proprietario aperto".

[16] J.C. Molloy, *The Open Knowledge Foundation: Open Data Means Better Science*, in *Plos Biology*, 6 dicembre 2011.

[17] M. Janssen - Y. Charalabidis - A. Zuiderwijk, *Benefits, Adoption Barriers and Myths of Open Data and Open Government*, in *Information Systems Management*, 2012, 250 ss.

[18] T. Nyman, *On the unbearable lightness of mandatory data sharing,* 25 maggio 2011.

- scienza: i dati prodotti come parte di una ricerca, in qualunque ambito della scienza (dalla astronomia alla zoologia);
- finanza: dati quali i bilanci pubblici (costi e ricavi delle singole istituzioni) e informazioni sui mercati finanziari (azioni, obbligazioni, quote etc.);
- statistica: dati prodotti da uffici di statistica quali l'ISTAT e i principali indicatori socioeconomici;
- clima e ambiente: dati raccolti dalle varie istituzioni che si occupano del clima, del tempo e dell'ambiente (livello di inquinamento, qualità delle acque marine e fluviali, oscillazioni nelle temperature, etc.)[19];
- enti pubblici: dati relativi alla organizzazione degli enti pubblici nazionali e locali (utilizzo delle risorse umane, provvedimenti emanati, atti di organizzazione interna, etc.).

Tali e tanti sono i settori sui quali sarebbe opportuno e utile accedere a dati aperti che da più parti si sostiene che assicurare la disponibilità di Open Data da parte della pubblica amministrazione genererebbe un fenomeno di democratizzazione dell'informazione[20], che darebbe modo a chiunque possegga competenze di programmazione informatica (e non più soltanto agli istituti di statistica o alle grandi imprese di analisi dei dati) di sviluppare applicazioni capaci di sfruttare i propri dati e quelli raccolti dalla pubblica amministrazione, in tal modo assicurando un notevole beneficio sociale e garantendo la formazione di nuovi posti di lavoro.

3. Open Data e Big Data

Oggi il termine "Big Data" è virtualmente onnipresente negli articoli degli studiosi di moltissime altre discipline quali sociologia, medicina, biologia, economia e, ovviamente, del settore ICT. È opportuno in questa sede, dunque, tentare di comprendere cosa siano i Big Data ed in cosa si differenzino dagli Open Data.

Source: De Mauro *et al.* (2015)

19 https://okfn.org/opendata/.

20 J. Gurin, *Big data and open data: what's what and why does it matter*, in *The Guardian*, 2014.

Big Data è il termine usato per descrivere una raccolta di dati così estesa in termini di volume, velocità e varietà da richiedere tecnologie e metodi di analisi specifici per l'estrazione da essi di ulteriore valore in termini informativi[21]. Essi rappresentano, in altre parole, l'interrelazione di dati provenienti da fonti anche molto eterogenee: non soltanto, quindi, dati strutturati, come quelli presenti nei database, ma anche dati non strutturati[22], come immagini, email, dati di geo-localizzazione o geo-referenziati, infor-mazioni prese dai social network o addirittura dai download anche se parziali e non completati[23]. Del concetto di Big Data non esiste una dimensione quantitativa di riferimento[24], che è in costante evoluzione (poiché le macchine sono sempre più veloci e i *dataset* sono sempre più grandi) e neppure una definizione stabile[25]. Un buon punto di partenza è la ormai nota definizione delle tre V dei Big Data offerta nei primi anni 2000 da Doug Laney[26], analista di settore:

- volume: è il parametro che si riferisce alla quantità di dati (strutturati, non strutturati) generati ogni secondo[27]: le organizzazioni raccolgono dati da una grande varietà di sorgenti (v. la definizione della terza "V", Varietà).
- velocità: i dati fluiscono ad una velocità senza precedenti e vanno perciò gestiti in maniera tempestiva al fine di non rendere obsoleta la loro analisi. L'uso sempre più comune di Tag RFID (identificazioni a radiofrequenza), sensori e *smart metering* (sistemi di telelettura di contatori), stanno aumentando la necessità di gestire fiumi di dati in tempo reale o quasi.
- varietà: i dati arrivano in qualsiasi tipo di formato - da dati strutturati e numerici in database tradizionali a non strutturati come: documenti di testo, email, video, audio, social media, sensori o *machine-to-machine*, dati *ticker* e transazioni finanziarie.

Questi requisiti sono stati successivamente estesi da vari studiosi[28] [29] che hanno aggiunto una quarta ed una quinta "V":

---

[21] Rob Kitchin: *The data revolution: Big data, open data, data infrastructures and their consequences*, London, 2014.

[22] Anche se alcuni autori non concordano sull'inclusione di dati non strutturati.

[23] A. De Mauro – M. Greco – M. Grimaldi, *A Formal definition of Big Data based on its essential features*, in Library Review, vol. 65, n. 3, 2015, 122 ss.

[24] Rapporto *What is Big Data?*, Villanova University, in www.villanovau.com .

[25] M.A. Beyer - D. Laney, *The importance of "Big Data": a definition*, in www.gartner.com, 21 giugno 2012.

[26] D. Laney, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*, Feb 2001, in www.gartner.com ed anche M. Beyer, *Gartner Says Solving 'Big Data' Challenge Involves More Than Just Managing Volumes of Data*, in www.gartner.com .

[27] Una domanda ricorrente tra gli studiosi riguarda le dimensioni che i *dataset* devono avere per essere definiti Big Data. La "*Big Data size*" è un concetto costantemente in evoluzione e non potrebbe d'altronde essere diversamente considerando i tantissimi studi che ogni anno analizzano la crescita dei dati prodotti a livello mondiale. Nel 2012 si parlava di un *range* da dozzine di *terabyte* a diversi *petabyte*, per ogni *dataset*, mentre ora si parla di *zettabyte* (miliardi di terabyte).

[28] Rapporto *What is Big Data?*, cit.

[29] Rapporto *Why only one of the 5 Vs of big data really matters*, pubblicato dalla IBM Big Data & Analytics Hub in www.ibmbigdatahub.com.

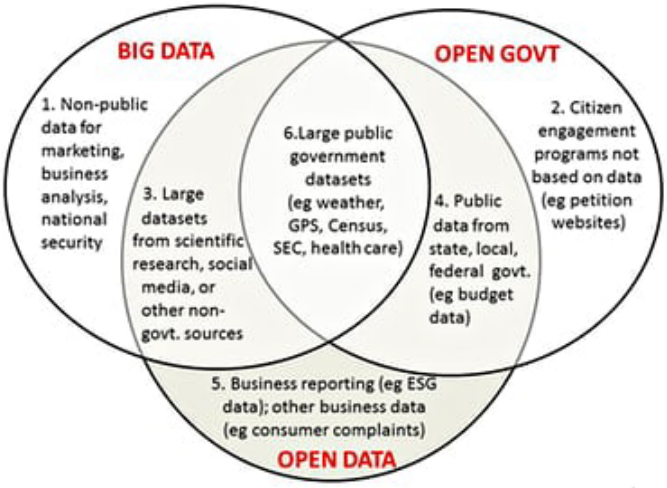
- veridicità[30]: è il parametro che indica il grado di affidabilità dei dati. Se i dati alla base delle analisi sono poco accurati (cosa non impossibile, visto che spesso si tratta di dati non strutturati soggetti ad una rapidissima obsolescenza), i risultati delle analisi non possono essere validi. Visto che su tali risultati possono essere basate delle decisioni, è fondamentale assegnare un indice di veridicità ai dati su cui si basano le analisi, in modo avere una misura dell'affidabilità[31];
- valore: è il parametro che indica la capacità di trasformare i dati in valore. Un progetto Big Data necessita di investimenti, anche importanti, per la raccolta granulare dei dati e la loro analisi. Prima di avviare un'iniziativa è importante valutare e documentare quale sia il valore effettivo portato al business.

Da quanto detto finora emerge che, come gli Open Data, i Big Data sono un insieme di dati virtualmente infinito ed in costante aggiornamento, che offre infinite possibilità di analisi (a patto di avere un sistema di "*Data Analytics*" moderno ed un calcolatore dotato di sufficiente potenza e collegamenti alle fonti dei dati) e che può offrire enormi possibilità agli sviluppatori di software dedicati.

Vi è dunque una chiara relazione tra le due categorie di dati, ma profondamente diverse sono le finalità e gli utilizzi che caratterizzano queste due grandi categorie di dati:

- i Big Data sono enormi quantità di dati strutturati e non strutturati, che vengono raccolti (anche l'insaputa dell'interessato) al fine di profilare i gusti e le tendenze dei cittadini e vengono utilizzati a fini privatistici e di analisi del mercato,
- gli Open Data sono dati pubblici (e quindi soltanto strutturati) che vengono raccolti nell'ambito dell'azione delle PA, essi devono essere disponibili, riutilizzabili, e vengono messi a disposizione della comunità per incentivare la partecipazione alla gestione della cosa pubblica.

La relazione tra le due tipologie di dati è egregiamente spiegata dal seguente diagramma di Venn tratto da uno studio del *The Guardian* dell'aprile 2014[32]:



Fonte: The Guardian*, aprile 2014*

[30] Rapporto *The Four V's of Big Data*, della IBM, 24 agosto 2012, in: www.ibmbigdatahub.com.

[31] Rapporto *Data Veracity*, pubblicato da Data Science Central in www.datasciencecentral.com.

[32] Lo studio del The Guardian dell'aprile 2014 è disponibile sul sito : www.theguardian.com.

La sezione 1 del diagramma include tutti i tipi di Big Data che non hanno origine nel settore pubblico, quali (ad esempio) quelli delle grandi imprese sui propri clienti. Questa tipologia di dati non può essere definita Open Data.
Le sezioni 6 e 3 sono quelle che possono essere definiti sia Open Data che Big Data: i *dataset* generati dai dati del Governo e quelli della ricerca scientifica o di altre fonti non governative (ma sempre della pubblica amministrazione).
Le sezioni 5 e 4 invece sono costituite da categorie di dati definibili come Open Data ma che non rientrano tra i Big Data: i rapporti ed altri tipi di dati destinati al business (ad esempio gli *Environmental, Social, and Governance -ESG- data* e le denunce dei consumatori) e quei dati che pur essendo generate dal settore pubblico (principalmente dalle amministrazioni locali) riguardano le attività locali, di grande interesse per le comunità del luogo (e quindi definibili Open Data) ma di dimensioni troppo limitate per interessare la collettività.
Tanto i Big Data quanto gli Open Data hanno il potere di trasformare gli affari, la gestione della cosa pubblica e, in definitiva, la società. Ma se i Big Data offrono il potere di comprendere meglio, analizzare e cambiare il mondo in cui viviamo, gli Open Data assicurano che questo potere venga condiviso in modo più equo, rendendo il mondo un posto più democratico[33].

4. Il valore degli Open Data

L'obiettivo delle *policies* sugli Open Data è di rendere i dati generati dal settore pubblico più trasparenti, di rendere più efficaci le decisioni della PA e, in definitiva, di creare benefici economici (che possono essere diretti o indiretti, come si vedrà) per la collettività. Ma questa è una affermazione che non sempre viene condivisa da chi sta al Governo o nelle amministrazioni decentrate. A fronte dei benefici "sociali" derivanti dalla trasparenza e dalla maggior efficacia delle attività dell'amministrazione, infatti, la maggior preoccupazione degli Stati e delle imprese interessate a raccogliere dati e ad analizzarli è rappresentata dagli alti costi, che spesso scoraggiano gli investimenti.
È noto, ed è stato già affermato nelle pagine precedenti, che gli Open Data hanno un costo di produzione molto più basso dei tradizionali metodi di raccolta dati, dal momento che i dati sono dinamici, ossia non sono limitati ad un evento, ad uno specifico periodo temporale o ad una specifica comunità (il "campione"), ma sono aggiornati e raccolti continuamente ed automaticamente. Ciò che però può avere un costo elevato è la creazione dei *dataset* ed il mantenimento dei dati al loro interno: l'apertura delle informazioni necessita di apparecchiature e tecnologie avanzate, nonché di personale specializzato in grado di portare a termine un tale incarico.
Per di più, una volta raccolti, i dati hanno bisogno di essere rielaborati in un formato "*machine readable*" tale da renderli accessibili, scaricabili e riutilizzabili da chiunque.
Il pagamento di una tariffa (soprattutto di una tariffa non orientata al costo) per l'ac-

[33] J. Gurin, *op. cit.*

cesso alle informazioni vanificherebbe lo scopo degli Open Data[34], pertanto è necessario che i governi e le istituzioni adottino i più adeguati modelli finanziari per contrastare il costo della produzione e gestione di dati aperti. Alcuni tra gli esempi di modelli finanziari applicabili sono:

- il *budget financing model*, un determinato ammontare di fondi pubblici (ossia del budget dello Stato) viene destinato dalla istituzione o dal Governo al progetto degli Open Data;
- il *community model*, un modello finanziario che si basa sull'investimento dei privati in risorse e competenze al fine di generare e detenere i dati;
- l'*advertising model*, il modello più diffuso nel World Wide Web, che copre i costi di produzione e gestione dei dati attraverso la pubblicità nel sito in cui gli stessi dati vengono messi a disposizione. A differenza dei primi due modelli, quest'ultimo, sebbene possa dimostrarsi sostenibile per i siti web di singole società, non è accettato da alcuni Governi, che sono contrari alla visualizzazione di annunci pubblicitari su pagine web governative.

Ecco dunque una prima sfida che i singoli Stati e Governi devono affrontare per far fronte ai costi degli Open Data: come si può essere certi che il costo per la creazione di portali di dati e la detenzione degli stessi sia controbilanciato da un vero e proprio vantaggio per i Governi che decidono di adottare iniziative di Open Data?

Per rispondere a questo interrogativo occorre valutare tanto i benefici diretti generati dagli Open Data quanto quelli indiretti:

- i benefici diretti sono quelli che si realizzano nelle transazioni di mercato sotto forma di entrate e di valore aggiunto lordo (*Gross Value Added*), di numero di nuovi posti di lavoro necessari per produrre un servizio o un prodotto e di risparmi sui costi;
- i benefici indiretti invece possono avere diversa natura (economica, politica e sociale) e possono consistere in nuovi beni e servizi, risparmio di tempo per gli utilizzatori di applicazioni che sfruttano Open Data, crescita dei mercati, incremento dell'economia della conoscenza, aumento dell'efficienza dei servizi pubblici, inclusione sociale, maggior efficacia delle decisioni pubbliche.

Tali risultati, tanto nella fornitura quanto nel riutilizzo dei dati, possono assumere diversi aspetti e manifestarsi in diversi momenti[35]. In realtà la sola disponibilità dei dati non genera di per sé nuovi servizi e prodotti innovativi, mentre il vero valore economico è determinato da ciò che deriva da essa: l'impatto degli Open Data deve essere analizzato alla luce di un bisogno, di un'idea la cui realizzazione è imprescindibile dal riuso delle informazioni che non solo risultano disponibili, ma che ne garantiscono anche il libero accesso. Inoltre la messa a disposizione dei dati a titolo gratuito o ad un costo marginale non potrà che incoraggiare e promuovere l'innovazione, attraverso

[34] Si veda, in proposito, l'interessante studio dell'Open Data Institute (ODI), T*he economic value of open versus paid data*, in *The value of open data,* ottobre 2015, in www.theodi.org .

[35] Si veda, in proposito, il rapporto *A European strategy on the data value chain*, della Commissione europea, in www.ec.europa.eu .

i "*re-users*" e facilitare l'utilizzo di nuovi prodotti e servizi[36]. D'altronde, la capacità di creare prodotti e servizi innovativi non sarà in grado di raggiungere il proprio apice, se alcune informazioni non sono rese disponibili.

A livello europeo, l'argomento degli Open Data è tenuto nella massima considerazione ormai da tempo. Come si vedrà in seguito[37], lo studio *Open Data Maturity in Europe* del 2017[38] mostra che quasi tutti gli Stati membri si sono attivati per realizzare dei modelli di accesso liberi. Per contro, numerosi sono ancora gli Stati o le loro emanazioni territoriali che mostrano scetticismo nell'accettare il reale impatto economico di questo cambio di approccio. L'Italia in questo non è certo una eccezione: le *policies* sugli Open Data (ed in generale sulla digitalizzazione) sono adottate dall'amministrazione centrale ma la loro applicazione da parte delle amministrazioni periferiche troppo spesso sconta una significativa mancanza di entusiasmo e di interesse.

Come si può, dunque, quantificare i benefici diretti ed indiretti che gli Open Data sono in grado offrire alle pubbliche amministrazioni, in modo da spingerle a perseguire con più costanza le strategie di crescita digitale?

Per rispondere a questi interrogativi, nel novembre 2015 lo *European Data Portal* ha pubblicato uno studio dal titolo "*Creating Value through Open Data*", portato a termine dalla *Capgemini Consulting*[39]. Questo studio mira precisamente ad ottenere dati quantitativi sull'impatto che il riuso dei dati pubblici può garantire per tutti e 28 gli Stati Membri e per i 4 Paesi dello "*European Free Trade Association –EFTA*" (Norvegia, Islanda, Liechtenstein, Svizzera) nel periodo 2016-2020.

Lo studio ha calcolato la dimensione complessiva del mercato utilizzando l'*Open Data Maturity Model*[40] dei 28 Stati Membri e dei 4 Paesi dell'EFTA, sommando l'ammontare dei benefici diretti e quello dei benefici indiretti. Per il 2016, l'ammontare dei benefici diretti per i 28+4 Paesi è stato di 55,3 miliardi di euro. Tra il 2016 ed il 2020 il mercato dovrebbe crescere del 36,9%, fino ad un valore di 75,7 miliardi di euro. Sommando i benefici indiretti, il valore totale del mercato degli Open Data nel 2016 è stimato tra i 193 ed i 209 miliardi di euro, con una proiezione stimata di 265-286 miliardi di euro per l'anno 2020, compresivi di correzioni inflazionistiche.

[36] H. Koski, *Does Marginal Cost Pricing of Public Sector Information Spur Firm Growth?*. Helsinki, 2011.

[37] Si veda *infra* il paragrafo sulla situazione italiana in rapporto al contesto europeo.

[38] European Data Portal, *Where do the European countries stand with regard to the deployment of Open Data?*, in www.europeandataportal.eu .

[39] Capgemini, *Creating Value through Open Data,* novembre 2015, in www.europeandataportal.eu .

[40] ODI, *Open Data Maturity Model*, marzo 2015, in www.theodi.org.

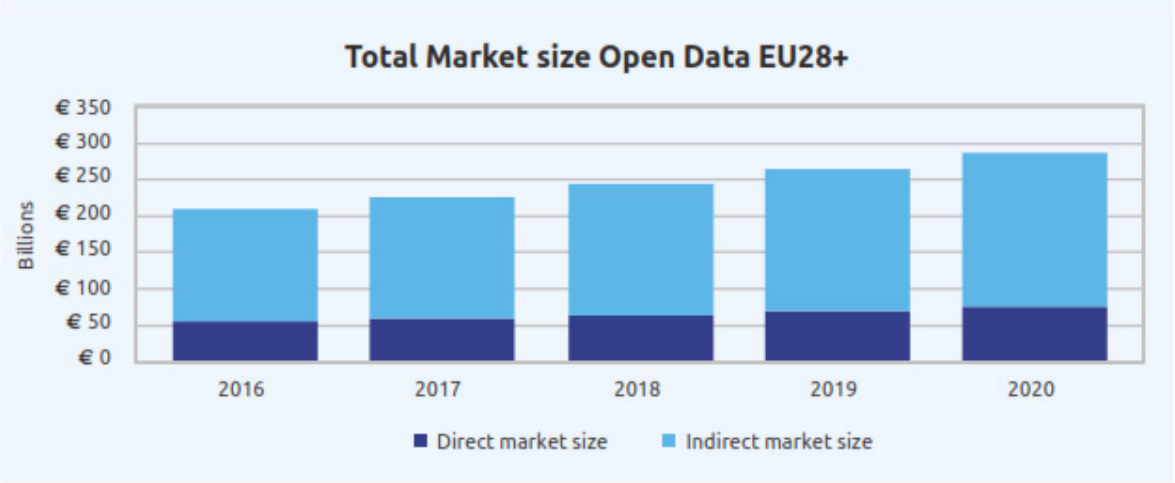


Figure 1 – Total market size (high bound), split in direct and indirect size for EU28+in billions, 2016-2020
Figure 1 - Marché total (fourchette haute), direct et indirect pour l'UE28+ en milliards, 2016-2020

Il rapporto passa quindi ad analizzare il valore degli Open Data in specifici settori del mercato. La PA è di gran lunga il settore che beneficerà di più dall'apertura dei dati, con un guadagno di 22 miliardi nel 2020. ciò conferma che il settore pubblico è il primo ri-utilizzatore dei suoi stessi dati. Per l'agricoltura, le arti e l'intrattenimento, invece, i benefici attesi saranno inferiori ai 379 milioni di euro: occorrerà più tempo affinché gli Open Data sviluppino il loro pieno potenziale in questi settori.

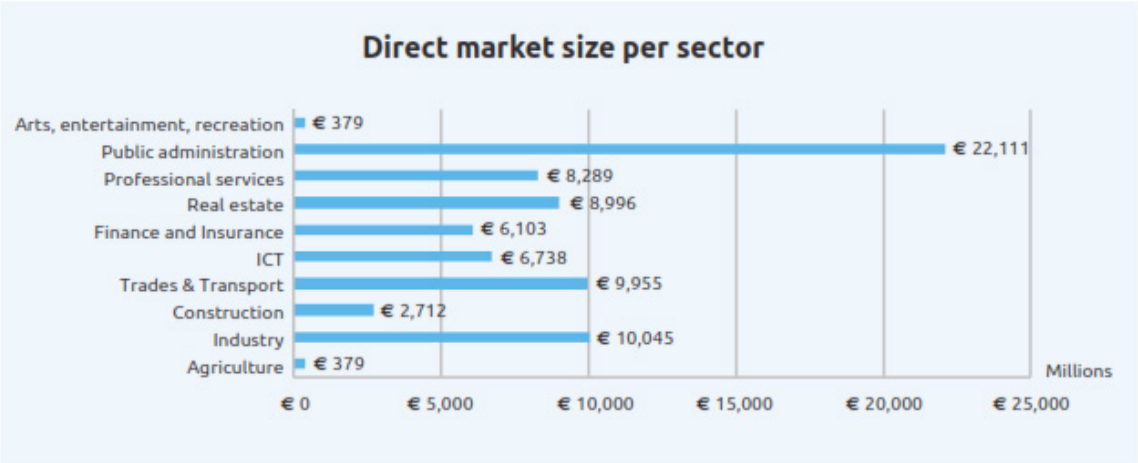


Figure 2 – Direct market size of Open Data per market sector for EU28+ in millions, 2020
Figure 2 - Volume du marché direct des données ouvertes réparties par secteur de l'économie pour l'UE28+ en millions, 2020

Passando al numero di lavori che verranno creati nei 28+4 Paesi grazie agli Open Data, il rapporto esclude i dipendenti pubblici e focalizza l'attenzione soltanto sul settore privato, nel quale si quantifica un incremento di 75.000 posti di lavoro nel 2016 e 100.000 nel 2020, con un incremento del 32% in 5 anni e del 7,3% annuo. Secondo le stime, dunque, tra il 2016 ed il 2020 gli Open Data porteranno alla creazione di 25.000 posti di lavoro.

Sempre in tema di benefici diretti, si calcola che i risparmi ottenuti grazie agli Open

Data, calcolati partendo dalle spese delle PA nei 28+4 Paesi, saranno di circa 1,7 miliardi di euro per il 2020.
Il rapporto passa quindi ad analizzare i benefici indiretti, per i quali l'approccio è ovviamente più qualitativo rispetto a quello adottato per i benefici diretti. L'obiettivo è quello di calcolare l'incremento di efficienza (in altre parole la riduzione degli sprechi e l'incremento dei risultati a parità di risorse utilizzate) che gli Open Data potranno generare e, a tale scopo, sono stati presi in considerazione due esempi di grande rilevanza: il numero di vite che gli Open Data possono salvare ed il tempo che essi possono fare risparmiare. A valle di un complesso calcolo, il rapporto dimostra che gli Open Data sono potenzialmente in grado di salvare 1.425 vite ogni anno (più o meno il 5,5% degli incidenti stradali mortali) e possono far risparmiare 629 milioni di ore perse per strada nel traffico.
Si tratta, come è evidente, di cifre di tutto rispetto che, se confermate, giustificano da sole l'attenzione prestata dai Governi nei confronti degli Open Data.

5. La disciplina degli Open Data in Italia

Come noto, in Italia la disciplina del rapporto dialogico tra Pubblica Amministrazione e cittadino, improntata al criterio della trasparenza, nasce con la l. 241/1990. Fin dalla sua emanazione, la legge 241 ha rappresentato l'elemento principale di attuazione del principio di buona amministrazione costituzionalmente garantito («i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»)[41].
Il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, costituisce il primo riferimento legislativo organico per l'informatica nella pubblica amministrazione italiana. Obiettivo del decreto è disciplinare la progettazione, lo sviluppo e la gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni dello Stato, compresi gli enti pubblici non economici nazionali. La norma definisce con chiarezza sia i destinatari, ossia tutti i ministeri e gli enti previdenziali e assistenziali, sia le finalità d'uso dei sistemi informativi (miglioramento dei servizi, trasparenza amministrativa, potenziamento dei supporti per le decisioni pubbliche, contenimento dei costi dell'azione amministrativa) sia i criteri per il loro sviluppo (integrazione e interconnessione dei sistemi, rispetto degli standard, collegamento con il sistema statistico nazionale). L'introduzione dell'informatica nella pubblica amministrazione ha l'obiettivo preciso di rendere meno burocratici e più trasparenti i rapporti con il cittadino. A tal proposito la l. 15 marzo 1997, n. 595, interviene per promuovere per la prima volta la creazione un'infrastruttura di rete volta rendere interoperabili le pubbliche amministrazioni (art. 15, c. 1).
A seguito dell'avvento della digitalizzazione nell'attività amministrativa, poi, il concetto di trasparenza acquista nuovi significati ed iniziano a succedersi le norme che attribuiscono all'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e comunicazione un ruolo strategico nell'ambito dell'azione amministrativa: dopo il D.P.R. 445/2000, che

[41] Art. 97 Cost.

ha costituito per anni la norma di riferimento nel settore della gestione documentale informatica, il Governo ottiene una specifica delega per l'emanazione del Codice dell'Amministra-zione Digitale (di seguito "CAD"), che è stato successivamente istituito con il decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (entrato in vigore nel gennaio del 2006) e che nel corso degli anni è stato oggetto di svariati aggiornamenti[42].

6. Le disposizioni del CAD sugli Open Data ed il ruolo dell'AGID

Il CAD apre la strada ad una piena interazione tra Pubblica Amministrazione (di seguito "PA") e cittadini, creando o valorizzando strumenti di *e-Government* quali la firma elettronica, il domicilio digitale, lo SPID, i nuovi sistemi di pagamento nei confronti della Pubblica Amministrazione e così via. Il Capo V del CAD, relativo ai «Dati delle pubbliche amministrazioni e servizi in rete», ed in particolare gli artt. 50, 52 e 68, contengono tutte le disposizioni concernenti la disponibilità, la fruibilità e la sicurezza dei dati, dei sistemi e delle infrastrutture delle pubbliche amministrazioni ed istituiscono i portali di Open Data nazionali. In particolare:

- l'art. 2, c. 1, stabilisce che «lo Stato, le Regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale […]»;
- l'art. 1, c. 1, lett. *o)*, spiega che per "disponibilità dei dati" deve intendersi «la possibilità di accedere ai dati senza restrizioni non riconducibili a esplicite norme di legge» e che per "fruibilità di un dato" deve intendersi «la possibilità di utilizzare il dato anche trasferendolo nei sistemi informativi automatizzati di un'altra amministrazione»;
- l'art. 50 declina ulteriormente il principio per cui i dati delle pubbliche amministra-

[42] L'ultima modifica del Codice (cd. "CAD 3.0") è stata introdotta con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 13 settembre 2016. La modifica rientra nel quadro normativo della l. delega 124/2015 (riforma della PA del Ministro Madia).

zioni devono essere disponibili e fruibili[43];

- l'art. 52 riguarda l'accesso telematico ai dati e documenti delle pubbliche amministrazioni: esso stabilisce il principio "*Open by Default*"[44], secondo cui «i dati e i documenti che le amministrazioni titolari pubblicano, con qualsiasi modalità, senza l'espressa adozione di una licenza […], si intendono rilasciati come dati di tipo aperto» e stabilisce che spetta all'Agenzia per l'Italia Digitale (v. *infra*) attuare le disposizioni di cui al Capo V del Codice;
- l'art. 68 introduce l'obbligo per la PA di adottare «soluzioni informatiche che assicurino l'interoperabilità e la cooperazione applicativa, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, e che consentano la rappresentazione dei dati e documenti in più formati, di cui almeno uno di tipo aperto […]», ponendo in capo al CNIPA (oggi AGID) l'obbligo di istruire ed aggiornare «con periodicità almeno annuale, un repertorio dei formati aperti utilizzabili nelle pubbliche amministrazioni e delle modalità di trasferimento dei formati».

Lo stesso art. 68, al c. 3, definisce:

a) «formato dei dati di tipo aperto, un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi;
b) dati di tipo aperto, i dati che presentano le seguenti caratteristiche:
c) sono disponibili secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato;
d) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera a), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati;
e) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzio-

[43] Codice dell'amministrazione digitale, art. 50, recante «disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni»:
«1. I dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati; restano salvi i limiti alla conoscibilità dei dati previsti dalle leggi e dai regolamenti, le norme in materia di protezione dei dati personali ed il rispetto della normativa comunitaria in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico.
2. Qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione, con le esclusioni di cui all'articolo 2, comma 6, salvi i casi previsti dall'articolo 24 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, è reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente, senza oneri a carico di quest'ultima, salvo il riconoscimento di eventuali costi eccezionali sostenuti dall'amministrazione cedente; è fatto comunque salvo il disposto dell'articolo 43, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.
3. Al fine di rendere possibile l'utilizzo in via telematica dei dati di una pubblica amministrazione da parte dei sistemi informatici di altre amministrazioni l'amministrazione titolare dei dati predispone, gestisce ed eroga i servizi informatici allo scopo necessari, secondo le regole tecniche del sistema pubblico di connettività di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42».

[44] S. Aliprandi, *Indicazioni e norme per un mondo di dati aperti*, Ledizioni, 2014.

ne e divulgazione, salvo i casi previsti dall'articolo 7 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, e secondo le tariffe determinate con le modalità di cui al medesimo articolo».

- l'art. 69 introduce per la prima volta l'obbligo di riuso dei programmi informatici (v. *infra*).

Come è noto, nel corso degli anni il CAD è stato ripetutamente modificato ed aggiornato, nel tentativo di stimolare la PA italiana a metterne in pratica i dettami. Le ultime versioni del Codice sono quella del d.lgs 179 del 26 agosto 2016, entrato in vigore il 14 settembre 2016, il cui art. 14-*bis* dà vita all'Agenzia per l'Italia Digitale (di seguito "AGID")[45], e quella, recentissima (la sesta!), approvata dal Consiglio dei Ministri nella riunione dell'11 dicembre 2017, recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, recante modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n 82».

La maggioranza degli studiosi concorda sul fatto che le varie revisioni del Codice sono state utili ed opportune ed hanno portato miglioramenti al testo originario. Di fatto, possiamo affermare che da un punto di vista formale la normativa nazionale è in linea con quella europea, tanto sul versante delle definizioni e degli obblighi nei confronti delle pubbliche amministrazioni, quanto sulle previsioni normative in termini di riuso, di interoperabilità e così via. Gli stessi studiosi tuttavia sembrano concordare anche sul fatto che neppure l'ultima formulazione è esente da grosse pecche e lacune[46]: visti i tanti anni trascorsi dall'emanazione del primo Codice (anno 2005), magari al posto di un ennesimo aggiornamento sarebbe stata più opportuna una nuova legge che ripar-tisse da zero, recepisse e armonizzasse i tanti concetti totalmente nuovi introdotti negli ultimi anni (pensiamo ai servizi Cloud, al GDPR, all'identità digitale, al Regolamento europeo eIDAS, solo per citarne alcuni, concetti in gran parte sconosciuti nel 2005)[47]. Scendendo nel dettaglio, a parte il costante richiamo all'art. 71, che rimanda a regole tecniche (nel decreto approvato lo scorso 11 dicembre si parla di "linee guida" [48]) da predisporre a cura dell'AGID ed in assenza delle quali molte previsioni del CAD sono

[45] L'Agenzia per l'Italia digitale è stata istituita con d.l. 83/2012, convertito nella l. 134/2012 ed è sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato. Essa ha sostituito il CNIPA e la DigitPA.

[46] Tra i vari studi sulla revisione del CAD del settembre 2016, si segnala il dossier a cura di A. Longo, "Speciale Cad. Inizia la fase attuativa, l'analisi di FPA e dei nostri esperti", settembre 2016, pubblicato dal Forum PA in www.forumpa.it .

[47] Si veda, sul punto, M. Gentili, *Conservazione digitale, cosa cambia con il correttivo Cad*, gennaio 2018, pubblicato sul sito dell'Agenda Digitale Italiana, in www.agendadigitale.eu .

[48] Vale la pena evidenziare come l'ultimo aggiornamento del CAD, approvato con Decreto dal Consiglio dei Ministri in data 11 dicembre 2017, ma non ancora reso pubblico al momento della stesura di questo articolo, modifichi profondamente il testo dell'art. 71, introducendo le linee guida in sostituzione delle regole tecniche. Il testo del nuovo art. 71 dovrebbe essere il seguente: «L'AgID, previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice. Le linee guida divengono efficaci dopo la loro pubblicazione nell'apposita area del sito Internet istituzionale dell'AgID e di essa ne è data notizia nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Le linee guida sono aggiornate o modificate con la procedura di cui al primo periodo».

difficili da attuare[49], la dottrina rileva una scarsa integrazione tra il Codice e le altre disposizioni su cui esso dovrebbe andare ad incidere[50], la difficoltà di attuare l'informatizzazione della PA "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (frase ripetuta in più occasioni nel testo del Codice[51]) e la penuria di sanzioni efficaci per le amministrazioni inadempienti[52].

Tornando al Codice, l'ultima versione disponibile del CAD, quella del d.lgs. 179 del 26 agosto 2016[53], conferma l'impostazione del primo Codice del 2005 sul tema degli Open Data, aggiornandone però le disposizioni. Ad esempio, adesso il Codice fa espresso riferimento al concetto di "interoperabilità", richiesto dal nuovo art. 60 per tutte le basi dati ed i sistemi informativi di interesse nazionale e definito come la «caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi»[54]. Inoltre, il riferimento al principio di trasparenza adesso tiene conto delle disposizioni del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha riordinato la disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle

[49] Si veda, sul punto, G. Manca, *Regole tecniche Cad, ecco perché è urgente aggiornarle*, marzo 2017, in www.agendadigitale.eu, secondo cui «Il CAD vigente prevede 41 regole tecniche (RRTT) e circa il 50% di tali regole sono già operative anche se significativamente obsolete».

[50] Si veda, sul punto, E. Prosperetti, *Domicilio digitale, tutti i nodi normativi da sciogliere prima della rivoluzione*, settembre 2017, in www.agendadigitale.eu.

[51] Ad esempio nell'art. 3-*bis*, in tema di domicilio digitale delle persone fisiche, nell'art. 18, in tema di Conferenza permanente per l'innovazione tecnologica, nell'art. 35, in tema di procedure per la generazione della firma qualificata, nell'art. 64-*bis*, in tema di Accesso telematico ai servizi della Pubblica Amministrazione, etc.

[52] Si vedano, sul punto, il già citato articolo di M. Gentili, *Conservazione digitale, cosa cambia con il correttivo Cad,* e A. Lisi, *Obbligo di formare i documenti PA in digitale: attenzione, il CAD non è sospeso*, gennaio 2017, in www.agendadigitale.eu, nonché l'interessante articolo di C. Mochi Sismondi, *Nuovo CAD: alla ricerca di un demiurgo*, settembre 2016, in www.forumpa.it.

[53] Come già ricordato, il testo definitivo del Decreto approvato dal Consiglio dei Ministri in data 11 dicembre 2017 non è ancora stato pubblicato nel momento della stesura di questo articolo. Da quanto trapelato in sede di primi commenti, tuttavia, sembra che il nuovo testo contenga un aggiornamento delle definizioni di formato aperto e di dati di tipo aperto che dovrebbero essere le seguenti:
«l-*bis*) formato aperto: un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi;
m-*bis*) dati di tipo aperto: i dati che presentano le seguenti caratteristiche:
-sono disponibili secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato;
-sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera a), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati;
-sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione salvo i casi previsti dall'articolo 7 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, e secondo le tariffe determinate con le modalità di cui al medesimo articolo».

[54] Codice dell'amministrazione digitale, art.1, c. 1, lett. *d).*

pubbliche amministrazioni[55]. Ancora, l'art. 59, c. 3, del CAD, in materia di dati territoriali, istituisce presso l'AGID il Repertorio nazionale dei dati territoriali quale punto di accesso nazionale per l'attuazione della Direttiva 2007/2/CE (Direttiva INSPIRE). Infine, sempre secondo il nuovo art. 60, l'AGID deve pubblicare sul proprio sito istituzionale l'elenco delle basi di dati di interesse nazionale che contiene informazioni raccolte e gestite digitalmente dalle pubbliche amministrazioni[56].

Oltre che nel CAD, la questione dei dati prodotti e gestiti dalla pubblica amministrazione viene ovviamente affrontata anche nella Strategia nazionale italiana per l'Agenda Digitale[57], che individua priorità e modalità di intervento, nonché le azioni da compiere e da misurare sulla base di specifici indicatori, sulla base degli obiettivi posti dall'Agenda Digitale Europea per lo sviluppo dell'economia e della cultura digitale in Europa, nell'ambito della strategia Europa 2020[58]. Partendo dal presupposto che rispetto ad altri paesi europei, l'Italia registra percentuali inferiori di domanda del digitale, la Strategia nazionale «traccia una *roadmap* per la digitalizzazione del Paese capace di: determinare il progressivo *switch off* dell'opzione analogica per la fruizione dei servizi pubblici, progettando la digitalizzazione della pubblica amministrazione; garantire crescita economica e sociale, attraverso lo sviluppo di competenze nelle imprese e di diffusione di cultura digitale fra i cittadini che generi nuova offerta capace di competere sui mercati globali, e una accresciuta domanda capace a sua volta di stimolare offerta innovativa e qualificata, in un circolo virtuoso; rendere più efficiente il sistema paese, coordinando in materia unitaria la programmazione e gli investimenti pubblici in innovazione digitale e ICT»[59].

In Italia, il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda Digitale italiana in coerenza con l'Agenda Digitale europea è affidato all'AGID, al fine di contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comu-

[55] Il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, noto anche come il *Freedom of Information Act* italiano (FOIA), in particolare, ha introdotto l'istituto dell'accesso civico "generalizzato", che attribuisce a "chiunque" il «diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, e che è in grado di "garantire la massima trasparenza della PA e la più ampia partecipazione dei cittadini, i quali possono esercitare un controllo democratico sulle politiche e le risorse pubbliche». Con l'accesso civico generalizzato, dunque, si assiste ad un rovesciamento della precedente prospettiva che comportava l'attivazione del diritto di accesso civico solo strumentalmente all'adempimento degli obblighi di pubblicazione ed i cittadini potranno essere a conoscenza di dati senza necessariamente averne un interesse diretto. Al contrario, è proprio la libertà di accedere ai dati e ai documenti, cui corrisponde una diversa versione dell'accesso civico, a divenire centrale nel nuovo sistema. In coerenza con il quadro normativo, il diritto di accesso civico generalizzato si configura - come il diritto di accesso civico disciplinato dall'art. 5, c. 1 - come diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato "da chiunque" e non essendo sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente (c. 3).

[56] Ai sensi dell'art. 60, c. 3-*bis*, del CAD, in sede di prima applicazione, sono individuate le seguenti basi di dati di interesse nazionale: a) repertorio nazionale dei dati territoriali; b) anagrafe nazionale della popolazione residente; c) banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 62-*bis*; d) casellario giudiziale; e) registro delle imprese; f) gli archivi automatizzati in materia di immigrazione e di asilo di cui all'art. 2, c. 2, del decreto del Presidente della Repubblica 27 luglio 2004, n. 242; f-*bis*) Anagrafe nazionale degli assistiti (ANA); f-ter) anagrafe delle aziende agricole di cui all'art. 1, c. 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 1° dicembre 1999, n. 503.

[57] Cfr., in proposito, la pagina web http://www.agid.gov.it/agenda-digitale/agenda-digitale-italiana .

[58] The European Semester.

[59] Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategia per la crescita digitale 2014 -2020*, marzo 2015, 10.

nicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica[60]. Tra le proprie funzioni principali[61] l'AGID:

- coordina le attività dell'amministrazione statale, regionale e locale, progettando e monitorando l'evoluzione del Sistema Informativo della Pubblica Amministrazio-ne;
- adotta infrastrutture e standard che riducano i costi sostenuti dalle singole amministrazioni e migliorino i servizi erogati a cittadini e imprese;
- definisce linee guida, regolamenti e standard;
- svolge attività di progettazione e coordinamento di iniziative strategiche per un'efficace erogazione di servizi online della pubblica amministrazione a cittadini e imprese;
- assicura l'uniformità tecnica dei sistemi informativi pubblici.

Con specifico riferimento agli Open Data, ad AGID sono affidati i seguenti compiti[62]:

- l'elaborazione delle linee guida nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo (art. 52, c. 5, del CAD);
- la gestione del catalogo dei dati aperti resi disponibili dalle pubbliche amministrazioni (il portale dati.gov.it);
- la gestione del Repertorio Nazionale Dati Territoriali – "RNDT" (art. 59 del CAD);
- l'aggiornamento del repertorio nazionale delle basi dati della pubblica amministrazione (art. 60 del CAD);
- la valorizzazione del patrimonio informativo e la promozione del suo riutilizzo (artt. 68-70 del CAD).

Come già anticipato, l'art. 52 del CAD conferisce all'AGID il compito di promuovere

[60] Sito istituzionale dell'Agenzia per l'Italia digitale : http://www.agid.gov.it/agid .

[61] L'Agenzia assicura il coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale, in attuazione dell'art. 117, c. 2, lett. *r)*, della Costituzione. La normativa di riferimento per gli ulteriori compiti e funzioni di AGID è da ricavarsi nelle seguenti disposizioni:
-Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 – «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese» (convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221);
-Legge 7 agosto 2012, n. 134 – «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini»;
-Conversione, con modificazioni, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 – «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario»;
-Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 - «Misure urgenti per la crescita del Paese» (convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134);
Decreto legge 7 maggio 2012, n. 52 - «Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica» (convertito con modificazioni dalla l. 6 luglio 2012, n. 94).

[62] Agenzia per l'Italia digitale, *Open Data*, 2015 in www.agid.gov.it .

le politiche nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico[63] e di indirizzare le amministrazioni verso un processo di produzione e rilascio dei dati pubblici standardizzato e interoperabile su scala nazionale. A tal fine, l'AGID predispone l'Agenda nazionale con la strategia di valorizzazione del patrimonio pubblico[64] e pubblica annualmente le Linee Guida Nazionali per la valorizzazione del Patrimonio Informativo Pubblico. Questo documento si applica al dato pubblico, ovvero al dato della pubblica amministrazione conoscibile da chiunque e non soggetto a restrizioni temporali (si escludono pertanto, i dati a conoscibilità limitata e i dati personali). Le linee guida propongono una serie di azioni volte a supportare la fruibilità e il rilascio secondo il paradigma dei dati aperti del patrimonio informativo esposto dalla PA italiana. Il documento, oggi disponibile nella sua versione aggiornata al 2017[65], mira a fornire indicazioni puntuali sui passi da seguire per mettere in piedi un processo standardizzato di gestione del dato (aperto) presso le pubbliche amministrazioni. Sfortunatamente il c. 7 del medesimo art. 52 prevede che «le pubbliche amministrazioni […] si uniformano alle suddette linee guida», ma non prescrive sanzioni per le amministrazioni inadempienti, per cui i risultati riguardanti la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico sono riconducibili ad esempi virtuosi ed isolati di alcune amministrazioni.

Oltre al Piano per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, l'AGID deve occuparsi anche del Piano Triennale (2017-2019) per l'informatica nella Pubblica Am-ministrazione[66], un documento di indirizzo strategico ed economico scritto in sinergia con il Team per la Trasformazione digitale istituito dal Commissario per l'Innovazione e il Digitale, Diego Piacentini, attraverso il quale viene declinato il modello strategico di evoluzione del sistema informativo della Pubblica amministrazione. Previsto dallo statuto di AGID e dalla Legge di stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208), il Piano Triennale è la declinazione operativa e tecnica della Strategia per la Crescita Digitale, volto a guidare operativamente la trasformazione digitale della Pubblica amministra-zione ed a diventare il riferimento per le amministrazioni centrali e locali nello sviluppo dei propri sistemi informativi. L'idea del Piano Triennale nasce dalla consapevolezza

[63] Codice dell'Amministrazione digitale, art. 52, c. 5 e ss: «L'Agenzia per l'Italia digitale promuove le politiche di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico nazionale e attua le disposizioni di cui al capo V del presente Codice. 6. Entro il mese di febbraio di ogni anno l'Agenzia trasmette al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per l'innovazione tecnologica, che li approva entro il mese successivo, un' Agenda nazionale in cui definisce contenuti e gli obiettivi delle politiche di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, nonché azioni finalizzate al riutilizzo dei dati pubblici e un rapporto annuale sullo stato del processo di valorizzazione in Italia; tale rapporto è pubblicato in formato aperto sul sito istituzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri. 7. L'Agenzia definisce e aggiorna annualmente le linee guida nazionali che individuano gli standard tecnici, compresa la determinazione delle ontologie dei servizi e dei dati, le procedure e le modalità di attuazione delle disposizioni del Capo V del presente Codice con l'obiettivo di rendere il processo omogeneo a livello nazionale, efficiente ed efficace. Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 2, comma 2, del presente Codice si uniformano alle suddette linee guida».

[64] AgID, *Agenda nazionale per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico*, 2014, in www.agid.gov.it .

[65] AgID, *Linee Guida Nazionali per la Valorizzazione del Patrimonio Informativo Pubblico 2016*, 2016, in www.dati.gov.it

[66] Piano triennale per l'informatica pubblica, pubblicato sulla pagina web: https://pianotriennale-ict.italia.it .

che, nonostante gli sforzi profusi a livello centrale come a livello locale, i risultati della Strategia per la Crescita Digitale siano ancora insoddisfacenti[67]. Per questo motivo la l. 28 dicembre 2015, n. 208 indica alle pubbliche amministrazioni il Piano Triennale come documento ufficiale da seguire per poter pianificare i propri investimenti in ICT nel prossimo triennio. Come indicato nel Piano e previsto dall'art. 17 del CAD, ogni amministrazione dovrà individuare al suo interno un Responsabile della Trasformazione Digitale che possa dialogare in maniera costante con AGID e il Team per la Trasformazione Digitale per mettere in atto le azioni previste dal Piano stesso, con particolare attenzione al tema delle infrastrutture immateriali e delle basi di dati prevedendo, tra le altre, azioni specifiche attinenti a:

a) basi di dati di interesse nazionale,
b) rilascio di dati pubblici secondo il paradigma dell'Open Data e loro riutilizzo,
c) definizione di vocabolari controllati e modelli per i dati, e, in ultimo,
d) creazione del *Data & Analytics Framework*, ossia una piattaforma creata per valorizzare il patrimonio informativo pubblico nazionale attraverso lo sviluppo e la semplificazione dell'interoperabilità dei dati pubblici tra amministrazioni e la standardizzazione e promozione degli Open Data[68].

AGID avvierà un processo continuo di monitoraggio per ricevere *feedback* dalle amministrazioni sulla realizzazione delle azioni previste dal Piano e per fornire ogni eventuale supporto aggiuntivo in caso di criticità. Le indicazioni contenute nel Piano hanno l'obiettivo di indirizzare la spesa della Pubblica amministrazione nella Trasformazione Digitale e sono quindi vincolanti per le stesse Amministrazioni nel pianificare i propri investimenti. Il Piano Triennale è un documento in continua evoluzione e sarà adattato e aggiornato nel tempo costituendo una guida permanente per le Amministrazioni. Nuove versioni del Piano verranno quindi pubblicate entro settembre di ogni anno, a seguito dell'approvazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato per l'Innovazione, su proposta di AGID.

Attraverso il sito https://avanzamentodigitale.italia.it/it, AGID monitora i principali progetti della Strategia per la Crescita Digitale. Nella versione beta, appena lanciata ed aggiornata continuamente, i progetti presi in considerazione sono:

- fatturazione elettronica (la fatturazione elettronica verso la PA);
- SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale);
- PagoPA (il sistema di pagamenti elettronici per la PA);
- digital security (CERT-PA) (la gestione della sicurezza informatica per la PA);
- FSE (Fascicolo Sanitario Elettronico);
- Open Data (i dati aperti della PA);
- ANPR (Anagrafe Nazionale Popolazione Residente).

Ciascun progetto è rappresentato da indicatori numerici e/o geografici che forniscono informazioni sul relativo stato di avanzamento rispetto ai *target* 2018 e 2020 indicati nella Strategia per la Crescita Digitale. Per ciascun progetto sono disponibili i dati in formato aperto, accessibili dalla sezione "area dati".

[67] Si veda, sul punto, l'introduzione al Piano Triennale, *Dati pubblici – linee guida patrimonio informativo pubblico*.

[68] *Ibid.*

7. Il riuso di dati e programmi informatici

Nello scenario attuale di evoluzione dei sistemi informativi pubblici il riuso di programmi informatici o di parte di essi, siano essi programmi di proprietà della PA, o moduli appartenenti alla categoria del software libero o a codice sorgente aperto (*open source*), è considerato un tema prioritario dato che le pubbliche amministrazioni italiane dispongono di un patrimonio applicativo esteso a molteplici settori dell'azione amministrativa che rappresenta un bene pubblico rilevante sotto diversi profili:

- economico, in quanto frutto di consistenti investimenti effettuati nel tempo;
- tecnologico, in quanto in molti casi costituito da applicazioni realizzate con tecnologie recenti e con un buon livello di qualità del software;
- culturale, poiché le applicazioni integrano nella loro architettura funzionale la capacità di interpretare e tradurre le norme in strumenti e servizi per la collettività.

Incentivare la pratica del riuso significa quindi favorire la riduzione dei costi di acquisto di prodotti e servizi in ambito ICT nella pubblica amministrazione e la disponibilità di software di qualità.
Nell'ottica dell'instaurazione di un mercato interno e l'istituzione di un regime inteso a garantire l'assenza di distorsioni della concorrenza sul mercato interno, già nel 2003 l'Unione Europea ha adottato la Direttiva 2003/98/CE c.d. *Public Sector Information* (Direttiva PSI) per incoraggiare il riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. L'obiettivo primario del legislatore era quello di stabilire un insieme minimo di norme atte a disciplinare il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico garantendo parità di trattamento a tutti i potenziali ri-utilizzatori di tali dati. La Direttiva PSI è stata successivamente modificata nel 2013 dalla Direttiva 2013/37/UE (c.d. Direttiva PSI 2.0), con lo scopo di introdurre il generale principio di riutilizzabilità di tutte le informazioni (e dei programmi) accessibili all'interno degli Stati membri anche a fini commerciali[69] e di aprire il mercato per i servizi basati sugli Open Data. In tal senso, la Direttiva 2013/37/UE introduce alcune sostanziali modifiche tra cui:

- l'estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva 2003/98/CE alle biblioteche, universitarie e non, ai musei e agli archivi in quanto detengono una notevole quantità di preziose risorse di informazione del settore pubblico[70];
- la raccomandazione per gli enti pubblici i quali dovrebbero, ove possibile e opportuno, mettere i loro documenti a disposizione, tramite formati aperti e leggibili meccanicamente[71];
- il costo minimo della fruizione di informazioni pubbliche, che dovrebbe essere gratuita o soggetto a costi marginali[72];
- la promozione della trasparenza e della responsabilizzazione[73].

[69] T. Zijlstra - K.Jansen, *Data management. Open data: la nuova direttiva PSI buona come sembra?,* trad. it. di F. Minazzi, maggio 2015, in www.forumpa.it

[70] Direttiva 2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, considerando 15.

[71] *Ibid.,* considerando 20.

[72] *Ibid.,* considerando 22.

[73] *Ibid.*, considerando 4.

Naturalmente la Direttiva PSI dovrebbe essere attuata e applicata nel pieno rispetto dei principi relativi alla protezione dei dati personali, pertanto gli Stati Membri devono determinare le condizioni alle quali il trattamento dei dati personali è lecito. In altre parole, la Direttiva non si applica a quei documenti o parti di essi che contengono dati personali il cui riutilizzo, alla luce della legislazione nazionale, non sia compatibile con la normativa in materia di protezione dei dati personali. In altre parole, non tutti i dati di provenienza pubblica possono essere indistintamente aperti[74].
Gli ultimi aggiornamenti del CAD relativi, in particolare, al Capo VI «Sviluppo, acquisizione e riuso di sistemi informatici nelle pubbliche amministrazioni», tenendo conto delle novità della Direttiva PSI 2.0, hanno dato nuovo impulso alla pratica del riuso di programmi informatici o parti di essi. Innanzi tutto il CAD pone due obblighi ben precisi in capo alle pubbliche amministrazioni:

- «Nella definizione dei capitolati o degli schemi dei contratti di appalto relativi a prodotti e servizi che comportino la raccolta e la gestione di dati pubblici, le pubbliche amministrazioni […] prevedono clausole idonee a consentire l'accesso telematico e il riutilizzo, da parte di persone fisiche e giuridiche, di tali dati, dei metadati, degli schemi delle strutture di dati e delle relative banche dati"[75];
- «Le pubbliche amministrazioni che siano titolari di soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno l'obbligo di rendere disponibile il relativo codice sorgente, completo della documentazione e rilasciato in repertorio pubblico sotto licenza aperta, in uso gratuito ad altre pubbliche amministrazioni o ai soggetti giuridici che intendano adattarli alle proprie esigenze, salvo motivate ragioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali»[76].

Poi, agli artt. 68 e 70, il CAD prevede una serie di obblighi procedurali per le amministrazioni che intendono acquisire programmi informatici: le amministrazioni non possono più semplicemente acquistare un nuovo software ma, nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza cui la PA deve rifarsi, deve prioritariamente valutare se esista software già sviluppato dalla PA che sia riutilizzabile oppure se esista software libero o a codice sorgente aperto (art. 68). In tal caso essa dovrà svolgere una analisi comparativa delle varie opzioni disponibili secondo i criteri indicati dall'art. 68, c. 1,

[74] C. Romano, *Open data e riutilizzo nel decreto trasparenza: propulsore per la democrazia e lo sviluppo o sfida ulteriore per i diritti fondamentali?*, in L. Califano – C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale,* Collana Crispel, Roma, 263 ss.

[75] Codice dell'Amministrazione digitale, art 52, c. 3.

[76] *Ibid.,* art. 69.

1-*bis* e 1-*ter*[77]. Lo strumento attraverso il quale una amministrazione può scoprire se il software di cui ha necessità è già in possesso di un'altra amministrazione è il "catalogo nazionale programmi riutilizzabili"[78] (meglio noto come "catalogo del riuso"), pubblicato nel sito dell'AGID, il quale costituisce lo strumento che realizza la diffusione e la promozione degli "oggetti riusabili" e il luogo in cui si incontrano la domanda e l'offerta di oggetti delle pubbliche amministrazioni. La pratica del riuso è caratterizzata da due momenti: il momento della cessione di oggetti in riuso e il momento della acquisizione in riuso di oggetti pubblicati in catalogo. L'Agenzia per l'Italia Digitale, in tale contesto, svolge il ruolo di facilitatore dell'incontro della domanda e dell'offerta allo scopo di accrescere la diffusione della pratica del riuso, anche grazie alle Linee guida per l'inserimento di programmi nel catalogo e per il riuso degli stessi[79] che l'art. 70 le impone di redigere.

Come è evidente, la normativa prevista dal CAD con riferimento al riuso di programmi informatici è molto dettagliata e prevede l'utilizzo di criteri di economicità e di efficienza ad ogni livello, partendo dalla redazione di capitolati per l'acquisto di prodotti e servizi che comportino la raccolta e la gestione di dati pubblici, i quali devono obbligatoriamente prevedere il riuso degli stessi da parte di altre amministrazioni (art. 52), fino all'obbligo di mettere i propri programmi informatici a disposizione di ad altre pubbliche amministrazioni (art. 69) ed all'obbligo per le amministrazioni che debbano dotarsi di programmi informatici di valutare prioritariamente l'esistenza di software già sviluppato dalla PA (art. 68).

---

[77] *Ibid.,* art. 68, co. 1 e ss:
«Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato:

a) software sviluppato per conto della pubblica amministrazione;
b) riutilizzo di software o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione;
c) software libero o a codice sorgente aperto;
d) […]

1-bis. A tal fine, le pubbliche amministrazioni prima di procedere all'acquisto, secondo le procedure di cui al codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, effettuano una valutazione comparativa delle diverse soluzioni disponibili sulla base dei seguenti criteri:

a) costo complessivo del programma o soluzione quale costo di acquisto, di implementazione, di mantenimento e supporto;
b) livello di utilizzo di formati di dati e di interfacce di tipo aperto nonché di standard in grado di assicurare l'interoperabilità e la cooperazione applicativa tra i diversi sistemi informatici della pubblica amministrazione;
c) garanzie del fornitore in materia di livelli di sicurezza, conformità alla normativa in materia di protezione dei dati personali, livelli di servizio tenuto conto della tipologia di software acquisito.

1-ter. Ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1-bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma è effettuata secondo le modalità e i criteri definiti dall'AgID».

[78] Catalogo nazionale programmi riutilizzabili , disponibile sul sito dell'AGID: www.agid.gov.it.

[79] DigitPA, *Linee guida per l'inserimento ed il riuso di programmi informatici o parti di essi pubblicati nella Banca dati dei programmi informatici riutilizzabili*, 2012, in www.agid.gov.it.

L'unico appunto che è stato mosso a questa procedura è che le linee guida pubblicate da AGID risultano molto pesanti e farraginose, difficili da seguire, specialmente per gli enti di piccole dimensioni[80], tanto più che una scorretta o incompleta valutazione comparativa è suscettibile di determinare l'illegittimità della scelta dell'amministrazione (e quindi quella del successivo affidamento), con relativo contenzioso dinanzi al TAR e responsabilità dirigenziale. Colpisce, poi, la scarsa attenzione dedicata al *cloud computing* che, invece, si appresta a diventare una delle principali soluzioni anche per le Pubbliche Amministrazioni: l'impressione che ne deriva, quindi, è di un documento che guarda al passato e non al futuro. È vero che in caso di dubbi le Amministrazioni e le imprese potranno chiedere all'AGID di esprimere un parere (non vincolante) sul rispetto delle norme in materia di valutazione comparativa, ma il ricorso all'AGID rischia di rendere ancora più lunga una procedura che invece dovrebbe essere snella proprio perché volta a riutilizzare programmi già esistenti e di proprietà della PA.
Al di là della validità della procedura, poi, bisogna ammettere che ad oggi, le esperienze di riuso realizzate sia dal punto di vista dei numeri sia da quello dell'efficacia non sono state in linea con le aspettative[81]. Le ragioni sono essenzialmente legate alla mancata disponibilità di prodotti software adattabili - i fornitori sono i veri protagonisti - e alla poca attitudine a cooperare tra le varie amministrazioni.

8. I principali portali nazionali di Open Data

La trasparenza, l'*accountability* e la partecipazione sono gli obiettivi fondamentali perseguiti dalla Strategia per la Crescita Digitale Governo italiano. Come più volte è stato ribadito, il principio generale che anima il CAD è che qualunque dato trattato da una pubblica amministrazione deve essere reso accessibile e fruibile, fermo restando il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali. Per consentire una accessibilità ed una fruizione semplice ed immediata dei dati resi disponibili da parte della PA, l'AGID ha promosso la creazione di alcuni portali:

il portale ufficiale degli Open Data in Italia, dati.gov.it, è il catalogo nazionale dei metadati relativi ai dati rilasciati in formato aperto dalle pubbliche amministrazioni italiane. Il Portale è promosso dal Governo Italiano, è stato istituito nel 2011 ed è gestito dall'Agenzia per l'Italia digitale con il supporto di FormezPA. Nel corso degli anni il portale

[80] Sul punto vale la pena leggere l'interessante articolo di E. Belisario, *Le norme per il software libero nella Pa, pro e contro*, gennaio 2014, in www.agendadigitale.eu.

[81] Si veda, sul punto, S. Rinaldi, *Il riuso dei software nel codice dell'amministrazione digitale. Profili operativi e tecnici*, in www.centrostudiamministrazionedigitale.it.

è stato aggiornato varie volte, l'ultima delle quali nel marzo 2017[82] nel corso della prima Settimana dell'amministrazione aperta[83], quando l'AGID ha ripreso -dopo circa un anno di inattività[84]- a fare *harvesting* dai siti della PA ed ha riorganizzato i *dataset* in maniera più semplice e intuitiva, rispettando le classificazioni adottate dalla Commissione europea per il portale www.europeandataportal.eu[85] e ripensando l'intero portale non solo come un catalogo per la ricerca dei *dataset* disponibili ma come una piattaforma collaborativa sul tema dell'Open Data con al centro il "riutilizzo" dei dati stessi. I dati di questo portale sono infatti fruibili gratuitamente e quasi tutti in formato aperto (alcuni sono ancora in PDF o sono immagini)[86]. Vi sono tuttavia alcuni *dataset* che riportano una clausola "non commerciale"; appare chiaro dunque che questi *dataset* non sono pienamente riutilizzabili e -di conseguenza- non sono del tutto aperti. La nuova versione del portale organizza i *dataset* secondo temi, generi, territorio di riferimento e amministrazioni che li hanno rilasciati; i focus, contenitori tematici navigabili in maniera semplificata anche dai non addetti ai lavori, raggruppano *dataset* chiave che vengono aggregati e pubblicati in home page. La classificazione dei *dataset* per temi restituisce 15 cataloghi verticali[87], mentre i filtri per genere sono trasversali alle altre classificazioni e aggregano *dataset* dal contenuto simile. I filtri tecnici permettono una ricerca tramite formati e licenze, quelli per territorio permettono una ricerca per livelli amministrativi, quelli per organizzazione –infine- permettono di condurre la ricerca a partire dal nome dell'amministrazione che ha rilasciato i dati[88]. Non vi è però un *dataset* dei *dataset*, cioè un file statico (da aggiornare in modo periodico, ad esempio giornalmente) con l'elenco di tutto quanto esposto nel catalogo (*dataset*, risorse, organizzazioni, ecc.). Un file di questo tipo sarebbe utile per avere uno *snapshot* dei dataset contenuti nel portale in un dato momento.

Il catalogo dati aperti espone, al momento, 17.899 *dataset* in formato aperto (il target

[82] La nuova versione del Portale nazionale dei dati aperti dati.gov.it, marzo 2017, presente al sito web www.dati.gov.it

[83] Italia OPEN GOV ha lanciato la "Settimana dell'Amministrazione aperta" nel seguente sito web: http://open.gov.it/saa/

[84] Redazione Ondata, *Alcune note sul nuovo dati.gov.it, il portale nazionale dei dati aperti della PA*, in www.blog.ondata.it.

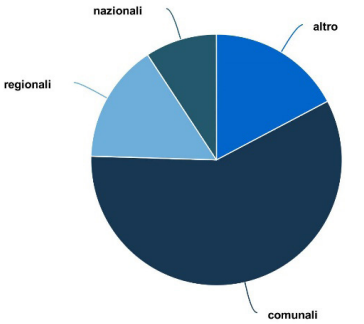
[85] Il Portale europeo degli Open Data (o *Data Store*) (www.europeandataportal.eu) raccoglie i metadati delle informazioni del settore pubblico disponibili sui portali di dati pubblici dei 28 Stati membri dell'UE, del SEE, dei paesi che fanno parte della politica di vicinato dell'UE e della Svizzera. Comprende anche informazioni riguardanti la fornitura di dati e i vantaggi del loro riutilizzo. Lo scopo del portale europeo è di assicurare l'interconnessione e lo scambio dei dati tra i portali nazionali, regionali, locali o di settori specifici ma, per evitare ridondanze, esso raccoglie dati soltanto dai portali nazionali. Al momento, come risulta dalla home page del medesimo sito, l'Italia ha caricato sul portale europeo 36.432 *dataset*, a fronte dei quasi 44.000 *dataset* della Gran Bretagna, degli oltre 200.000 della Germania e dei 340.000 della Repubblica Ceca. La Francia e la Spagna sono invece più indietro, con rispettivamente 29.327 e 27.978 *datasets*.

[86] Sulla differenza tra "formato aperto", "formato proprietario aperto" e "formato chiuso" vedi *supra*, il paragrafo sulla definizione di Open Data.

[87] Agricoltura, pesca, silvicoltura e prodotti alimentari; Economia e finanze; Istruzione, cultura e sport; Energia; Ambiente; Governo e settore pubblico; Salute; Tematiche internazionali; Giustizia, sistema giuridico e sicurezza pubblica; Regioni e città; Popolazione e società; Scienza e tecnologia; Trasporti.

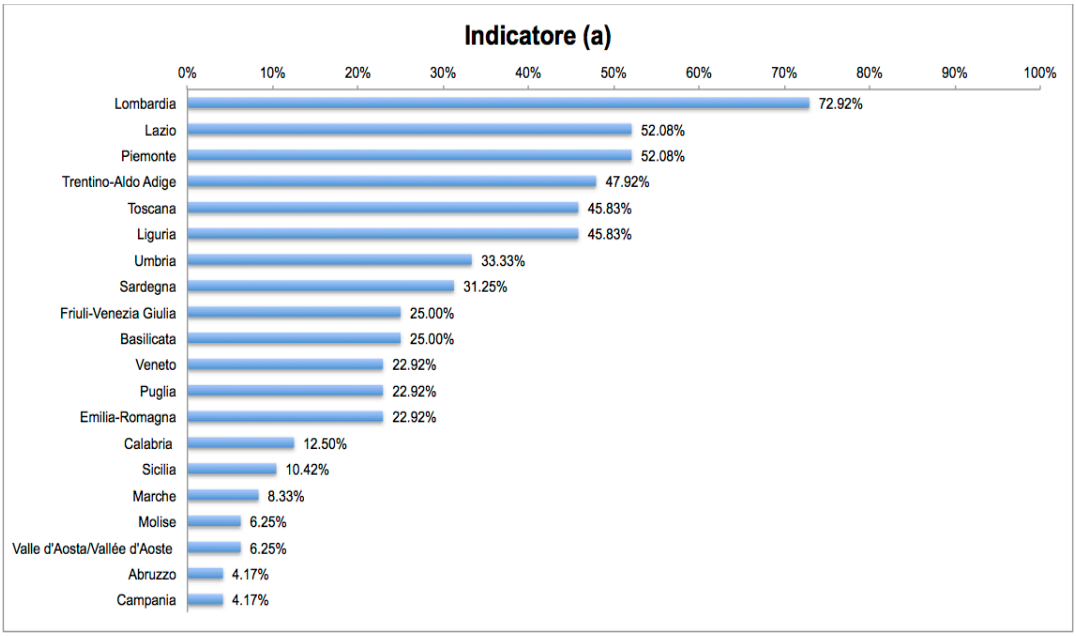
[88] Rapporto *Dati aperti della PA: on line il nuovo portale dati.gov.it*, in www.agid.gov.it .

per il 2018 era 15.000, quello per il 2020 25.000), la maggior parte dei quali proviene dalle amministrazioni comunali.



Numero dei dataset per tipologia di amministrazione

Il seguente grafico (tratto dal Rapporto Annuale -per il 2016- sulla disponibilità di banche dati pubbliche in formato aperto[89]) mostra la percentuale di *dataset* trasmessi dalle regioni in rapporto al numero complessivo di *dataset* in loro possesso, ed evidenzia le regioni più virtuose. Poche Regioni hanno trasmesso circa il 50% dei *dataset* in loro possesso, mentre ce ne sono ben 7 che ne hanno trasmessi meno del 13%.



Vale la pena evidenziare anche i risultati del primo studio sistematico su 200 imprese italiane che utilizzano Open Data nelle loro attività per generare prodotti e servizi e creare valore sociale ed economico[90]. Lo studio è denominato Open Data 200 e mostra che i dati aperti maggiormente utilizzati dalle imprese analizzate sono quelli geospaziali e quelli sulla popolazione, mentre evidenzia che alcune categorie di dati hanno troppi pochi *dataset* (ad esempio i dati sui trasporti). Un altro dato non proprio esaltante riguarda l'utilizzo del portale dati.gov.it, che -pur essendo il portale di Open Data più

[89] AgID, *Rapporto Annuale sulla Disponibilità di banche dati pubbliche in formato aperto e Paniere dinamico di dataset*, in www.dati.gov.it.

[90] Sito ufficiale del progetto "Open Data 200, Italy: http://italy.opendata500.com/it/index.html

usato al pari del portale dell'ISTAT, è utilizzato soltanto da 29 aziende sulle 200 in esame. Ciò è indice di una scarsa informazione sulle potenzialità degli Open Data e forse anche di una scarsa disponibilità di dati in categorie che potrebbero stimolare l'interesse delle imprese.

- la base di dati della PA, di cui si occupano i siti http://elenco-basi-di-dati-chiave.readthedocs.io/it/latest/ e http://basidati.agid.gov.it/catalogo/index.html. Si tratta di un catalogo dei *database* della PA, che rappresenta il punto d'arrivo del processo di raccolta dell'elenco delle basi di dati (e degli applicativi che le utilizzano) effettuato in attuazione dell'art. 24-*quater*, c. 2, del d.l. 90/2014, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114[91] ed è una delle componenti del piano triennale per l'informatica nella PA (2017-2019). Per sua natura, il catalogo è uno strumento volto a facilitare la diffusione e la conoscenza dei dati della PA, soprattutto nell'ottica di favorirne la condivisione (tra pubbliche amministrazioni) e il riutilizzo secondo i principi dell'Open Data: si punta, infatti, a fare in modo che le amministrazioni riutilizzino software e basi dati già utilizzati da altre amministrazioni invece di acquistarle nuovamente. In particolare, per quest'ultimo aspetto, il catalogo consente la ricerca dei dati non ancora resi disponibili per i quali gli interessati possono presentare apposita richiesta all'amministrazione competente, avviando la procedura prevista dall'art. 5, del d.lgs. 36/2006. Il portale suddivide le basi dati e gli applicativi attualmente raccolti in 5 categorie tematiche: Trasporti (che include anche dati relativi in generale alla mobilità); Istruzione, cultura e sport (che include anche il turismo); Economia e finanze; Giustizia, sistema giuridico e sicurezza pubblica; Regioni e città.

ultimo, ma non meno importante è il Repertorio Nazionale dei Dati Territoriali – "RNDT", ossia il catalogo nazionale dei metadati riguardanti i dati territoriali e i servizi ad essi relativi disponibili presso le pubbliche amministrazioni. I dati territoriali costituiscono l'elemento conoscitivo di base per tutte le politiche per la gestione del territorio. La conoscenza del mondo reale, nei suoi aspetti, è determinante sia come strumento di sviluppo sia come supporto alle decisioni in campi come le politiche di sicurezza, la protezione civile, la pianificazione territoriale, i trasporti, l'ambiente. Il grande patrimonio di informazioni territoriali in Italia è

[91] D.l. 90/2014, art. 24-*quater*, c. 2, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114 il quale recita: «Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, comunicano all'Agenzia per l'Italia digitale, esclusivamente per via telematica, l'elenco delle basi di dati in loro gestione e degli applicativi che le utilizzano».

caratterizzato da una significativa frammentazione e da evidenti problematiche di qualità e di coerenza che impattano in modo significativo sui numerosi procedimenti amministrativi che utilizzano tali dati. Al fine di rendere più incisivo il ruolo della pubblica amministrazione in questo settore e di ottimizzare il rilevante patrimonio dei dati territoriali esistenti, l'art. 59 del CAD istituisce il RNDT e lo individua, con il successivo art. 60, come base di dati di interesse nazionale; questo portale è disponibile al sito http://www.rndt.gov.it/RNDT/home/, ed è l'infrastruttura di riferimento per l'erogazione dei servizi di ricerca dei dati territoriali, e relativi servizi, e punto di accesso nazionale ai fini dell'attuazione della direttiva 2007/2/CE (Direttiva INSPIRE[92]) per quanto riguarda i metadati.

L'AGID ha realizzato il portale RNDT interamente con tecnologia *open source* fornendo le due funzionalità tipiche di un servizio di catalogo:

- la consultazione dei metadati, con esclusione di quelli relativi alle nuove acquisizioni[93], è accessibile gratuitamente a tutti (le informazioni relative alle nuove acquisizioni di dati sono invece consultabili solo dalle Pubbliche Amministrazioni accreditate e sono gestite in un'area riservata);
- la gestione dei metadati, riservata alle Pubbliche Amministrazioni accreditate: i metadati sono prodotti dalle singole amministrazioni responsabili dei dati e servizi, che possono effettuare le operazioni di modifica, aggiornamento e cancellazione dei metadati stessi[94].

Il numero complessivo di metadati di dati e servizi territoriali attualmente presenti nel RNDT, secondo il Report n. 14 dell'8 novembre 2016 (http://www.rndt.gov.it/RNDT/home/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=224#report), è 19.308. La maggior parte di questi *dataset* è fornito dall'Agenzia delle Entrate e dalle Regioni (principalmente la Valle d'Aosta ed il Molise). Come per il portale ufficiale dati.gov.it, dunque, risulta chiara la scarsa partecipazione da parte di molte Regioni (ad esempio Campania, Marche, Puglia, Basilicata, Umbria), delle Provincie e dei Comuni.

[92] Ogni paese ha le proprie modalità specifiche per descrivere i propri dati territoriali, ma i soggetti di tali dati, come fiumi, aria, monti, trasporti e così via, non si estendono per i soli confini fisici creati dall'uomo, bensì riguardano più paesi e differenti legislazioni, questo diventa maggiormente evidente in situazioni di crisi. Per questo motivo i maggiori esperti europei hanno lavorato insieme per definire standard comuni per descrivere e condividere i dati territoriali, dando vita ad una legislazione europea chiamata INSPIRE. L'obiettivo di tale direttiva è quello di creare una infrastruttura capace di condividere informazioni territoriali tra le autorità pubbliche europee al fine di permettere ai dati territoriali provenienti dai diversi paesi, di essere trovati, utilizzati e condivisi più facilmente. INSPIRE definisce regole comuni per 34 categorie di dati territoriali tra cui unità amministrative, rete di trasporti, aree protette risorse energetiche e via dicendo.

[93] Repertorio Nazionale dei Dati Territoriali, Catalogo, settembre 2012, in www.rndt.gov.it.

[94] Repertorio Nazionale dei Dati Territoriali, Gestione metadati, luglio 2017, in www.rndt.gov.it.

9. La situazione italiana in rapporto al contesto europeo

A che punto è lo sviluppo degli Open Data nei 28 Stati Membri? A questa domanda è possibile dare una risposta grazie al Rapporto "Open Data Maturity in Europe"[95], pubblicato annualmente dal portale europeo degli Open Data[96]. Si tratta dell'analisi di riferimento per comprendere lo stato di avanzamento e gli impatti che le politiche di Open Data stanno avendo sulla società e sull'economia europea, che rileva il livello di maturità tra gli Stati Membri (più i paesi della European Free Trade Association – "EFTA": Norvegia, Islanda, Liechtenstein, Svizzera) che hanno implementato una politica di Open Data e che dispongono di un portale nazionale dei dati aperti con funzionalità avanzate.

Il primo paese ad avere sviluppato una strategia sugli Open Data ed aver creato un por-tale dedicato è stata la Spagna nel 2009. I paesi europei che hanno lanciato il portale per ultimi sono stati la Repubblica Ceca, l'Ungheria e la Lituania, nel 2015, mentre devono ancora farlo gli altri paesi indicati nella colonna di destra della seguente tabella[97].

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	≥2016
Spain	Slovenia	Belgium		Austria	Bulgaria	Croatia	Iceland
	UK	Estonia		Denmark	Cyprus	Czech Republic	Latvia
		France		Germany	Finland	Hungary	Liechtenstein
		Italy		Greece	Ireland	Lithuania	Luxembourg
		Netherlands		Romania	Poland		Malta
		Norway		Slovakia			
		Portugal		Sweden			
				Switzerland			

In base allo sviluppo delle strategie e del portale Open Data, il rapporto ogni anno ha classificato i vari Paesi europei come "*Trend-setters*", "*Fast-trackers*", "*Followers*" o "*Beginners*"[98]. Nel 2005 il 63% degli Stati Membri poteva venire classificato come *"Beginner*" mentre nessun paese poteva ambire al titolo di "*Trend setter*". Questi numeri sono radicalmente cambiati negli ultimi 10 anni: nel 2015 il 31% dei paesi poteva essere classificato come "*Trend setter*" e soltanto il 19% come "*Beginner*".

Alla sua terza edizione, pubblicata a novembre 2017 e riferita al periodo luglio 2016

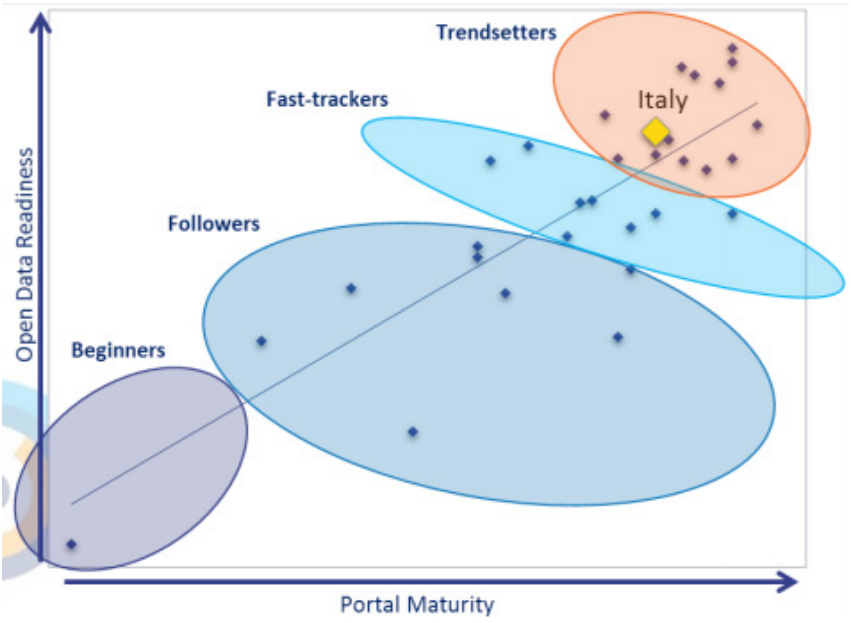
[95] European Data Portal, *Where do the European countries stand with regard to the deployment of Open Data?*, in www.europeandataportal.eu.

[96] Sito ufficiale dello *European data portal*: https://www.europeandataportal.eu.

[97] La tabella è tratta dallo studio *Creating Value through Open Data*, pubblicato dal Portale Open Data europeo nel 2015 in www.europeandataportal.eu.

[98] Nella definizione del Rapporto *Open Data maturity* del 2016: «*Beginners: are in the early stages of their Open Data journey, both in terms of having an Open Data policy present as well as portal features. However, basics around availability, accessibility and portal functionalities are still limited leading to a restricted number of data sets for the public to be re-used. Followers: have successfully developed a basic Open Data policy and have brought in more advanced features on their portal. Limitations still exist in terms of data release restricting the possibility for the public to use and re-use data sets. Fast trackers: have significantly accelerated their Open Data journey, having either a policy or a portal that is substantially developed, however, they still face a small number of shortcomings in reaping the full benefits of either their policy or portal. Leaders – Trend Setters: have implemented an advanced Open Data policy with extensive portal features and national coordination mechanisms across domains*».

– giugno 2017, il rapporto evidenzia che i paesi coinvolti nella rilevazione stanno compiendo notevoli sforzi e ottenendo visibili risultati per migliorare la diponibilità e l'accesso ai dati. Il rapporto ha infatti valutato i paesi europei sia in termini di *Open Data Readiness*, guardando agli impatti delle politiche Open Data, sia in termini di maturità ed evoluzione del portale Open Data nazionale. In generale, i paesi dell'UE ottengono il 72% in termini di disponibilità di dati aperti nel 2017, rispetto al 57% nel 2016 e al 46% nel 2015. Risultati analoghi sono stati rilevati sull'indicatore di maturità del portale, che raggiunge per il 2017 il 76% con un aumento di 10 punti percentuali rispetto al 2016 e un significativo passo avanti rispetto al livello di maturità del 32% rilevato nel 2015. Combinando i due indicatori, l'*Open Data Maturity* in Europa rivela che nel 2015 i paesi dell'UE avevano completato solo il 44% del loro stato di avanzamento sulle politiche di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico attraverso i dati aperti, questa percentuale era aumentata fino al 59% nel 2016 ed ora è di nuovo aumentata fino a raggiungere il 73% nel 2017.
In questa ultima edizione del rapporto, peraltro, l'Italia guadagna diverse posizioni rispetto al 2016 collocandosi tra i "*Trend-setters*" (mentre lo scorso anno figurava tra i "*Followers*"), cioè i paesi che sono stati in grado di implementare una politica di Open Data strutturata.



Diverse le azioni che hanno portato l'Italia a questo risultato, tra cui si evidenzia il lavoro di collaborazione svolto all'interno del Comitato di Pilotaggio per il coordinamento degli interventi OT11 (rafforzamento della capacità istituzionale e amministrativa) e OT2 (attuazione dell'Agenda Digitale)[99], le azioni specifiche previste nel Piano Triennale per l'informatica nella PA nel più ampio contesto della Strategia per la crescita digitale ed il rilascio della nuova versione del portale nazionale Dati.Gov.it avvenuto a marzo 2017. Il passaggio alla nuova versione del portale, infatti, costituisce un'azione particolarmente rilevante che peraltro, a differenza dello scorso anno, ha consentito di valorizzare diverse variabili che impattano sul *Portal maturity*.

[99] http://www.funzionepubblica.gov.it/capacita-amministrativa/comitato-di-pilotaggio.

Altro elemento di rilievo, nel contesto delle attività che hanno avuto un impatto signi-ficativo sulla rilevazione condotta dal portale europeo dei dati, è rappresentato dall'In-dagine sul grado di maturità degli Open Data e sullo stato di attuazione della direttiva PSI attraverso la quale è stato possibile raccogliere diverse informazioni significative che hanno positivamente impattato sulla rilevazione europea. In particolare con riferi-mento ai portali locali, ai casi di riuso, alle politiche di costo, ecc.. Sicuramente questa prima indagine ha visto coinvolte un numero limitato di amministrazioni, ma nel com-plesso un buon riscontro da parte delle amministrazioni regionali (18 su 21, comprese le province autonome).
Infine, il rapporto ricorda l'attività di diffusione e promozione della cultura dei dati aperti sul territorio nazionale, condotta attraverso i contenuti redazionali del portale nazionale e, più significativamente mediante i seminari online, gratuiti e aperti a tutti. Tra questi, in particolare, vanno evidenziati quelli sulla gestione degli Open Data nelle Regioni, promossi da AGID, nonché quelli rivolti ad evidenziare il riuso dei dati, incentrati sulla nota indagine Open Data 200 - Italia, il primo studio indipendente e sistematico sulle imprese italiane che utilizzano Open Data, riportato nella versione integrale del Report 2017 come esempio sulla valutazione dei benefici dell'Open Data a livello micro-economico.
I dati del rapporto Open Data Maturity in Europe 2017 sono consultabili attraverso la *dashboard* Open Data in Europe[100] sul Portale europeo dei dati.

10. Conclusioni

Le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno portato alla fron-tiera di una nuova rivoluzione industriale basata sulle informazioni digitali. Ciascun individuo, nella quotidianità delle proprie attività, nonché attraverso i processi industriali, genera involontariamente una straordinaria quantità di dati, i quali a loro volta favoriscono lo sviluppo di nuovi prodotti e servizi e ciascuna amministrazione ha il potere di immagazzinare questi dati e di utilizzarli per migliorare i rapporti con i cittadini stessi, per diventare più efficiente e per orientare le proprie decisioni in maniera più consapevole.
Il rapporto "Creating Value through Open Data" dello European Data Portal ha mostrato come gli Open Data rappresentino una risorsa di enorme valore[101], capace di accrescere notevolmente il benessere di un Paese; ma affinché ciò accada, stante la frammentarietà che caratterizza il territorio italiano e quello europeo, vi è la necessità di una politica unitaria e di coesione, che coordini le attività e i processi di digitalizzazione nonché le attività di raccolta e di gestione dei dati.
Invero, come evidenziato dal rapporto "Open Data maturity in Europe" del 2017, negli ultimi mesi l'Italia sembra aver messo in piedi un numero di attività che la

[100] European Data Portal, *Open Data in Europe, Dashboard*, in www.europeandataportal.eu.

[101] Sebbene creare e mantenere infrastrutture di dati può risultare oneroso, è anche vero che nel medio termine i benefici, diretti e indiretti, nell'uso e ri-uso dei dati superano notevolmente il costo dell'investimento iniziale.

proiettano nel gruppo di testa tra gli Stati europei, tra quelli cioè che sono stati in grado di implementare una politica di Open Data avanzata e ben coordinata tra tutti gli attori che operano sul territorio nazionale e che dispongono di un portale nazionale dei dati aperti con funzionalità avanzate.

L'analisi delle previsioni normative italiane che riguardano gli Open Data ha mostrato come il CAD, giunto alla sua sesta revisione, abbia ormai raggiunto un buon grado di sviluppo e che, almeno da un punto di vista formale, abbia portato la normativa nazionale in linea con quella europea, tanto sul versante delle definizioni e degli obblighi nei confronti delle pubbliche amministrazioni, quanto sulle previsioni normative in termini di riuso, di interoperabilità e così via. Certo, come è stato ricordato nel capitolo sul CAD, non mancano coloro che attribuiscono grosse pecche e lacune anche all'ultima versione del Codice, quella del d.lgs. 179 del 26 agosto 2016, entrato in vigore il 14 settembre 2016: le critiche che sembrano più rilevanti riguardano il richiamo eccessivamente frequente all'art. 71, che rimanda a regole tecniche da predisporre a cura dell'AGID ed in assenza delle quali molte previsioni del Codice sono difficili da attuare; la scarsa integrazione tra il Codice e le altre disposizioni su cui esso dovrebbe andare ad incidere; la difficoltà di attuare l'informatizzazione della PA «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (frase che il Codice ripete in più occasioni) e, soprattutto, la penuria di sanzioni efficaci per le amministrazioni inadempienti.

È stato anche evidenziato che è atteso a breve un ulteriore aggiornamento del CAD, già approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione dell'11 dicembre 2017, recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, recante modifiche e integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n 82», ma di cui non si conosce ancora il testo. C'è da augurarsi che questo aggiornamento, di cui sono trapelate soltanto alcune indiscrezioni, tenga nella giusta considerazione le menzionate preoccupazioni degli esperti.

Vi sono poi alcune considerazioni finali da fare, in merito ai dati presenti nei portali ed al coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni periferiche: innanzi tutto è stato ricordato come i portali principali degli Open Data italiani, dati.gov.it e rndt.gov.it (il database dei dati territoriali), contengano ancora *dataset* in formato non *open source*, *dataset* che riportano la clausola "non commerciale" ed altri *dataset* accessibili soltanto alla PA. Appare chiaro dunque che questi *dataset* non sono pienamente accessibile e neppure riutilizzabili, come invece previsto dalla normativa in vigore. Inoltre, come è emerso anche dal rapporto *Open Data Maturity in Europe* e dalla citata indagine *Open data 200*, vi sono interi settori della pubblica amministrazione (per lo più le amministrazioni locali ed i settori quali i trasporti, l'agricoltura, l'intrattenimento ecc.) che non rendono disponibili i loro dati. Questa situazione, certamente preoccupante (i dati territoriali in Italia costituiscono l'elemento conoscitivo di base per tutte le politiche per la gestione del territorio), è probabilmente dovuta al fatto che le previsioni del CAD relative all'*enforcement* non sono particolarmente severe (sanzioni più dirette e appropriate potrebbero garantire un maggior adeguamento da parte delle PA) ed al fatto che è evidentemente più difficile coinvolgere nel progetto Open Data le amministrazioni regionali e locali.

L'implementazione dell'Agenda Digitale Italiana richiede il coordinamento di molteplici attori in virtù della significativa frammentazione che caratterizza il Paese: fino ad ora gli interventi in materia digitale sono il frutto di supporti decisionali provenienti principalmente dai livelli centrali, nonché dal mondo delle imprese e della società civile, ma hanno riscosso poco interesse da parte delle amministrazioni decentrate, che risentono maggiormente di difficoltà organizzative e finanziarie[102]. Questa frammentarietà rende difficile un approccio incisivo della Pubblica Amministrazione ed ottimizzare tale patrimonio informativo.
Ultimate le basi normative e formali per permettere un adeguato sviluppo della trasformazione digitale, vi è dunque la necessita di accelerare lo sviluppo del processo di digitalizzazione attraverso l'innovazione dei rapporti cittadini/imprese con la pubblica amministrazione, il rafforzamento del c.d. "sistema delle competenze" del paese per favorire la diffusione della cultura digitale[103] e la promozione della formazione di una coscienza digitale in grado di accrescere la fiducia nell'innovazione e cogliere il valore degli Open Data anche all'interno delle amministrazioni decentrate.

[102] Per esempio, tutti i Comuni italiani hanno un sito internet, ma solo il 20% di essi eroga servizi completamente online.

[103] *Strategia per la crescita digitale 2014 -2020*, in www.agid.gov.it .

Google's antitrust woes around the world

Elena Perotti

Abstract

In this paper, the author analyses the last seven years of the European Commission's antitrust proceedings involving Google (AT.39.740). She reports on the search giant's negotiations with Vice-President Joaquín Almunia between 2010 and 2014, and then on the current status of the procedure under Margrethe Vestager.
The essay details the position of news media publishers regarding the European case in particular, and Google and antitrust in general. The author concludes with an overview of the antitrust probes in Google's business practices the world over.

Keywords: Google, Antitrust, Vestager, Almunia, European Commission

Sommario

1. 2010-2014: Opening of the European investigation. - 2. The EU Commission's Statements of Objections. - 2.1. April 2015: comparison shopping. - 2.2. April 2016: Android. - 2.3. July 2016: Google Advertising and a supplementary SO on comparison shopping. - 3. June 2017: the (first?) EU fine and rumours of the next. - 4. The position of newspaper publishers. - 4.1. In Europe. - 4.2. Around the world. - 4.3. US publishers seek antitrust exemption to compete with tech giants. - 5. International outlook: an overview of antitrust cases brought against Google around the world. - 5.1. 2012: India - 5.2. 2013: Brazil. - 5.3. 2013: United States of America. - 5.4. 2015: Russia. - 5.5. 2016: South Korea. - 5.6. 2016: Canada.

1. 2010-2014: Opening of the European investigation

On 30 November 2010, the European Commission announced its decision to open an antitrust investigation into allegations that Google Inc. «has abused a dominant position in online search, in violation of European Union rules»[1]. The antitrust enquiry followed formal complaints by competing companies Ciao, Foundem and ejustice.fr. The legal basis for the Commission's decision was Article 11(6) of Council Regulation No 1/2003[2] and article 2(1) of Commission Regulation No 773/2004[3].

On 21 May 2012, Vice-President Joaquín Almunia issued a statement[4] expressing four main concerns regarding Google's business practices that might violate EU antitrust rules and that had emerged from the market investigations conducted since 2010:

1. The more favourable treatment, within Google's general web search results, of its own content and its own vertical search services[5].

[1] Press Release IP/10/1624, at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm

[2] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Chapter IV "Cooperation", Article 11: «Cooperation between the Commission and the competition authorities of the Member States […] 6. The initiation by the Commission of proceedings for the adoption of a decision under Chapter III shall relieve the competition authorities of the Member States of their competence to apply Articles 81 and 82 of the Treaty. If a competition authority of a Member State is already acting on a case, the Commission shall only initiate proceedings after consulting with that national competition authority».

[3] Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Chapter II "Initiation of Proceedings", Article 2: «Initiation of proceedings 1. The Commission may decide to initiate proceedings with a view to adopting a decision pursuant to Chapter III of Regulation (EC) No 1/2003 at any point in time, but no later than the date on which it issues a preliminary assessment as referred to in Article 9(1) of that Regulation or a Statement of Objections or the date on which a notice pursuant to Article 27(4) of that Regulation is published, whichever is the earlier».

[4] Joaquín Almunia, Speech 12/372 at http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-372_en.htm

[5] Specialised, or vertical, search sites are search engines that let users search specifically in a particular domain. Joaquín Almunia, Speech 12/372 (supra, note 4) : «Vertical search services are specialised search engines which focus on specific topics, such as for example restaurants, news or products». Examples: Google Shopping and its competitors Amazon, eBay or Foundem; Google Local and its competitor Yelp; and Google Travel and its competitors Tripadvisor, Kayak, Opodo and Expedia. "Horizontal" or general search engines are instead for example Google, Yahoo!, Bing and DuckDuckGo.

2. The use of third-party content by Google without prior consent (known as "scraping"), for the benefit of its own vertical search services[6].
3. Advertising exclusivity: exclusivity agreements obliging third-party web sites to obtain all or most of their online search advertisements from Google, thus shutting out competing providers of search-advertising intermediation services.
4. Undue restrictions on advertisers: contractual restrictions on the transferability of online search-advertising campaigns to rival search advertising.

Almunia concluded his statement announcing that he had asked Google, in the person of Executive Chairman Eric Schmidt, to propose remedies to these points that would allow the matter to be solved through a "commitment decision" – pursuant to Article 9 of the EU Antitrust Regulation[7] – while avoiding the formal proceedings of a Statement of Objections[8]. The commitment decision is an enforcement instrument primarily designed to restore effective competition. It allows the Commission to conclude cases by rendering commitments offered by a company legally binding[9]: the decision does not conclude whether EU antitrust rules have been infringed, but does legally bind the company to respect the commitments.

In March 2013, the Commission formally notified Google of its preliminary assessment that the four concerns outlined above constituted abuses of a dominant position[10].

Between then and February 2014, Google presented to the Commission two sets of commitments to address the four specific areas of antitrust concern. On each occasion, technical discussions and market tests/consultations were conducted, and complainants, third parties and members of the public were invited to comment. In both cases the Commission returned negative feedback to Google.

---

[6] Joaquín Almunia, Speech 12/372: «Google may be copying original material from the websites of its competitors such as user reviews and using that material on its own sites without their prior authorisation. In this way they are appropriating the benefits of the investments of competitors [...] This practice may impact for instance travel sites or sites providing restaurant guides».

[7] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Chapter III Commission Decisions, Article 9: «Commitments. 1. Where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings. Such a decision may be adopted for a specified period and shall conclude that there are no longer grounds for action by the Commission».
2. The Commission may, upon request or on its own initiative, reopen the proceedings: (a) where there has been a material change in any of the facts on which the decision was based; (b) where the undertakings concerned act contrary to their commitments; or (c) where the decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties.

[8] A Statement of Objections serves the purpose of officially informing the parties of the objections raised against them. For more details see footnote (4) above.

[9] See *Antitrust Manual of Procedures*, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU, Module 16 "Commitment decision", March 2012, at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf

[10] *European Commission, Antitrust: Commission Seeks Feedback on Commitments Offered by Google to Address Competition Concerns* (Press Release IP/13/371, 25 April 2013). The prohibition of abuses of dominant positions is provided for in Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, [2008] OJ C 115/47.

On 5 February 2014, Almunia announced he had obtained from Google a third, improved commitments proposal in the context of the ongoing antitrust investigation into online search and search advertising. As a proposal aimed at addressing the first of the Commission's concerns, Google vowed to guarantee that the services of three rivals would be displayed alongside and in a comparable way to its own specialised services (e.g. for consumer products, hotel rooms, restaurants etc). The Commission's press release[11] indicated that Google had already made significant concessions on the other three concerns raised by the Commission. In particular:

- On Commission's concern no. 2: Google would give content providers an extensive opt-out from the use of their content in Google's specialised search services if they so wish, without being penalised by Google.
- On Commission's concern no. 3: Google would remove exclusivity requirements in its agreements with publishers for the provision of search advertisements; and
- On Commission's concern no. 4: Google would remove restrictions on the ability for search-advertising campaigns to be run on competing search-advertising platforms.

The Commission concluded its press release announcing that the complainants in this case would soon be informed of the reasons why the Commission believed that Google's offer was capable of addressing the Commission's concerns. The complainants would then have the opportunity to make their views known to the Commission before a final decision was made on whether to make Google's commitments legally binding on the company.

Before summer 2014, the complainants received the pre-rejection letters from DG Competition, which aimed at detailing the reasons why the Commission did not intend to conduct a further investigation under Article 7 of Council Regulation (EC) No 1/2003[12].

The complainants had to respond to these pre-rejection letters in the course of July.

The opposition of interested parties to the solution of the Google antitrust case on the basis of this last set of commitments was extremely strong. In addition, the company was at the time facing bad publicity related to the Google Streetview and National

[11] Joaquín Almunia, "Statement on the Google Investigation" (SPEECH/14/93, 5 February 2014); see also European Commission, "Antitrust: Commission Obtains from Google Comparable Display of Specialised Search Rivals' (Press Release IP/14/116, 5 February 2014) and the accompanying MEMO/14/87, at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm?locale=en

[12] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty Chapter III Commission Decisions, Article 7: «Finding and termination of infringement 1. Where the Commission, acting on a complaint or on its own initiative, finds that there is an infringement of Article 81 or of Article 82 of the Treaty, it may by decision require the undertakings and associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end. For this purpose, it may impose on them any behavioural or structural remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement effectively to an end. Structural remedies can only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy, or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy. If the Commission has a legitimate interest in doing so, it may also find that an infringement has been committed in the past. 2. Those entitled to lodge a complaint for the purposes of paragraph 1 are natural or legal persons who can show a legitimate interest and Member States».

Security Agency scandals, as well as concerns over privacy and its tax affairs. These circumstances prompted politicians to cast themselves as opponents of Google. In this complex scenario, Almunia was unable to finalise the Google commitments during his term as a Commissioner.

2. The EU Commission's Statements of Objections

2.1. April 2015: comparison shopping

In November 2014, Danish politician Margrethe Vestager assumed office as the new Competition Commissioner. That month, the European Parliament passed a non-binding resolution, calling on the Commission «to enforce EU competition rules decisively and to consider proposals aimed at unbundling search engines from other commercial services». The Parliament moreover recommended that «indexation, evaluation, presentation and ranking by search engines must be unbiased and transparent»[13].

On 15 April 2015, the Commission sent a Statement of Objections (SO) to Google on its comparison-shopping service, «outlining the Commission's preliminary view that the company is abusing a dominant position, in breach of EU antitrust rules, by systematically favouring its own comparison-shopping product in its general search-results pages in the European Economic Area»[14]. At the same time, the Commission opened a separate antitrust investigation into Google's conduct as regards the mobile operating system Android[15].

The Statement of Objections related to the first of the Commission's original concerns – Google's alleged preferential treatment of its own shopping results on general web search-results pages. The Commission nevertheless specified that the other three concerns ("scraping," advertising exclusivity and undue restrictions on advertisers) were still under investigation, the outcome of which would not be prejudiced by the SO on comparison shopping.

After declaring that Google indeed held a dominant position in online search throughout Europe, the Commission detailed its preliminary conclusions on the case, essentially declaring that since 2008 Google had been favouring its own comparison-shopping services by prioritising such results in search pages, while applying a system of penalties to competitors. Moreover, the Commission claimed that «Google's conduct has a negative impact on consumers and innovation. It means that users do not necessarily see the most relevant comparison-shopping results in response to their queries, and that incentives to innovate from rivals are lowered as they know that however good their product, they will not benefit from the same prominence as Google's product».

The SO constituted a formal step in the investigations into suspected violations of

[13] European Parliament, Resolution on Supporting Consumer Rights in the Digital Single Market (2014/2973(RSP)), B8-0286/2014, 27 November 2014, [15]–[18].

[14] http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm

[15] http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm

EU antitrust rules, and served the purpose of officially informing the parties of the objections raised against them. Google now had the opportunity to exercise its right of defence by replying in writing and requesting an oral hearing.
Google's immediate answer to the SO was published on its official blog, under the title "The search for harm"[16]. In the article, Google provided facts and numbers sustaining its thesis that the vast majority of its European users choose Google because of the quality of its products and its constant innovation.
In July, the European Parliament's Research Service published a briefing to provide MEPs and parliamentary staff with background on the ongoing Google antitrust proceedings[17].
Google filed its official response to the SO on 27 August 2015, and reported on its content in an article[18] published on its official blog. «We believe that the SO's preliminary conclusions are wrong as a matter of fact, law, and economics. We look forward to discussing our response and supporting evidence with the Commission, in the interest of promoting user choice and open competition».

2.2. April 2016: Android

In the first half of April 2016, rumours started spreading about the European Commission's intention to file an antitrust complaint against Android.
As Politico[19] noted, the case had the potential to be even scarier for Google than the then six-year-long litigation over the search engine. With sales of smartphones in 2015 beating those of computers by 500%, an action against Android was likely to cripple Google's business strategy, which largely focused on mobile development.
On 20 April, the European Commission indeed sent a Statement of Objections to Google[20]. With about 80% of smart mobile devices in the world running Android[21], the constraints that Google allegedly imposes on manufacturers and mobile network operators were found to be in breach of EU antitrust law.
Google Play, which stocks more apps than the Apple store and four times more than Amazon, was at the core of the complaints. Because of this wealth of apps and of the popularity of the Android operating system, Google Play appears to be an essential service to most phone manufacturers, but Google allows access to Google Play only when the other proprietary services are installed, namely email, maps and

[16] http://googleblog.blogspot.be/2015/04/the-search-for-harm.html

[17] http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/565870/EPRS_BRI(2015)565870_EN.pdf

[18] http://googlepolicyeurope.blogspot.fr/2015/08/improving-quality-isnt-anti-competitive.html

[19] http://www.politico.eu/article/why-margrethe-vestagers-android-case-is-googles-worst-nightmare/

[20] European Commission, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on Android Operating Systems and Applications*, Press Release, IP/16/1492, at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_en.htm

[21] Fun fact: Apple's iOS holds only 18% of the world market, but in 2015 it had collected 84% of the global profits (source John Gapper, footnote 24).

search. Under special scrutiny were the licensing agreements that Google signs with manufacturers of mobile phones intended to run Android. In those contracts, the fact that Google search be pre-installed and set as default search engine was conditional to being granted access to Play Store.
In addition, in the view of the Commission, Google had breached EU antitrust rules by «preventing manufacturers from selling smart mobile devices running on competing operating systems based on the Android open source code; giving financial incentives to manufacturers and mobile network operators on condition that they exclusively pre-install Google Search on their devices».
Google published its reaction on its Europe blog[22], in an article signed by Kent Walker, its Senior Vice-President & General Counsel. Walker countered Vestager's claims, pointing out that pre-loaded apps include products from its competition, such as Facebook and WhatsApp, and that users are free to personalise their devices. He added that "Android is free for manufacturers to use" and that at Google «we offset our costs through the revenue we generate on our Google apps and services we distribute via Android».
For further analysis, Financial Times journalist John Gapper explained how Android had managed to gain control of 80% of the world mobile-search market without yet facing antitrust charges[23]. He drew an insightful parallel between Google's and Microsoft's EU troubles, and explained that the secret is «a masterpiece of craftiness, a case fit for a business-school study of how to advance without appearing to attack».

2.3. July 2016: Google Advertising and a supplementary SO on comparison shopping

On 14 July 2016, the European Commission opened its third investigation on Google's business practices, focusing this time on Advertising, after Google Search and Android[24]. This marks the first time Brussels had three simultaneous sets of charges against the same company.
The Statement of Objections related to the Commission's preliminary view that Google has consistently engaged in practices aimed at protecting its dominant position in online search advertising.
Through its "AdSense for Search" platform, Google acts as an intermediary and places advertising onto third-party websites, for example retailers or newspapers. Interested websites sign up to AdSense and insert a string of HTML into their pages, which prompts the appearance of ads that are relevant to the content of the host site. Advertisers then bid for the ad space in the publisher's website in a real-time auction, and the publisher receives payments upon views and clicks, after a minimum amount is

[22] http://googlepolicyeurope.blogspot.fr/2016/04/androids-model-of-open-innovation.html

[23] https://www.ft.com/content/53d919a0-063a-11e6-9b51-0fb5e65703ce

[24] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm

accrued[25].

The Commission estimated Google's market share in search advertising intermediation in the European Economic Area (EEA) to represent around 80% over the last ten years. A large proportion of Google's revenue from this business comes from its relationship with a limited number of "Direct Partners". The agreements tying these to AdSense are what prompted the Commission to claim an abuse of dominant position, in that the third parties were "artificially restricted" from displaying competitors' ads. These contracts provide in fact for a variety of limitations, including exclusivity and/or premium placement for Google search ads, and an obligation to seek Google's authorisation before displaying competing ads.

On the same date, the Commission also issued a supplementary Statement of Objections on the comparison-shopping probe that started in April 2015. The function of this second SO was to reinforce the original one, following Google's response on 27 August 2015 and pursuant to additional evidence.

One last important note: July 2016 is when the Commission brought Alphabet into the antitrust proceeding, notifying the two SOs to this entity in addition to Google. The parent company was created in October 2015, after the investigation had started.

3. June 2017: the (first?) EU fine and rumours of the next[26]

On 27 June 2017, the European Commission delivered its decision on the first antitrust probe from April 2015: «Google's practices amount to an abuse of Google's dominant position in general internet search, thereby stifling competition in comparison-shopping markets»[27].

After a seven-year probe, the European Commission fined Google 2.42 billion euros – a little more than Alphabet's fortnightly turnover[28] - for abuse of its dominant position in search with regard to comparison-shopping services. The fine is impressive: back in 2005, the "exemplary" antitrust fine for Microsoft amounted to 497 million euros. According to our senior accountant, this means that, taking inflation into account, Google was still fined 4.34 times more: this notwithstanding the fact that, according to commentators such as John Gapper, Google learned from Microsoft's European misadventures, and cleverly fine-tuned its business practices accordingly[29].

Google has 90 days to cease the illegal practices and start ensuring equal treatment to competitors in its search results, or face heavy penalty payments. The EU's competition commissioner Margrethe Vestager argued that «Google abused its market dominance as a search engine by promoting its own compar-

[25] https://www.google.com/adsense/start/how-it-works/#/

[26] Russia was in fact the first country to impose a fine on Google for antitrust violations. See below.

[27] http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_en.htm

[28] https://www.ft.com/content/c4ac383a-5295-11e7-a1f2-db19572361bb

[29] https://www.ft.com/content/53d919a0-063a-11e6-9b51-0fb5e65703ce

ison-shopping service in its search results and demoting those of competitors». Only the day before the decision was made public, major US companies - including WAN-IFRA member News Media Alliance, a US publishers' trade association[30] - wrote a letter sustaining the EU Commission initiative, and rejecting widespread allegations that the European probe was fuelled by anti-Americanism. «As US companies, we wish to go on record that enforcement action against Google is necessary and appropriate, not provincial», the letter read[31].

At the beginning of July 2017, Reuters reported that EU antitrust officials had set up an expert panel to give an opinion on the Android antitrust case, potentially paving the way for a decision against Google on the charge by the end of the year[32]. EU regulators are thus rumoured to be "weighing another record fine" when they conclude what is arguably the most damaging of the antitrust probes underway against Google in the EU.

4. The position of newspaper publishers

4.1. In Europe

AEDE (the Spanish Association of Daily Newspaper Publishers), BDZV (the Federation of German Newspaper Publishers) and VDZ (the Association of German Magazine Publishers) have been complainants in the Google antitrust case from the beginning.

They steadily refused Google's first two proposals, and launched a proper press campaign against the third. Their efforts were sustained by all the newspaper publisher associations in Europe, through the coalition of the European Magazine Media Association (EMMA), the European Newspaper Publishers' Association (ENPA), the European Publishers' Council (EPC) and Online Publishers Association Europe (OPA Europe).

On 4 September 2014, the publishers and their trade associations released their response[33] to the third set of Google commitments. In the view of the signatories, the commitments put forward by Google were not addressing the dominant market position of the search engine, and they did not solve the major problem of the «use of unauthorised third-party content, along with their blatant discrimination against search results that are not paid-for, or are not actual, Google services».

The press release and its annex stressed that «the commitments proposed so far would not even remedy the four competition concerns identified by the Commission, let

[30] https://www.newsmediaalliance.org/

[31] https://www.recode.net/2017/6/26/15878518/yelp-oracle-news-corp-letter-supporting-eu-action-against-google-antitrust

[32] http://www.reuters.com/article/us-eu-google-antitrust-exclusive-idUSKBN19Q1RU

[33] https://www.enpa.eu/press-releases/european-press-publishers-urge-the-commission-to-stop-google-s-abusive-promotion-of-its-own-services-and-restore-competition-to-the-digital-economy/

alone address the urgent competition concerns raised in the various complaints»[34]. On the contrary, «accepting these commitments would […] secure Google's dominance in any market it wished to enter, and legalise its anticompetitive conduct».

In parallel to this process, most of the European members publishers' associations conducted a strenuous lobbying campaign with their respective Commissioners, in order to voice their concerns.

In April 2014, Mathias Döpfner, CEO of German publishing house Axel Springer, famously took a personal stand[35] with an open letter to Google's then Executive Chairman Eric Schmidt, published in the Frankfurter Allgemeine Zeitung[36] under the title "Why we fear Google."

One month later, Italian newspaper tycoon Carlo de Benedetti, then President of Espresso Group, voiced his strong support for Döpfner's position in a piece published in both Italian and in English, in La Repubblica and on the Huffington Post website[37].

The settlement of the European antitrust case was also opposed by, among others, French publishing house Lagardère and by Rupert Murdoch's News Corporation, whose European interests include British newspapers The Times and The Sun, as well as The Wall Street Journal Europe.

In April 2015, the European publishers welcomed the Commission's decision to send the first SO to Google with a note from EMMA and ENPA[38].

In their joint letter, the trade associations indicated that in the ongoing competition case, their members specifically called for a ban on «preferential treatment of own services and products within Google's quasi-search monopoly». They also called for «no use of content from press publishers (newspaper, magazine and online publishers) beyond what is truly indispensable for navigation purposes in the horizontal search without prior consent and no preferential treatment of news aggregators compared to online press portals».

EMMA and ENPA released on 28 June 2017 a note applauding the Commission's decision to impose the record fine of 2.42 billion euros on Google for illegal abuse of its dominant position[39].

Auke Visser, President of EMMA, said: «This historic decision against anticompetitive behaviour in the digital markets reinforces the value of Europe's creative-content sector and the significant contributions it makes to Europe's economy. Also Europe's free, independent, diverse and vibrant press needs to be defended against such anti-competitive practices».

---

[34] http://epceurope.eu/wp-content/uploads/2012/03/14-09-04-Publishers-Response-on-Third-Set-of-Commitments.pdf

[35] https://blog.wan-ifra.org/2015/09/09/coming-this-fall-a-redefined-relationship-between-google-and-publishers-courtesy-of-europ

[36] https://www.axelspringer.de/dl/433625/LetterMathiasDoepfnerEricSchmidt.pdf

[37] http://www.huffingtonpost.com/carlo-de-benedetti/why-i-like-mr-dopfner-fea_b_5331756.html [38] https://www.enpa.eu/press-releases/european-press-publishers-welcome-the-commission-s-decision-to-take-action-in-google-anti-trust-case/

[39] http://www.magazinemedia.eu/pr/european-press-publishers-applaud-european-commission-landmark-decision-in-competition-case-against-

Carlo Perrone, President of ENPA, said: «While we are pleased with the outcome announced yesterday afternoon, we will continue closely following the implementation of the Commission's decision. As such, it is crucial that the ongoing procedures against Google are quickly concluded, specifically in relation to the unauthorised use of publishers' content and bundling of Android with other Google services».

4.2. Around the world

In April 2016, News Corp was rumoured to have lodged a new antitrust complaint[40] before the EU Commission against Android. The complaint is alleged to argue that Google's search and news services, which are pre-loaded on Android phones, return enough content scraped from the original source, to prevent users from navigating to the website hosting the piece of news, which results in the publisher losing advertis-ing revenues. The practice results in Google reinforcing its dominance position at the expense of content providers[41]. This was the second complaint filed before the EU Commission by News Corp with regard to Google's alleged antitrust practices, the first one dating back to 2014. Robert Thomson[42], News Corp CEO, wrote to the Commis-sion at the time to say that Google was a «platform for piracy and that "undermining the basic business model of professional content creators will lead to a less informed, more vexatious level of dialogue in our society»

The day before Commissioner Vestager announced her decision to fine Google for its comparison-shopping practices, seven US companies - including News Corp and WAN-IFRA member News Media Alliance (NMA)[43] - wrote a letter[44] to express their support for the Commission's enforcement action against Google. They rejected wide-spread allegations that a decision against Google would be largely motivated by Euro-pean protectionism. They insisted that «Google operates on a global scale and across the entire online ecosystem, destroying jobs and stifling innovation» and wished that «counterparts in the United States will use this as an opportunity to address similar anticompetitive conduct by Google».

4.3. US publishers seek antitrust exemption to compete with tech giants

David Chavern, President and CEO of NMA, published an opinion piece in The

[40] http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-18/news-corp-adds-to-google-s-antitrust-woes-over-android-search

[41] https://www.wsj.com/articles/news-corp-files-formal-complaint-to-eu-over-google-1460972405

[42] https://www.theguardian.com/technology/2014/sep/18/google-news-corp-piracy-platform-european-commission?CMP=twt_gu

[43] https://www.newsmediaalliance.org/

[44] https://www.recode.net/2017/6/26/15878518/yelp-oracle-news-corp-letter-supporting-eu-action-against-google-antitrust

Wall Street Journal on 9 July 2017[45], taking a position that is certainly original in this debate. The article, strikingly titled "How antitrust undermines press freedom", argues that Facebook and Google's dominant position in the online-ads market is a call for the content industry to come together to negotiate better deals with the "duopoly". He adds that this solution is presently made illegal by existing antitrust laws, originally intended to prevent monopolies.

In Chavern's vision, a unified front of publishers would enable the content industry to negotiate «stronger intellectual-property protections, better support for subscription models and a fair share of revenue and data», resulting in the creation of a more sustainable future for the news business. NMA therefore calls for «a new law granting a limited safe harbour under antitrust for publishers to negotiate collectively with dominant online platforms. This would grant media organisations the flexibility to expand innovative digital models of news distribution, while also giving them more ways to sustain high-quality journalism». Chavern concludes noting that an antitrust safe harbour would probably not be necessary if the US authorities had followed the example of their counterparts in the European Union and pursued proper investigations of anticompetitive practices in the online-ads market[46].

News Corp said in a statement that it supported the effort to «focus the public and Congress on the anticompetitive behaviour of the digital duopoly, especially as it adversely affects the news and information businesses»[47]. Mark Thompson, the chief executive of The New York Times, said that «the temperature is rising in terms of concern, and in some cases anger, about what seems like a very asymmetric, disadvantageous relationship between the publishers and the very big digital platforms».

5. International outlook: an overview of antitrust cases brought against Google around the world[48]

5.1. 2012: India

The New York Times noted that India became an increasingly important market for tech giants such as Facebook and Google, which find themselves largely shut out from China, and to some extent from Russia too[49]. The paper points out how Sundar

[45] https://www.wsj.com/articles/how-antitrust-undermines-press-freedom-1499638532

[46] For an in-depth analysis of the background of the NMA move and a wealth of opinions on what comes next, see Ken Doctor's piece: http://www.niemanlab.org/2017/07/newsonomics-for-the-newspaper-industrys-next-feat-can-it-get-donald-trump-to-give-it-antitrust-protection/#disqus_thread

[47] https://www.nytimes.com/2017/07/09/business/media/google-facebook-news-media-alliance.html

[48] For a great timeline of Google's antitrust cases around the world, consult this article from Reuters : http://www.reuters.com/article/us-eu-google-timeline-idUSKCN0XG22N

[49] http://www.nytimes.com/2015/09/02/technology/google-antitrust-investigations-spread-across-the-globe.html

Pichai, an Indian national, was appointed Google CEO in August 2015; he recently joined Al-phabet's board of directors. The Times also mentions the big push that Google made with Android One, the initiative launched in India three years ago – which has since failed – that aimed to make smartphones for less than $50, in an attempt to tap India's rising community of first-time mobile personal computers users.

Google faced accusations in India from matchmaking website BharatMatrimony and from the watchdog Consumer Unity & Trust Society.
The Competition Commission of India (CCI) investigated Google's practices for almost three years, before announcing in August 2015 its finding that the American company is abusing its dominant position[50]. The CCI report was not made public, but it allegedly argued that Google artificially ranked its own services higher than those of competitors, both in web search and in search advertising.
The report is rumoured to total approximately «6,000 pages including annexures, including more than 2,000 pages of responses submitted by Google alone»[51]. The Indian case also had a complicated intellectual-property side. In the report, the CCI director general indicated that «Google is found to be abusing its dominance in online web search and online search advertising markets, to impose unfair conditions on the trade-mark owners (particularly those who have notified their trademarks to Google) whose trademarks are being allowed to be bid as keywords by third parties in online search ad-vertising». Specifically, a search for complainant's BharatMatrimony trademarked name on Google would bring up advertisements for competing matrimonial sites above the search results.
Google had until 10 September 2015 to respond on the report, and a hearing was scheduled for 17 September. The CCI has the power to impose a fine of up to 10 per-cent annual revenues, averaged over a three-year period.
Our research returned no more recent information on the case, which we assume is ongoing.

5.2. 2013: Brazil

In 2013, Microsoft and local Google competitors Buscapé and Bondfaro lodged various complaints against Google with the Brazilian antitrust authority (the Administrative Council for Economic Defense – CADE). One of the accusations was that some of the provisions in AdWords contracts prevented advertisers from investing on other search engines. CADE also started investigations on claims of self-preferencing practices in search results, and of unfair scraping of competitors' content[52].
In May 2015 Microsoft dropped its case against Google, consistent with an agreement reached by the two companies to «move on from their regulatory fights while contin-

[50] http://in.reuters.com/article/google-india-competition-cci-idINKCN0R136B20150901

[51] For a colourful but complete account: http://www.legallyindia.com/litigation-arbitration-disputes/google-cci-everything-you-need-to-know-20150902-6533

[52] http://www.reuters.com/article/us-google-brazil-idUSBRE99A0JM20131011

-uing to compete in the marketplace»[53].
Microsoft's withdrawal from the case notwithstanding, CADE confirmed that its anti-trust probes on Google would continue.

5.3. 2013: United States of America

On 3 January 2013, the US Federal Trade Commission (FTC) released a statement announcing that it had completed a «wide-ranging investigation of alleged anticompetitive conduct by Google and that it had unanimously decided to close the portion of its probes relating to claims that Google unfairly preferences its own content on the Google search results page and selectively demotes its competitors' content from those results»[54].
The FTC indicated that more than 9 million pages of documents from Google and all relevant stakeholders were reviewed, that industry participants were interviewed and empirical analyses were conducted, to investigate the impact of Google's behaviours in the relevant market and the effects on consumer choice.
The main allegations investigated by the FTC regarded "search bias". Google is a so-called "horizontal" search engine, which responds to a query displaying results from all sources in order to cover the Internet as completely as possible. "Vertical" search engines focus instead on narrowly defined categories of content, such as hotels or flights, and are thus an alternative to horizontal engines for specific searches. Some vertical engines accused Google of changing the algorithm of its general search in order to promote Google's proprietary vertical products (such as Google Flights for example) in the results, and to demote competing vertical websites.
The FTC concluded that «while Google's prominent display of its own vertical search results on its search results page had the effect in some cases of pushing other results "below the fold", the evidence suggests that Google's primary goal in introducing this content was to quickly answer, and better satisfy, its users' search queries by providing directly relevant information». Google was also accused of content scraping, and of placing «unreasonable restrictions on the ability of advertisers to simultaneously advertise on […] competing search engines». Although the evidence with regard to both these allegations supported "strong concerns", the FTC considered Google's commitments to refrain from these conducts to be «appropriate and consistent with past practice»[55].
Google's chief legal officer David Drummond commented on the decision, saying: «The conclusion is clear: Google's services are good for users and good for competi-

[53] https://www.law360.com/articles/792935/brazil-continues-google-antitrust-probe-without-microsoft

[54] "Statement of the Federal Trade Commission regarding Google's search practices in the Matter of Google Inc". https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf

[55] Further information on the FTC's settlement with Google in this Wall Street Journal video: https://wsjvod-i.akamaihd.net/i/video/20130103/010313hubpmftcgoogle/010313hubpmftcgoogle_v2_ec,464,174,264,664,1264,1864,2564,k.mp4.csmil/master.m3u8

tion»[56].

In March 2015, a leaked report emerged from the FTC, showing that its staff had laid out a compelling case that Google had indeed tweaked its search results to favour its own products and demote competitors[57]. The fact that the FTC decided against filing an antitrust suit remains without official explanation.

In September 2015, the FTC started investigations into the Android operating system for smartphones[58]. The complaints are very similar to the ones brought against Google in the EU, and revolve around constraints allegedly imposed on manufacturers and mobile network operators. But commentators noted[59] that the FTC investigation might differ significantly from the one being conducted in the EU. The first reason is a significant difference in Android market share, which in Europe stands at 70%, and in the US, 59%. Moreover, the FTC might make a similar decision to the one in 2013 and conclude that Google's actions «had legitimate business justifications and improved experiences for […] users, even if the conduct impeded rival firms»[60].

5.4. 2015: Russia

On 18 September 2015, the Russian Federal Antimonopoly Service (FAS) found Google guilty of antimonopoly legislation violations in its Android practices, after investigations that had started in February[61].

Firstly, FAS declared that Google held a dominant position, with a share of 58.18% in the market for pre-installed app stores for the Android operating system in the territory of Russia.[62]

As a consequence, the authority deemed illegal and anticompetitive the provision in the contracts with manufacturers of phones running Android, of the requirement to pre-install selected Google apps as a condition of gaining access to the Google Play store. FAS also sanctioned the prohibition to install applications from competing companies. Google had until 18 November 2015 to cease its illegal practices. In particular, it was required to amend the contracts with manufacturers of smartphones running Android «designated for introduction into circulation on the territory of the Russian Federation and to inform Russian users of "the possibility to deactivate pre-installed applications of Google» and to move away from Google Chrome[63].

The original case was brought by Yandex, the dominant desktop search engine in Rus-

[56] http://www.politico.com/story/2016/05/federal-trade-commission-google-search-questions-223078

[57] https://www.wsj.com/articles/how-google-skewed-search-results-1426793553

[58] https://www.wsj.com/articles/ftc-looking-at-complaints-over-googles-android-control-1443201867

[59] http://www.digitaltrends.com/mobile/google-ftc-probe-extends/

[60] https://www.wsj.com/articles/ftc-extends-probe-into-googles-android-1461699217?cb=logged0.0031630070880055428

[61] http://www.rapsinews.com/news/20160811/276651091.html

[62] http://www.benedelman.org/docs/yandex-vs-google-translation-18sep2015.pdf page 8 lines 12-21

[63] http://www.benedelman.org/docs/yandex-vs-google-translation-18sep2015.pdf

sia, with a market share exceeding 50%.
In March 2016, the Moscow Arbitration Court rejected Google's appeal of the FAS determination[64].
In April 2017, it was announced that Google had decided to settle and that it had paid a fine of 438 million rubles ($7.7 million) to end the two-year dispute. In addition to the fine, the settlement agreement provides for Google's obligation to refrain from pre-installing its applications on Android smartphones, and to prompt users to designate a search engine when they first start using their devices[65].
Yandex Chief Executive Arkady Volozh said in a statement that he expected the resolution of the dispute with Google to «open the door to market-share gains on mobile (devices) in 2017 and beyond». Shortly after the announcement of the settlement, the company raised its revenue forecast for 2017 by 1%[66].

5.5. 2016: South Korea

In August 2016, the Korean Federal Trade Commission (KFTC) officially confirmed[67] for the first time its scrutiny into Google's alleged anticompetitive practices. Details of the probe are not available, but the press reports that the investigation focuses on advertising policies and abuse of Android's dominant position.
This is not the first time the KFTC has investigated Google.
In 2013, the authority cleared the company of any wrongdoing, after a two-year investigation into allegations of illegal clauses in agreements with manufacturers of phones running Android. The complaint had been brought by local search engine Naver, which with Daum (now Kakao) controls 90% of desktop search in the countr[68] Google benefited from the defence of smartphone makers, which argued that the system under Android saved them both time and money, and from the fact that its low market share in desktop search weighed heavily in the KFTC's determination.
But things might change in this new probe, especially if the KFTC takes into account the undeniably imposing presence in the country's smartphone market of Android – the operating system of choice of both Samsung Electronics and LG Electronics.

5.6. 2016: Canada

In April 2016, Canada's Competition Bureau closed an enquiry dating back to 2013 into Google's search and advertising practices. The Canadian antitrust authority found

[64] https://www.law360.com/articles/914175/google-settles-android-dominance-abuse-claims-with-russia

[65] https://www.law360.com/articles/923370/google-pays-7-7m-fine-to-end-russian-antitrust-probe

[66] http://www.reuters.com/article/russia-yandex-results-idUSL8N1HZ4UG

[67] https://www.ft.com/content/59bd6b78-6044-11e6-b38c-7b39cbb1138a

[68] http://www.ft.com/cms/s/2/87d15ac0-673d-11e0-9bb8-00144feab49a.html?ft_site=falcon&desktop=true#axzz4nxuMD7Vr

no evidence that Google had abused its dominance. According to Reuters, the regulator considered that Google had made satisfactory changes to remedy the alleged practices, including undertaking not to introduce anticompetitive clauses in contracts when selling the Android operating system to manufacturers[69].

[69] http://www.reuters.com/article/us-canada-regulator-alphabet-idUSKCN0XG29A

Il sostegno finanziario dello Stato al cinema e la disattesa attuazione della "Costituzione culturale"

Alessandro Zaffanella

Abstract

L'articolo affronta il tema dei finanziamenti statali alla cinematografia, con particolare riferimento alle recenti innovazioni legislative. Il saggio muove dal riconoscimento dei presupposti costituzionali delle sovvenzioni statali, inquadrando come il sostegno pubblico debba rivolgersi, in un'ottica di promozione della cultura, alle "espressioni deboli", ossia quelle che più difficilmente possono emergere in un settore nel quale domina una logica di mercato che fa frequentemente prevalere il favore per opere di qualità dubitabile, ma di riscontro economico garantito. Muovendo da questo assunto, l'articolo analizza in una prospettiva storica la disciplina legislativa che ha governato la materia dal 1965 fino alla riforma operata dalla legge 220 del 2016. Con riguardo a quest'ultima, esaminate nello specifico le nuove disposizioni, il saggio svolgerà una valutazione critica sulle stesse, mostrando come lo Stato, pur essendosi impegnato con importanti investimenti nel settore filmico, abbia ancora una volta privilegiato l'aspetto commerciale rispetto a quello culturale.

The article deals with the issue of state fundings for cinematography, with particular reference to recent legislative innovations. The essay moves from the recognition of the constitutional requisites of state subsidies, framing how public support should address itself, in order to promote culture, to "weak manifestations", namely those that hardly emerge in an industry dominated by market principles, in which the support of movies of dubious quality frequently prevails, because of their guaranteed economic feedback. Moving from this assumption, the article analyzes in a historical perspective the legislative framework that governed the subject from 1965 until the reform by law 220 of 2016. Specifically examined the new provisions, the essay will make a critical assessment on the same, showing how the State, while having engaged with important investments in the film industry, has once again privileged the commercial aspect over the cultural one.

Keywords: cultura, finanziamenti statali, cinema, audiovisivo, eccezione culturale

Alessandro Zaffanella

Sommario

1. Premesse costituzionali. - 2. Legislazione in materia di sostegno economico al cinema dal 1965 al 2004. - 3. La riforma del 2004 e la Finanziaria 2008. - 4. La riforma del 2016: un'occasione mancata? - 4.1. Disposizioni generali e funzioni statali. - 4.2. Il nuovo Fondo per il cinema e i requisiti di ammissibilità. - 4.3. Tipologie di finanziamento. - 4.4. Altre disposizioni rilevanti. - 4.5. Luci e ombre della legge 220/2016

1. Premesse costituzionali

"Film riconosciuto di interesse culturale realizzato con il contributo economico del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo" o talora semplicemente "film riconosciuto di interesse culturale dal Ministero dei Beni...": imbattersi durante i titoli di testa di un film italiano (ma non solo) in simili espressioni, accompagnate dal logo del MiBACT, è ormai una consuetudine. Alla maggior parte degli spettatori rimangono tuttavia oscuri i criteri che spingono a qualificare un'opera cinematografica secondo tale formula, permettendo tra l'altro l'accesso a provvidenze economiche. Non sono mancate del resto negli ultimi anni puntuali polemiche, rinfocolate per esempio dall'attribuzione del pregiato titolo di film culturale a una pellicola come *Natale a Beverly Hills* di Neri Parenti (2009) o per i 200mila Euro di contributi statali a *Non c'è due senza te* di Massimo Cappelli (2015), con protagonista la famosa showgirl Belén Rodríguez. Per poter comprendere il meccanismo che regola la dichiarazione di interesse culturale e la concessione degli stanziamenti pubblici alla cinematografia occorre fare un passo indietro, ricercandone i presupposti nella fonte costituzionale.

Perfetta sconosciuta nello Statuto albertino, la cultura, intesa come strumento di formazione individuale dal punto di vista intellettuale e morale, e al tempo stesso come mezzo di interazione sociale, entra con forza nella Costituzione del 1948, venendo a realizzarne le fondamenta[1]. Lo testimonia l'art. 9, posto tra i Principi Fondamentali della Carta, con il riconoscimento del dovere statale di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca, oltre a quello di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e

[1] Un'interessante lettura dell'elemento culturale si può ritrovare in G. Zagrebelsky, *Fondata sulla cultura,* Torino, 2014, 3 ss., dove l'autore sostiene come la Repubblica italiana si possa considerare fondata, oltre che sul lavoro (*ex* art. 1 Cost.), sulla cultura (da considerarsi del resto non solo come una mera evasione per lo svago dell'individuo, bensì intendendo la stessa come un lavoro in grado di contribuire al progresso spirituale della società di cui all'art. 4 Cost.).

artistico della Nazione[2]. L'art. 21, che tutelando la libertà di manifestazione del pensiero[3], permette la libera diffusione di tutte le forme espressive, comprese quelle culturali, seppur con il limite -non sempre agevole- del rispetto del buon costume[4]. L'art. 33, che riconosce la libertà dell'arte e della scienza[5], nonché del loro insegnamento. L'art. 34, che promuove il diritto all'istruzione e allo studio. L'art. 117, con la distinzione tra la tutela dei beni culturali, affidata alla legislazione esclusiva dello Stato (c. 2, lett. *s*), e la valorizzazione degli stessi, nonché la promozione e l'organizzazione delle attività

[2] La promozione dello sviluppo della cultura implica il problema di fornire una definizione del concetto costituzionale di "cultura". Al riguardo la dottrina si è divisa tra due differenti accezioni. Secondo la prima, più ampia, la cultura *ex* art. 9 è «quella che nasce dal libero sviluppo della personalità dell'uomo, dalla sua libertà di scelta dei processi formativi, dalla libera formazione del suo sistema di valori» (così S. Merlini in Aa.Vv., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile,* Padova, 2003, 515). Per la seconda, più ristretta, con "cultura" si devono intendere solo le «manifestazioni superiori dell'intelletto» coincidenti con le espressioni artistiche e scientifiche del talento umano: così M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale,* Padova, 1991, 74 ss. La prima concezione, fondata su un'interpretazione sistematica dei principi fondamentali della Costituzione (in primis il principio democratico, quello personalista e quello pluralista) è considerata dalla maggior parte della dottrina eccessivamente lata e pleonastica, in quanto il valore di fondo che ne emerge (promozione piena della persona umana e delle sue attività) sono già ricavabili da una lettura complessiva del dettato costituzionale. Preferita è pertanto la seconda nozione, in virtù della quale l'art. 9 tutelerebbe la cultura esclusivamente nella sua dimensione più elevata (c.d. "concezione selettiva"), conciliandola oltretutto con la garanzia della libertà artistico-scientifica di cui all'art. 33. Si deve peraltro sottolineare che questa interpretazione non farebbe venir meno il necessario carattere pluralistico dell'elemento culturale: sarebbe infatti contrario allo spirito della Costituzione un sacrificio delle espressioni culturali minori o di nicchia, a favore delle sole culture dominanti o prevalenti. A sostegno della preferenza per la nozione ristretta si vedano M. Betzu, *Articolo 9*, in S. Bartole - R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione,* Padova, 2008, 72 e M. Cecchetti, *Articolo 9,* in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione,* Torino, 2006, vol. I, 222-223. Per una distinzione tra i concetti di "promozione" e di "tutela" della cultura si veda più avanti la nota 6.

[3] Per una riflessione sulla centralità dell'articolo 21 nell'ordinamento italiano si rinvia a C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano,* Milano, 1958, 9, ove l'autore mette in evidenza che la libertà d'espressione è un diritto indispensabile per il singolo, affinché «l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero», e allo stesso tempo un diritto sociale, che conduce al formarsi di un'opinione pubblica consapevole, richiedendo di riflesso che lo Stato garantisca l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Sulla libertà di manifestazione del pensiero come "pietra angolare dell'ordine democratico" si veda C. Cost., 17 aprile 1969, n. 84.

[4] A causa delle molte oscillazioni giurisprudenziali, il concetto di "buon costume" è stato caratterizzato (per oltre un quarantennio dall'entrata in vigore della Costituzione) da un'eccessiva elasticità (si vedano ad esempio C. Cost. , 19 febbraio 1965, n. 9; C. Cost., 16 marzo 1971, n. 49; C. Cost., 27 febbraio 1973, n. 14), fino al definitivo inquadramento dello stesso come preservazione del "pudore sessuale" dall'oscenità, secondo il comune sentimento della collettività in un determinato momento storico (C. Cost., 8 aprile 1992, n. 168).

[5] La libertà artistica comporta la non apponibilità del limite del buon costume alle manifestazioni espressive artistiche, non coincidenti con il «logos razionalizzato tipico della comunicazione linguistica cui si riferisce l'art. 21»: in questo senso F. Rimoli, *Arte (libertà della),* in M. Ainis (a cura di), *Dizionario costituzionale,* Roma-Bari, 2007, 21.

culturali, oggetto di competenza concorrente (c. 3)[6]. Infine l'art. 118, c. 3, secondo cui la legge statale disciplina le forme di intesa e coordinamento tra Stato e Regioni nella materia della tutela dei beni culturali[7]. Si deve peraltro tenere conto che numerose sono le altre norme della Carta che entrano ulteriormente in gioco a sostegno dell'elemento culturale, a dimostrazione di come esso assuma un valore primario per il sistema costituzionale nella sua globalità[8]. A questo proposito si devono ricordare in prim'ordine quei principi che sottendono a un pieno e libero sviluppo della persona e della società nel suo complesso. Così, la "politica culturale" che la Repubblica[9] è tenuta a perseguire deve rifarsi al "principio di eguaglianza sostanziale", richiedendo l'intervento pubblico a sostegno delle espressioni culturali deboli, le quali faticano a emergere nei settori dominati dal mercato per il loro scarso peso economico; al "principio lavorista", che prevede la necessità di aiutare le attività intellettuali prive di mercato; al "principio di tutela delle minoranze linguistiche", in forza del quale è necessaria la valorizzazione delle loro tradizioni artistiche e del loro capitale di conoscenza. Questi valori sono sintetizzabili a loro volta nel "principio pluralista", secondo cui è funzione primaria dei pubblici poteri alimentare il pluralismo delle espressioni culturali con un'azione (diretta o indiretta) rivolta ai gruppi e ai settori più deboli e indifesi: solo in questo modo si può realizzare nel modo migliore la sovranità popolare e il sistema democratico[10].

Un'importanza particolare, all'interno del quadro sinora tratteggiato, è assunta dai mezzi di comunicazione, specialmente audiovisivi, in quanto dotati di una capacità fondamentale: essere veicoli di «creazione, trasmissione e ricezione della cultura», penetrando ne «l'inconscio senza necessità di passare attraverso il filtro della razionali-

---

[6] *Ex* artt. 2, c. 2, e 10, d. lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) si possono definire come beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle Regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad altri diversi enti, che abbiano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, oltre alle altre cose individuate dalla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. Dall'art. 3 si ricava invece come la "tutela" si esplichi essenzialmente nell'insieme delle discipline e delle attività che regolano, limitano, inibiscono, conformano o escludono i comportamenti dei soggetti che possano compromettere il valore insito nei beni culturali o limitarne la pubblica fruizione da parte della collettività. La "valorizzazione" (*ex* artt. 6 e 111) si rifà invece all'insieme delle discipline e delle attività che assicurano la conoscenza del patrimonio culturale e le condizioni di migliore utilizzazione e fruizione pubblica dello stesso. Nel previgente d. lgs. 112/1998 si potevano peraltro rinvenire una definizione di "attività culturali", ossia quelle rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte, nonché di "promozione", da intendersi come ogni attività diretta a suscitare e sostenere le attività culturali: così l'art. 148, c. 1, lett. *f)* e *g)*.

[7] Secondo M. Cecchetti, *Articolo 9*, cit., 233, la disposizione in questione sembra da intendersi nel senso della necessaria partecipazione delle autonomie ai procedimenti amministrativi statali e viceversa, in coerenza con il compito comune della promozione culturale di cui all'art. 9 (cfr. nota 8) e secondo una logica di leale collaborazione.

[8] Sul riconoscimento dell'indispensabile ruolo della cultura per l'intero assetto costituzionale si veda P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana,* Napoli, 2001, 44.

[9] Da intendersi come Stato-ordinamento in tutte le sue possibili articolazioni, spettando quindi tale compito a ciascun soggetto pubblico indistintamente, nella misura e nei limiti previsti dal proprio ambito di competenze: si veda F. Merusi, *Art. 9,* in G. Branca (a cura di), *Principi fondamentali - Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 438.

[10] M. Cecchetti, *Articolo 9,* cit., 230. Si noti come questa impostazione filo-culturale della Costituzione sia stata, al momento della sua entrata in vigore, un elemento di spiccata novità nel panorama costituzionale occidentale, anticipando ad esempio il modello di *Kulturstaat* delineato negli anni Cinquanta dalla dottrina tedesca. Sul punto si confronti F. Rimoli, *Le libertà culturali,* in R. Nania - P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali,* vol. II, Torino, 2006, 899 ss.

tà»[11]. Tra le vie privilegiate di diffusione dell'espressione culturale, emerge prepotentemente il cinematografo[12]. Nel corso dei settant'anni di storia repubblicana il legislatore provvede a regolare questo strumento con svariate leggi, alcune ormai datate, altre di nuovo conio, quasi tutte accomunate dal rivelarsi puntualmente inadeguate agli scopi. Il tentativo di soddisfare tre punti cardine della Carta, quali la promozione della cultura, la libera manifestazione del pensiero e la libertà artistica si è dimostrato obiettivo difficilmente perseguibile a causa di scelte legislative poco pertinenti. Se da un lato infatti la libertà di espressione artistica per diversi decenni è stata spesso ostacolata dalle normative in tema di revisione cinematografica[13] (leggasi: censura), di fatto disincentivando potenziali opere anticonvenzionali e provocatorie, dall'altro lo Stato ha tentato di farsi promotore della Settima Arte tramite un variegato e intricato sistema di finanziamenti. L'art. 41, c. 3, della Costituzione stabilisce come la legge abbia il compito di determinare i programmi per indirizzare e coordinare a fini sociali (quale può essere la promozione della cultura) l'attività economica privata (quale è quella operata dall'impresa cinematografica). Nondimeno, qualsiasi forma di finanziamento indirizzato a favorire la creazione di opere filmiche nazionali potrebbe comportare la violazione di un principio cardine dell'Unione Europea: il divieto di aiuti statali alle imprese, volto a impedire fenomeni distorsivi della concorrenza. La questione è stata risolta in via interpretativa mediante la formula della cosiddetta "eccezione culturale": l'aiuto statale alla promozione della cultura è legittimo a condizione che non alteri la concorrenza in misura contraria al pubblico interesse (così d'altronde dispone l'art. 107, c. 3, lett. *d)* del TFUE). L'eccezione deve puntare alla salvaguardia dei settori economicamente incapaci di stare sul mercato, i settori culturali operanti in mercati non concorrenziali/senza mercato, i settori industriali la cui domanda locale non è abbastanza ampia da garantirne lo sviluppo[14]. L'azione statale dovrebbe porsi pertanto (anche in virtù del già menzionato principio pluralista) in una logica di sostegno alle iniziative deboli ma culturalmente meritevoli, oltre che di correzione alle storture del mercato[15]. Il fine ultimo di qualsiasi intervento sulla libera attività imprenditoriale nel campo delle comunicazioni deve infatti essere quello di garantire eguaglianza di accesso ai mass-media, evitando che siano prerogativa solo di chi dispone di più risorse[16], nonché consentire lo spazio per l'espressione e la divulgazione di idee nuove, siano esse anche scomode o anticonformiste[17]. Tuttavia non sembra che la direzione intrapresa dal legislatore

[11] Così G. Famiglietti, *Diritti culturali e della cultura,* Torino, 2010, 235.

[12] Una conferma al fatto che l'espressione culturale si possa diffondere attraverso il mezzo filmico è sancita a livello legislativo dal già citato Codice dei beni culturali e del paesaggio, che richiama espressamente le opere cinematografiche e audiovisive all'art. 11, lett. *f).*

[13] L. 161/1962 ("Revisione dei film e dei lavori teatrali") e d.P.R. 2029/1963 ("Regolamento di esecuzione della legge 21 aprile 1962, n. 161, sulla revisione dei film e dei lavori teatrali").

[14] R. Zaccaria - A. Valastro - E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione,* Padova, 2013, 603. Si vedrà che le varie leggi succedutesi hanno peraltro adottato un ulteriore accorgimento per non incorrere in richiami e sanzioni da parte delle autorità europee, optando per l'equiparazione dei film prodotti da Paesi dell'UE a quelli italiani.

[15] G. Endrici, *Il sostegno pubblico all'attività cinematografica*, in www.aedon.mulino.it, 2006

[16] G. E. Vigevani, *Informazione e democrazia,* in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione,* Torino, 2011, 5.

[17] CEDU, *Lingens c. Austria,* ric. 9815/82 (1986); CEDU, *Jersild c. Danimarca,* ric. 15890/89 (1994).

italiano vada in questo senso. E proprio come per le norme in tema di revisione-censura, quelle per il sostegno economico si sono distinte per le pecche più che per i pregi. Anche la recente riforma del sistema cinematografico (legge 14 novembre 2016 n. 220), varata in un'ottica di rilancio di un settore che dopo i fasti di un glorioso passato versa ormai da diversi anni in crisi di risultati e di idee, non pare aver colto completamente nel segno. Ma prima di arrivare alla nuova normativa è opportuno analizzare il percorso compiuto dalla legislazione di supporto al settore cinematografico nel corso dell'ultimo cinquantennio[18].

2. Legislazione in materia di sostegno economico al cinema dal 1965 al 2004.

Il 4 novembre del 1965 il Parlamento licenziava la legge 1213 ("Nuovo ordinamento dei provvedimenti a favore della cinematografia", nota anche come "Legge Corona"). La normativa in questione, più volte ritoccata nel corso dei decenni, ha costituito il testo base della materia cinematografica per quasi quarant'anni[19].
Fin dal primo articolo veniva messo in chiaro come il cinema rappresentasse per lo Stato un «mezzo di espressione artistica, di formazione culturale, di comunicazione sociale», riconoscendone «l'importanza economica e industriale». Le attività di produzione, distribuzione e di programmazione venivano dichiarate di rilevante interesse generale, pertanto lo Stato si impegnava in alcuni solenni compiti: favorire il consolidamento di un'industria nazionale; promuovere la struttura industriale a partecipazione statale (ad integrazione di quella privata); assumere iniziative per la valorizzazione e la diffusione del cinema nazionale (con particolare riferimento ai film di notevole interesse artistico e culturale); assicurare la conservazione del patrimonio filmico nazionale; curare la

[18] Nel corso della seguente trattazione, si esaminerà in via prevalente il sostegno pubblico alle opere cinematografiche intese come quelle prioritariamente destinate alla proiezione nelle sale.

[19] Una prima embrionale operazione di sistemazione dell'intervento pubblico nel settore filmico si era avuta con il d.P.R. 575/1958, istitutivo dell'Ente Autonomo di Gestione per il Cinema (EAGC), con la funzione di gestire, attraverso criteri di economicità, le partecipazioni statali nell'ambito cinematografico. Dopo la trasformazione in società per azioni di diritto privato e diversi cambi di denominazione a cavallo tra gli anni Novanta e Duemila, tale organismo ha trovato infine come "erede" la s.r.l. Istituto Luce-Cinecittà (art. 14, commi 6 e ss. del d.l. 98/2011, convertito con l. 111/2011), società pubblica che funge da braccio operativo del MiBACT nell'opera di sostegno alla produzione cinematografica italiana. Per una puntuale descrizione dell'evoluzione dell'EAGC si veda R. Zaccaria - A. Valastro - E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione,* cit., 590-591.

formazione di quadri professionali, oltre a promuovere studi e ricerche nel settore[20].
Al di là delle diverse forme di credito agevolato previste per le imprese del cinema, l'istituto più importante della legge 1213 era la programmazione obbligatoria, prevista agli articoli 5 e 13 (rispettivamente per i lungo e i cortometraggi) a favore dei film cui fosse stata riconosciuta la nazionalità italiana e dotati, oltre che di adeguati requisiti di idoneità tecnica, anche di qualità artistiche o culturali o spettacolari senza pregiudizio per la libertà di espressione[21]. La misura consisteva nell'obbligo per i proprietari delle sale di riservare almeno 25 giorni (45 per i corti) per trimestre alla proiezione di opere nazionali. Non potevano però essere ammessi alla programmazione obbligatoria i film che sfruttassero volgarmente temi sessuali a fini di speculazione commerciale. Riguardo quest'ultimo punto, secondo la dottrina maggioritaria a essere investite da tale esclusione erano le sole rappresentazioni pornografiche, alle quali non si poteva riconoscere una dignità artistico-culturale o spettacolare: non si configurava quindi alcuna lesione della libertà espressiva[22]. L'abolizione della programmazione obbligatoria fu operata dalla l. 153 del 1994 (legge di conversione del d.l. 26/1994[23]), tramutando l'obbligo in un invito a programmare pellicole nazionali, garantendo come contropartita agevolazioni fiscali per gli esercenti. La riforma del 1994 peraltro apportava al testo originale della legge 1213/1965 diverse novità. Si specificava così il significato di film, definendolo (art. 4) come lo spettacolo realizzato su supporti di qualsiasi natura, con contenuto narrativo o documentaristico, purché opera dell'ingegno ai sensi della disciplina del diritto d'autore, e destinato al pubblico, primariamente nella sala cinematografica, dal titolare dei diritti d'utilizzazione. Si trattava a tutta evidenza di una definizione generale e generica, essendo esistenti alcune sotto-distinzioni, giustamente rilevate dal legislatore: innanzitutto quella tra "lungometraggio", la più comune e nota

[20] Giova ricordare come gli artt. 9 e 33 della Costituzione siano strettamente intrecciati. Nel secondo si proclama la libertà artistico-scientifica, che mal si sposa con ingerenze da parte dello Stato. Nella storia del Novecento l'etero-direzione culturale dei pubblici poteri si è risolta in un condizionamento interessato, in un'invasione dello Stato nel campo dell'arte e della scienza, in modo da piegarle all'ideologia dominante: esempi in tal senso sono stati il Minculpop, il *Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda* di Goebbels e il Dipartimento per l'agitazione e la propaganda sovietico. Se simili opere di indottrinamento del popolo sono sicuramente estranee ai principi costituzionali, pur tuttavia non si può ritenere che la Carta abbia sancito una logica di laissez-faire, secondo cui il potere pubblico dovrebbe rimanere estraneo alle questioni culturali. Conciliando i due opposti poli della promozione e della non ingerenza, la politica culturale imposta dall'art. 9 Cost. deve dunque muoversi nel rispetto delle libertà delineate dall'art. 33: un forte intervento statale, quale quello emergente dall'art. 1 della legge 1213/1965, trova la sua giustificazione nella necessità di rendere la cultura accessibile a tutti, assicurando il progresso della comunità civile. Il compito della Repubblica (che come si è visto, va intesa come Stato-ordinamento, e, soprattutto dopo la riforma del Titolo V del 2001, postula anche un impegno delle Regioni e degli altri enti pubblici) è allora quello di garantire un impulso alla creazione e alla distribuzione dei fatti culturali, giocando un ruolo meramente suppletivo a sostegno delle energie intellettuali meno forti, senza sconfinare in illegittimi attentati alle libertà delineate dai costituenti. Si veda al riguardo M. Fiorillo, *Cultura (promozione e libertà della),* in M. Ainis (a cura di), *Dizionario costituzionale,* cit., 130.

[21] La valutazione spettava al c.d. "Comitato degli esperti" (scelti tra personalità del mondo del cinema) previsto all'art. 46, di nomina del Ministero del Turismo e dello Spettacolo, sentita la "Commissione permanente per la cinematografia" (quest'ultima istituita presso il Ministero e composta da rappresentanti di diversi ministeri e del settore cinematografico, con compiti inerenti l'esame dei problemi generali concernenti la cinematografia).

[22] P. Barile, *L'unico limite è il buon costume,* in Aa.Vv., *Contributi alla riforma della censura,* Roma, 1976, 87.

[23] Il decreto, intitolato "Interventi urgenti a favore del cinema", procedeva a un primo riassetto della disciplina introdotta nel 1965, apportando alcune modificazioni al sistema delle sovvenzioni statali.

forma di espressione filmica, descritta come l'opera di durata superiore ai 75 minuti, e "cortometraggio", ossia l'opera di durata inferiore a tale minutaggio (e non connotata da finalità anche parzialmente pubblicitarie)[24]. Altre suddivisioni vennero introdotte per i film di animazione, quelli in coproduzione o compartecipazione, quelli per ragazzi e quelli d'essai[25].

Innovazioni si registravano con particolare riferimento al lungometraggio: esso poteva essere inquadrato come una "produzione nazionale", quando postsincronizzato in lingua italiana e realizzato da imprese produttrici nazionali con troupe nostrana[26]. Erano peraltro parificati in tal senso i film a lungo o cortometraggio riconosciuti nazionali in uno Stato membro dell'Unione Europea[27] e quelli realizzati in coproduzione con imprese estere, in base ad accordi di reciprocità[28].

Per ottenere il riconoscimento di nazionalità si doveva presentare un'apposita istanza (in cui il legale rappresentante della società produttrice attestava la presenza dei requisiti richiesti dalla legge) alla Direzione Generale del Cinema presso il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali. La semplice presentazione della domanda comportava automaticamente che il film fosse qualificato nazionale, senza che occorressero ulte-

[24] Già la versione originale della l. 1213/1965 conteneva una distinzione tra queste due forme, definendo il lungometraggio come l'opera di lunghezza superiore ai 1600 metri, e il cortometraggio come opera di lunghezza non inferiore ai 290 metri. Il più agevole inquadramento basato sul minutaggio e sancito dal legislatore negli anni Novanta opera tutt'oggi.

[25] Film d'animazione ai sensi dell'art. 4, c. 6 (come novellato dalla riforma del 1994), erano le opere di lungo e cortometraggio, realizzate da imprese nazionali con immagini animate per mezzo di ogni tipo di tecnica e supporto; film in coproduzione o compartecipazione le opere prodotte in comune da imprese italiane e straniere; film per ragazzi quelli di lungo e cortometraggio, nazionale o straniero, il cui contenuto contribuisse alla formazione etica, culturale e civile dei minori degli anni 16; film d'essai le opere filmiche italiane o straniere riconosciute di particolare valore artistico, culturale e tecnico, o espressione di cinematografie nazionali meno conosciute, che contribuissero alla diffusione della cultura cinematografica e alla conoscenza di correnti e tecniche di espressione non affermate in Italia.

[26] Per poter accedere ai benefici finanziari dovevano riscontrarsi nello specifico i seguenti elementi (art. 4, c. 2): *a)* regista italiano; *b)* autore del soggetto italiano o autori in maggioranza italiani; *c)* sceneggiatore italiano o sceneggiatori in maggioranza italiani; *d)* interpreti principali in maggioranza italiani; *e)* interpreti secondari per tre quarti italiani; *f)* ripresa sonora diretta in lingua italiana; *g)* direttore della fotografia italiano; *h)* montatore italiano; *i)* autore della musica italiano; *l)* scenografo italiano; *m)* costumista italiano; *n)* troupe italiana; *o)* riprese in esterni ed interni effettuate in maggioranza in Italia; *p)* uso di industrie tecniche italiane; *q)* uso di teatri di posa italiani. Le lett. *o)* e *q)* erano derogabili, per ragioni artistiche, con provvedimento del capo del Dipartimento dello spettacolo. Ai fini del riconoscimento della qualifica di produzione nazionale era invece sufficiente la presenza di almeno due delle componenti di cui alle lett. *a)*, *b)* e *c)*, due delle componenti di cui alle lett. *d)*, *e)*, *f)*, tre delle componenti di cui alle lett. *g)*, *h)*, *i)*, *l)*, *m)* e due delle componenti di cui alle lett. *o)*, *p)* e *q)*.

[27] Come ricordato da A. Pace, *Articolo 21-Rapporti civili,* in A. Pace - M. Manetti, *Commentario della Costituzione,* Bologna, 2006, 419, la previsione in esame rivestiva (e riveste tuttora, essendo presente anche nelle normative più recenti) particolare importanza: il favore espresso dalla normativa per le opere di nazionalità italiana, con i conseguenti benefici, poneva problemi con i principi comunitari della libera circolazione delle merci e del divieto degli aiuti di Stato (con riguardo a questi ultimi si veda più approfonditamente *infra* la nota 29). Con l'equiparazione ai film italiani di quelli prodotti all'interno di altro Stato membro, il pericolo di discriminazioni veniva opportunamente evitato.

[28] La condizione di reciprocità comportava che una impresa straniera non potesse lamentare una discriminazione da parte delle autorità italiane qualora avesse sede in uno Stato che discriminava a sua volta le imprese comunitarie. Un utile orientamento è rinvenibile nella comunicazione della Commissione europea "su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive" - COM 534 del 26 settembre 2001.

riori accertamenti.
Il lungometraggio poteva altresì essere riconosciuto di "interesse culturale nazionale"[29]. L'interesse nazionale culturale era appurato da un apposito organismo, la Commissione consultiva per il cinema, presso la Direzione Generale per la Cinematografia del Ministero dei Beni Culturali. Più precisamente l'art. 5, stabiliva che i lungometraggi nazionali potessero godere dei finanziamenti statali purché presentassero, oltre che adeguati requisiti di idoneità tecnica, anche sufficienti qualità artistiche, o culturali, o spettacolari. Senza pregiudizio della libertà di espressione, non potevano essere ammessi ai benefici i film che sfruttassero volgarmente temi sessuali a fini di speculazione commerciale[30].
Poste queste premesse, si può esaminare quali fossero concretamente i benefici finanziari. Essenzialmente essi si configuravano come incentivi alla produzione, alla distribuzione, all'esportazione e all'esercizio, e si suddividevano in "interventi diretti" (per opera della Direzione Generale presso il Ministero dei Beni Culturali) e "indiretti" (prestiti della Banca Nazionale del Lavoro)[31].
Tra gli interventi diretti si ritrovavano in primis i "premi di qualità", assegnati dalla Commissione per i lungometraggi, i cortometraggi e i film per ragazzi (organo istituito presso la Direzione Generale). Essi venivano riconosciuti alle opere nazionali ammesse ai benefici e a cui fosse stato rilasciato l'attestato che certificava la presenza di qualità artistiche e culturali, e che, secondo quanto segnalato dalla SIAE, risultassero regolarmente programmati avanti al pubblico (artt. 8 e 9 l. 1213/1965). In secondo luogo vi erano i "contributi sugli incassi", assegnati con provvedimento del Ministro, sentita la Commissione per i lungometraggi, i cortometraggi e i film per ragazzi, ai produttori dei film che possedessero l'attestato di qualità; la misura era parametrata agli introiti lordi ottenuti dalla pellicola nel corso dei due anni dalla prima proiezione pubblica (art. 7).
Le somme in questione erano confluite da metà anni Ottanta nel "Fondo Unico per lo Spettacolo" (Fus), istituito con la legge 163 del 1985 ("Nuova disciplina degli interventi dello Stato a favore dello spettacolo") per sostenere economicamente enti, istituzioni, associazioni, organismi ed imprese operanti nei settori delle attività cine-

[29] In base all'art. 4, c. 5, il riconoscimento operava qualora il film fosse postsincronizzato in lingua italiana, realizzato da imprese produttrici nazionali, che avessero il regista e lo sceneggiatore italiano, l'autore del soggetto italiano o gli autori in maggioranza italiani, la maggioranza degli interpreti principali e i tre quarti degli interpreti secondari che utilizzassero la lingua italiana sia per la ripresa sonora diretta sia per l'eventuale postsincronizzazione, la troupe italiana, che presentasse quattro delle componenti di cui alle lett. *g)*, *h)*, *i)*, *l)* e *m)* e le tre componenti di cui alle lett. *o)*, *p)* e *q)* (indicati all'art. 4, c. 2) e che corrispondesse ad un interesse culturale nazionale in quanto oltre ad adeguati requisiti di idoneità tecnica, presentasse significative qualità artistiche e culturali o spettacolari senza pregiudizio della libertà di espressione.

[30] L'accertamento dei predetti requisiti veniva effettuato tramite la preventiva indicazione della Commissione consultiva, formulata in sede di espressione di parere favorevole alla concessione dei finanziamenti, ovvero quando vi fosse motivata richiesta del capo del Dipartimento dello spettacolo. Qualora fossero stati già concessi, l'accertamento della mancanza dei requisiti ne comportava la decadenza.

[31] Tanto l'istituto della programmazione obbligatoria, quanto le forme di finanziamento diretto e indiretto alla creazione delle opere filmiche, facevano sorgere un interrogativo: come coordinare l'intervento pubblico con due capisaldi della Comunità Europea quali il divieto di aiuti statali e la libertà di circolazione nel mercato interno delle merci (e quindi il prodotto cinematografico)? La questione, rilevante allora quanto oggi, trova una risposta, come già accennato nel primo paragrafo, nella regola dell'eccezione culturale, che permette di derogare alle norme generali del TFUE a supporto dei settori meno forti.

matografiche, musicali, di danza, teatrali, circensi e dello spettacolo viaggiante, nonché per promuovere e sostenere manifestazioni ed iniziative di carattere e di rilevanza nazionali da svolgere in Italia o all'estero. In base all'art. 2 (ad oggi immutato) della legge 163, il 25% del Fus (rifinanziato annualmente tramite la legge finanziaria) è riservato alle attività cinematografiche[32]. Il riparto della quota è comunicato ogni anno prima dell'inizio di ciascun esercizio finanziario dal Ministero dei Beni Culturali al Ministro dell'Economia, perché possa provvedere con propri decreti alle opportune variazioni di bilancio. Ai fini della decisione sul riparto un ruolo decisivo è stato giocato nel corso degli anni dapprima dal "Consiglio nazionale dello spettacolo", poi dal "Comitato per i problemi dello spettacolo" (l. 650 del 1996[33]) e, a partire dal d.P.R. 89 del 14 maggio 2007[34], dalla "Consulta per lo spettacolo", alla quale toccava il compito di proporre un programma triennale per il sostegno e l'incentivazione finanziaria dello Stato al cinema (art. 3, l. 163/1985)[35].

Tra gli interventi indiretti figurava invece il "Fondo di garanzia" (presso la Sezione autonoma per il credito cinematografico della Banca Nazionale del Lavoro) per progetti riconosciuti d'interesse culturale nazionale e dotati di rilevanti finalità artistiche e culturali[36].

Il prestito era stanziato su decisione della Commissione consultiva per il cinema, alla quale spettava di riconoscere la presenza dell'interesse culturale. La misura massima

[32] Come specificato in S. Oggianu, *La disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali,* Torino, 2012, 363, il 30% della quota indicata nel testo va annualmente portato in aumento del "Fondo di sostegno" (l. 378/1980) e destinato fino a un massimo del 60% alla concessione di contributi in conto capitale e a finanziamenti a tasso agevolato ad esercenti o proprietari di sale cinematografiche per adeguare le strutture e le apparecchiature. Un altro 30% della quota riservata al cinema viene invece portato annualmente in aumento del "Fondo di intervento" (l. 819/1971).

[33] "Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 545, recante disposizioni urgenti per l'esercizio dell'attività radiotelevisiva e delle telecomunicazioni, interventi per il riordino della RAI S.p.a., nel settore dell'editoria e dello spettacolo, per l'emittenza televisiva e sonora in ambito locale nonché per le trasmissioni televisive in forma codificata". Il Comitato, previsto all'art. 1, c. 67, del d.l. 545/1996, era suddiviso in cinque sezioni, rispettivamente competenti per la musica, la danza, la prosa, il cinema e infine le attività circensi e lo spettacolo viaggiante. Ad esso competevano funzioni di consulenza e verifica sull'elaborazione ed attuazione delle politiche di settore (e quindi anche sulla destinazione delle risorse pubbliche allo spettacolo).

[34] Regolamento per il riordino degli organismi operanti presso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

[35] Si trattava di un organo consultivo, suddiviso in cinque sezioni (musica, danza, prosa, cinema e attività circensi-spettacolo viaggiante) e composto da rappresentanti del settore (per la sezione cinema: un rappresentante delle associazioni maggiormente rappresentative dei produttori, uno dell'associazione degli esercenti di sale, uno dell'associazione dei distributori, uno dell'associazione degli autori, uno delle organizzazioni sindacali dei lavoratori del campo cinematografico, uno delle organizzazioni professionali maggiormente rappresentative dei critici, un membro eletto dalla Conferenza Unificata Stato-Regioni e due segretari. Vi faceva inoltre parte di diritto il capo del Dipartimento per lo spettacolo. La designazione avveniva ogni due anni con decreto del Ministro dei Beni Culturali, su indicazione dei sindacati e delle organizzazioni citate). La Consulta per lo spettacolo è stata sostituita dal Consiglio superiore del cinema e dell'audiovisivo, previsto dalla l. 220/2016 (cfr. par. 4).

[36] Tali progetti dovevano essere presentati da autori italiani e da realizzarsi da parte di imprese cooperative italiane ovvero con formule produttive che prevedano la partecipazione ai costi di produzione, in misura non inferiore al 30% dei rispettivi compensi, di registi, soggettisti e sceneggiatori, attori e tecnici qualificati. Il Fondo di Garanzia assisteva il Fondo di intervento (presso la medesima sezione della BNL), dal quale si potevano attingere finanziamenti a tasso agevolato in misura pari al 90% dell'importo massimo ammissibile per i progetti dotati delle rilevanti finalità artistiche e culturali, o nella misura del 70% per i film di interesse culturale nazionale.

del finanziamento era invece decisa dalla "Commissione per il credito cinematografico", sulla base di una perizia della BNL. Nel caso di film già realizzati e di produzione nazionale non era previsto alcun ruolo della Commissione consultiva e non operava il Fondo di garanzia, ma tali opere potevano accedere ai prestiti a tasso agevolato, su parere favorevole della Commissione per il credito cinematografico[37].
Ulteriori misure consistevano negli incentivi alla distribuzione e all'esportazione, sotto forma di mutui a tasso agevolato e contributi alle imprese, e commisurati agli effettivi costi sostenuti per distribuire ed esportare il film.
Con la riforma operata dal d.lgs. 28 del 2004 i fondi di garanzia e d'intervento confluivano (art. 12) nel "Fondo per la produzione, la distribuzione, l'esercizio e le industrie tecniche".

3. La riforma del 2004 e la Finanziaria 2008

Il d. lgs. 28 del 2004 ("Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche", adottato in base alla legge di delega n. 137 del 2002) ha sancito che per poter usufruire dei contributi pubblici, le imprese di produzione dovevano in primo luogo essere iscritte in appositi elenchi istituiti presso il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali (art. 3, c. 2). L'iscrizione era subordinata a tre requisiti: qualità dei film prodotti, stabilità dell'attività svolta e dimostrata capacità commerciale[38]. In secondo luogo, in continuità con la legislazione previgente, le imprese dovevano aver richiesto il riconoscimento della nazionalità italiana (per i cui requisiti, vale quanto detto nel precedente paragrafo); valeva ancora l'equiparazione a opera di produzione nazionale per i film prodotti nell'ambito dell'Unione Europea e per quelli coprodotti con imprese estere in base ad accordi internazionali di reciprocità (art. 6). Da ultimo, per poter accedere ad alcuni tipi di finanziamento, era necessario aver inoltrato domanda di riconoscimento dell'interesse culturale.
Il sistema dei benefici delineato dal d. lgs. 28 si sostanziava innanzitutto in "incentivi alla produzione", consistenti in contributi per i film riconosciuti di nazionalità italiana, basati sulla percentuale degli incassi realizzati nei diciotto mesi dalla prima uscita nelle sale (era necessario il raggiungimento di una soglia minima, in base a criteri stabiliti per decreto ministeriale).

[37] Elemento particolarmente critico per tutte le forme di finanziamento elencate era la discrezionalità senza limiti e il rischio di arbitri nella valutazione delle varie commissioni. A fronte di tale pericolo, forse «solo l'autorevolezza dei componenti la commissione potrebbe garantire un'assegnazione obiettiva e meditata»: così A. Pace, *Articolo 21-Rapporti civili,* cit., 420.

[38] In base al d.m. 12 aprile 2007 la qualità andava essenzialmente verificata con riferimento alle opere realizzate, alla partecipazione a festival cinematografici prestigiosi e ai premi vinti. La stabilità si misurava in base agli anni di attività d'impresa (a partire dalla produzione del primo film), al numero di pellicole prodotte e uscite in sala, all'ammontare del capitale sociale e alla restituzione dei finanziamenti già erogati. Per la capacità commerciale dimostrata si guardava invece all'incasso medio ottenuto in sala dai film prodotti, agli incassi complessivi e alle vendite all'estero. Il senso della disposizione (si confronti R. Zaccaria - A. Valastro - E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione,* cit., 596) era quello di dare un maggiore rilievo agli aspetti di carattere imprenditoriale piuttosto che a quelli di carattere meramente culturale, stante la maggiore difficoltà nella valutazione di quest'ultimo.

Seguivano per importanza i "mutui triennali" per i film di riconosciuto interesse culturale, per un importo che coprisse fino al 50% del costo del film (il costo massimo ammissibile veniva indicato per decreto ministeriale), elevabile al 90% per le opere prime e seconde. In questo caso il finanziamento era subordinato al reperimento del restante 50% da parte dell'impresa produttrice. A tal fine, era possibile peraltro recuperare risorse dai privati ricorrendo all'inserimento di marchi o prodotti, coerenti con il contesto narrativo della pellicola, ottenendo in cambio introiti pubblicitari (si trattava del c.d. *product placement,* previsto all'art. 9)[39].

Vi erano poi i "contributi per lo sviluppo", diretti alle sceneggiature originali e di particolare rilievo culturale e sociale, i "premi di qualità" per i film di riconosciuto interesse culturale e, da ultimo, i contributi alle imprese di distribuzione (per i film riconosciuti di interesse culturale), alle imprese d'esercizio (al fine di realizzare o ripristinare sale), alle associazioni nazionali e ai circoli di cultura cinematografica rispondenti a dati requisiti e riconosciuti dal Ministero (artt. 10 ss.).

Misure ulteriori vennero introdotte con la legge 244 del 2007 (Legge Finanziaria 2008), tramite la quale si istituì il c.d. *tax credit*, una particolare forma di credito d'imposta che prevedeva per le imprese la possibilità di compensare debiti fiscali (Ires, Irap, Irpef, Iva, contribuzione previdenziale e assicurativa) con il credito maturato per gli investimenti nel settore cinematografico[40]. Sul quantum del finanziamento non era prevista discrezionalità. Infatti, una volta che il film fosse stato nominato "di interesse culturale", il credito era pari al 15% del costo complessivo di produzione dell'opera cinematografica e fino ad un ammontare massimo di 3.500.000 euro. Il *tax credit* era inoltre sottoposto a vincolo di territorializzazione: almeno l'80% del beneficio fiscale doveva essere speso in Italia.

Un'altra forma di sostegno era rappresentata dal *tax shelter*, consistente in una detassazione degli utili d'impresa, sempre "per interesse culturale", con la possibilità di beneficiare di uno scudo fiscale per la parte di utili investiti nella produzione e nella distribuzione cinematografica[41].

I finanziamenti potevano precedere o seguire la realizzazione dell'opera. Nel primo caso una scelta ampiamente discrezionale era attribuita alla "Commissione per la cine-

[39] Un'analisi positiva su questo aspetto normativo -con particolare riferimento ai reciproci vantaggi per le imprese di produzione filmica e per quelle che intendono promuovere i propri marchi o prodotti attraverso la rappresentazione cinematografica- si può leggere in S. Salvetti, *Il product placement cinematografico nel nuovo branded entertainment,* in *Rivista di diritto industriale*, 1, 2009, 51.

[40] Ne potevano giovare le società di produzione e distribuzione, quelle di produzione esecutiva e post-produzione (industrie tecniche), gli esercenti e le imprese non appartenenti al settore cineaudiovisivo associate in partecipazione agli utili di un film dal produttore di quest'ultimo. Il *tax credit* veniva catalogato come "esterno" o "interno" a seconda che esso andasse a favore delle imprese esterne o interne alla filiera produttiva.

[41] Per le disposizioni in tema di *tax credit* e *tax shelter* si veda l'art. 1, c. 325-327 e 329-337, del d.lgs. 28/2004.

matografia" (art. 8 d. lgs. 28/2004)[42], ai cui membri spettava di visionare la sceneggiatura del film, del cast e degli altri particolari, assegnando un punteggio per ogni elemento: fino a 45 punti per la sceneggiatura e il soggetto, fino a 10 per le componenti tecniche e tecnologiche, fino a 15 per la qualità, completezza e realizzabilità del progetto e infine fino a 30 in base al curriculum del produttore, degli autori e del cast (si trattava del cosiddetto "punteggio automatico" o di *reference*). Se i progetti di nazionalità italiana rispondevano a requisiti di idoneità tecnica, qualità culturale o artistica o spettacolare, venivano riconosciuti di interesse culturale. Su richiesta dell'impresa produttrice, la Commissione deliberava inoltre sull'attribuzione del contributo al progetto riconosciuto d'interesse culturale. Poteva dunque accadere che il progetto fosse riconosciuto di solo interesse culturale ma senza l'assegnazione dei benefici: così ad esempio *Fuga da Reuma Park* (2016), del trio comico Aldo, Giovanni e Giacomo. Poteva viceversa verificarsi il cumulo tra riconoscimento culturale e finanziamento: ad esempio *Il ragazzo invisibile 2* di Gabriele Salvatores o *Pinocchio* di Matteo Garrone, beneficiari di stanziamenti rispettivamente per 600 mila e 800 mila Euro[43]. Ai fini di una maggiore trasparenza, le decisioni sono sempre state motivate e rese consultabili sul sito del MiBACT.

Per quanto riguarda invece i finanziamenti *ex post*, il contributo era misurato in relazione agli incassi totalizzati nelle sale[44]. Un ulteriore contributo era poi elargito in favore del regista e degli autori del soggetto e della sceneggiatura se cittadini italiani o dell'Unione Europea, indicati come tali nel pubblico registro per la cinematografia[45].

Oltre al decisivo ruolo della Commissione per la Cinematografia, si deve segnalare la creazione della "Consulta territoriale per le attività cinematografiche" (art. 4 d.lgs. 28/2004), composta da tre rappresentanti designati dalla Conferenza Stato-Regioni e tre designati dalla Conferenza Stato-Comuni[46].

---

[42] Questa era articolata in due sottocommissioni (la prima per il riconoscimento d'interesse culturale, articolata in due sezioni, una per i lungometraggi, l'altra per i cortometraggi; la seconda per la promozione e per i film d'essai, suddivisa anch'essa in due sezioni, una per la promozione e l'altra per l'ammissione ai benefici di legge e l'individuazione dei film d'essai). La prima sezione della prima sottocommissione era composta da sei membri, le altre da quattro. I componenti erano nominati con decreto del Ministro e scelti tra esperti altamente qualificati nei vari settori delle attività cinematografiche, anche su indicazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative. Alle sedute della seconda sottocommissione, relative alla promozione delle attività cinematografiche, partecipavano un rappresentante delle Regioni, un rappresentante delle Province ed un rappresentante dei Comuni, designati dalla Conferenza Unificata, particolarmente qualificati in materia di promozione cinematografica. Alle sedute della medesima sottocommissione, relative alla promozione all'estero, partecipava un rappresentante del Ministero degli Affari Esteri. Le sottocommissioni duravano in carica dodici mesi (art. 8 d. lgs. 28/2004).

[43] Delibera Commissione Cinema, in www.beniculturali.it/direzionegeneralecinema, 3 settembre 2016.

[44] Ad esempio il d.m. 22 marzo 2012 ("Modalità tecniche di erogazione e monitoraggio dei contributi percentuali sugli incassi realizzati in sala dalle opere cinematografiche") aveva sancito che per gli incassi da 1 a 1.000.000 di Euro si applicasse un'aliquota del 22,5%, per quelli da 1.000.001 a 2.000.000 del 20% e così via fino allo scaglione compreso tra Euro 5.000.000 e 10.000.000 per il quale la percentuale era del 10%.

[45] Il d.m. 22 marzo 2012 all'art. 5 prevedeva diversi scaglioni, ad esempio per i film che avessero ottenuto da 1 Euro a 2.500.000 il contributo era pari all'1% degli incassi. Nel pubblico registro per la cinematografia (PRC), affidato alla SIAE, a partire dalla riforma del 2004 erano iscritti tutti i film di produzione nazionale.

[46] Essa definiva in particolare il programma triennale (da sottoporre all'approvazione del Ministro) circa l'individuazione delle aree geografiche d'intervento a sostegno delle imprese d'esercizio, l'individuazione sul territorio nazionale delle aree privilegiate d'intervento a favore delle industrie tecniche e la definizione degli obiettivi generali per la promozione delle attività cinematografiche.

Al di fuori delle previsioni legislative statali appena descritte, la promozione a livello finanziario della Settima Arte ha visto crescere nel corso dell'ultimo decennio anche l'interesse di diverse Regioni, che hanno creato negli ultimi anni "fondi regionali" per il sostegno all'attività cinematografica (così ad esempio il "Fondo regionale per il cinema e l'audiovisivo del Lazio"). Si è inoltre assistito alla capillare diffusione delle cosiddette "Film Commission", autorità amministrative indipendenti finanziate dagli Enti locali e preposte al supporto e all'assistenza di produzioni cinematografiche e audiovisive nonché all'attrazione delle stesse in un certo territorio.

Come si può fin qui notare, il modello delineato dalla riforma del 2004 era estremamente complesso e non esente da aspetti critici e persino da contrasti con il dettato costituzionale. Con riguardo a quest'ultimo profilo, puntuale è stato l'intervento della Consulta, che alla luce dell'art. 117, c. 3,[47]della Costituzione ha dichiarato la parziale incostituzionalità di diverse norme del decreto statale. Secondo il giudice delle leggi si era di fronte a «una normativa completa e autoapplicativa, senza distinzione tra principi e dettagli, e, sul piano amministrativo, da un modello di gestione accentuatamente statalistico ed essenzialmente fondato su poteri ministeriali, con una presenza del tutto marginale di rappresentanti delle autonomie territoriali»[48].

Altri giudizi negativi, seppur non sfociati in decisioni di incostituzionalità, si sono invece concentrati relativamente alla contrarietà con lo spirito di fondo degli artt. 9, 21 e 33 Cost., volti alla protezione dell'espressione culturale debole. Restava in piedi una forte discrezionalità nelle decisioni delle commissioni, per cui la qualifica di film culturale veniva sovente assegnata a opere che rientravano nei requisiti di legge secondo interpretazioni forzate. Ma il problema principale restava soprattutto la linea di favore per le grandi produzioni, le quali risultavano le principali destinatarie del denaro offerto generosamente dallo Stato, tagliando fuori le produzioni meno ricche, ossia quelle che più avrebbero avuto bisogno di sostegno. Se per il prodotto omologato la strada era in discesa, non altrettanto si rilevava per le proposte più innovative e per chi tentava di emergere in un settore ampiamente dominato dalla logica dell'incasso facile. Il sistema di *reference*, che conferendo fino a 30 punti all'opera basandosi sul curriculum dei suoi produttori e autori tagliava fuori le piccole realtà produttive e gli esordienti, era sintomatico della direzione intrapresa. In base all'interpretazione sistematica dei principi espressi dalla Carta (cfr. par. 1) l'intervento economico, diretto o indiretto, doveva essere indirizzato a correggere le sperequazioni esistenti, e nascenti dalla propensione delle società produttrici a favorire investimenti in film con registi, sceneggiatori e protagonisti di successo, nonché dalla scelta di soggetti che potessero ottenere un sicuro riscontro al box-office. Senonché il modello di *reference* conduceva esattamente nella direzione opposta, permettendo a imprese e artisti già affermati di godere di innumerevoli benefici a detrimento di quei soggetti in cerca di affermazione[49]. Ulteriore nodo

[47] Sulla configurabilità del sostegno finanziario pubblico in favore degli spettacoli come materia di cui all'art. 117, c. 3, Cost. si veda C. Cost., 21 luglio 2004, n. 255.

[48] C. Cost., 19 luglio 2005, n. 285. Per un'analisi sulla pronuncia si rimanda a P. Caretti, *Le competenze in materia di spettacolo: la Corte "riscrive" il decreto legislativo in tema di cinematografia,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 4, 2005, 2830 ss.

[49] A. Pace, *Articolo 21-Rapporti civili,* cit., 424.

cruciale la statuizione secondo cui l'interesse culturale poteva essere riconosciuto ai progetti di nazionalità italiana dotati di requisiti di idoneità tecnica, qualità culturale o artistica "o spettacolare". L'uso della congiunzione disgiuntiva permetteva che la sola spettacolarità (si pensi al massiccio impiego di effetti speciali elaborati virtualmente) potesse garantire al film il riconoscimento d'interesse culturale, a prescindere dall'effettiva ricorrenza di componenti artistico-culturali. Per quanto l'elemento spettacolare potesse rendere l'opera particolarmente apprezzabile da un punto di vista estetico, solo un'interpretazione estremamente forzata del concetto di cultura poteva giustificare che la semplice presenza dello stesso bastasse ad assicurare il finanziamento pubblico[50]. Gli stessi incentivi alle pellicole sulla base degli incassi si traducevano poi in ampie elargizioni a chi non avrebbe avuto bisogno di aiuti esterni, mentre l'accesso ai mutui agevolati fino al 90% per le opere prime e seconde sembrava esistere più su un piano teorico che pratico senza l'appoggio di importanti società. Prevaleva, come notato da buona parte della dottrina[51], un modello che privilegiava il film commerciale e di largo consumo (e quindi una visione puramente di mercato), penalizzando chi avrebbe potuto regalare nuova linfa al campo cinematografico. Su questo terreno minato il Parlamento è intervenuto nuovamente, allo scopo di ridisegnare il quadro appena visto, con la legge 220 del 2016.

4. La riforma del 2016: un'occasione mancata?

Fortemente voluta dal Ministro dei Beni Culturali Dario Franceschini, annunciata con grande enfasi dal Governo e infine approvata senza ostacoli particolari nell'autunno del 2016, la legge 220 ("Disciplina del cinema e dell'audiovisivo") ha colto il plauso dei produttori e dei distributori, mentre è stata accolta tiepidamente da molti autori, dichiaratisi scettici circa i concreti miglioramenti cui essa potrà condurre. Si procederà pertanto nell'esporre il contenuto della nuova normativa, per poi svolgere una analisi critica e una valutazione della stessa.

4.1. Disposizioni generali e funzioni statali

La riforma proclama (art. 1) che la Repubblica, in attuazione degli artt. 9, 21 e 33 della Costituzione e nel quadro dei principi stabiliti dall'articolo 167[52] del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dalla Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, promuove e sostiene il cinema e

[50] *Ibid.,* 423.

[51] Oltre al già menzionato Pace, si veda P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa,radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema,* Bologna, 2010, 307.

[52] L'articolo in questione vieta come regola generale gli aiuti statali che favoriscano talune imprese o produzioni, falsando o minacciando la concorrenza, ma consente una serie di deroghe, come nel caso degli aiuti per agevolare lo sviluppo di certe attività –c. 3, lett. *c)*- o per promuovere la cultura –c. 3, lett. *d)*-. Il limite che tali deroghe devono rispettare consiste nella non alterazione delle condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune.

l'audiovisivo quali fondamentali mezzi di espressione artistica, di formazione culturale e di comunicazione sociale. In secondo luogo, in attuazione dell'art. 117, c. 3, della Costituzione, la nuova legge detta i principi fondamentali dell'intervento pubblico a sostegno del cinema e dell'audiovisivo in quanto attività di rilevante interesse generale, che contribuiscono alla definizione dell'identità nazionale e alla crescita civile, culturale ed economica del Paese, favoriscono la crescita industriale, promuovono il turismo e creano occupazione, anche attraverso lo sviluppo delle professioni del settore. Viene disciplinato altresì, in attuazione dell'art. 117, c. 2, della Costituzione, l'intervento dello Stato a sostegno del cinema e dell'audiovisivo.

Il "film" viene ridefinito come l'opera audiovisiva[53] destinata prioritariamente al pubblico nelle sale cinematografiche (sui parametri e requisiti della destinazione si lascia la scelta al Ministro dei Beni Culturali)[54].

Un ruolo di sostegno al cinema compete innanzitutto alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano: a tal fine viene riconosciuto dalla legislazione statale il ruolo delle Film Commission, che potranno gestire appositi fondi istituiti a livello regionale, anche attingendo a risorse europee (art. 4).

L'impegno finanziario dello Stato viene in rilievo con la statuizione secondo cui (art. 10, lett. *d*) il Ministero dei Beni Culturali sostiene la creazione, la produzione, la distribuzione e la diffusione delle opere cinematografiche e audiovisive e delle opere multimediali, così come la diversità delle forme di espressione e di diffusione cinematografica, audiovisiva e multimediale, garantendo inoltre nel settore della produzione il rispetto degli obblighi sociali da parte dei beneficiari dei contributi.

Un ruolo di assistenza al Ministero in simile compito spetta ora al neo-nato "Consiglio superiore del cinema e dell'audiovisivo" (art. 11), il quale prende il posto della Consulta per lo spettacolo ed ha compiti di consulenza e supporto nella elaborazione ed attuazione delle politiche di settore, nonché nella predisposizione di indirizzi e criteri generali relativi alla destinazione delle risorse pubbliche per il sostegno alle attività ci-

[53] Per "opera audiovisiva" si intende la registrazione di immagini in movimento, anche non accompagnate da suoni, realizzata su qualsiasi supporto e mediante qualsiasi tecnica, anche di animazione, con contenuto narrativo, documentaristico o videoludico, purché opera dell'ingegno e tutelata dalla normativa vigente in materia di diritto d'autore e destinata al pubblico dal titolare dei diritti d'utilizzazione (art. 2). Con d.m. n. 303 del 14 luglio 2017 ("Individuazione dei casi di esclusione delle opere audiovisive dai benefici previsti dalla l. 14 novembre 2016, n. 220, nonché dei parametri e requisiti per definire la destinazione cinematografica delle opere audiovisive") si è modificato il termine di distinzione tra lungo e cortometraggio: con il primo si intende ora l'opera di durata superiore a 52 minuti, con il secondo quella di durata pari o inferiore al suddetto minutaggio (art. 2, c. 3).

[54] In base al d.m. 14 luglio 2017, artt. 5 e 6, l'opera audiovisiva ha in ogni caso i requisiti dell'opera cinematografica se possieda almeno uno dei seguenti requisiti: 1) sia distribuita in almeno 20 sale cinematografiche per un minimo di 7 giorni consecutivi, se di durata superiore ai 52 minuti e con taglio narrativo (se invece la durata è inferiore ai 52 minuti o il contenuto è documentaristico è sufficiente la distribuzione in almeno 12 sale); 2) abbia partecipato a festival cinematografici di rilevanza nazionale o internazionale, come individuati in apposito provvedimento della Direzione Generale Cinema, acquisito il parere degli esperti di cui all'art. 26 della l. 220/2016; 3) i diritti di distribuzione siano stati venduti per la distribuzione cinematografica in almeno un paese estero di lingua non italiana.

nematografiche e dell'audiovisivo[55].

4.2. Il nuovo Fondo per il cinema e i requisiti di ammissibilità

Un ruolo centrale della legge è rivestito dal Capo III[56] ("Finanziamenti e fiscalità"), che si preoccupa di ridisegnare *ex novo* il sistema di pubblico sostegno al cinema.
Innanzitutto dove si reperiranno le risorse: viene creato il "Fondo per lo sviluppo degli investimenti nel cinema e nell'audiovisivo" (art. 13), tramite il quale si vuole consentire l'apporto pecuniario statale, oltre che per i film da realizzare o già terminati, anche per un piano straordinario di potenziamento del circuito delle sale e di digitalizzazione del patrimonio cine-audiovisivo[57].
Ancora una volta decisivo per l'accesso al contributo è il riconoscimento della nazionalità italiana dell'opera (fondata su una serie di parametri obiettivi)[58], configurandosi come uniche eccezioni alla regola il credito d'imposta per l'attrazione di investimenti in Italia e i contributi alla scrittura di sceneggiature (artt. 5 e 14)[59]. La nazionalità italiana può riconoscersi anche alle opere realizzate in coproduzione con imprese estere, in base ad accordi internazionali di reciprocità, o, in mancanza di questi ultimi, a quelle

[55] In base all'art. 11 della legge 220/2016 e all'art. 1 del d.m. 2 gennaio 2017 ("Funzionamento del Consiglio superiore del cinema e dell'audiovisivo e regime di incompatibilità dei componenti"), il Consiglio svolge diverse attività, che, per quanto riguarda la funzione di sostegno economico al settore, si possono così compendiare: monitora, valuta e formula proposte (anche sulla base di apposite consultazioni con le organizzazioni cinematografiche) circa le politiche pubbliche di finanziamento al cinema; esprime pareri sugli accordi internazionali di coproduzione e sui rapporti con le istituzioni dell'Unione Europea o internazionali, oltre che con altre istituzioni nazionali del settore; esprime pareri sulla ripartizione delle risorse e sulle condizioni per la concessione dei contributi. L'organismo dura in carica tre anni e risulta composto da: *a)* otto personalità del settore, di particolare e comprovata qualificazione professionale e capacità, scelte dal Ministro (con due componenti di designazione della Conferenza Unificata); *b)* tre membri scelti dal Ministro nell'ambito di una rosa di nomi proposta dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative del settore. Anche il Presidente è di nomina ministeriale e scelto tra una delle otto personalità di cui alla lett. *a)*.

[56] *Ex* art. 12, tra gli scopi dei finanziamenti vi sono l'adeguamento all'evoluzione delle tecnologie e dei mercati nazionali e internazionali, lo sviluppo delle società, l'emersione di nuovi autori e nuove imprese, la promozione del merito, del mercato e della concorrenza.

[57] Il riparto annuale del Fondo deve avvenire con decreto del Ministro dei Beni e delle Attività Culturali, sentito il Consiglio superiore del cinema, entro il 31 gennaio di ogni anno (art. 4 d.p.c.m. 20 maggio 2017, "Modalità di gestione del Fondo cinema e audiovisivo"). Si prevede altresì (art. 13, c. 2, l. 220/2016) che il complessivo livello di finanziamento non sia inferiore a 400 milioni di Euro annui derivanti dal versamento di Ires e Iva, nei settori di attività della distribuzione e proiezione cinematografica, delle programmazioni e trasmissioni televisive, dei servizi di accesso a Internet, delle telecomunicazioni fisse e mobili. Si tratta dell'unificazione delle risorse precedentemente separate del Fus e del *tax credit*, con un significativo aumento (dai precedenti 240 a 400 milioni di Euro annui) delle quote investite: per la precisione si registra un più 60%. Purtroppo si devono tuttavia ridimensionare le aspettative e i facili entusiasmi: sul punto si tornerà più avanti.

[58] Essi sono così determinati dall'art. 5: *a)* nazionalità italiana o di altro Paese dell'Unione Europea del regista, dell'autore del soggetto, dello sceneggiatore, della maggioranza degli interpreti principali, degli interpreti secondari, dell'autore della fotografia, dell'autore del montaggio, dell'autore della musica, dello scenografo, del costumista, dell'autore della grafica; *b)* ripresa sonora diretta integralmente o principalmente in lingua italiana (con equiparazione alla stessa dei dialetti e delle lingue parlate dalle principali minoranze); *c)* componenti della troupe fiscalmente residenti e sottoposti a tassazione in Italia; *d)* riprese effettuate principalmente in Italia; *e)* utilizzo di teatri di posa localizzati in Italia; *f)* post-produzione svolta principalmente in Italia.

[59] Previsti rispettivamente agli artt. 19 e 26 della riforma.

poste in essere grazie alla compartecipazione di imprese italiane e straniere, su decreto d'autorizzazione del Ministro (art. 6)[60]. Le disposizioni sono state integrate con l'emanazione di due decreti, uno relativo alle procedure per accertare la nazionalità[61], l'altro ai casi di esclusione con riferimento a diverse tipologie di opere (art. 14)[62].

4.3. Tipologie di finanziamento

Poste queste premesse, si può giungere all'analisi dei concreti finanziamenti delineati dalla nuova normativa, che si possono suddividere in quattro categorie:
1) gli "incentivi fiscali"[63], rappresentati da un credito d'imposta variabile a seconda dei soggetti che ne beneficiano: le imprese produttrici; le imprese distributrici; le imprese dell'esercizio cinematografico, tecniche e di post-produzione; gli esercenti sale cinematografiche; le imprese italiane di produzione esecutiva e di post-produzione che attraggono in Italia investimenti stranieri; le imprese non appartenenti al settore cine-audiovisivo. Si tratta quindi di sei diversi tipi d'incentivi, che diventano di fatto il baricentro della nuova disciplina di promozione del cinema, e sui quali si può notare subito un dato evidente: i benefici risultano essere indirizzati non al singolo film, con i suoi possibili pregi e meriti artistici, bensì alle varie società operanti nel settore. Opera, in altre parole, un criterio meramente imprenditoriale, che trascura completamente il fattore culturale.

[60] Le coproduzioni internazionali sono quelle realizzate da una o più imprese italiane e una o più imprese estere aventi sede in uno Stato con il quale esiste ed è vigente un Accordo di coproduzione cinematografica. Le opere in compartecipazione internazionale sono quelle realizzate da una o più imprese italiane e una o più imprese estere con sede in uno Stato con il quale non esistono Accordi di coproduzione. Queste produzioni sfuggono al sistema del punteggio (su cui cfr. *infra* nota 61).

[61] In base a d.p.c.m. dell'11 luglio 2017 ("Disposizioni per il riconoscimento della nazionalità italiana delle opere cinematografiche e audiovisive"), la nazionalità italiana è riconosciuta (tramite presentazione di istanza telematica alla Direzione Generale Cinema) in via provvisoria per le opere non ancora realizzate e in via definitiva per quelle terminate (art. 2). Per ottenere il riconoscimento si deve raggiungere il punteggio totale di 70/100 (art. 2) secondo le tabelle allegate in calce al decreto: ad esempio, per i film a contenuto narrativo verranno attribuiti all'opera 10 punti se il regista è italiano o di altro Paese dell'Unione Europea ovvero, se a prescindere dalla nazionalità, sia soggetto a tassazione in Italia; 10 punti sono attribuiti all'opera per la quale almeno metà delle attività di realizzazione siano state attuate in Italia; 5 punti se la ripresa sonora sia diretta integralmente o principalmente in lingua italiana o in dialetti italiani (per uno sguardo completo: Disposizioni per il riconoscimento della nazionalità italiana delle opere cinematografiche e audiovisive, in www.beniculturali.it). Il mancato ottenimento della nazionalità ovvero la sua revoca comportano l'impossibilità di accedere ai benefici, e, ove già riconosciuti, la decadenza dagli stessi con obbligo di restituzione, ove già fruiti. La revoca avviene qualora: *a)* l'opera non abbia i requisiti richiesti; *b)* siano rilasciate dai richiedenti dichiarazioni false o incomplete (in tal caso i beneficiari saranno esclusi dai contributi per 5 anni); *c)* non siano forniti dai richiedenti tutti gli elementi informativi richiesti (artt. 2 e 8).

[62] Si tratta nello specifico di opere audiovisive (art. 2, lett. *a)*, d.m. 14 luglio 2017 n. 303): 1) a carattere pornografico; 2) che incitano all'odio basato su differenza di razza, sesso, religione o nazionalità; 3) con contenuti pubblicitari, incluse televendite, telepromozioni, pubblicità televisive; 4) con contenuti esclusivamente commerciali, promozionali, didattici, anche a finalità turistiche o istituzionali; 5) a carattere promozionale ed intrattenimento di un brano musicale o di un artista.

[63] Sezione II, artt. 15-21, ai quali si rimanda per l'indicazione specifica delle differenti percentuali previste.

2) I "contributi automatici"[64], ossia quelli destinati alle imprese del cinema[65]per lo sviluppo, la produzione e la distribuzione in Italia e all'estero dei film. Gli importi sono calcolati in base ai risultati economici, culturali, artistici e di diffusione presso il pubblico nazionale e internazionale, ottenuti dalle opere prodotte o distribuite all'interno del Paese e all'estero. In particolare, per i film si guarda agli incassi ottenuti nelle sale italiane, anche in relazione al rapporto con i costi di produzione e distribuzione, nonché a ulteriori parametri (da doversi regolare con decreto[66]): tra questi ultimi devono rientrare i ricavi derivanti dallo sfruttamento dei diritti attraverso tutte le piattaforme di diffusione italiane ed estere (comprendendo quindi anche la radiotelevisione e Internet), nonché la partecipazione e il conseguimento di riconoscimenti in importanti rassegne e concorsi internazionali. In definitiva, l'elargizione di questi contributi (al pari di quella degli incentivi fiscali) non è rimessa a scelte discrezionali di commissioni costituite presso il Ministero, basandosi all'opposto su parametri esclusivamente oggettivi. Alla circoscrizione di un potere decisionale della cui eccessiva latitudine (e arbitrarietà) è testimonianza un'esperienza pluridecennale, non sembra tuttavia corrispondere una garanzia di maggiore oculatezza nella concessione degli stanziamenti e dei benefici erariali. Se per questi ultimi prevale, come detto, un vantaggio per le imprese più che per il prodotto artistico, per i contributi automatici un ruolo predominante è dato dal successo al box office[67]. La conseguenza (e il pericolo) principale è che chi punterà sulla realizzazione di pellicole di scarso valore estetico-culturale, ma di forte richiamo commerciale, potrà godere dei profitti ricevuti al botteghino e poi ulteriormente valersi di sovvenzioni statali da investire in nuovi progetti. Progetti che molto probabilmente, potrebbero essere sempre all'insegna dell'esclusiva ricerca del tornaconto economico.
3) I "contributi selettivi"[68], da erogarsi per la scrittura, lo sviluppo, la produzione e la distribuzione nazionale e internazionale delle opere cinematografiche. Si specifica peraltro che particolare riguardo si avrà per le opere prime e seconde, per le opere realizzate da giovani autori, per i film difficili realizzati con modeste risorse finanziarie, per le opere di particolare qualità artistica realizzate anche da imprese che non abbiano aperto una posizione contabile presso il Ministero e infine per le opere che siano sostenute o su cui convergano contributi di più aziende per la realizzazione. I contributi sono attribuiti in relazione alla qualità artistica o al valore culturale dell'opera o del progetto da realizzare: la valutazione è rimessa a cinque esperti tra personalità di chiara fama anche internazionale e di comprovata qualificazione professionale nel settore. Contributi selettivi sono concessi altresì per le imprese operanti nel campo dell'esercizio cinematografico e alle imprese cinematografiche e audiovisive appartenenti a de-

[64] Sezione III, artt. 23-25.

[65] Condizione per l'erogazione è che ogni impresa richieda l'apertura di una posizione contabile presso il Ministero.

[66] Così è avvenuto con d.m. del 31 luglio 2017, n. 342.

[67] L'art. 4 del d.m. 342/2017 ne è una riprova: il 60% delle risorse da indirizzare alle opere cinematografiche avviene sulla base dei risultati economici, a fronte del 40% relativo ai risultati artistici e culturali.

[68] Sezione IV, art. 26. L'articolo è integrato dalle disposizioni applicative previste dal d.m. 31 luglio 2017, n. 343.

terminate categorie[69]. La categoria dei contributi selettivi risulta essere più interessante rispetto alle precedenti per due motivi. In primo luogo, si rimette al centro l'elemento artistico-culturale, svilito nel caso dei crediti d'imposta e dei contributi automatici da un'impronta puramente economica e filo-imprenditoriale. In secondo luogo si fornisce una "stampella" alle iniziative deboli, che per mancanza di persone, mezzi e capitali, quasi certamente non riuscirebbero a trovare uno sbocco: si pensi ad esempio agli ostacoli ai quali va incontro un giovane autore per poter realizzare una sceneggiatura o per poter pubblicizzare la propria opera. In sintesi, tramite simili aiuti riassumono un ruolo centrale i principi costituzionali dettati dagli artt. 3, 9, 21 e 33: i contributi automatici consentono la correzione delle sperequazioni sociali esistenti tra personalità e società del settore non ancora affermate, e chi viceversa è già rinomato. Si offrono risorse per portare a compimento progetti artistici altrimenti destinati a rimanere irrealizzati, e si attua di conseguenza la promozione di un più marcato pluralismo[70]. La portata di simili contributi risulta tuttavia depotenziata dalla quota del Fondo riservata agli stessi: su questo punto si tornerà oltre.

4) I "contributi per le attività e le iniziative di promozione cinematografica e audiovisiva"[71]. Queste misure sono rivolte a favorire manifestazioni per la divulgazione della cultura cinematografica, per la promozione del turismo tramite lo strumento filmico, per la realizzazione di festival, rassegne e premi di rilevanza nazionale e internazionale, per la conservazione del patrimonio filmico (anche tramite l'attività delle cineteche), per sostenere la programmazione dei film d'essai ovvero quelli di ricerca e sperimentazione; sono altresì indirizzate a sostenere l'apprendimento della cultura cinematografica nelle scuole, e a favorire ulteriori attività nonché studi e ricerche, in una logica di crescita economica, culturale e civile, anche tramite appositi accordi tra diversi enti pubblici; da ultimo, una quota di contributi verrà riservata ad alcuni soggetti specifici (ad esempio l'Istituto Luce-Cinecittà e la Biennale di Venezia). Con questo ordine di finanziamenti si è in presenza non più di forme di sostegno alla realizzazione e diffusione dell'opera filmica, bensì ad attività finalizzate a conservare e far conoscere il patrimonio cinematografico nazionale. Le specifiche tipologie ammesse, i criteri e le modalità per la concessione dei contributi e, da ultimo, la ripartizione delle risorse disponibili, sono devolute a un decreto ministeriale[72]. Per questi aiuti si può effettuare un ragionamento simile a quello svolto per i contributi selettivi: finanziamenti che possono concorrere ad attuare il dettato costituzionale, ma penalizzati dal concreto

[69] In questo caso le beneficiarie sono individuate prioritariamente tra le società di nuova costituzione, tra le start-up e tra quelle che abbiano i requisiti delle micro-imprese ai sensi delle norme europee in tema di aiuti di Stato, con particolare riferimento alle piccole sale cinematografiche ubicate nei comuni con meno di 15mila abitanti.

[70] Per un ulteriore contributo della dottrina sulla tematica del sovvenzionamento statale in funzione perequativa si veda R. Zaccaria, *Le strutture pubbliche della cinematografia in Italia,* in A. Orsi Battaglini, *L'intervento economico statale a favore della cinematografia,* in ISLE, *Intervento pubblico e libertà di espressione nel cinema, nel teatro e nelle attività musicali,* Milano, 1974, 206.

[71] Sezione V, denominata "Attività di promozione cinematografica e audiovisiva", art. 27.

[72] Così è avvenuto con il già menzionato d.p.c.m. 20 maggio 2017. Va precisato che in base all'art. 4, c. 3, di detto decreto, per la gestione dei benefici rientranti nelle quattro categorie esaminate, il MiBACT può avvalersi dell'Istituto Luce-Cinecittà, che svolge tale attività con le proprie risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

quantum stabilito dalla riforma e dai relativi decreti (come si vedrà approfonditamente più avanti).
Al di fuori dei quattro grandi gruppi di incentivi fiscali ed emolumenti statali, sono previste altre forme di intervento pubblico. Il capo IV ("Interventi straordinari e altre misure per il rilancio del settore") prevede un piano straordinario per il potenziamento del circuito delle sale cinematografiche e polifunzionali sotto forma di contributi a fondo perduto, ovvero contributi in conto interessi sui mutui o locazioni finanziarie (art. 28); un piano straordinario per la digitalizzazione del patrimonio cinematografico e audiovisivo, sotto forma di contributi a fondo perduto o finanziamenti agevolati, per le imprese di post-produzione (incluse le cineteche) e in proporzione al volume dei materiali digitalizzati (art. 29); si è stabilita infine la creazione di una sezione speciale del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, da istituirsi con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, e destinata a garantire operazioni di finanziamento per la realizzazione di prodotti audiovisivi e cinematografici (art. 30)[73].

4.4. Altre disposizioni rilevanti

Lo Stato si impegna a favorire un pieno ed equilibrato sviluppo nei settori della produzione, distribuzione, programmazione e dell'esercizio cinematografico, impedendo il formarsi di fenomeni distorsivi della concorrenza. Al raggiungimento di simile scopo, un ruolo di vigilanza è assegnato all'Agcm (art. 31).
Un apposito registro ("Registro pubblico delle opere cinematografiche e audiovisive") è istituito per le opere di nazionalità italiana che abbiano beneficiato dei contributi pubblici statali, regionali e degli enti locali o di finanziamenti dell'Unione Europea (art. 32).
Una certa importanza riveste la disposizione di cui all'art. 33, che ha previsto la delega per il Governo ad adottare, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della riforma, uno o più decreti legislativi per riformare la normativa in materia di tutela dei minori nella

[73] La sezione è alimentata per l'anno 2017 per un importo pari a 5 milioni di Euro, a valere sulle risorse del Fondo per il cinema e l'audiovisivo. Il Ministro determina annualmente, con proprio decreto, eventuali ulteriori versamenti. Le risorse della sezione possono essere incrementate anche tramite convenzioni appositamente stipulate tra il MiBACT, il Ministero dello Sviluppo Economico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e soggetti investitori, pubblici e privati (art. 30, c. 2 e 3).

visione delle opere filmiche[74]: si tornerà più avanti su questo aspetto.
Il Governo è stato delegato ad adottare, sempre entro il termine di dodici mesi, uno o più decreti legislativi per la riforma della promozione delle opere europee e italiane da parte dei fornitori dei servizi di media audiovisivi, ponendo a carico di questi ultimi particolari obblighi di programmazione e di investimento[75].
La vigilanza sull'applicazione delle disposizioni sino ad ora viste viene esercitata dal MiBACT. Le concrete modalità di controllo e i casi di revoca e decadenza sono demandati ai decreti attuativi. In caso di dichiarazioni mendaci o di falsa documentazione prodotta in sede di istanza per il riconoscimento dei benefici, oltre alla revoca del contributo concesso e alla sua intera restituzione, è disposta l'esclusione dai medesimi contributi, per cinque anni, del beneficiario nonché di ogni altra impresa che comprenda soci, amministratori e legali rappresentanti di un'impresa che sia stata esclusa (art. 37).
Con la nuova legge viene espressamente abrogata la previgente disciplina (art. 39).

4.5. Luci e ombre della legge 220/2016

Questo il quadro generale disegnato dalla riforma del 2016. Quali sono dunque i motivi

[74] Si tratta dell'abrogazione della l. 161/1962 e del relativo regolamento di esecuzione (d.P.R. 2029/1963), che per oltre un cinquantennio hanno costituito l'ossatura del sistema censorio in ambito cinematografico. In base a tale modello, un film, per poter essere distribuito nelle sale, doveva ottenere il previo nulla osta di apposite commissioni ministeriali, che potevano concedere il visto incondizionato (opera visibile da tutti gli spettatori) o condizionato (opera vietata ai minori di anni 14 o 18), ovvero negare del tutto il permesso alla proiezione per contrarietà al buon costume. A detti organismi era data altresì facoltà di imporre eventuali tagli di sequenze sgradite. Simile sistema si è sempre prestato a critiche per la discrezionalità e l'opinabilità dei giudizi dei commissari ministeriali, oltre che per i dubbi di costituzionalità *ex* artt. 21 e 33 Cost. (si vedano tra i tanti P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Bologna, 1984, 259-262 e R. Viriglio, *La censura cinematografica: libertà dello spettatore, tutela dei minori e censura economica*, in www.aedon.mulino.it, 2000) . Il Consiglio dei Ministri in data 7 dicembre 2017 ha approvato il decreto legislativo recante le nuove modalità di revisione delle opere filmiche, in linea con le disposizioni previste in altri ordinamenti (ad esempio Gran Bretagna e Stati Uniti d'America) e con l'evoluzione dei tempi. Gli eventuali limiti per fasce d'età saranno d'ora in poi stabiliti tramite autocertificazione del produttore del film, da presentare alla neo-nata "Commissione per la classificazione" presso il MiBACT, la quale potrà ratificare o meno la valutazione, ma non avrà la facoltà di vietare in toto la proiezione in pubblico dell'opera né imporre tagli di scene e sequenze. Per il testo del decreto si rinvia a www.beniculturali.it.

[75] Il Consiglio dei Ministri del 7 dicembre 2017 ha approvato in via definitiva il decreto deputato a regolare tali aspetti (il testo è reperibile in www.beniculturali.it). La normativa, che innova l'art. 44 del d. lgs. 177/2005 ("Testo unico della radiotelevisione", c.d. "Tusmar"), si applica tanto ai fornitori di servizi televisivi lineari (Rai, Mediaset, La7, Sky, solo per citare quelli più noti) quanto a quelli non lineari, ossia le piattaforme on demand (ad esempio Netflix e Amazon). Quanto al contenuto, si sanciscono in primis diverse quote minime giornaliere e settimanali riservate alla programmazione di film (oltre che di fiction e altri programmi) di produzione europea e italiana; in secondo luogo si sono previste delle percentuali dei ricavi che i vari broadcaster dovranno obbligatoriamente investire nell'acquisto o nella produzione di film (e di fiction e programmi) di produzione europea e italiana. Investimenti devono inoltre avvenire a favore delle produzioni indipendenti e nell'animazione per l'infanzia (in misure ancora da determinarsi). In caso di violazioni, l'Agcom è l'organismo deputato a irrogare sanzioni amministrative pecuniarie (fino a un massimo di 5 milioni di Euro o l'1% del fatturato). Accolto con il plauso degli operatori cinematografici, che vedono l'opportunità di ricevere più risorse, garantendo una maggiore concorrenza e qualità dei prodotti, il decreto ha suscitato le proteste di tutti i fornitori di servizi televisivi, che hanno lamentato l'imposizione di una politica dirigistica ed economicamente dannosa.

per cui mentre l'Anica[76] ha accolto molto favorevolmente il nuovo impianto legislativo, quasi tutte le sigle autoriali (ad esempio l'Associazione Nazionale Autori Cinematografici e 100autori) e le piccole società di produzione e distribuzione non hanno lesinato dure critiche (con l'eccezione delle previsioni contenute nel decreto sulla promozione del cinema in tv, ben accolte da tutti gli operatori del cinema)?

Innanzitutto si parta da una constatazione: molte delle disposizioni previste sono state riempite di contenuto da un folto groviglio di decreti. Censure si possono quindi rivolgere a partire da questo dato: un troppo alto numero di questioni cui il Parlamento ha rinunciato devolvendole al Ministero, alla Presidenza del Consiglio o al Governo nel suo insieme, accompagnato da un'eccessiva vaghezza nei criteri direttivi e ritardi nell'adozione (quasi tutti i decreti sarebbero dovuti essere emanati entro 120 giorni dall'entrata in vigore, termine abbondantemente superato). Un potenziale tradimento dell'art. 76 Cost., che stabilisce pur sempre che la funzione legislativa sia delegabile al Governo solo per tempo limitato e per oggetti definiti. Questo tanto più in un momento storico nel quale «la delegazione legislativa si fa tendenzialmente strumento privilegiato dell'attuazione dell'indirizzo governativo», richiedendo un'attuazione più stringente dei vincoli posti dalla Costituzione, onde evitare il «rischio di una abdicazione del legislativo a favore dell'esecutivo»[77]. Una giustificazione sull'ampio uso nel testo della legge 220/2016 del ricorso alla delega legislativa (oltre che sulle tempistiche eccessivamente dilatate per l'approvazione) è venuta dallo stesso titolare del MiBACT, che ha motivato i ritardi con la necessità di mediare tra le differenti istanze in conflitto e spiegato come l'impiego dei decreti consenta un maggior margine di manovra per eventuali adattamenti e miglioramenti[78]. In merito a quest'ultimo aspetto, si deve precisare come l'utilizzo dei decreti integrativi e correttivi, seppure giustificabile sotto l'ottica di una più larga elasticità normativa[79], si può prestare a perplessità dal punto di vista costituzionale: vi è infatti il pericolo di consentire al Governo (o al singolo Ministero) l'esercizio di un potere eccessivamente discrezionale. Se le disposizioni costituzionali in tema di delega legislativa consentono una maggiore flessibilità, dall'altra parte un eccesso nella stessa può costituire un aggiramento dell'art. 76 Cost., che sancisce pur sempre la natu-

[76] Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediali, rappresentativa del mondo dei grandi produttori e distributori di cinema.

[77] E. Albanesi, *La "grande espansione" della delegazione legislativa e l'elusione del modello costituzionale,* in R. Zaccaria - E. Albanesi, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in *ConsultaOnline*, 24 ottobre 2008.

[78] "So bene perché ricevo lettere e appelli pubblici e privati, che la fase attuativa di questa legge di cambiamento sta richiedendo dei tempi lunghi […] ma dobbiamo accettare che il 2017 è un anno di transizione e soprattutto che ogni scelta prevede un dibattito [...]. Su ogni tema ricevo delle pressioni legittime da ogni parte della filiera. E i produttori indipendenti sono contro i produttori grandi, i piccoli esercenti contro i grandi esercenti e tutti con toni catastrofici. Teniamo però presente che i decreti attuativi possono essere anche modificati, anche per questo non abbiamo creato delle norme rigide, proprio per adattarle ai nuovi tempi. Nella fase regolamentativa c'è uno spazio forte per adattarsi, come del resto è avvenuto, in varie misure, col *tax credit*». Così il Ministro Dario Franceschini durante il Convegno ANICA "*Dove va il cinema italiano*?" tenutosi al Centro Congressi di Roma il 13 giugno 2017 (si veda Dove va il cinema italiano? - Gli interventi, in www.anica.it).

[79] Su come la delega "correttiva" possa costituire un'efficace risposta alle esigenze di "sperimentazione" normativa, accordando la possibilità di rivedere la materia appena disciplinata in virtù delle difficoltà palesate dalle prime applicazioni della norma, si veda E. Albanesi, *La "grande espansione" della delegazione legislativa e l'elusione del modello costituzionale,* cit.

ra giuridicamente eccezionale della delegazione legislativa[80]. Si finisce così per assistere a una marginalizzazione del Parlamento, facilitata dalla possibilità per il Governo di modificare «sottovoce» la disciplina legislativa appena varata, «senza ripassare nelle aule parlamentari e senza incorrere in defatiganti lungaggini procedurali»[81]. Non deve dimenticarsi d'altro lato come, ai sensi della già menzionata sentenza n. 285/2005 della Corte Cost., anche alla luce del riparto di competenze operato dalla revisione del Titolo V del 2001, la disciplina della materia cinematografica non possa essere completamente data in appalto allo Stato. I giudici costituzionali sono stati perentori nel delimitare il confine tra norma di principio e norma di dettaglio, sancendo l'illegittimità di una normativa basata su un modello di gestione quasi esclusivamente statalistico, fondato su poteri ministeriali e con un ruolo di scarso rilievo per i rappresentanti delle autonomie locali[82]. Sotto questo punto di vista, il vero problema si sposterebbe sull'effettivo coinvolgimento delle autonomie locali nella materia del sostegno economico al settore-cinema. La riforma ha disposto in diverse ipotesi la necessità che il Ministro, prima di adottare un decreto, sentisse previamente la Conferenza Stato-Regioni (proprio sulla mancata previsione di una simile audizione si erano poste le basi per la pronuncia di parziale incostituzionalità del d. lgs. 28/2004). La questione è però tutt'altro che risolta se si considera che tale parere non è stato reso vincolante, lasciando la possibilità ai decreti ministeriali di discostarsi dalle indicazioni ricevute[83].
All'indeterminatezza che dovrebbe essere colmata dal legislatore delegato, si aggiunge

[80] Per fare un esempio concreto si prenda l'art. 25 della "riforma Franceschini", relativo alle disposizioni di attuazione per l'erogazione dei contributi automatici. Con decreto ministeriale sono da definirsi: *a)* i requisiti minimi che devono possedere le imprese cinematografiche e audiovisive, con particolare riferimento alla loro solidità patrimoniale e finanziaria, ai fini dell'accesso ai contributi automatici; *b)* i criteri di assegnazione dei contributi, i requisiti delle opere beneficiarie ed eventuali ulteriori specifiche e limitazioni, nonché le eventuali ulteriori categorie di opere per le quali possano essere introdotti meccanismi premianti; *c)* il termine massimo entro cui l'importo può essere utilizzato; *d)* i casi di decadenza ovvero di revoca. Come è ben visibile, formule quali "ulteriori specifiche e limitazioni" o "ulteriori categorie di opere" risultano essere estremamente vaghe ed elastiche, al punto da potervi ricondurre di tutto. Inoltre la scelta di rimettere completamente al solo Ministero le scelte sui requisiti minimi delle imprese o sui criteri di assegnazione sembra tradursi in un esautoramento del ruolo delle Camere, spogliate di qualsivoglia potere decisionale su tali aspetti.

[81] M. Cartabia, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?,* in V. Cocozza - S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2001, 72.

[82] Va precisato come con la sentenza n. 285/2005 la Corte abbia messo l'accento sulla necessità di una partecipazione forte dei livelli di governo sub-statale, affidando a questi ultimi le funzioni amministrative (in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza dell'art. 118 Cost.) e lasciando alla legislazione statale l'indicazione dei soli principi fondamentali della materia.

[83] Si riprenda nuovamente l'art. 25 della riforma. Questo prevede che il decreto del Ministro per attuare le disposizioni sui contributi automatici sia emanato una volta «acquisiti il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano e il parere del Consiglio superiore». Come si può notare, al Ministro è formalmente imposto di prendere atto del parere della Conferenza (oltre che del Consiglio, di cui si dirà più avanti), ma non è sancito un correlativo obbligo di darvi effettivo seguito. Così è concretamente avvenuto che i rappresentanti delle Regioni e delle Province Autonome avessero suggerito (Parere in materia di contributi automatici, in www.statoregioni.it) di ripartire le risorse assegnando un 50% per la sottoquota relativa ai risultati economici e un 50% per la sottoquota riguardante i risultati culturali e artistici, invece del riparto proposto dallo schema ministeriale (sottoquote rispettivamente del 60% e del 40%). Come si è già avuto modo di vedere (cfr. nota 67) il d.m. 342/2017 ha tuttavia disatteso le indicazioni della Conferenza, optando per una suddivisione delle quote in cui è preponderante il fattore economico.

il mancato chiarimento di diverse disposizioni. Così, mentre si è data una definizione (art. 2) di "opera prima" e "seconda", concetti di per sé facilmente intuibili, nulla si è specificato a proposito del "film difficile realizzato con modeste risorse finanziarie": quando un film è da considerarsi "difficile"? E quale è la soglia minima sotto la quale si può parlare di "modeste risorse finanziarie"?

Le critiche si sono concentrate però soprattutto sul cuore della riforma, quello dei finanziamenti. Si riprenda quello che è considerato uno dei punti forti della nuova legge: l'aumento delle risorse a 400 milioni. Un investimento notevole, che eppure segna la più profonda spaccatura tra le fazioni degli entusiasti e dei perplessi. Il perché si è già accennato parlando delle previsioni sui finanziamenti e sulla fiscalità: in tale sede si sono esposti i profili critici dei crediti d'imposta e dei contributi automatici e le importanti potenzialità dei contributi selettivi e di quelli per le attività e le iniziative di promozione cinematografica. Il "pomo della discordia" riguarda nello specifico il quantum stabilito per ognuna delle misure. Una indicazione delle stesse si può rinvenire nel c. 5 dell'art. 13, ove si dice che con decreto del Ministro, sentito il Consiglio superiore, si provvede al riparto del Fondo per il cinema e l'audiovisivo fra le diverse tipologie di contributi, fermo restando che l'importo per i contributi selettivi e quelli alle attività ed iniziative di promozione cine-audiovisiva non può essere inferiore al 15% e superiore al 18% del Fondo medesimo[84]. Detto altrimenti, un valore oscillante tra il 79 e l'82% delle risorse saranno destinate a finanziare in via preferenziale[85]i sei diversi tipi di tax credit (le varie forme di credito d'imposta previste dagli articoli da 15 a 20) e i contributi automatici (la maggior parte dei quali, essendo ancorati essenzialmente all'incasso, favoriscono i film di grande richiamo ma penalizzano gli artisti sconosciuti o meno noti e, come da tradizione degli ultimi anni, le opere d'impegno civile e sociale). Beneficiari pressoché unici di queste misure sono le imprese produttrici e distributrici già affermate e gli esercenti: non stupisce particolarmente che queste categorie abbiano pertanto ben accolto le nuove norme. Né stupisce quindi la contrarietà degli altri esponenti del settore: degli

[84] Rispetto a tale limite si deve aggiungere -in base all'art. 27, c. 1, lett. *i)*- un importo almeno pari al 3% della dotazione del Fondo, per le attività di potenziamento delle competenze nel cinema, nelle tecniche e nei media di produzione e diffusione delle immagini e dei suoni, nonché l'alfabetizzazione all'arte, alle tecniche e ai media di produzione e diffusione delle immagini, in conformità con quanto previsto dall'art. 1 c. 7, lett. *c)* e *f)* della l. 107/2015 ("Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", meglio nota come "La Buona Scuola"). Si tratta, in poche parole, delle misure volte alla promozione e alla conoscenza del cinema nelle scuole.

[85] È quanto emerge anche dal d.m. 13 luglio 2017, che ha provveduto (artt. 1 e 2) al riparto del fondo per l'anno in corso. Detraendo dai 400 milioni previsti le quote destinate ai contributi selettivi e ai contributi per le attività di promozione cine-audiovisiva (cfr. *infra* nota 86) di cui all'art. 27 della l. 220/2016, rimangono 328 milioni di Euro, così suddivisi: *a)* 221 milioni per gli incentivi fiscali; *b)* 50 milioni per i contributi automatici; *e)* 30 milioni per il potenziamento del circuito delle sale cinematografiche e polifunzionali; *f)* 10 milioni per la digitalizzazione del patrimonio cine-audiovisivo; *g)* 5 milioni per finanziare il Fondo delle piccole e medie imprese. Su questi 328 milioni di Euro dunque 271 milioni (quasi l'83% del totale) saranno indirizzati esclusivamente per i benefici di cui alle lett. *a)* e *b),* mentre una cifra ben più risicata viene riservata per le imprese medio-piccole che pure necessiterebbero di maggiori risorse.

acclamati 400 milioni solo una cifra compresa tra il 15 e il 18%[86] sarà riservata a quei contributi rivolti alle opere prime e seconde, ai giovani autori, ai progetti caratterizzati dalla difficoltà di reperimento dei mezzi, alle start-up[87]. Si consideri inoltre come questa cifra, già di per sé "magra", si svuoterà ulteriormente e inevitabilmente: buona parte di questi apporti verranno infatti garantiti a istituzioni come l'Istituto Luce-Cinecittà e alla Biennale di Venezia[88] (i cosiddetti "altri soggetti" di cui all'art. 27), enti già rinomati e che avrebbero chance di attrarre investimenti privati[89] senza necessariamente attingere alle casse statali[90]90.

Se le critiche che si sono ora esposte riguardano il contenuto, ossia ciò che è presente nella legge 220/2016, non si può tacere di un'altra riserva che riguarda invece ciò che manca, o meglio ciò che è scomparso nell'approvazione del testo definitivo. Nella versione originaria (ddl n. 1835, noto come "ddl Di Giorgi" dal nome della sua promotrice) era infatti prevista una "tassa di scopo" (artt. 10-13), consistente nel prelievo percentuale sui biglietti, sui proventi degli editori televisivi, dei gestori telefonici e dei fornitori di servizi di comunicazione online (si pensi a Google). Ciò avrebbe permesso un afflusso di denaro proveniente dalle imprese "Over the Top", le società più forti dell'universo dell'informazione. Nel medesimo ddl Di Giorgi si configurava tra l'altro la nascita del "Centro Nazionale del Cinema" (sulla falsariga dell'organismo francese previsto nel "Code du cinéma et de l'image animée"), il quale avrebbe dovuto possedere poteri di autogoverno e una netta indipendenza rispetto al Ministero, godendo, secondo quanto disposto nell'art. 3, c. 3, del ddl, di autonomia regolamentare, amministrativa, organizzativa, patrimoniale, finanziaria, contabile, di riscossione e di bilancio. Insomma, qualcosa di estremamente diverso dal Consiglio superiore del cinema su cui

[86] In base al riparto del Fondo per l'anno 2017, vengono assegnati 84 milioni, così suddivisi (art. 1, d.m. 13 luglio 2017): *c)* 32 milioni per i contributi selettivi e 40 milioni per i contributi alle attività di promozione cine-audiovisiva di cui all'art. 27 (i quali dovranno a loro volta essere ripartiti con uno o più decreti); *d)* 12 milioni per le finalità di promozione e conoscenza del cinema nelle scuole (i quali dovranno essere ripartiti con uno o più decreti).

[87] Una solida base costituzionale a sostegno delle espressioni deboli -quali quelle promosse dai giovani autori o dalle start-up- si può scorgere nelle opinioni della dottrina. Per costante orientamento, *ex* art. 21 Cost. non sussiste un diritto di tutti ad utilizzare tutti i mezzi esistenti. Sussiste tuttavia il diritto di poterne fare uso in condizioni di eguaglianza, al fine di garantire l'esplicarsi del principio pluralista. Un sempre valido contributo sull'argomento si può leggere in V. Crisafulli, *Problematiche della libertà d'informazione,* in *Il Politico,* Milano, 1964, 297.

[88] Una conferma viene dal d.m. 31 luglio 2017 n. 341, contenente le disposizioni di attuazione dei contributi per le attività e iniziative di promozione: ai sensi dell'art. 4, l'Istituto Luce-Cinecittà gode di una somma pari a 9 milioni e la Fondazione Biennale di Venezia Cinema di 7 milioni e 300 mila, cifre ben maggiori di quelle che sono riservate ad esempio (art. 3 del d.m. 31 luglio 2017, n. 343, concernente le norme applicative dei contributi selettivi) alla produzione di opere prime e seconde, pari a 3 milioni e 840 mila Euro.

[89] "Intervento pubblico sussidiario e intervento pubblico doveroso richiedono che si individuino le modalità attraverso le quali essi vengono assolti. La loro varietà offre una pluralità di soluzioni: talvolta può essere opportuno che lo Stato in prima persona si sobbarchi l'onere, altre volte può essere incaricato un soggetto privato»: così V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione-Media, mercato, potere nella società dell'informazione,* Bologna, 2004, 107.

[90] Ulteriore possibile elemento di fragilità circa l'erogazione dei contributi selettivi si annida nel lasciare la scelta sulla loro attribuzione al comitato dei cinque esperti, stante anche la mancanza di un'espressa previsione sulla sindacabilità della valutazione dell'organo. Il rischio di valutazioni discutibili sembra d'altronde difficilmente eliminabile, e probabilmente risolvibile solo se i componenti dell'organismo siano effettivamente preparati e autorevoli (cfr. A. Pace, *Articolo 21- Rapporti civili,* cit., 420, già richiamato alla nota 32).

si è ripiegato. Se infatti particolari poteri sembrano attribuiti al nuovo organismo (per quel che qui più interessa, esso può valutare le politiche pubbliche e proporne di nuove, così come può avanzare proposte sui presupposti, i requisiti e le condizioni sulla concessione dei contributi e il riconoscimento degli incentivi), è su esso che si palesano alcuni dei maggiori limiti della riforma: i pareri del Consiglio superiore non sono vincolanti, sicché alla fine è il Ministero a decidere, anche in difformità dalle linee emerse in sede consultiva. Inoltre non è garantito alcun emolumento per i membri dell'organo, cui spetterà solo un gettone di presenza: un difetto d'autonomia economica che potrebbe tradursi in un ulteriore fattore di debolezza[91].

Altra grande assente è infine una regolamentazione d'insieme dei servizi media digitali: una evidente anomalia in un'epoca in cui Internet ha soppiantato tutti gli altri mezzi di comunicazione permettendo di diffondere in modo rapido, economico e incontrollato milioni di contenuti audiovisivi al giorno[92].

Liquidare con un giudizio completamente negativo la riforma sarebbe d'altronde ingeneroso, poiché non mancano previsioni importanti: si pensi innanzitutto alle disposizioni per facilitare l'attrazione di investimenti nel nostro Paese, a quelle concernenti la digitalizzazione e la conservazione del patrimonio filmico, alla ristrutturazione e all'adeguamento tecnologico delle sale, alla volontà di dare impulso allo studio della Settima Arte negli istituti scolastici[93]. Come si è anticipato, assume rilievo anche la riforma della censura, seppur non collegata tanto alla questione dei benefici economici statali (e per questo passata in sordina), quanto alla correzione di un sistema ormai anacronistico. Il precedente modello si è negativamente contraddistinto (in modo particolare dagli anni Sessanta fino alla fine degli anni Novanta) a causa del potere, assegnato alle commissioni ministeriali di revisione, di interdire la visione di un'opera o di spingere le imprese di produzione ad "amputarne" scene e sequenze, provocando il fenomeno dell'autocensura o censura economica: simile meccanismo si identificava in una sorta di coazione per i produttori a tagliare elementi sgraditi, in modo da evitare che le commissioni si pronunciassero per classificazioni penalizzanti[94] (se non l'inibizione pura e semplice alla proiezione), con conseguenti perdite economiche per il film. Questo si traduceva in molti casi in un disincentivo per le stesse case di produzione e distribuzione nell'impegnare propri capitali in opere eccessivamente audaci. A partire dagli anni Duemila si è manifestato un atteggiamento opposto: la maggior parte dei film

[91] Si può dunque affermare che rispetto al ddl Di Giorgi restano solamente l'autonomia amministrativa, regolamentare e organizzativa (*ex* artt. 3 e 4, d.m. 2 gennaio 2017).

[92] V. Vita, *La riforma del cinema? Via col vento*, in www.libertàegiustizia.it, 30 aprile 2016.

[93] Vale la pena menzionare anche il riconoscimento del ruolo delle Film Commission, che secondo l'art. 4 sono chiamate a offrire assistenza amministrativa e logistica alle imprese audiovisive che decidono di operare sul territorio, possono sostenere le iniziative cine-audiovisive che hanno luogo sullo stesso, possono sostenere la formazione artistica, tecnica e organizzativa di operatori ivi residenti, possono promuovere attività per rafforzare l'attrattività territoriale finalizzata allo sviluppo di iniziative e attività nel campo del cinema e dell'audiovisivo. Apprezzabile anche l'art. 9, con il quale si esprime l'impegno della Repubblica a tutelare e valorizzare le minoranze linguistiche, che si pone nel solco del principio di protezione delle minoranze di cui all'art. 6 Cost., e che come si è già avuto modo di dire, deve essere uno dei principi fondamentali della politica culturale pubblica (cfr. M. Cecchetti, *Articolo 9,* cit., 230).

[94] Si tenga presente al riguardo di come il divieto ai minori di anni 14 o 18 potessero ridurre il bacino d'utenza nelle sale.

ha ottenuto il nulla osta incondizionato. Si è così passati da un rigido interventismo lesivo della libertà di manifestazione del pensiero e dell'arte a un modello più liberale e sostanzialmente superfluo (cui si è d'altro canto sovente accompagnata l'uscita di pellicole dai contenuti "innocui"), seppure non siano mancate alcune eccezioni criticabili e controverse[95].

Tramite l'innovazione legislativa si è varato un sistema di auto-classificazione dei film, con scaglioni più flessibili e un ruolo di vigilanza-convalida (puramente supplementare e solamente col fine di protezione dei minori) da parte di un apposito organismo ministeriale. Superata la vecchia impostazione, se non si può da una parte ottimisticamente affermare che si otterrà uno stimolo alla produzione di opere originali, anticonformiste o provocatorie, si può quantomeno dare il merito alla riforma di aver operato la necessaria correzione a quella che rappresentava ormai un'evidente anomalia.

Ultimo punto nodale riguarda i nuovi vincoli per i fornitori di servizi televisivi. Gli obblighi di programmazione di film italiani ed europei possono garantire visibilità a una cinematografia spesso relegata ai margini rispetto a quella americana, così come gli investimenti possono costituire una valida risorsa tanto per le grandi quanto per le medie e piccole imprese di produzione, oltre che per il mondo autoriale. Restano i dubbi sulla possibile violazione della libertà di iniziativa economica delle società televisive, argomento che trova un suo fondamento nell'art. 41, c. 1, Cost., ma che potrebbe essere ridimensionato dal c. 3 dello stesso articolo, che ricorda come «la legge determina i programmi […] opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»: fini sociali che ben potrebbero collegarsi alla necessità di affermazione dell'eccezione culturale.

Al di là di alcuni aspetti interessanti e positivi, nel suo complesso la legge 220/2016 non demarca tuttavia una netta inversione di tendenza rispetto alle precedenti normative, segnalandosi per la buona volontà degli intenti ma confermando l'inadeguatezza degli strumenti. Tema centrale su cui il legislatore dovrebbe intervenire continua a rimanere soprattutto la tutela e la promozione del cinema "debole", quasi sempre portavoce di istanze culturali e costantemente svalutato dal pubblico e dalle politiche statali[96]. La vera "rivoluzione copernicana" in materia cinematografica avverrà solamente a patto che l'apparato legislativo riesca a cogliere questo particolare. Una legittima aspirazione a un modello così congegnato non è d'altronde prerogativa del solo universo autoriale e delle piccole imprese cinematografiche: a richiederlo è la stessa Costituzione. È infatti l'art. 3 della Carta a ricordare come compito primario della Repubblica sia la rimozione

[95] Tra gli esempi recenti si possono ricordare *Caina* di Stefano Amatucci (2016), film che si concentra sulle problematiche dell'immigrazione e del razzismo, il cartoon politicamente scorretto *East End* (2017) di Luca Scanferla e Giuseppe Squillaci, il francese *120 battiti al minuto* di Robin Campillo (2017), incentrato sulle tematiche dell'omosessualità e dell'Aids. Tutti e tre i film sono stati vietati ai minori di 14 anni, a fronte di altre pellicole, soprattutto hollywoodiane, che hanno invece ricevuto la classificazione "per tutti" sebbene contenenti scene potenzialmente impressionanti per i minori: così ad esempio *The hateful eight* di Quentin Tarantino (2016) e *Alien: Covenant* di Ridley Scott (2017).

[96] Il finanziamento pubblico dovrebbe invece svolgere un ruolo di riequilibrio, privilegiando i soggetti che faticano a emergere, «assicurando chances agli artisti meno noti e alle nuove forme espressive, per lasciare, finché possibile, agli sponsor privati l'intervento sulle espressioni più popolari»: così F. Rimoli, *Arte (libertà della),* cit., 21. Per l'opinione critica di un importante autore del cinema, si rinvia a R. Faenza, *Finanziamenti al cinema. Chi usa i film per fare soldi e chi usa i soldi per fare film?*, in www.cinemonitor.it.

degli ostacoli di carattere economico e sociale che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese[97]. Né si può dimenticare che chiunque operi nello spettacolo svolge un'attività lavorativa che concorre al progresso materiale e spirituale della società, e che la Repubblica deve promuoverne le condizioni (art. 4). Si tratta di disposizioni che si ricollegano strettamente ai principi contenuti agli artt. 9, 21, 33, 34 e 117 e che concorrono a formare la "Costituzione culturale", base per lo sviluppo di una società democratica e aperta[98]. Una Costituzione culturale che, quanto meno per il settore filmico, continua a essere tradita.

[97] Senza la rimozione di tali ostacoli, la libertà e l'eguaglianza dei cittadini rimarrebbero solo un «vuoto simulacro»: in tal senso V. Onida, *La Costituzione,* Bologna, 2017, 62.

[98] Un interessante contributo si deve a G. M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione: dall'economia di cultura all'economia della cultura. Una testimonianza deal passato, una risorsa per il futuro*, in *Rivista AIC*, 2015. Secondo l'autore, la cultura, in quanto «condivisione di esperienze tra istituzioni e società civile, tra popolazioni, tra individui», va intesa come un valore, un bene comune per uscire dalla odierna crisi, non solo finanziaria ma anche e soprattutto culturale (2 ss.).

Note a Sentenza
Sezione Europa

Corte europea dei diritti dell'uomo

Se la notizia non è di interesse generale, la tutela del segreto d'indagine prevale sulla libertà di stampa

Marina Castellaneta

Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 luglio 2017, Y c. Svizzera, ric. 22998/13

Non costituisce misura incompatibile con l'art. 10 CEDU la sanzione pecuniaria disposta contro un giornalista che aveva pubblicato atti coperti da segreto istruttorio. Sebbene un divieto assoluto circa la pubblicazione di atti coperti da segreto non sia conforme alla Convenzione laddove la notizia soddisfi un interesse pubblico, è comunque rispettoso dell'art. 10 un intervento delle autorità nazionali che sanzioni la violazione del segreto istruttorio in carenza di un siffatto interesse della collettività e se il giornalista compromette la privacy di vittime minorenni.

Keywords: libertà di stampa, segreto istruttorio, interesse pubblico, tutela delle vittime, proporzionalità della sanzione

Marina Castellaneta

Sommario

1. Premessa. – 2. La ricostruzione del caso all'origine della sentenza. – 3. La tutela della segretezza delle indagini penali come fine legittimo per le limitazioni alla libertà di stampa. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Nel difficile equilibrio tra libertà di stampa e tutela del segreto investigativo interviene nuovamente la Corte europea dei diritti dell'uomo che, con la sentenza depositata il 6 giugno 2017 nel caso *Y. c. Svizzera* (ric. 22998/13)[1], ha delineato il perimetro entro il quale un giornalista può pubblicare atti coperti da segreto istruttorio senza violare il diritto all'equo processo e, in particolare, la presunzione d'innocenza, che ne è parte integrante. Nel caso in esame, la Corte di Strasburgo non ha ritenuto che lo Stato in causa avesse violato l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che assicura il diritto alla libertà di espressione. La condanna di un giornalista a una sanzione pecuniaria di 5.000 franchi svizzeri pari a circa 3.850 euro dovuta alla violazione del divieto di pubblicazione di atti coperti da segreto istruttorio non è stata ritenuta in contrasto con la norma indicata, così come interpretata dalla stessa Corte, in particolare perché non sono emerse esigenze di interesse per la collettività nella pubblicazione degli indicati atti. Questa sentenza potrebbe apparire, a una prima lettura, come un ripensamento della Corte europea rispetto alla posizione di protezione della libertà di stampa assunta in modo consolidato dalla stessa Corte, lettura che, come vedremo, non appare condivisibile per diversi motivi che analizzeremo nel prosieguo.

2. La ricostruzione del caso all'origine della sentenza.

La vicenda che ha portato all'intervento della Corte europea ha avuto origine dalla pubblicazione, da parte di un giornalista professionista di un settimanale svizzero, di alcuni stralci contenuti in atti coperti da segreto istruttorio relativi a un'inchiesta sulla pedofilia. Il cronista aveva ricostruito l'indagine a carico di un noto amministratore immobiliare, riportando anche la testimonianza del padre di una delle presunte vittime il quale contestava la scarcerazione dell'accusato. Nell'articolo, il giornalista si era soffermato sui dettagli della vicenda e aveva anche pubblicato alcuni stralci del ricorso del pubblico ministero avverso la decisione del giudice istruttore il quale aveva disposto la liberazione dell'accusato. Era stata aperta d'ufficio un'indagine per la pubblicazione di atti coperti da segreto, vietata dall'art. 293 del codice penale. Sia in primo che in secondo grado il giornalista era stato condannato a una sanzione penale di natura pecuniaria con la conseguente decisione del cronista di rivolgersi alla Corte europea che, però, non ha accolto il ricorso.

C'è da chiedersi se questa conclusione implichi un arretramento nella tutela della li-

[1] Le sentenze della Corte europea sono reperibili nel sito www.echr.coe.int.

bertà di stampa[2] e nella protezione dei giornalisti accordata da molti anni dalla Corte di Strasburgo, che ha ricevuto anche talune critiche in quanto la sua posizione è stata considerata da parte della dottrina come ultraprotettiva verso la stampa, realizzando un eccesso di protezione della libertà d'informazione[3] o se, piuttosto, ad un'attenta lettura, l'indicata sentenza non sia una conferma di un orientamento consolidato della Corte che richiede un test su alcuni parametri individuati nel corso degli anni, confermando quella che è stata definita, con una connotazione positiva condivisibile, come «*une évolution spectaculaire*» nella protezione dei giornalisti[4]. Ed invero, la Corte di Strasburgo ha più volte evidenziato la necessità di privilegiare la tutela della libertà di stampa non per accordare un privilegio ai giornalisti, ma perché detta libertà deve essere considerata come condizione essenziale per la realizzazione di ogni altro diritto, nonché come *substrato* indispensabile per la democrazia. Nei diversi interventi a tutela dei giornalisti, la Corte ha anche avuto modo di chiarire che la limitazione della libertà di informazione non determina la lesione di un solo diritto, ma bensì di due, ossia il diritto individuale del giornalista a fornire informazioni e quello della collettività di ricevere notizie su questioni di interesse generale.

3. La tutela della segretezza delle indagini penali come fine legittimo per le limitazioni alla libertà di stampa.

Passando ad analizzare la pronuncia *Y. c. Svizzera*, ormai divenuta definitiva, anche in quest'occasione la Corte europea, prima di tutto, ha valutato se, come per ogni limitazione al diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10, essa sia stata prevista dalla legge, persegua un fine legittimo e se sia necessaria in una società democratica, ossia corrisponda a un bisogno sociale imperativo.
La previsione dell'ingerenza in un testo legislativo non ha creato alcuna controversia perché il codice penale svizzero all'art. 293 fissa espressamente il divieto di pubblicazione di atti considerati segreti in forza della legge o di una decisione dell'autorità pubblica determinando la pena, in caso di violazione, in un'ammenda pecuniaria e l'art. 186 del codice di procedura penale del cantone di Vaud dispone ugualmente una sanzione in caso di violazioni dei segreti d'indagine. La restrizione in oggetto, inoltre, persegue un fine legittimo: l'art. 10, infatti, prevede come eccezioni da interpretare restrittivamente in quando deroghe al diritto, la possibilità per gli Stati di stabilire restrizioni se si tratta di misure necessarie in una società democratica anche «per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudizia-

[2] Si veda R. Barone, *Giornalismo e segreto istruttorio nel caso Y. c. Suisse*, nel sito http://www.opiniojuris.it; R. Bin, *Sentenza Cedu su giornalisti e segreto istruttorio: si balla sotto le stelle della Convenzione*…, in www.lacostituzione.info, 7 giugno 2017.

[3] Così L.G. Loucaides, *Libertà di espressione e diritto alla reputazione,* in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, 7 ss.; Id., *The Right to Information,* in L.G. Loucaides (a cura di), *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Boston - London, 1995, 7 ss., il quale ritiene che la Corte abbia rafforzato eccessivamente il diritto alla libertà di espressione a discapito del diritto alla reputazione.

[4] Cfr. L. François, *La preuve de la diffamation en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. des droits de l'homme*, 2005, 445 ss.

rio»[5]. A prima vista, quindi, il comportamento delle autorità elvetiche appare conforme al dettato dell'art. 10 perché il sistema svizzero, al pari di ogni altro ordinamento, tutela la segretezza delle inchieste per assicurare lo svolgimento delle azioni penali e la presunzione d'innocenza, così come per tutelare le altre parti coinvolte nei procedimenti, incluse le vittime. In aggiunta, tuttavia, la Corte ha precisato che la misura predisposta con gli indicati obiettivi deve risultare necessaria in una società democratica, situazione che la Corte fa coincidere, come detto, con l'esigenza di tutelare un bisogno sociale imperativo.

È poi opportuno considerare che la tutela della segretezza delle indagini non è solo una limitazione al diritto alla libertà di espressione - in quanto tale da interpretare restrittivamente -, ma è anche insita in un diritto autonomo ossia quello all'equo processo oggetto di specifica tutela nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel quale è incluso il diritto alla presunzione d'innocenza e ad essere giudicati da un tribunale imparziale[6]. Rispetto ad altre limitazioni di cui all'art. 10, quindi, quella che ha al centro la tutela delle attività giudiziarie risulta rafforzata in quanto ha una base anche nell'art. 6 della Convenzione. Proprio in questo settore, però, è più forte la contrapposizione tra giornalisti e autorità nazionali tenendo conto che la divulgazione di notizie di interesse generale comporta, non di rado, la necessità di pubblicazione di informazioni coperte dal segreto investigativo, ma utili alla collettività e funzionali ad animare un dibattito su questioni di interesse pubblico[7]. E proprio in quest'ambito, in ragione dell'elevato numero di ricorsi alla Corte europea da parte di giornalisti condannati a livello nazionale, talvolta anche per reati non legati alla liberà di espressione come la ricettazione e il favoreggiamento, la Corte ha potuto consolidare precisi criteri che le autorità nazionali sono tenute ad applicare per non far incorrere lo Stato in una violazione della Convenzione, in generale seguendo un orientamento di forte rafforzamento della libertà di stampa, anche con un proprio maggiore potere di accertamento e una riduzione del potere discrezionale degli Stati[8].

Ed invero, se la Corte europea non si sostituisce alle valutazioni delle autorità statali, essa deve verificare se a livello nazionale le autorità competenti hanno agito nel rispetto del margine di apprezzamento loro concesso nella valutazione dei diversi interessi in gioco, al fine di raggiungere un giusto equilibrio, nel rispetto della Convenzione. In particolare, la Corte europea deve verificare se il potere concesso allo Stato è stato esercitato in buona fede e in modo ragionevole, valutando l'insieme del caso per accertare se l'ingerenza è stata «proporzionata al fine legittimo perseguito e se i motivi invocati

[5] Cfr., per tutti, M. Oetheimer - A. Cardone, *Articolo 10*, in S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 397 ss.

[6] Su processo penale e stampa si veda R. Chenal, *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2017, 37 ss.

[7] Tale conflittualità è presente in ogni Stato parte alla Convenzione: si veda M. Lemonde, *Justice and the media*, in M. Delmas-Marty (a cura di), *European Criminal Procedures*, Cambridge, 2002, 688 ss., nonché G. Resta, *Trial by Media as a Legal Problem*, Napoli, 2009.

[8] Si veda, sul rapporto media e presunzione d'innocenza, la sentenza *Shuvalov c. Estonia*, ricc. 39820/08 e 14942/09, del 29 maggio 2012.

dalle autorità nazionali per giustificare l'ingerenza siano pertinenti e sufficienti».
La Corte ha già individuato, anche di recente nella sentenza della Grande Camera del 29 marzo 2016, *Bédat c. Svizzera* (ric. 56925/08)[9], i criteri da seguire nei casi di conflitto tra notizia di interesse generale e tutela del segreto di indagine tra i quali vi sono le modalità in cui sono state ottenute le informazioni, il tenore dell'articolo, il contributo a un dibattito su una questione di interesse generale, l'influenza dell'articolo sullo svolgimento del procedimento penale, la vita privata dell'interessato nonché delle altre parti alla procedura e la proporzionalità della sanzione. Nell'applicazione di questi criteri, a nostro avviso, la Corte ha imposto un orientamento volto a dare la priorità alla diffusione di notizie di interesse per la collettività. Basti considerare, in proposito, alla sentenza della Grande Camera del 17 dicembre 2004 nel caso *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (ric. 33348/96) con la quale la Corte ha stabilito che il giornalista investigativo deve pubblicare notizie su indagini anche prima che siano di dominio pubblico perché «il ruolo dei giornalisti investigativi è precisamente quello di informare e allertare la collettività su fenomeni sgraditi nella società appena ne entrino in possesso». In ragione dell'interesse della collettività a ricevere notizie e del dovere del giornalista di fornirle, la Corte ha sancito che «i giornalisti, nella libertà d'indagine, che è inerente alla propria funzione d'informazione, possono ottenere documenti non ancora pubblici e pubblicarli, a condizione che si tratti di notizie di interesse generale»[10]. Tale orientamento è stato confermato nella sentenza del 19 gennaio 2010, *Laranjeira Marques Da Silva c. Portogallo* (ric. 16983/06), con la quale la Corte ha affermato che le preoccupazioni sulla protezione delle inchieste in corso non possono prevalere «sull'interesse della collettività a ricevere informazioni su indagini penali che hanno ad oggetto politici». In quell'occasione, il giornalista aveva pubblicato stralci di atti istruttori su una questione di interesse generale come un'indagine su molestie sessuali e la Corte ha ritenuto che il giornalista, che aveva agito nel rispetto delle regole deontologiche sottolineando l'archiviazione dell'inchiesta, aveva la libertà di scegliere le modalità di strutturazione dell'articolo e optare per lo stile più appropriato per informare. A volte, il giornalista può ritenere utile, per accrescere la credibilità dei fatti che riferisce, pubblicare stralci di atti o mostrare il documento d'indagine, anche se coperto da segreto processuale[11].
Queste sentenze potrebbero portare a ritenere che nella pronuncia *Y. c. Svizzera* la Corte abbia cambiato approccio. In realtà, a nostro avviso, i giudici internazionali non hanno fatto altro che applicare i criteri citati in precedenza: la situazione fattuale differente ha portato a una conclusione non favorevole al giornalista, ma senza un ripudio

[9] Per un'analisi della sentenza si veda M. Cuniberti, *L'incerto bilanciamento tra esigenze processuali diritti dell'imputato e libertà di cronaca: a proposito della sentenza Bédat c. Svizzera,* in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016, 1 ss. Cfr. anche D. Voorhoof, *The Grand Chamber strikes again by finding no violation in freedom of expression in the case Bédat v. Switzerland,* 2016, reperibile nel sito www.strasbourgobservers.com ; G. Tarli Barbieri, *Libertà disinformazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU: problemi e prospettive,* in *Diritto penale contemporaneo,* 3, 2017, 20 ss.

[10] Nella stessa direzione si veda la sentenza del 19 gennaio 2010 *Laranjeira Marques Da Silva c. Portogallo.* Per un'analisi completa ci permettiamo di rinviare a M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012.

[11] A conferma di quest'orientamento si veda la sentenza del 28 giugno 2011 nel caso *Pinto Coelho c. Portogallo*, ric. 28439/08. In quell'occasione la Corte ha condannato lo Stato in causa perché il giornalista era stato punito in modo automatico per il solo fatto di aver violato il segreto istruttorio.

dei propri precedenti. Così, la Corte ha accertato che la notizia era arrivata al giornalista attraverso il padre di una delle vittime e, quindi, senza alcuna attività illecita anche se il cronista era del tutto consapevole che la pubblicazione di atti coperti da segreto conduceva a una violazione sanzionata dal codice penale svizzero. Su un altro criterio indicato in precedenza, che è centrale nella valutazione di Strasburgo, la Corte condivide il giudizio dei giudici nazionali secondo i quali l'articolo conteneva particolari non necessari, non funzionali a soddisfare alcun interesse della collettività. Puro sensazionalismo che, già in passato, la Corte non ha mai tutelato[12]. Pertanto, se l'interesse della collettività al funzionamento della giustizia è in sé automatico, la realizzazione con un articolo che riporta dettagli non funzionali a perseguire detto obiettivo conduce la Corte a non accordare la protezione ai giornalisti. Nel caso di specie, quindi, la Corte ha ritenuto soltanto che gli stralci degli atti di indagine erano irrilevanti ai fini dell'interesse della collettività, senza in alcun modo legittimare l'applicabilità di sanzioni automatiche ai giornalisti per la violazione del segreto istruttorio. Pertanto, ancora una volta, è respinto un automatismo in base al quale un giornalista dovrebbe subire una sanzione per il solo fatto di aver violato il segreto investigativo. La Corte, infatti, raggiunge una soluzione nel senso di non proteggere il giornalista non partendo dalla violazione del segreto investigativo, ma dal fatto che negli atti pubblicati mancava un interesse pubblico a ricevere quel tipo di dettagli. Ed invero, per la Corte, i passi relativi all'opposizione del pubblico ministero alla scarcerazione dell'accusato erano questioni di interesse generale, utili a contribuire a un dibattito su questione di interesse pubblico. Tuttavia, la presenza di informazioni dettagliate non necessarie sull'imputato o sulle dichiarazioni del querelante «non erano suscettibili di nutrire un dibattito pubblico sul funzionamento della giustizia»[13].

Inoltre, a conferma dell'inutilità delle pubblicazioni, il testo estrapolato dal fascicolo confidenziale non mostrava in alcun modo omissioni da parte delle autorità giudiziarie. L'analisi compiuta dalla Corte, quindi, attesta che se è legittimo che le autorità nazionali pongano divieti circa la pubblicazione degli atti coperti da segreto al fine del buon funzionamento della giustizia, al tempo stesso un giornalista non deve essere suscettibile di punizione laddove ciò che pubblica è di interesse generale, mentre lo può essere se così non è. In qualche modo la costruzione del rapporto tra i due interessi in gioco va costruito facendo riferimento all'onere della prova laddove è centrale la presunzione d'innocenza: nel caso di pubblicazione degli atti di indagine, infatti, certo non si può chiedere alle autorità nazionali competenti di fornire a posteriori «*la preuve que ce type de publication a eu une influence réelle sur la suite de la procédure*» (par. 76), mentre presumibilmente è il giornalista a dover dimostrare la rilevanza degli atti ai fini dell'interesse della collettività, situazione che non si è verificata nel caso di specie a causa della presenza di

[12] Si veda, tra le tante, la sentenza del 4 giugno 2009, *Standard c. Austria,* ric. 21277/05 con la quale la Corte ha precisato che non sono coperte da tutela le notizie che non contribuiscono ad alcun dibattito pubblico e che semplicemente soddisfano "la curiosità di alcuni lettori".

[13] Già in passato la Corte aveva raggiunto analoga conclusione. Ad esempio, nella sentenza del 30 giugno 2009, *Hacquemand c. Francia,* (ric. 17215/06), la Corte europea aveva dichiarato irricevibile il ricorso di un giornalista condannato per violazione del segreto istruttorio per aver pubblicato una fotografia di un indagato per un reato comune tratta da un fascicolo d'indagine proprio perché l'immagine non aggiungeva nulla all'articolo e non contribuiva a un dibattito d'interesse generale.

dettagli inutili, del fatto che l'indagato non era un personaggio pubblico e della circostanza che la vicenda si era svolta in un quadro "essenzialmente familiare".
Di qui la mancanza di protezione al giornalista malgrado avesse citato per ben due volte la presunzione d'innocenza con ciò rispettando le regole deontologiche, anche se il tono dell'articolo non lasciava dubbi sulla sua opinione rispetto all'amministratore immobiliare.
A ciò si aggiunga che la pubblicazione conteneva elementi idonei a identificare le minorenni vittime compromettendone il diritto al rispetto della vita privata tant'è che la madre di una delle presunte vittime e compagna dell'indagato aveva sporto denuncia.
In ultimo, un ulteriore tassello spinge la Corte a dare ragione allo Stato, ossia la circostanza che i giudici nazionali hanno applicato una sanzione proporzionale, con un'ammenda quantificata tenendo conto dei parametri già individuati dalla stessa Corte poiché è stata considerata anche la situazione economica del ricorrente, senza trascurare la circostanza che l'ammenda è stata versata dall'editore e che essa non era idonea a produrre un effetto deterrente sulla libertà di stampa, determinando un *chilling effect* sui giornalisti ossia un'ingerenza che può condurre a una forma di autocensura e a limitare la partecipazione della collettività al dibattito su questioni di interesse generale[14].
Un aspetto, tuttavia, non ci sembra convincente ossia una certa superficialità della Corte sulla valutazione dell'effettiva influenza dell'articolo sul processo e sui giudici perché la Corte, a differenza del passato, non ha considerato che i magistrati chiamati a decidere erano giudici professionisti e non componenti di una giuria popolare e, quindi, meno influenzabili[15].

4. Osservazioni conclusive

L'analisi sin qui svolta mostra, a nostro avviso, che non vi è stato alcuno stravolgimento nella posizione della Corte. Ed invero, così come in passato, la Corte non ha accordato la protezione al giornalista soltanto in quanto i passi pubblicati in violazione

[14] Cfr. la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, CM/Rec(2016)4 sulla protezione del giornalismo e la sicurezza dei giornalisti e altri attori nel settore dei media del 13 aprile 2016, in cui è stato affermato che «*A chilling effect on freedom of expression arises when an interference with this right causes fear, leading to self-censorship and ultimately the impoverishment of public debate, which is to the detriment of society as a whole. Accordingly, State authorities should avoid taking measures or imposing sanctions that have the effect of discouraging participation in public debate. Legislation and how it is applied in practice can give rise to a chilling effect on freedom of expression and public debate. Interferences that take the form of criminal sanctions have a greater chilling effect than those constituting civil sanctions. Thus, the dominant position of State institutions requires the authorities to show restraint in resorting to criminal proceedings. A chilling effect on freedom of expression can arise not only from any sanction, disproportionate or not, but also the fear of sanction, even in the event of an eventual acquittal, considering the likelihood of such fear discouraging one from making similar statements in the future*». Il testo è reperibile nel sito www.coe.int.

[15] Tale aspetto, invece, è stato ritenuto centrale nella sentenza *Tourancheau e July c. Francia* (ric. 53886/00) del 24 novembre 2005. In quell'occasione, infatti, la Corte aveva precisato che i giudici nazionali devono valutare «*la probabilité que les juges non professionnels au moins lisent l'article ainsi que l'influence que ce dernier pouvait avoir. En l'espèce, eu égard à la teneur de l'article, soutenant la version des faits de l'un des prévenus au détriment de l'autre, force est de constater, à l'instar des juridictions nationales, que sa publication avant la tenue de l'audience d'assises ne pouvait qu'être susceptible d'avoir un impact sur des juges non professionnels composant un jury et amenés à juger de la culpabilité de ces mêmes prévenus*» (par. 75).

del segreto istruttorio non erano di interesse generale e perché le autorità giurisdizionali nazionali hanno seguito e applicato il test imposto dalla stessa Corte europea, compiendo un'attenta valutazione dell'apporto delle notizie pubblicate alle discussioni su temi di interesse generale e non procedendo in modo automatico alla condanna del giornalista. È vero che la Corte pone, seppure indirettamente, un onere della prova sul giornalista, ma con un'incombenza limitata perché di fatto si tratta di chiarire se l'articolo trascende la vicenda specifica con al centro un personaggio non pubblico, ma un privato cittadino. In pratica il reporter deve mostrare che «*des informations d'intérêt général dépassait le cadre du procès*», poiché «*cette circostance devait être prise en compte dans l'exercise de la mise en balance des divers intérêts en jeu*»[16]. A nostro avviso, anzi, l'attribuzione di un ruolo specifico al giornalista nella dimostrazione dell'interesse pubblico contribuisce a ridimensionare il ruolo delle autorità giudiziarie nella valutazione del test di proporzionalità della misura che non è lasciato ai soli giudici nazionali[17].

È, quindi, il comportamento dei tribunali interni in linea con i parametri di Strasburgo a far ritenere non violata la Convenzione. Se i giudici austriaci avessero fatto prevalere in modo automatico la tutela del segreto istruttorio, senza alcun accertamento sull'interesse pubblico, la conclusione sarebbe stata analoga alla citata sentenza del 28 giugno 2011 nel caso *Pinto Coelho c. Portogallo* con la quale la Corte ha accertato una violazione da parte del Portogallo perché la giornalista era stata condannata in modo automatico per violazione del segreto istruttorio[18] e nella sentenza del 28 giugno 2012 (*Ressiot e altri c. Francia*, ric. 15054/07) nella quale Strasburgo ha precisato che occorre «la più grande prudenza» nella punizione dei giornalisti per violazione del segreto istruttorio, possibile solo laddove sussiste «un interesse pubblico imperativo preponderante», evidenziando così che non sempre il segreto d'indagine ha questo carattere. Analoga conclusione è venuta in rilievo nella sentenza del 25 ottobre 2016, *Verlagsgruppe New GmbH c. Austria* (ric. 60818/10) con la quale la Corte europea ha condannato lo Stato in causa per violazione dell'art. 10 per aver disposto una sanzione al giornalista e all'editore perché in un articolo pubblicato sul giornale era stata svelata l'identità di un dirigente di una banca che aveva subito gravi perdite a causa di manovre speculative rischiose. La Corte ha affermato che nelle vicende legate ad inchieste giudiziarie va evitato il cosiddetto

[16] Si veda la sentenza del 1° giugno 2017, *Giesbert e altri c. Francia* (ricc. 68974/11, 2395/12 e 76324/13), par. 93.

[17] Per una valutazione opposta a quella da noi sostenuta, seppure con riferimento alla pronuncia *Bédat*, si veda M. Cuniberti, *op. cit.,* 5 ss., secondo il quale «Rispetto a quanto si è visto con riguardo all'apprezzamento dell'interesse pubblico, si riscontra quindi una sorta inversione: mentre si pretende dal giornalista la prova dell'idoneità dell'articolo a contribuire ad un dibattito pubblico, per contro le autorità statali sono esonerate dall'offrire una puntuale dimostrazione dell'idoneità dell'articolo incriminato a incidere sulla presunzione di innocenza dell'imputato». Ad avviso dello studioso «il combinato disposto di questa duplice inversione dell'onere della prova segna una certa discontinuità rispetto al *favor* per la libertà di manifestazione del pensiero che ha caratterizzato passate stagioni della giurisprudenza di Strasburgo».

[18] V. *supra,* nota n. 11.

"*trial by the media*"[19] e garantito il diritto alla presunzione d'innocenza, precisando, però, che la stampa ha l'obbligo di divulgare questioni di interesse generale e contribuire a informare la collettività senza che incida la circostanza che il procedimento penale a carico di un individuo al centro dell'articolo venga archiviato. Un orientamento conforme alla raccomandazione del 10 luglio 2003 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (2003)13 sulle regole di informazione attraverso i media relative ai procedimenti penali in cui si afferma che «*The public must be able to receive information about the activities of judicial authorities and police services through the media. Therefore, journalists must be able to freely report and comment on the functioning of the criminal justice system, subject only to the limitations provided for under the following principles*» (principio n. 1)[20].

Vale la pena ricordare che la preminenza dell'interesse della collettività a ricevere notizie emerge anche da altri atti internazionali come, tra i tanti, il rapporto del 22 maggio 2015 del Relatore speciale dell'Onu sulla promozione del diritto alla libertà di opinione e di espressione David Kaye il quale, nel documento *Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, ha evidenziato l'interesse della collettività a ricevere informazioni che contribuiscono a un dibattito pubblico, precisando che «*Secrecy should be imposed only on information that would, if disclosed, harm a specified interest under article 19 (3) [del Patto sui diritti civili e politici]; even in the event of a risk of harm, a process should be in place to determine whether the public interest in disclosure outweighs that risk*»[21]. A ciò si aggiunga che anche in atti adottati dall'Unione europea volti a rafforzare la presunzione d'innocenza, come la direttiva 2016/343 del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali[22], non è in alcun modo sancito il divieto di pubblicazione per salvaguardare il diritto oggetto della direttiva. Basti considerare che l'art. 4, par. 3, ribadito l'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli, chiarisce che non è impedito «alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico». A tal fine, - si legge nel Considerando 19 - «gli Stati membri dovrebbero informare le autorità pubbliche dell'importanza di rispettare la presunzione di innocenza nel fornire o divulgare informazioni ai media, fatto salvo il diritto nazionale a tutela della libertà di stampa e dei media». Del pari, nella risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2017 sulle misure legittime per proteggere gli informatori che agiscono nell'interesse pubblico, quando divulgano informazioni riservate di imprese e organismi pubblici, è stato affermato che è preoccupante che i giornalisti «vengano perseguiti, anziché ricevere protezione giuridica, quando rivelano informazioni in nome

[19] Il rischio del "*trial by newspapers*" è stato evidenziato sin dalla sentenza *Sunday Times c. Regno Unito* (ric. 6538/74) depositata il 26 aprile 1979 in cui la Corte ha riconosciuto di avere un potere di accertamento al fine di garantire la libertà di stampa, chiarendo di non condividere la posizione dei giudici inglesi in ordine alla prevalenza delle esigenze della giustizia rispetto alla libertà di espressione. In particolare, «*The Court is faced not with a choice between two conflicting principles but with a principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted*» (par. 65).

[20] Il testo è reperibile nel sito www.coe.int.

[21] Si veda il documento discusso dall'Assemblea generale l'8 settembre 2015, A/70/361, nel sito www.un.org.

[22] In *GUUE* L65, 11 marzo 2016, 1 ss. La direttiva deve essere recepita entro il 1° aprile 2018.

dell'interesse generale, comprese informazioni su presunti casi di violazione dei doveri professionali, illeciti, frode e attività illegali, in particolare se si tratta di comportamenti che violano i principi fondamentali dell'Unione europea, come l'elusione e l'evasione fiscale e il riciclaggio di denaro» (par. 2)[23].

Così, è evidente che malgrado la tutela della presunzione d'innocenza, non possano essere ammessi divieti assoluti relativi alla divulgazione di notizie su inchieste penali in corso. E con la sentenza *Y. c. Svizzera*, la Corte europea non ha in alcun modo ammesso questa possibilità, lasciando immodificata la propria posizione che corrisponde a quanto affermato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nella citata raccomandazione (2003)13. Ed invero, se la Corte, nella sentenza in oggetto, pone un onere di prova sul giornalista riguardo agli specifici atti, la valutazione effettuata dalla stessa Corte resta complessiva e ha avuto al centro anche la circostanza che le vittime erano minorenni e l'accusato una persona non pubblica, senza un ridimensionamento del ruolo dei media nella diffusione di informazioni sui procedimenti penali.

[23] Il testo (P8_TA(2017)0402) è reperibile nel sito hitt://www.europarl.europa.eu. Al par. 44 è precisato che «i giornalisti investigativi e la stampa indipendente esercitano una professione spesso solitaria di fronte alle numerose pressioni che possono subire e che è pertanto essenziale proteggerli da ogni tentativo di intimidazione».

All'epoca dei fatti si parlava di opinioni (ma non era così). Note a margine del caso *Egill Einarsson c. Islanda*

Stefano Rossetti

Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 novembre 2017, Egill Einarsson c. Islanda, ric. 24703/15

In tema di diffamazione, le autorità nazionali, incaricate di qualificare un'espressione come fatto ovvero opinione, devono considerare il termine oggetto del processo e valutare se, in astratto, il suo significato sia sottoponibile ad un giudizio vero/falso. Se l'esito della verifica è positivo, l'espressione deve essere qualificata come un'allegazione di fatto salvo che, in base agli elementi derivanti dal contesto dell'espressione, non sia possibile attribuire alla stessa valore di opinione (nel caso di specie, contrariamente a quanto avvenuto in sede nazionale, l'utilizzo del termine "stupratore" è stato qualificato come allegazione di fatto; inoltre dal contesto delle dichiarazioni non sono emersi elementi convincenti idonei a qualificare il termine come opinione).

Keywords: analisi del contesto, diffamazione, differenza tra fatto e opinione, libertà di espressione, libertà di opinione

Stefano Rossetti

Sommario

1. Fatti. – 2. La decisione della Corte. – 3. Alcuni aspetti rilevanti. – 4. Considerazioni conclusive

1. Fatti.

Egill Einarsson era, al tempo dei fatti di causa, un personaggio noto al pubblico islandese, autore di articoli, libri e comparsate TV, conosciuto in particolare per le sue "tesi" alquanto "provocatorie" sulla condizione della donna, su una qualche forma di sudditanza del genere femminile e sull'opportunità di esercitare nei suoi confronti anche la violenza fisica. Ne prendiamo atto.

Nel novembre del 2011 una giovane islandese di 18 anni, (per convenzione, signora X), denunciava il sig. Egill Einarsson per una presunta violenza sessuale. Pochi mesi dopo, nel gennaio del 2012, un'altra donna, la Y, denunciava Einarsson per un'ulteriore violenza sessuale risalente ad alcuni anni prima. I due procedimenti venivano archiviati poco dopo per insufficienza di prova.

In risposta, Einarsson depositava denuncia per calunnia nei confronti delle due donne. Anche questo procedimento terminava con l'archiviazione.

Pochi giorni dopo, un noto quotidiano islandese pubblicava un'intervista a Einarsson in cui quest'ultimo spiegava come, tra le altre cose, le due denunce fossero infondate e probabilmente giustificate dall'astio che le sue posizioni "ideologiche" avevano generato nelle accusatrici. Si professava vittima di una sorta di complotto femminile.

Lo stesso giorno, la signora X pubblicava sul proprio profilo Instagram un *post* contenente la versione modificata di una fotografia di Einarsson. L'autrice aveva apposto sulla fronte di quest'ultimo una croce, e una dicitura, "*Loser*" (perdente). Poco al di sotto, un commento talmente emblematico da non avere bisogno di traduzione: "*Fuck you rapist bastard*".

Il 17 dicembre 2012 Einarsson sporgeva denuncia-querela contro la signora X per il delitto di diffamazione. La Corte distrettuale di Reykjavík assolveva la signora X. I giudici, in particolare, richiamate le posizioni di Einarsson, qualificavano il *post* di X come una legittima risposta dell'autrice nell'ambito di un dibattito pubblico avviato e "incendiato" dallo stesso querelante. Un'opinione, dunque, che in quanto tale non poteva essere vera o falsa, ma solo personale, libera, e quindi insindacabile in sede giurisdizionale.

In secondo grado, la Corte Suprema confermava la sentenza. Il fascicolo dimostrava che la condotta precedente del querelante «era stata diretta verso persone fisiche ben individuate, per lo più donne, e in alcuni casi le sue parole potevano essere interpretate come una sorta di esortazione alla violenza contro il genere femminile». Egli doveva assumersi delle responsabilità per tali affermazioni, tanto più che, nel corso dell'intervista rilasciata al giornale, egli aveva in qualche modo "riaperto" il dibattito ed era naturale che alcune critiche, anche forti, potessero giungere da chi le sue idee avversava.

In particolare, ed è questo un passaggio di particolare interesse ai fini del discorso che si andrà facendo, «occorre valutare se commenti o altre forme di espressione diffama-

tori possano essere considerati come un'accusa di fatto ovvero un'opinione. Anche se si può concordare sul fatto che attribuire il termine "*rapist*" a un soggetto identificato, comporti in qualche modo un'accusa di stupro, occorre comunque tenere conto del contesto all'interno del quale il termine è utilizzato […]». E, nel caso di specie, «si trattava chiaramente di un'invettiva personale di X contro Larsson nell'ambito di un dibattito spietato, che quest'ultimo aveva precedentemente istigato» [la traduzione è di chi scrive, n.d.a.].

Avverso tale verdetto ricorreva Einarsson, ad avviso del quale le corti nazionali avevano effettuato un errato bilanciamento di interessi tra il diritto alla sua reputazione (da intendersi tutelato ex art. 8 CEDU) e la malintesa libertà di espressione di X (tutelata dall'art. 10 CEDU). Le espressioni diffuse da X, in particolare, non potevano essere considerate opinioni (in quanto tali incensurabili in sede giurisdizionale), bensì precise, e infondate allegazioni di fatto (considerata l'archiviazione dei procedimenti per violenza sessuale avviati nei suoi confronti).

La Corte era dunque chiamata a pronunciarsi sulla valenza dei termini utilizzati nel *post*; si trattava di un'affermazione di fatto, o di un'opinione personale?

2. La decisione della Corte.

Al fine di risolvere la questione, l'attenzione della Corte si sofferma sull'uso del termine "stupratore".

Tale locuzione, ad avviso di Strasburgo, attribuisce al destinatario un'azione precisa, consistente nel porre in essere un atto di violenza sessuale. Si tratta di un'azione che può essere dimostrata in termini di falsità/verità e dunque deve essere considerata alla stregua di un fatto.

Allo stesso tempo, «la Corte non esclud[e] la possibilità che un'espressione contenente affermazioni di fatto, come quella oggetto di processo, possa poi essere contestualmente classificata come un giudizio di valore» ma a tal fine «gli elementi che giustificano simile conclusione devono essere convincenti alla luce della natura obiettiva e di fatto assunta dal termine "stupratore"».

Nel caso di specie, il momento nel quale le affermazioni si erano sviluppate – l'accusa che Einarsson fosse uno stupratore – era di poco successivo all'archiviazione del procedimento penale all'interno del quale il ricorrente era stato accusato esattamente dello stesso reato, violenza sessuale, e proprio dalla medesima persona, X, che poco dopo aveva confezionato il post diffamatorio.

L'esistenza di tale importante nesso cronologico deponeva in senso contrario alle conclusioni cui erano giunti i giudici nazionali, che avevano ignorato tale profilo e frettolosamente assegnato alle affermazioni di X il valore di opinione personale. In altri termini, il contesto entro cui si erano sviluppati i fatti non permetteva di affermare che, utilizzando il termine "stupratore", X avesse voluto esprimere un'opinione. Era piuttosto verosimile il contrario, e che cioè X avesse realmente inteso dire che «Einarsson fosse autore di una condotta di violenza sessuale». Era ragionevole insomma che, quella diffusa su Instagram fosse la riproposizione digitale di un'accusa precisa, già oggetto

di archiviazione nelle sedi competenti.
A tali condizioni, l'art. 10 della Convenzione retrocede dinanzi al contraltare della reputazione di cui all'art. 8: le persone, incluse figure pubbliche controverse che hanno contribuito a promuovere un dibattito acceso, urticante e anche odioso, come in effetti era quello in questione, non possono essere infondatamente accusate di aver commesso reati (specie se collegati alle idee manifestate).
Alla luce di ciò la Corte rilevava una violazione del diritto alla reputazione di Einarsson da parte delle autorità nazionali; le quali avrebbero viceversa dovuto condannare X per il delitto di diffamazione.

3. Alcuni aspetti rilevanti

La decisione della Corte si sofferma sul tema della distinzione tra fatti e opinioni, una questione che assume importanza non secondaria per la definizione dei "rapporti di forza" tra libertà di espressione e reputazione.
Mentre il fatto – "Tizio ha ucciso un uomo" – può essere dimostrato in termini di verità/falsità, l'opinione – "Caio è brutto" – non è suscettibile di tale verifica. In via di estrema semplificazione, in presenza di una lesione al bene giuridico della reputazione, il fatto falso comporta diffamazione; l'opinione infondata, dura, finanche corrosiva – purché non gratuitamente denigrante – no.
Se, da un lato, negli esempi precedenti non vi possono essere dubbi sulla natura delle due affermazioni, dall'altro occorre dare atto dell'esistenza di casi, per la verità assai numerosi, in cui non è sempre agevole distinguere in modo netto tra fatto e opinione. Ipotizziamo che il tal politico sia incline al sotterfugio, al ricatto e all'intimidazione degli avversari. Un giornalista scrive che "Tizio è proprio un mafioso". In circostanze di questo tipo pare possibile formulare due ipotesi: l'affermazione (i) attribuisce al destinatario la realizzazione di un fatto specifico di associazione per delinquere di cui all'art. 416-*bis* c.p. ovvero (ii) descrive, attraverso un'iperbole, una cera indole del destinatario, senza per questo attribuirgli alcun fatto di rilevanza penale. Nel primo caso saremmo davanti a un fatto ("Tizio è autore del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p."); nel secondo, a un'opinione.
Ma quali sono i criteri che permettono di distinguere tra (i) e (ii)? La sentenza in commento pone – a quanto ci consta, per la prima volta – la propria attenzione su questo aspetto.
Il passaggio rilevante della decisione sembra essere il seguente: «*At the outset, the Court notes that the term "rapist" is objective and factual in nature. It directly refers to a person who has committed the act of rape, which is criminalised under the Icelandic Penal Code (see paragraph 18 above). The veracity of an allegation of rape can therefore be proven. It follows that, viewed on its face, the statement "Fuck you rapist bastard" included a statement of fact as it clearly assigns the status of "rapist" to the person who is the subject of the statement. Although the Court does not exclude the possibility that an objective statement of fact, such as the one impugned in the present case, can, contextually, be classified as a value judgment the contextual elements justifying such a conclusion must be convincing in the light of the objective and factual nature of the term "rapist" taken at face value*»

(§ 50).
Nei casi dubbi, sembra dire la Corte, il primo passaggio consiste nel prendere in considerazione la specifica espressione utilizzata – nel nostro caso "*stupratore*" – e verificare se, in astratto, la stessa possa essere sottoposta a un giudizio secondo l'alternativa vero/falso mediante il classico meccanismo di inferenza probatoria (in tal senso, CEDU, 17 dicembre 2004, *Pedersen e Baadsgaard c. Danimarca*, § 42).
Se la risposta è affermativa (e in questo caso deve esserlo, poiché un individuo o è uno stupratore, oppure non lo è) allora l'espressione deve essere qualificata come un fatto (ciò significa che, come si è detto, per andare esenti da responsabilità occorrerà dimostrare che il fatto fosse vero). Viceversa, se non è possibile verificare l'affermazione – come nel caso in cui si dica che *Caio è brutto* – lo "statuto" applicabile sarà quello più favorevole delle opinioni (in linea di massima insindacabili dal giudice).
Esiste poi un ulteriore livello di analisi. La Corte riconosce infatti che un termine, qualificato come «o*bjective and factual in nature*», possa essere utilizzato anche per esprimere un'opinione.
E che, dunque, pur utilizzando la dicitura "stupratore", l'autore possa non voler necessariamente intendere "che commette lo stupro", quanto piuttosto che, con il suo comportamento, quel certo soggetto si comporti *come* se fosse uno stupratore (una similitudine), oppure che violi in modo inaccettabile la dignità femminile (una metafora).
In simili circostanze, l'autore della dichiarazione non intende assegnare al destinatario il ruolo di soggetto attivo nel delitto di violenza sessuale, quanto piuttosto esprimere, magari in modo figurato e provocatorio, un proprio personale pensiero su una certa disputa (sul punto la casistica giurisprudenziale è sconfinata: CEDU, 20 maggio 1999, *Bladet Tromsø e Stensaas c. Norvegia,* § 59; nello stesso senso, 26 aprile 1995, *Prager e Oberschlick c. Austria,* §38).
Per rispondere a questa problematica la Corte inserisce, a quanto ci consta per la prima volta in questo specifico segmento della verifica, il concetto di "contesto". Se non intendiamo male le – non certo generose – indicazioni offerte dalla decisione, l'affermazione oggetto di osservazione dovrebbe essere valutata alla luce di alcuni elementi di "contorno" che permettano di comprendere l'atteggiamento soggettivo che il dichiarante avrebbe avuto al tempo in cui l'espressione fu utilizzata.
Ad esempio, nel caso di specie, il termine "stupratore" era stato proferito proprio dalla signora X, la quale pochi mesi prima, davanti alle autorità competenti, aveva attribuito al ricorrente la medesima qualifica. Insomma, il "contesto", in questo caso, sarebbe stato desumibile da una certa consequenzialità cronologica tra gli eventi, tale per cui era ragionevole affermare che X volesse effettivamente assegnare a Einarsson la qualità di stupratore (in senso tecnico-giuridico) e non invece contribuire, poniamo, mediante un'iperbole, al dibattito pubblico sul punto.
Ora, se all'esito della *verifica di contesto*, l'espressione può essere qualificata come fatto, allora si procederà nel senso ordinario: se l'allegazione è vera si applicherà la causa di esclusione dell'antigiuridicità collegata al diritto di cronaca; viceversa, se risulta falsa, o non dimostrata, si avrà diffamazione. Se però esistono elementi *convincenti* per desumere il contrario, allora è forse possibile "sottrarre" la dichiarazione al rigido empirismo dei fatti e proiettarla nel più "docile" mondo delle idee. In particolare, l'espressione

sarà verosimilmente "scriminata" dal corretto esercizio del diritto di critica (ricordiamo comunque che anche i giudizi di valore, specie se particolarmente offensivi, non possono essere del tutto scollegati da un certo sostrato di fatto: *ex multis* CEDU, 14 marzo 2007, *Karman v. Russia*, § 41-42).

4. Considerazioni conclusive.

La sentenza appena commentata fornisce alle corti nazionali alcune utili indicazioni su come affrontare la definizione dei casi dubbi, in cui non sia certo se una determinata affermazione possa essere qualificata come un fatto ovvero un'opinione.

Nel definire tale aspetto i giudici sembrano suggerire di (i) individuare l'espressione oggetto del contendere, (ii) verificare se il suo significato "astratto" sia dimostrabile in termini di verità/falsità e (iii) accertare che, sulla base di una valutazione del contesto, non sia possibile qualificare l'espressione come opinione.

Ci pare che il test appena riportato introduca una sorta di "presunzione di fattualità" in conseguenza della quale, nei casi dubbi, l'espressione lesiva deve essere considerata alla stregua di un fatto, *salvo che*, dal contesto non sia possibile trarre elementi convincenti in senso contrario.

Tale impostazione riduce inevitabilmente il campo delle opinioni, e dunque, in ultima analisi, dell'espressione delle proprie idee. Un'impostazione che sembra rientrare in una recente tendenza della Corte volta a conferire maggiore tutela ai beni contrapposti alla libertà di espressione quali reputazione e riservatezza (cfr. CEDU, 25 novembre 1999, *Nilsen e Johnsen c. Norvegia*; 2 febbraio 2007, *Standard Verlags e Krawagna- Pfeifer c. Austria*; in dottrina E. Barendt, *Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court*, in *Journal of Media Law*, 2009, 49 ss.).

Al di là di questo, però, non ci sentiamo di criticare la sentenza in modo troppo deciso. In primo luogo perché la "*presunzione di fattualità*" sembra fornire uno strumento capace di arginare il malcostume per il quale, qualunque forma espressiva, anche l'insulto gratuito, volgare e denigrante sia un'opinione (non ci riferiamo ovviamente alle parole della signora X, ma a tutte le altre, cui lentamente ci accostumiamo, specie in tempi di social network e odiatori seriali).

In secondo luogo perché, contrariamente a quanto possa apparire, ci pare che essa porti con sé un principio capace, se correttamente inteso – e coltivato in futuro – di generare effetti positivi anche rispetto alla stessa libertà di espressione; l'idea cioè che chi proponga visioni estreme non possa essere ingiustamente accusato di aver poi realizzato quello che le posizioni estreme possono comportare nella realtà – se teorizzo l'eversione dell'ordine costituzionale, non necessariamente devo essere accusato del delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p.

Nel complesso, ci pare che la decisione abbia fatto un passo in avanti nella precisazione di un aspetto importante del diritto dell'informazione. L'auspicio è che, in futuro, la Corte possa rifinire con maggiore puntiglio gli aspetti che definiscono il "contesto" e, con esso, la linea di demarcazione tra fatti e opinioni.

Note a Sentenza
Sezione Europa

Corte di giustizia

Comunicazione al pubblico e copia privata: verso l'ipertrofia del diritto d'autore comunitario?

Carla Cosentino

Corte di giustizia dell'Unione europea, 29 novembre 2017, causa C-265/16, *VCAST Limited v. RTI Spa*

Con la sentenza in commento, la Corte di giustizia aggiunge un ulteriore tassello al mosaico, oramai policromo e complesso, della nozione di comunicazione al pubblico, così come sancita dall'art. 5 della direttiva InfoSoc. Chiamata a decidere sulla questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della nozione di "comunicazione e messa a disposizione al pubblico" in uno con quella di "copia privata", si evidenzia tuttavia che, a fronte di un'ulteriore specificazione della prima, non vi siano sensibili passi in avanti rispetto alla definizione della seconda, la cui applicazione ai sistemi di *cloud computing*, come emergerà nel corso della trattazione, resta tuttora fonte di numerose ambiguità interpretative.

Keywords: diritto d'autore, comunicazione al pubblico, *copyright, cloud computing,* Internet

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il contesto normativo e i fatti da cui origina la controversia. – 3. I precedenti tedeschi sui servizi di *cloud computing* in remoto. – 4. La decisione della Corte di giustizia. – 5. Quali scenari per il futuro?

1. Introduzione

Con la sentenza in commento, la Corte di giustizia aggiunge un ulteriore tassello al mosaico, oramai policromo e complesso, della nozione di comunicazione al pubblico, così come sancita dall'art. 5 della direttiva InfoSoc (direttiva 2001/29/CE).
Per la verità, i giudici del Lussemburgo – con una forzatura ermeneutica sulla quale si ritornerà nel prosieguo – virano dalla nozione di copia privata, che appare essere il reale oggetto della controversia, verso quella di comunicazione al pubblico, probabilmente interpretando in maniera strumentale l'oggetto della domanda pregiudiziale[1].
La decisione, peraltro, appare interessante anche in relazione ad un'altra circostanza: perché riguarda la conformità della normativa italiana (in particolare, gli artt. 71-*sexies* e 71-*septies* della l. 633/1941 sul diritto d'autore) alla disciplina comunitaria e perché, da un punto di vista strettamente comparatistico, si discosta da alcuni precedenti – che avevano coinvolto fornitori di servizi analoghi a quelli del caso in commento – resi dalla giurisprudenza tedesca.

2. Il contesto normativo e i fatti da cui origina la controversia

La controversia vede contrapposti la RTI (Reti Televisive Italiane S.p.A.), una società italiana che produce e diffonde programmi televisivi sul territorio nazionale, e la VCast, una società di diritto inglese che mette a disposizione dei propri utenti un servizio di videoregistrazione, mediante la tecnologia *cloud*. Nel dettaglio la VCast consente agli

[1] Tale aspetto è stato notato dai primi commentatori della sentenza; cfr. E. Rosati, *The VCAST decision: how to turn a private copying case into a case about communication/making available to the public*, in *IPKat*, 29 November 2017; J.P. Quintais – T. Rendas, *Up in the Cloud: Some reflections on the CJEU judgment in VCAST*, in *Kluwer Copyright Blog*, December 12, 2017. Queste le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Torino: «a) Se sia compatibile con il diritto [dell'Unione] – in particolare con l'articolo 5, [paragrafo] 2, lettera b), della [direttiva 2001/29] (nonché con la [direttiva 2000/31] e con il Trattato istitutivo) una disciplina nazionale che vieti all'imprenditore commerciale di fornire ai privati il servizio di videoregistrazione da remoto in modalità cosiddetta *cloud computing* di copie private relative ad opere protette dal diritto d'autore, mediante un intervento attivo nella registrazione da parte sua, in difetto del consenso del titolare del diritto. b) Se sia compatibile con il diritto [dell'Unione] – in particolare con l'articolo 5, [paragrafo] 2, lettera b), della [direttiva 2001/29] (nonché con la [direttiva 2000/31] e con il Trattato istitutivo) una disciplina nazionale che consenta all'imprenditore commerciale di fornire ai privati il servizio di videoregistrazione da remoto in modalità cosiddetta *cloud computing* di copie private relative ad opere protette dal diritto d'autore, pur se ciò comporti un intervento attivo nella registrazione da parte sua, anche in difetto del consenso del titolare del diritto, a fronte di un compenso remuneratorio forfetizzato a favore del titolare del diritto, assoggettato sostanzialmente a un regime di licenza obbligatoria».

utenti, previa la fornitura di apparecchiature *hardware* e *software*, di ottenere una registrazione dei programmi relativi alle emissioni delle reti televisive italiane, trasmesse per via terrestre e con libero accesso, tra cui i programmi la cui titolarità dei diritti è detenuta dalla società italiana.

Questi i fatti.

La VCast agisce innanzi al Tribunale di Torino al fine di ottenere una pronuncia che accerti la liceità dei servizi da essa forniti e, con la medesima domanda giudiziale, chiede, se del caso, che siano previamente interessate la Corte costituzionale, in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art.71-*sexies*, c. 2, della legge sul diritto d'autore, nonché la Corte di giustizia, sulla questione pregiudiziale interpretativa dell'addentellato normativo composto dalla direttiva InfoSoc (sulla nozione di comunicazione e messa a disposizione del pubblico[2] e sulla nozione di copia privata) e dalla direttiva sul commercio elettronico (per quanto riguarda la riconducibilità dell'attività in esame ai servizi della società dell'informazione, oltre che per l'eventuale applicazione del regime della responsabilità agli operatori intermediari).

A giudizio della società inglese, il servizio in questione sarebbe lecito e legittimo, giacché si limiterebbe a captare il segnale, trasmesso in chiaro dall'operatore televisivo e a memorizzare il contenuto selezionato dall'utente all'interno di uno spazio *cloud* acquisito dall'utente stesso presso un fornitore terzo. L'attività di registrazione e di fissazione su supporto del contenuto informativo selezionato, quindi, rientrerebbe nelle eccezioni di cui all'art. 71-*sexies*, atteso che la VCast fornirebbe il noleggio di un sistema di videoregistrazione da remoto e che i contenuti da registrare vengono selezionati e scelti dai singoli utenti, e di cui all'art. 71-*septies*, che ammette la videoregistrazione da remoto assoggettandola ad equo compenso.

In senso contrario, la società resistente deduce che il diritto di copia privata sarebbe nozione di stretta interpretazione e, quindi, non suscettibile di applicazione alla fattispecie; che gli artt. 12, 13 e 16 l.d.a. attribuirebbero a RTI il diritto esclusivo di riprodurre le opere registrate dalla VCast, nonché il diritto di comunicarle al pubblico, ritrasmettendole via cavo, e di fissarle su supporti; che, ai sensi dell'art. 5, c. 2, della direttiva 2001/29 e dell'art.71 *sexies* l.d.a. sarebbero da ritenersi illecite le attività finalizzate a riprodurre videogrammi effettuata da soggetti diversi da una persona fisica e per finalità commerciali, in difetto di autorizzazione del titolare.

Con ordinanza del 31 ottobre/2 novembre 2015, il Tribunale di Torino inibisce a VCast Limited il proseguimento della condotta e l'erogazione del servizio di videoregistrazione da remoto, nonché «l'ulteriore riproduzione, la messa a disposizione e distribuzione delle emissioni televisive di R.T.I.»[3].

Invero, come si avrà modo di puntualizzare, l'attività della VCast non abbraccia solo le emissioni televisive italiane, ma anche quelle di altri paesi europei, motivo per il quale la liceità dell'attività della società, già in passato, ha interessato altra giurisprudenza nazionale (in particolar modo quella tedesca).

---

[2] Sui contorni delle due nozioni si rinvia a M.M. Walter, *Article 3 Right of communication to the public of works and right of making available to the public of other subject-matter*, in M.M. Walter – S. Von Lewinski, *European copyright law. A commentary*, Oxford, 2010, 975 ss.

[3] Trib. Torino, 2 novembre 2015, RG n. 9816/2015, inedita.

Per meglio comprendere la questione da cui origina la controversia, giova illustrare, preliminarmente, il quadro giuridico di riferimento, al fine di capire se l'attività di videoregistrazione, per mezzo di un servizio *cloud*, possa essere ricondotta nelle nozioni di copia privata e di comunicazione al pubblico.

L'art. 2 della direttiva 2001/29/CE[4] dispone che debba essere riconosciuto ad alcuni soggetti, elencati dalla norma stessa, «il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte». Tale diritto è riconosciuto, tra gli altri, anche «agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite».

L'art. 5 della medesima direttiva introduce un'eccezione a tale regola, ammettendo la possibilità di trarre una copia privata dell'opera tutelata. La lett. *b)* dell'art. 5 prevede che gli Stati membri possano disporre eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione, per quanto riguarda «le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati». Il par. 5 dell'art. 5, invece, stabilisce che tali eccezioni e limitazioni siano «applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali [protetti] e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

Le disposizioni in questione, a livello interno, sono state recepite con l'introduzione, nella legge sul diritto d'autore, degli artt. 71-*sexies* e 71-*septies*.

La prima delle due norme dispone che «È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche».

Il c. 4 dispone che «la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti». Tale previsione legislativa vale anche nel caso in cui siano utilizzate delle misure tecnologiche di protezione, come, ad esempio, i cc.dd. dispositivi anticopia[5].

Le norme anzidette sono completate dal c. 2, che afferma che la riproduzione non possa essere fatta da terzi: un profilo, come si discuterà in seguito, dirimente per la decisione in commento.

Descritta, seppur sinteticamente, la normativa sulla copia privata, giova evidenziare alcuni aspetti fattuali, al fine di individuare la disciplina giuridica concretamente appli-

[4] 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, in G.U. 2001, l. 167, 10.

[5] Il diritto di apporre dispositivi anticopia è qualificato quale diritto potestativo da A. Musso, *I diritti di proprietà intellettuale*, in V. Zeno Zencovich (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al «Decreto Romani»,* Bologna, 2010, 144.

cabile al fatto.

Si è detto che la VCast consente la registrazione in remoto dei programmi televisivi cc.dd. in chiaro; lo spazio per la memorizzazione *cloud* è fornito da soggetti terzi[6]. Il servizio della VCast si limita a mettere a disposizione degli utenti i programmi registrati, offrendo servizi gratuiti (e limitati), ampliati (per mezzo della fruizione di messaggi pubblicitari) o a pagamento.

Gli utenti, per mezzo dei servizi della società fornitrice, possono acquisire anche video di emittenti televisive che non trasmettono nel Paese dove gli utenti stessi sono stabiliti (*rectius*: dove dimorano al momento dell'acquisizione del video).

3. I precedenti tedeschi sui servizi di *cloud computing* in remoto

La Corte Federale di Giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof*) si è pronunciata sulla legittimità dei servizi di registrazione in *cloud computing* di emissioni televisive[7].

La lettura dei giudici tedeschi è stata, in gran parte, differente rispetto a quella dei loro colleghi comunitari. Il punto di contatto, tra la decisione del *Bundesgerichtshof* e quella della Corte di giustizia è rappresentata dalla legittimità del servizio: la medesima Corte, in un precedente del 2009 (in realtà, si trattava di tre sentenze "gemelle"), era già giunta alla conclusione che il servizio fosse, di per sé, lecito, fino a statuire che «la persona che effettua la riproduzione è la persona che aziona tecnicamente la riproduzione, anche se ciò comporta un impiego di mezzi tecnici forniti da terzi»[8].

Il punto maggiormente interessante, in merito a tale aspetto, è costituito dall'asserzione della Corte secondo la quale dal momento che l'atto di riproduzione è materialmente compiuto dall'utente e non dal gestore del servizio *online*, quest'ultimo, laddove realizzato senza uno scopo di lucro e per finalità meramente personali, può rientrare nell'eccezione di copia privata di cui al § 53 della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*)[9].

Le sentenze gemelle del 2009 precisano, però, che la disposizione in questione non trovi applicazione laddove la registrazione sia compiuta da un servizio che, sebbene

[6] Sul punto, si vedano. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar, 7 settembre 2017, par. 1: «Il *cloud computing* ha la peculiarità che, contrariamente alle modalità classiche di utilizzazione dell'infrastruttura informatica, l'utente non acquista né noleggia attrezzature informatiche concrete, ma utilizza, sotto forma di servizi, le risorse dell'infrastruttura appartenente a un terzo, la cui ubicazione non gli è nota e che del resto può variare. Dal punto di vista di detto utente, tali risorse si trovano dunque «da qualche parte nella nuvola» (non atmosferica, ma beninteso informatica). Una siffatta configurazione consente un miglior utilizzo delle risorse, nonché il loro adattamento automatico alle fluttuazioni della domanda».

[7] Bundesgerichtshof, 11 aprile 2013.

[8] Bundesgerichtshof, 22 aprile 2009. Si tratta in realtà di tre sentenze gemelle, relative ai seguenti procedimenti giudiziari: I ZR 215/06; I ZR 216/06; I ZR 175/07.

[9] Appare opportuno segnalare che la legislazione tedesca sulla copia privata e sul relativo equo compenso appare tra le più vantaggiose per i titolari dei diritti; cfr. M. Kretschmer, *Private Copying and Fair Compensation: An Empirical Study of Copyright Levies in Europe*, in *Intellectual Property Office Research Paper*, No. 2011/9, 16 ss.

azionato dall'utente, agisca per finalità lucrative, anche indirette[10].
Orbene, l'affermazione principale, che allontana sensibilmente l'interpretazione della giurisprudenza tedesca rispetto a quella della Corte di giustizia è la seguente. A giudizio del *Bundesgerichtshof*, infatti, la circostanza che un servizio offra copie identiche a più soggetti non violerebbe il diritto esclusivo dei *copyright holder* di riprodurre copie dell'opera da mettere a disposizione del pubblico, così come previsto dalla § 19a dell'*Urheberrechtsgesetz* e dall'art. 3 della direttiva InfoSoc, a condizione che tali riproduzioni siano destinate all'uso personale degli utenti.
Tale asserzione, tuttavia, potrebbe essere, nei fatti, temperata dal fatto che, secondo i giudici tedeschi, la ritrasmissione contestuale e simultanea del segnale televisivo a più soggetti violerebbe il § 20 dell'*Urheberrechtsgesetz* e l'art. 3 della direttiva InfoSoc.
Ne consegue che da un lato, la giurisprudenza tedesca ha il pregio di aver chiarito la liceità dei servizi, che utilizzano la tecnologia del *cloud computing*, per la diffusione di musica e video (come, ad esempio, iTunes)[11]. Dall'altro, la medesima ha parzialmente anticipato le conclusioni della Corte di giustizia, adottando un'interpretazione restrittiva della condotta dei fornitori dei servizi di *cloud* alla luce della nozione di comunicazione al pubblico, imponendo un preventivo consenso da parte dei titolari dei diritti.

4. La decisione della Corte di giustizia

Come si è detto, la decisione della Corte di giustizia si discosta radicalmente dall'opinione dell'Avvocato Generale: quest'ultima, infatti, si era concentrata sulla questione della copia privata (che, anche a parere di chi scrive, appare invero prevalente)[12]. La Corte, invece, scavalca del tutto il problema, sebbene richiami la normativa applicabile alla copia privata, concentrando l'attenzione sulla possibilità di ricondurre l'attività della VCast al concetto di comunicazione al pubblico.
Non sembrano esservi dubbi, per i giudici comunitari, sul fatto che la VCast si rivolga ad un pubblico indeterminato e sufficientemente ampio, atteso che «il fornitore di servizi di cui al procedimento principale registra le emissioni radiodiffuse e le mette a disposizione dei suoi clienti attraverso Internet»[13].
Allo stesso modo, vi sarebbe, secondo la sentenza, un atto di comunicazione al pubblico, inteso come «qualsiasi trasmissione delle opere protette, a prescindere dal mezzo o dal procedimento tecnico utilizzato».
Due sono gli aspetti significativi in relazione alla ricostruzione operata dalla Corte. Innanzi tutto, diversamente da alcuni precedenti, la sussistenza di un atto di comunicazione e la presenza di un pubblico sono considerati elementi cumulativi e non alterna-

[10] Dall'istruttoria, nel caso di specie, era infatti risultato che il servizio fosse gratuito per gli utenti, ma fosse finanziato dalla pubblicità presente sulla piattaforma informatica.

[11] F. Niemann, *German Federal Court of Justice finds that without right holders' consent online private video recording services are only legal in very specific circumstances*, in *Lexology*, December 14 2009.

[12] Sul punto, per più ampi rilievi, si rinvia a T. Rendas, *Cloud computing and copyright law: cloud-based video recording reaches the CJEU*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, 808.

[13] Cfr. punto 46 della sentenza.

tivi. In secondo luogo, il parametro adottato è quello della sentenza *Reha Training*, che, in passato, era stata raramente richiamata quale precedente[14]. Orbene, appare probabile che il richiamo sia determinato dalla similitudine tra l'oggetto delle due controversie[15]. La diversità di pubblico – in linea con i principi di cui alla sentenza *ITV Broadcasting*[16]– è rimarcata altresì dal fatto che i mezzi di trasmissione sono differenti: diffusione televisiva, nel caso delle trasmissioni della RTI, diffusione a mezzo internet, nel caso della VCast. Nel precedente in questione, infatti, si era affermato che, in caso di utilizzo di un mezzo di diffusione differente rispetto a quello originario, tale mezzo «deve limitarsi a mantenere o ad aumentare la qualità della ricezione di una trasmissione già esistente e non può essere utilizzato per una trasmissione diversa da quest'ultima»[17]. L'attività della VCast, a giudizio della Corte, non si limiterebbe alla fornitura di un servizio tecnico, ma rappresenterebbe, quindi, una ritrasmissione non autorizzata dalla società televisiva.

La sentenza, tuttavia, non sembra chiarire del tutto, al di là della singola fattispecie sottoposta al vaglio della Corte, se la disciplina della copia privata possa essere applicata o meno ai servizi di *cloud computing*. A parere di chi scrive, tuttavia, la decisione VCast può essere un punto di partenza interessante per definire alcune possibili fattispecie.

Difatti, i giudici comunitari hanno scisso la funzione di riproduzione rispetto a quella di messa a disposizione. La prima, evidentemente, copre servizi come quelli offerti, tra gli altri, da Dropbox o Google Drive, dove la finalità personale di riproduzione appare predominante. In senso contrario, potrebbe osservarsi che i medesimi servizi possano essere utilizzati anche per compiere atti di comunicazione al pubblico, nel caso in cui opere protette dal diritto d'autore siano condivise con soggetti terzi (ad esempio, altri utenti): non bisogna dimenticare, però, che, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, la nozione di pubblico deve essere intesa come ricomprendente un numero di destinatari ampio e non limitato[18].

Nessun problema, naturalmente, pongono i servizi che, pur utilizzando la tecnologia

[14] CGUE, C-117/15, *Reha Training* (2016), punti 37, 38 e 39.

[15] Nel caso *Reha Training*, cit., la Corte di giustizia ha statuito che, in caso di diffusione di programmi televisivi attraverso apparecchiature installate in un centro di riabilitazione, sussiste la violazione dei diritti non solo degli autori, ma altresì di artisti, interpreti ed esecutori, nonché che tale diffusione costituisce un atto di comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva InfoSoc.

[16] CGUE, C-607/11, *ITV Broadcasting* (2013), punto 39.

[17] Per ulteriori approfondimenti sulla sentenza si rinvia a P. Di Mico, *La ritrasmissione di opere su internet e la comunicazione al pubblico secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. aut.*, 2013, 293 ss.; nonché G. Morgese, *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore*, in *Com. Intern.*, 2014, 591 ss.

[18] CGUE, C-117/15, *Reha Training* (2016), punto 41: «la nozione di "pubblico" riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole». Nello stesso senso, v CGUE, C-306/05, *SGAE* (2006), punto 36, dove si collega tale interpretazione con i Considerando 9 e 10 della direttiva InfoSoc: «Una tale interpretazione risulta del resto indispensabile per raggiungere l'obiettivo principale della detta direttiva, il quale, come risulta dal nono e decimo Considerando, è quello di introdurre un livello elevato di protezione a favore, tra l'altro, degli autori, consentendo a questi ultimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico». Per una critica all'impostazione dei giudici comunitari v. B. Hugenholtz – S.C. Van Velze, *Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'*, 47 *IIC* 797 (2016); nella dottrina italiana, v. A. E. Cogo, *La comunicazione al pubblico negli alberghi*, in *AIDA*, 2008, 503 ss.; N. Bottero, *Le nuove prerogative d'autore nell'era di Internet*, in M. Ricolfi (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Giur. it.*, 2011, 21 ss.

cloud, si limitano a mettere a disposizione degli utenti prodotti audiovisivi o musicali, sulla scorta di accordi di licenza con i titolari dei diritti e nei quali non v'è possibilità, per gli utenti, di compiere atti di riproduzione.
Nel caso, invece, dei servizi di riproduzione, sembra potersi ammettere, alla luce delle affermazioni della Corte, che gli stessi possano essere impiegati per le finalità di copia privata, anche nel caso in cui, per la riproduzione, siano utilizzati strumenti forniti da un soggetto terzo. Del resto, in tal senso, seppur relativamente ad una fattispecie analoga ma non identica, si era già pronunciata la Corte nella sentenza *Copydan*, dove si era espressamente ammessa la possibilità che i dispositivi adoperati fossero di proprietà di soggetti terzi[19].
Nel caso in questione, però, la società inglese non si limiterebbe a provvedere ad uno strumento per la riproduzione, ma anche a fornire accesso a contenuti oggetto di privativa industriale[20].
La distinzione, come dinanzi accennato, inciderebbe anche sull'area geografica di copertura delle trasmissioni che non coinciderebbe con l'ambito nazionale, ma, trattandosi di servizi via internet, non incontrerebbe confini territoriali.
Alla luce di tale rilievo, dovrebbe concludersi che i servizi di *cloud computing*, laddove si limitino al trasferimento "sulle nuvole" di una copia dell'opera, con un salvataggio di tale copia da parte dell'utente, sebbene con mezzi tecnici forniti da terzi, siano leciti e rientrino nell'eccezione di copia privata.
Nell'ipotesi di condivisione dell'opera anche con altri utenti – per mezzo delle funzionalità comunemente rese disponibili dai fornitori dei servizi di *cloud computing* – non si rientrerà nella comunicazione al pubblico, laddove i destinatari della condivisione non siano indeterminati e non rappresentino, comunque, un «pubblico considerevole».
Il discorso, però, sarà differente laddove la funzione di copia sia solo accessoria rispetto alla messa a disposizione di un pubblico, per l'appunto, indeterminato e considerevole (per riprendere la terminologia della Corte di giustizia).

5. Quali scenari per il futuro?

Riassumendo il contenuto della decisione in commento, si può concludere che, a fronte di un'ulteriore specificazione della nozione di comunicazione al pubblico, non vi siano sensibili passi in avanti rispetto alla definizione di copia privata, la cui applicazione ai sistemi di *cloud computing* resta tuttora fonte di numerose ambiguità interpretative.
In altri termini, la Corte di giustizia non sembra aver fatto chiarezza sulla liceità dei servizi di registrazione in remoto: non si tratta di una valutazione critica, ma della semplice constatazione del fatto che le menzionate incertezze non possano essere ri-

[19] CGUE, C-463/12, *Copydan Båndkopi* (2015). Nel caso di specie, si è ritenuto che i dispositivi di copia forniti da terze parti cadessero al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva; per un commento alla decisione, dove si rimarca anche il rapporto tra la pronuncia e i servizi di *cloud computing*, v. J.P. Quintais, *Private Copying and Downloading from Unlawful Sources*, in 46 *Intern. Rev. of Intell. Prop.and Competition Law*, 66, 2015.

[20] J. Smith – H. Newton – E. Thomas, *CJEU rules that a cloud based service for remote recording is a communication to the public and so must obtain the rights holders' consent*, in *Lexology*, December 4, 2017.

messe *tout court* alla funzione vicaria della giurisprudenza. Negli ultimi anni, infatti, le numerose decisioni della Corte di giustizia sulla proprietà intellettuale (in generale) e sul diritto d'autore (in particolare) hanno dato vita ad un complesso intricato e, al contempo, troppo analitico di regole[21], determinando, forse, una progressiva assegnazione alla Corte di una funzione di vera e propria *law-making* e non di mera interpretazione del contesto legislativo esistente.

Si tratta di un fenomeno, di per sé, non nuovo[22], ma che, nel settore in questione, sta assumendo contorni preoccupanti, sul presupposto che una lettura eccessivamente rigorosa della disciplina legislativa comunitaria rischia di rappresentare un freno allo sviluppo di nuovi servizi tecnologici. Naturalmente, non si vuole invocare l'esistenza di una zona franca per i servizi internet, ma esclusivamente rimarcare che il contesto esistente rischia di frapporsi allo sviluppo di nuovi modelli imprenditoriali.

Le decisioni dei giudici comunitari hanno gradualmente caratterizzato, non senza *revirement*, talora anche vistosi, una nozione, quella di comunicazione al pubblico, che nasceva vuota di contenuti[23]. Nel corso del tempo, tuttavia, tale fenomeno sta crescendo in maniera ipertrofica, forse oltre le intenzioni del legislatore: non è un caso, infatti, che il testo in commento utilizzi indifferentemente i concetti di «comunicazione al pubblico» e «messa a disposizione del pubblico».

Allo stesso modo, non appare lecito attendersi dalla giurisprudenza – soprattutto a fronte delle recenti e rigide posizioni espresse dalla Corte di giustizia –una valutazione sull'opportunità, anche in termini di sviluppo economico e (per quanto si tratti di termine abusato) di innovazione, di frenare nuove forme tecnologiche optando per una lettura formalistica della normativa vigente. Difatti, potenziali critiche o proposte di riforma andrebbero formulate dalla dottrina – che, troppo spesso, si limita a fotografare le posizioni dei giudici comunitari – ed, eventualmente, recepite dai legislatori nazionali e comunitario.

In altri termini, non può dirsi che la sentenza sia il frutto di un errore interpretativo, né ancora che sia particolarmente sorprendente la sua *ratio decidendi*.

Tuttavia, ciò non esime dal segnalare che l'ampiezza dell'art. 3 della direttiva InfoSoc, per come interpretato, rischia di paralizzare il progresso tecnologico ed industriale anche in presenza di uno scarso interesse reale dei titolari dei diritti, i quali sono mossi unicamente dall'esigenza di mantenere uno *status quo* nelle modalità di fruizione dei prodotti televisivi.

Non si vuole certo sostenere che non debba essere riconosciuto un diritto ai soggetti che concorrono alla produzione di opere tutelate dal diritto d'autore; tuttavia, occorre operare un contemperamento tra gli interessi dei titolari dei diritti e quelli, generali, dell'evoluzione della *web technology*.

La sentenza VCast, quindi, dovrebbe essere letta non come l'apodittica affermazione

---

[21] Cfr. da ultimo B.J. Jutte, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Nomos/Hart, 2017, *passim*.

[22] Sul tema, in ottica generale, pare imprescindibile il richiamo a G. Calabresi, *Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1981; ma v. anche M. Peterson, *Legislating Together*, Cambridge, 1990.

[23] Sul punto, per una ricostruzione puntuale della giurisprudenza comunitaria, v. E. Rosati, *GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture*, 54 *Common Market L. Rev.* 1221 (2017).

dell'illiceità dei servizi di *cloud computing*, ma come decisione relativa ad un caso tipico, di cui si è tentato di tracciare le principali specificità.

Difatti, un servizio, come quello offerto dalla VCast, che limiti la propria funzionalità ad aree geografiche predefinite e coincidenti con quelle delle emissioni dei canali televisivi, eliderebbe, per mezzo di tale ostacolo, un primo profilo di illiceità.

In secondo luogo, la circostanza che l'utente abbia accesso ai contenuti direttamente, ad esempio utilizzando un apparecchio televisivo, non appare dirimente se solo si riflette sugli interessi che la direttiva InfoSoc va a tutelare.

In altri termini, se consideriamo che le trasmissioni sono in chiaro e non sussistono restrizioni all'accesso, che l'ambito territoriale coincide con quello di residenza (*rectius*: di fruizione del servizio) da parte dell'utente e che le società televisive non ottengono alcun beneficio patrimoniale dalla vendita degli apparecchi televisivi, allora dovrebbe ammettersi che non vi sia lesione di alcun interesse giuridicamente meritevole di tutela, atteso che non si vede in cosa si sostanzierebbe la lesione subita dai titolari dei diritti.

Pertanto, la lettura dei giudici comunitari appare forse viziata da una dose eccessiva di formalismo, che risulta difficilmente comprensibile se si considerano le aperture della Corte medesima in alcuni precedenti casi relativi al diritto di comunicazione al pubblico.

Si pensi, in particolare, alla sentenza *BestWater*, dove la Corte di giustizia ha ammesso che un'opera resa disponibile dal titolare dei diritti, sulla rete internet, senza limitazioni di accesso, possa essere ripresa da altri siti internet, incorporandola all'interno del nuovo sito internet, per mezzo di un processo di *embedding*[24]. Appare palesemente incoerente ammettere che non vi sia nuova comunicazione al pubblico per l'intera rete

[24] CGUE, C-348/13, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes - Stefan Potsch* (2014). La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia nasceva in Germania da un'azione intentata da un'azienda produttrice di filtri per l'acqua, la BestWater, nei confronti di due agenti di vendita concorrenti, i quali avevano consentito ai visitatori del proprio sito internet di visualizzare mediante *embedding* un video realizzato dalla BestWater e disponibile sull'account YouTube di quest'ultima. Come noto, l'*embedding* consiste nell'incorporazione all'interno di un sito di un video originariamente diffuso su un'altra piattaforma (per esempio, YouTube), in modo tale che, a differenza di quanto accade con il *linking*, la visualizzazione dell'opera è possibile senza la necessità di abbandonare il sito che ha effettuato l'*embedding*; in altri termini, l'utente ha l'impressione che il contenuto appartenga al sito su cui sta navigando, mentre in realtà proviene da un'altra piattaforma; peraltro, sono le stesse piattaforme di *streaming*, come YouTube, a consentire tale pratica attraverso il rilascio di appositi codici per l'*embedding* dei loro contenuti su altri siti internet. Il ragionamento seguito dalla Corte Ue per arrivare alla conclusione secondo cui l'*embedding* da YouTube non viola il diritto d'autore è che tale pratica non comporta una nuova e diversa forma di utilizzazione del contenuto "*embeddato*" nella misura in cui l'opera è comunicata allo stesso pubblico già preso in considerazione dai titolari dei diritti al momento di autorizzare la diffusione dell'opera sul sito di partenza (in questo caso, YouTube). In altri termini, se la comunicazione al pubblico sul sito originario deve considerarsi legittima in quanto autorizzata dai titolari dei diritti, allora non è necessario chiedere una nuova autorizzazione per "*embeddare*" ovvero "*linkare*" il medesimo contenuto su un altro sito internet; ciò in quanto una volta caricata su piattaforme come YouTube, l'opera è già disponibile senza limitazioni per la generalità degli utenti con l'espressa autorizzazione dei titolari dei diritti, i quali, quindi, hanno preso in considerazione l'intera platea di Internet come pubblico potenziale a cui l'opera può essere comunicata. Ovviamente il principio affermato dalla Corte non è applicabile nel caso in cui l'opera sia stata messa a disposizione del pubblico con delle limitazioni: per esempio accesso a pagamento ovvero restrizioni territoriali; in questo caso, la comunicazione a un pubblico diverso da quello originariamente preso in considerazione (negli esempi fatti, il pubblico pagante ovvero quello residente in un determinato territorio), comporta una nuova e diversa forma di utilizzazione che deve essere autorizzata dai titolari dei diritti.

internet – che ha una capacità di diffusione ben superiore rispetto al mezzo televisivo – e che tale limitazione, ossia un diverso pubblico, sussista nel caso in cui l'utente del servizio in *cloud computing* non abbia nella propria disponibilità un apparecchio televisivo che riproduce le trasmissioni che desidera registrare.

Analoghe considerazioni possono poi essere fatte per quella giurisprudenza della Corte che ha statuito che una comunicazione eseguita da un ente di trasmissione diverso da quello originario dev'essere considerata come effettuata ad un pubblico diverso dal pubblico cui è diretto l'atto di comunicazione originario dell'opera, ossia ad un pubblico nuovo[25]. Anche in questo caso, infatti, non si vede quale sia l'interesse dei titolari dei diritti o delle società televisive in caso di ritrasmissione di programmi ad accesso libero.

La deriva verso cui si sta indirizzando la Corte di giustizia (anche nella lettura fornita da parte della dottrina) risulta, in termini generali, rischiosa, giacché non tiene in alcuna considerazione il potenziale equilibrio tra gli interessi proprietari, che evidentemente appaiono preminenti, anche alla luce della Carta di Nizza[26], e le opportunità rappresentate dallo sviluppo tecnologico.

Probabilmente, un approccio più cauto, che circoscriva le affermazioni della Corte a singole fattispecie concrete e non pretenda di fornire soluzioni omnicomprensive per interi settori (come, nel caso che ci interessa, per il *cloud computing*), sarebbe da preferire.

[25] Il riferimento è a CGUE, C-306/05, *GAE* (2006), punto 42; ma v. anche CGUE C-117/15, *Reha Training* (2016), punto 46.

[26] Sulle radici del modello proprietario adottato in seno alla Carta di Nizza v. C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 409 ss.

La distribuzione selettiva dei prodotti di lusso e la vendita su piattaforme Internet terze: la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Coty Germany*

Gea Condorelli

Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 dicembre 2017, causa C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*

È concesso ad un'azienda del settore luxury di limitare la vendita dei propri prodotti su Amazon ed altri e-marketplace? La domanda trova oggi risposta positiva, a seguito della storica sentenza della Corte di giustizia ottenuta da Coty: un fornitore di prodotti di lusso può vietare ai suoi distributori autorizzati di vendere i prodotti su una piattaforma Internet terza come Amazon, eBay ed Aliexpress. Un simile divieto è adeguato e in linea di massima non va oltre quanto necessario per salvaguardare l'immagine di lusso dei prodotti ed il loro posizionamento nel settore.

Keywords: distribuzione selettiva, Internet, marchi, marketplace, proprietà intellettuale

Gea Condorelli

Sommario

1. Introduzione. - 2. I fatti oggetto del procedimento principale. - 3. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia dell'Unione europea. - 4. Quale futuro per il commercio dei beni di lusso sulle piattaforme Internet?

1. Introduzione

In data 6 dicembre 2017 la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata nella causa C-230/16, *Coty Germany GmbH* v *Parfümerie Akzente GmbH*, sancendo che la predisposizione di una clausola contrattuale che vieti ai distributori autorizzati di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita a mezzo Internet dei prodotti oggetto del contratto, non risulta di per sé incompatibile con il divieto di accordi restrittivi della concorrenza qualora ricorrano determinate condizioni, ovvero che tale clausola:
sia diretta a salvaguardare l'immagine di lusso di detti prodotti;
sia stabilita indistintamente e applicata in modo non discriminatorio;
sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.
La sentenza, parecchio attesa dall'intera comunità dei big Brand, sembra scolpire in maniera sempre più netta le caratteristiche e le peculiarità della categoria dei beni di lusso. La Corte di giustizia si è occupata a più riprese di interpretare la disciplina esistente in una prospettiva di tutela degli specifici connotati di questa peculiare classe di prodotti, integrando un vero e proprio apparato di principi in continua evoluzione. Ed invero, in tale prospettiva, la Corte si è dapprima occupata di delineare le caratteristiche dei prodotti di lusso, dichiarando che «la qualità di tali prodotti non risulta solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dallo stile e dall'immagine di prestigio che conferisce loro un'aura di lusso, che tale aura costituisce un elemento essenziale di detti prodotti affinché siano distinti, da parte dei consumatori, da altri prodotti simili e che, pertanto, un danno a tale aura di lusso può compromettere la qualità stessa di tali prodotti» (CGUE, 23 aprile 2009, C-59/08, *Copad*, pp. da 24 a 26 e giurisprudenza ivi citata).

2. I fatti oggetto del procedimento principale

Il quadro fattuale da cui originava il procedimento principale concerneva la vendita dei prodotti cosmetici di lusso della Coty Germany (marchi *Coty Prestige*), la cui commercializzazione avviene sulla base di contratti di distribuzione selettiva, applicati altresì dalle imprese ad essa affiliate. Tali contratti prevedono che ogni punto vendita del distributore debba rispondere ad un certo numero di requisiti minimi (profilo dell'ambiente, dotazioni, arredamento del punto vendita e presentazione dei prodotti, che deve sottolineare il carattere lussuoso dei marchi *Coty Prestige*), e debba essere autorizzato dalla Coty Germany. Per quanto concerne la vendita a mezzo Internet, in seguito all'entrata in vigore del regolamento n. 330/2010, la Coty Germany modificava

il quadro contrattuale della distribuzione selettiva, prevedendo che il depositario fosse «autorizzato a proporre e a vendere i prodotti tramite Internet, ma a condizione che tale attività di vendita online fosse realizzata tramite una vetrina elettronica del negozio autorizzato e che venisse in tal modo preservata la connotazione lussuosa dei prodotti», mentre veniva espressamente vietato l'utilizzo di altra denominazione commerciale nonché l'intervento riconoscibile di un'impresa terza che non fosse un depositario autorizzato della Coty Prestige.
La Parfümerie Akzente, società che operava da anni quale rivenditore autorizzato dei prodotti Coty Germany in Germania, sia tramite punti vendita fisici sia tramite un proprio negozio online ed in parte mediante la piattaforma "amazon.de", si rifiutava di sottoscrivere le modifiche apportate al contratto di distribuzione selettiva e veniva di conseguenza citata da Coty Germany innanzi al giudice nazionale di primo grado, affinché le venisse vietato di distribuire i prodotti del marchio controverso tramite la piattaforma "amazon.de".
Il giudice tedesco di primo grado (il Landgericht Frnakfurt am Main) riteneva l'incompatibilità del divieto di vendere su Amazon con l'art. 101 TFUE, sulla base del precedente della Corte di giustizia nel caso Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09), e rigettava la domanda di inibitoria proposta da Coty contro Parfümerie Akzante. Il giudice nazionale d'appello (la Oberlandesgericht Frankfurt am Main), invece, decideva di rimettere alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, con specifico riferimento a:
la compatibilità del divieto di accordi restrittivi della concorrenza di cui all'art. 101, par. 1, TFUE con la predisposizione di sistemi di distribuzione selettiva dei prodotti di lusso diretti a tutelare la loro immagine;
la compatibilità del divieto di cui all'art. 101, par. 1, TFUE con il divieto imposto ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di servirsi in maniera riconoscibile, per le vendite a mezzo Internet, di imprese terze che non soddisfano i requisiti di qualità prodotti dal produttore;
l'interpretabilità dell'art. 4, lett. *b)*, del regolamento (UE) n. 330/2010 nel senso che un divieto quale quello di cui al punto precedente potesse costituire una restrizione «per oggetto» della clientela del distributore al dettaglio;
l'interpretabilità dell'art. 4, lett. *c)*, del regolamento n. 330/2010, nel senso che un divieto quale quello di cui al punto 2 potesse costituire una restrizione «per oggetto» delle vendite passive agli utenti finali.

3. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia dell'Unione europea

Nell'esaminare le questioni che le venivano sottoposte, la Corte di giustizia si richiamava *in primis* ai principi precedentemente espressi, in virtù dei quali l'organizzazione di un sistema di distribuzione selettiva connotato dallo scopo di assicurare una presentazione che valorizzi i prodotti di prestigio nel punto vendita risulta idoneo allo scopo

di contribuire alla notorietà dei prodotti di cui trattasi, e quindi a salvaguardare la loro aura di lusso. Nelle sue pronunce, la Corte giungeva ad affermare, invero, che le caratteristiche e le modalità intrinseche ad un sistema di distribuzione selettiva devono ritenersi di per sé idonee a conservare la qualità e a garantire l'uso corretto di tali prodotti (in tal senso, CGUE, 23 aprile 2009, C-59/08, *Copad*).

Tale conclusione – sottolinea la Corte nella sentenza -, contrariamente a quanto sostenuto da Parfümerie Akzente, nonché dai governi tedesco e lussemburghese, non si pone in contrasto con la sentenza *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, resa dalla stessa Corte di giustizia il 13 ottobre 2011, (C-439/09), la quale al punto 46 stabiliva che «l'obiettivo di preservare l'immagine di prestigio non può rappresentare un obiettivo legittimo per restringere la concorrenza e non può quindi giustificare che una clausola contrattuale diretta ad un simile obiettivo non ricada nell'art. 101, n. 1, TFUE».

Nelle sue conclusioni, rese in data 26 luglio 2017, l'Avvocato Generale Wahl sottolineava invero come tale affermazione dovesse essere letta e interpretata con riferimento al contesto di quella sentenza: in quell'occasione, il giudice del rinvio aveva chiesto chiarimenti in ordine alla conformità, rispetto all'art. 101, par. 1, TFUE, di una specifica clausola contrattuale imposta a distributori autorizzati, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, che recava il divieto assoluto di vendere su Internet i prodotti oggetto del contratto, non già del sistema di distribuzione complessivamente inteso. Occorre altresì precisare che i prodotti interessati dal sistema di distribuzione selettiva di cui a detta causa non erano prodotti di lusso, bensì prodotti cosmetici e per l'igiene personale.

Pertanto, con riferimento al caso Coty Germany, la Corte risolve le prime due questioni affermando che un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso ed una clausola contrattuale che vieti ai distributori di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita a mezzo Internet dei prodotti oggetto del contratto, nel caso in cui siano finalizzate, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti, devono ritenersi conformi all'art. 101, par. 1, TFUE, a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, e che gli stessi criteri, congiuntamente all'applicazione della clausola, siano stabiliti indistintamente per tutti i potenziali rivenditori, applicati in modo non discriminatorio, e proporzionati rispetto all'obiettivo perseguito.

Nello stesso senso si ponevano le conclusioni rese dall'Avvocato Generale, che sottolineava altresì come il divieto stabilito da una siffatta clausola, lungi dall'essere riconducibile all'ambito di applicazione del divieto di intese, produca piuttosto l'effetto di migliorare la concorrenza basata su criteri qualitativi. Il suddetto divieto, invero, risulta idoneo a preservare l'immagine di lusso dei prodotti interessati sotto vari aspetti: «non soltanto esso garantisce che tali prodotti siano venduti in un ambiente che soddisfi i requisiti qualitativi imposti dalla testa della rete di distribuzione, ma esso consente anche di premunirsi nei confronti dei fenomeni di parassitismo, evitando che gli investimenti e gli sforzi impiegati dal fornitore e da altri distributori autorizzati al fine di migliorare la qualità e l'immagine dei prodotti interessati vadano a beneficio di altre imprese».

La Corte afferma poi che solo nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio dovesse conclude-

re che una siffatta clausola restringa la concorrenza ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE, potrebbe porsi le questioni di cui al terzo e quarto punto di rinvio pregiudiziale. Nel caso sottoposto alla Corte, risultava che il contratto di distribuzione selettiva consentisse, a determinate condizioni, «ai distributori autorizzati di fare pubblicità via Internet su piattaforme terze e di utilizzare motori di ricerca online, sicché, come osservato dall'avvocato generale al punto 147 delle sue conclusioni, i clienti sono di norma in grado di trovare l'offerta Internet dei distributori autorizzati utilizzando siffatti motori».

L'Avvocato Generale rilevava infatti che, una restrizione di clientela o di mercato possa essere individuata soltanto nel caso in cui risulti che il distributore autorizzato si trovi, a causa del divieto controverso e malgrado il mantenimento della possibilità di accedere ai propri prodotti tramite il proprio sito Internet, «esposto ad una perdita di mercato o di clientela». Tale clausola, tuttavia, esclude non già qualsiasi vendita on-line, ma solo una modalità tra le altre di raggiungere la clientela mediante Internet, e conseguentemente, il suo contenuto non è idoneo a produrre, di per sé, un effetto di compartimentazione del mercato, non andando dunque ad escludere determinati gruppi di clienti o di territori da quelli a cui il distributore sia legittimato a vendere.

La Corte concludeva dunque affermando che in tali circostanze, un divieto come quello di cui al procedimento principale, benché restrittivo di una particolare forma di vendita su Internet, non costituisce una restrizione «per oggetto» o «*hardcore*» della clientela dei distributori, ai sensi dell'art. 4, lett. *b)*, del regolamento (UE) n. 330/2010, né una restrizione delle vendite passive dei distributori autorizzati agli utenti finali, ai sensi dell'art. 4, lett. *c)*, di tale regolamento.

4. Quale futuro per il commercio dei beni di lusso sulle piattaforme Internet?

La sentenza Corte di giustizia apre spazio a diversi possibili scenari, ma non bisogna sottovalutarne uno: è verosimile che molti tra i produttori di beni di lusso provvederanno a modificare i propri contratti di distribuzione, al fine di ottenere un maggior controllo sulla commercializzazione e sugli standard qualitativi associati alla presentazione dei propri prodotti.

In tali circostanze, appare naturale porsi una domanda: come potrebbe incidere sulle ormai consolidate dinamiche della commercializzazione a mezzo Internet, l'eventualità che la maggior parte dei produttori del settore lusso decida di seguire la scia percorsa da Coty?

La prospettiva potrebbe non essere così risolutoria, per il commercio via Internet. Non può escludersi invero che in futuro assisteremo alla fioritura di *e-marketpalce* specializzati per la vendita di prodotti di alta gamma, in linea con gli standard imposti dai marchi del lusso nelle loro clausole. Prospettiva che, in maniera diametralmente opposta rispetto alle premesse che hanno fatto insorgere il procedimento *Coty*, potrebbe risolversi nella promozione della concorrenza in un nuovo e più frammentato mercato.

Procedure di assegnazione delle frequenze digitali terrestri: i chiarimenti della Corte di giustizia nei casi *Europa Way* e *Persidera*

Sara Gobbato

Corte di giustizia dell'Unione europea, 26 luglio 2017, causa C-112/16, *Persidera Spa c. AGCOM e Ministero dello sviluppo economico*

L'art. 9 della direttiva quadro, gli artt. 3, 5 e 7 della direttiva autorizzazioni nonché gli artt. 2 e 4 della direttiva concorrenza ostano ad una disposizione nazionale che, ai fini della conversione delle reti analogiche esistenti in reti digitali, tenga conto delle reti analogiche illegittimamente esercite, in quanto essa porta a prolungare o addirittura rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito per gli operatori interessati. I principi di non discriminazione e di proporzionalità ostano ad una disposizione nazionale che, in applicazione di un medesimo criterio di conversione, determini nei confronti di un operatore una riduzione del numero di reti digitali assegnate, rispetto al numero di reti analogiche esercite, in proporzione più elevata di quella imposta ai concorrenti, a meno che detta disposizione non sia oggettivamente giustificata e proporzionata rispetto ad un obiettivo quale, ad esempio, quello di assicurare la continuità dell'offerta televisiva.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 26 luglio 2017, causa C-560/15, *Europa Way, Persidera Spa c. AGCOM, Ministero dello sviluppo economico e altri*

L'art. 3, c. 3-*bis*, della direttiva quadro osta all'annullamento, da parte del legislatore na-zionale, di una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze in corso di svolgimento organizzata dall'Autorità Nazionale di Regolamentazione competente. L'art. 9 della direttiva quadro, gli artt. 3, 5 e 7 della direttiva autorizzazioni, nonché gli artt. 2 e 4 della direttiva concorrenza non ostano a che una procedura gratuita di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze (*beauty contest*), indetta per rimediare all'illegitti-ma esclusione di taluni operatori del mercato, sia sostituita da una procedura onerosa, fondata su un piano riconfigurato di assegnazione delle radiofrequenze a seguito di una riduzione del numero di queste ultime, purché la nuova procedura di selezione sia basata su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati e sia conforme agli obiettivi definiti all'art. 8, c. da 2 a 4, della direttiva quadro.

Keywords: direttiva quadro, direttiva autorizzazioni, direttiva concorrenza, radiofrequenze, concorrenza

Sara Gobbato

Sommario

1. Introduzione. - 2. Caso C-560/15, *Europa Way* e *Persidera*. Annullamento del *beauty contest* ed indipendenza delle ANR. - 3. Caso C-112/16 *Persidera*. Parità di trattamento nella conversione delle frequenze analogiche in frequenze digitali. - 4. Valore dei chiarimenti della Corte.

1. Introduzione.

In due sentenze pregiudiziali del 26 luglio 2017, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha fornito chiarimenti in merito all'interpretazione delle direttive 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni), 2002/21/CE (direttiva quadro) e 2002/77/CE (direttiva concorrenza) quanto ai criteri per l'assegnazione dei diritti d'uso delle radiofrequenze digitali terrestri. Le due pronunce sorgono dai quesiti pregiudiziali formulati dal Consiglio di Stato in controversie promosse dalle società Europa Way e Persidera (già Telecom Italia Media Broadcasting) nei confronti dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) oltre a Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Presidenza del Consiglio dei Ministri.
I quesiti formulati dal Consiglio di Stato si inseriscono nel contesto delle procedure di ripartizione delle frequenze aggiuntive ("dividendo digitale") resesi disponibili in Italia in conseguenza del passaggio dall'analogico al digitale. In seguito alla procedura di infrazione n. 2005/5086, l'AGCOM ha adottato la delibera 181/09/CONS (successivamente recepita nella l. 88/2009), con la quale sono stati fissati i criteri per la digitalizzazione delle reti televisive terrestri e l'assegnazione di 21 multiplex nazionali. Questi ultimi sono stati suddivisi in tre gruppi, da attribuirsi con criteri differenti tra nuovi operatori, operatori che avevano creato reti digitali ed operatori che già esercitavano reti analogiche.

2. Caso C-560/15, *Europa Way* e *Persidera*. Annullamento del *beauty contest* ed indipendenza delle ANR.

In un primo momento, le frequenze del "dividendo digitale" avrebbero dovuto essere assegnate gratuitamente agli operatori all'esito di un *beauty contest* disciplinato con delibera 497/10/CONS, il cui bando è stato pubblicato nel 2011. In seguito a sospensione con decreto ministeriale, il *beauty contest* è stato annullato dal d.l. 16/2012 (convertito in l. 44/2012). Veniva quindi indetta una nuova procedura di selezione pubblica onerosa disciplinata dalla delibera 277/13/CONS, con la quale l'AGCOM aveva ridotto da 25 a 22 il numero di radiofrequenze destinate alla diffusione televisiva in digitale terrestre, limitando la gara agli operatori nuovi entranti ed ai piccoli operatori, ad esclusione degli operatori che già disponevano di almeno tre multiplex.
Né Europa Way né Persidera partecipavano alla nuova gara onerosa, che vedeva assegnare un multiplex alla Cairo Network unica candidata. Tanto Europea Way che Persidera ricorrevano avverso l'annullamento del *beauty contest* ed alla sua sostituzione

con una procedura onerosa; le relative controversie sono giunte al Consiglio di Stato che, quindi, ha sottoposto i quesiti interpretativi risolti dalla Corte di giustizia con la sentenza in commento.

La Corte ha in primo luogo ricordato che, ai sensi della direttiva quadro, gli Stati membri devono garantire l'indipendenza delle Autorità Nazionali di Regolamentazione (ANR) perché queste possano esercitare i loro poteri in modo imparziale e tempestivo. A tal fine – fatta salva l'esperibilità di mezzi di ricorso nei confronti delle decisioni delle autorità – occorre garantire che: «un'ANR responsabile della regolamentazione *ex ante* del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese [sia] al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere». (cfr. punto 52).

Per l'effetto, considerato che l'organizzazione delle procedure rientra nelle funzioni di un'ANR, la sua indipendenza: «sarebbe compromessa se fosse consentito ad enti esterni, quali il Ministro dello Sviluppo economico italiano ed il legislatore italiano […] di sospendere o persino annullare, al di fuori delle ipotesi di supervisione e di ricorso di cui all'articolo 3, paragrafo 3 *bis*, primo comma della direttiva quadro, una procedura di selezione» (cfr. punto 57).

Quanto alla sostituzione del *beauty contest* con una procedura onerosa, la Corte ha riconosciuto che: «gli Stati membri, nel rispetto degli obblighi stabiliti dalla direttiva quadro e dalle direttive particolari, godono di una libertà di scelta tra l'istituzione di procedure competitive o comparative, siano queste gratuite o onerose». L'assegnazione a titolo oneroso può risultare giustificata, secondo la Corte: «alla luce della necessità di garantire una gestione efficiente delle radiofrequenze e dell'importante valore sociale, culturale ed economico delle stesse» (cfr. punto 65). In conclusione, secondo la Corte, le disposizioni delle citate Direttive non ostano all'organizzazione di una procedura onerosa: «a condizione, tuttavia, che detta procedura sia basata su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, e che essa sia conforme agli obiettivi definiti dall'articolo 8, paragrafi da 2 a 4 della direttiva quadro». Sul punto: «[s]petta al giudice del rinvio verificare se la procedura di cui al procedimento principale sia conforme a tali requisiti» (cfr. punto 66).

Infine la Corte esclude la lesione del principio del legittimo affidamento sul buon esito della procedura, lamentata da Europa Way e Persidera, rilevando che: «in mancanza di qualsivoglia assicurazione precisa proveniente da una fonte autorizzata ed affidabile, il semplice fatto che un operatore sia ammesso a partecipare ad una procedura di selezione per l'assegnazione di radiofrequenze digitali, quale il "beauty contest" di cui la procedimento principale, non può essere idoneo a generare un legittimo affidamento di detto operatore. Tale considerazione vale anche nell'ipotesi in cui il citato operatore partecipasse alla procedura quale unico offerente per l'ottenimento di un multiplex» (cfr. punto 82).

3. Caso C-112/16 *Persidera*. Parità di trattamento nella conversione delle frequenze analogiche in frequenze digitali.

La seconda pronuncia in commento riguarda gli otto multiplex destinati alla conversione delle reti analogiche esistenti in reti digitali. A tal fine, la delibera 181/09/CONS aveva adottato un criterio di conversione cosiddetto "equo", asseritamente fondato sulla necessità di garantire la continuità dei programmi diffusi in analogico. In applicazione di tale criterio, RAI e Mediaset (che esercitavano ciascuna tre reti analogiche) si sono viste attribuire due multiplex, mentre Telecom Italia Media Broadcasting (in seguito Persidera), che esercitava due reti analogiche, ha ottenuto un multiplex.
Secondo Persidera, il criterio applicato aveva dato luogo ad una violazione in particolare dei principi di diritto dell'Unione europea di parità di trattamento e di proporzionalità: a Persidera era stato applicato un fattore di conversione del 50% (da due reti ad un mux), mentre a RAI e Mediaset era stato applicato un fattore del 66% (da tre reti a due mux); in aggiunta, Persidera aveva rilevato che, per RAI e Mediaset, erano state prese in considerazione - ai fini della conversioni - talune reti illegittimamente esercite.
Pronunciandosi sull'interpretazione delle norme europee in rilievo, la Corte ha chiarito che compito delle ANR è, tra l'altro, quello di vigilare affinché la concorrenza non sia falsata in ragione dell'accumulo dei diritti d'uso delle frequenze. Per l'effetto, come già chiarito nel caso *Centro Europa 7* (C-380/05), l'art. 9, c. 1 della direttiva quadro, l'art. 5, c. 1 della direttiva autorizzazioni e l'art. 4, punto 1 della direttiva concorrenza, ostano a misure nazionali che abbiano come effetto di cristallizzare le strutture del mercato nazionale e di proteggere la posizione degli operatori nazionali già attivi su detto mercato, impedendo o limitando l'accesso di nuovi operatori a tale mercato, a meno che le misure suddette non siano giustificate da obiettivi di interesse generale e organizzate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. È parimenti contrario ai predetti principi, lasciar perdurare, a favore degli operatori già presenti sul mercato, un vantaggio concorrenziale indebito, ottenuto in violazione dei requisiti di legge. Per l'effetto, conclude sul punto la Corte, le Direttive citate: «ostano alla presa in considerazione, ai fini della conversione verso il digitale, delle reti analogiche illegittimamente esercite, in quanto essa porta a prolungare o addirittura a rafforzare un vantaggio concorrenziale indebito» (cfr. punto 45).
Quanto al rispetto del principio della parità di trattamento, la Corte rileva che Persidera, RAI e Mediaset si trovavano in una situazione fra loro paragonabile in occasione della transizione verso il digitale. Tuttavia, l'applicazione della medesima misura di soppressione di una rete analogica all'atto della conversione digitale si è: «tradotta nell'applicazione di tassi di conversione divergenti che hanno pregiudicato maggiormente la Persidera rispetto alla RAI e Mediaset» (cfr. punto 48). Tale divergenza si pone in contrasto con i principi di non discriminazione e proporzionalità, a meno che non risulti oggettivamente giustificata e proporzionata per il raggiungimento di un obiettivo rilevante, quale è la necessità di garantire la continuità dell'offerta televisiva. Secondo la Corte, invero: «una misura che portasse ad assegnare agli operatori già presenti sul mercato un numero di radiofrequenze digitali superiore al numero che sarebbe suffi-

ciente per assicurare la continuità della loro offerta televisiva andrebbe oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo di cui sopra e sarebbe, dunque, sproporzionata» (cfr. punto 53).
Quanto al principio di proporzionalità, pur rimettendo la questione al Consiglio di Stato per le necessarie verifiche, la Corte va oltre aggiungendo che: «un solo multiplex avrebbe potuto essere sufficiente per consentire ad operatori come la RAI e Mediaset di assicurare la continuità delle loro tre reti analogiche con una qualità paragonabile, e che l'assegnazione di un secondo multiplex andava al di là di quanto era necessario a tale scopo» (cfr. punto 55).

4. Valore dei chiarimenti della Corte.

Le pronunce rese dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale vertono sulle disposizioni del diritto dell'Unione europea oggetto del quesito, delle quali mirano ad assicurare la corretta interpretazione in modo uniforme in tutti gli Stati membri. Di contro, spetta esclusivamente al giudice nazionale del rinvio (nella specie il Consiglio di Stato) pronunciarsi in merito all'interpretazione del diritto nazionale ai fini della decisione delle controversie che hanno dato origine ai quesiti interpretativi.
Le sentenze in commento, dunque, vincolano innanzitutto il Consiglio di Stato quanto all'interpretazione degli atti delle istituzioni dell'Unione rilevanti, ai fini della soluzione dei giudizi incardinati da Europa Way e Persidera. Non va dimenticato, tuttavia, che le pronunce pregiudiziali producono altresì un'efficacia esterna nei confronti degli "altri giudici" che, pur conservandone la facoltà, sono esonerati dall'obbligo di rinvio per la soluzione di questioni sostanzialmente identiche rispetto a quelle già risolte dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale.
I chiarimenti contenuti nelle sentenze in commento potranno assumere rilievo in particolare nelle prossime procedure per l'assegnazione delle frequenze 694-790 Mhz e 470-694Mhz, che l'Italia si appresta a svolgere secondo le scadenze definite nella Legge di Bilancio 2018 (l. 205/2017), in attuazione della decisione (UE) 2017/899.

La Corte di giustizia parifica persone fisiche e persone giuridiche ai fini della giurisdizione nelle azioni di risarcimento del danno per violazione dei diritti della personalità

Filippo Frigerio

Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 ottobre 2017, causa C-194/16, ***Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB***

Ai fini della competenza giurisdizionale a conoscere di una controversia in materia di violazione dei diritti della personalità ai danni di una persona giuridica, l'articolo 7, punto 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 dev'essere interpretato nel senso che la persona giuridica attrice può proporre un'azione diretta alla rettifica dei dati inesatti, alla rimozione di informazioni illecite e al risarcimento del danno dinnanzi ai Giudici dello Stato membro nel quale si trova il centro dei propri interessi ovvero dinnanzi ai Giudici dello Stato membro del luogo in cui il danno si è concretizzato, se diverso da quello dove la persona giuridica ricorrente ha la propria sede statutaria.

Keywords: giurisdizione, Internet, rettifica, diritti della personalità, centro degli interessi

Filippo Frigerio

Sommario

1. Premessa. - 2. Le parti in causa e l'antefatto. 3. I precedenti della Corte di giustizia e la risposta alla seconda e terza questione pregiudiziale. - 4. La (negativa) risposta alla prima questione pregiudiziale. - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza annotata, la Corte di giustizia interviene ancora una volta sull'interpretazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 in materia di competenza giurisdizionale, questa volta occupandosi della giurisdizione in tema di illeciti civili dolosi e colposi, così come delineati nell'art. 7, punto 2, nello specifico caso in cui i diritti della personalità violati appartengano a una persona giuridica e non a una persona fisica.

2. Le parti in causa e l'antefatto

Con ricorso del 29 settembre 2015, la Bolagsupplysningen, società di diritto estone, e una sua dipendente, la sig.ra Ilsjan, hanno proposto un ricorso dinnanzi al Tribunale di prima istanza estone contro la società svedese Svensk Handel. Quest'ultima riunisce datori di lavoro del settore commerciale ed è stata accusata dai ricorrenti di aver inseriti loro in una c.d. lista nera, indicando la Bolagsupplysningen come responsabile di truffe e frodi. Le ricorrenti hanno così chiesto al Giudice di condannare la resistente a rettificare i dati inesatti pubblicati sul proprio sito Internet, a rimuovere i commenti (circa mille) lesivi della reputazione e a versare un importo di Euro 56.634,99 alla società, rimettendosi alla Corte quanto alla determinazione del danno morale in favore della sig.ra Ilsjan.

Il Tribunale di prima istanza ha respinto le domande delle ricorrenti, dichiarandole irricevibili poiché non sarebbe possibile applicare l'art. 7, punto 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012, non essendo dimostrato che il danno si sarebbe verificato in Estonia. In sede di gravame, la Corte d'Appello ha confermato la decisione.

Diversamente, la Corte Suprema estone ha, in primo luogo, separato le domande della Bolagsupplysningen e della sig.ra Ilsjian. Per quest'ultima, i Supremi Giudici hanno ritenuto fondati i motivi d'appello avverso la decisione della Corte d'Appello e hanno ordinato il rinvio della causa al Tribunale di prima istanza affinché si pronunci sulla ricevibilità del ricorso.

Con riguardo alla posizione della Bolagsupplysningen, mediante un articolato ragionamento la Corte dubita dell'applicabilità alle persone giuridiche del principio secondo cui, in una causa di risarcimento del danno derivante da una diffamazione commessa *online*, una persona fisica può convenire in giudizio dinanzi ai giudici dello Stato in cui risiede il danneggiante, stabilito in un altro Stato membro. Suddetto principio, valevole appunto per le persone fisiche, in deroga alla generale regola del foro del convenuto,

non è mai stato esplicitamente esteso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia anche alle persone giuridiche.
I Supremi Giudici estoni dubitano anche del fatto che la società ricorrente possa rivolgersi ai giudici del proprio Stato membro agendo per la totalità del danno che essa ritiene di aver patito. Similmente a quanto sopra, infatti, questo principio – valevole per le persone fisiche alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare la sentenza del 7 marzo 1995, *Shevill e a.*, C-68/93 - non è mai stato esplicitamente esteso anche alle persone giuridiche.
In ultima analisi, i Supremi Giudici rimettenti si chiedono sulla base di quali circostanze e criteri un giudice debba determinare il luogo in cui si trova il centro degli interessi di una persona giuridica.
La Corte Suprema decide pertanto di adire la Corte di giustizia formulando tre questioni pregiudiziali:
«1) Se l'articolo 7, punto 2, del [regolamento n. 1215/2012] debba essere interpretato nel senso che una persona i cui diritti risultino violati dalla pubblicazione su Internet di indicazioni errate che la riguardino e dall'omessa rimozione di commenti sul proprio conto possa agire dinanzi ai giudici di ciascuno Stato membro nel cui territorio siano o siano state accessibili le informazioni pubblicate su Internet con riferimento al danno avvenuto in detto Stato membro, al fine di ottenere la rettifica delle indicazioni errate nonché la rimozione dei commenti lesivi dei propri diritti.
2) Se l'articolo 7, punto 2, del [regolamento n. 1215/2012] debba essere interpretato nel senso che una persona giuridica i cui diritti risultino violati dalla pubblicazione su Internet di indicazioni errate sul proprio conto e dall'omessa rimozione di commenti che la riguardino, possa far valere il diritto alla rettifica delle indicazioni, all'imposizione dell'obbligo di rimozione dei commenti e al risarcimento dell'intero danno materiale subito per effetto della pubblicazione di indicazioni errate in Internet, dinanzi ai giudici dello Stato in cui si trovi il centro dei propri interessi.
3) In caso di risposta affermativa alla seconda questione, se l'articolo 7, punto 2, del [regolamento n. 1215/2012] debba essere interpretato nel senso che:
– si debba ritenere che il centro degli interessi di una persona giuridica e quindi il luogo in cui si è concretizzato il danno a suo carico si trovi nello Stato membro in cui essa abbia sede ovvero
– nell'accertamento del centro degli interessi della persona giuridica e, quindi, del luogo in cui si è concretizzato il danno a suo carico occorra tener conto del complesso delle circostanze della specie, ad esempio della sede e del luogo di attività della persona giuridica, della sede dei suoi clienti e delle modalità di conclusione delle sue operazioni».

3. I precedenti della Corte di giustizia e la risposta alla seconda e terza questione pregiudiziale.

Nel richiamare diffusamente i propri precedenti e in particolare la sentenza del 25 ottobre 2011, *eDate Advertising* (C-509/09 e C-161/10), la Corte di giustizia dà una risposta affermativa alla seconda questione pregiudiziale, la prima a essere esaminata.

Invero, la finalità della norma di cui all'art. 7, punto 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012 è quella di investire della giurisdizione i giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire, poiché essi sono ritenuti essere quelli più idonei a valutare la controversia e a raggiungere e valutare le prove addotte dall'attore.
Sotto quest'ottica deve essere letto anche il Considerando 16 del medesimo regolamento, il quale impone al legislatore europeo di evitare che la causa possa essere radicata dinnanzi ai giudici di uno Stato membro non ragionevolmente prevedibile dal convenuto, minando così la certezza del diritto. *A fortiori*, aggiunge la Corte, questo vale nelle controversie in materia extracontrattuale derivanti da violazioni della *privacy* e dei diritti della personalità, ivi inclusa la diffamazione.
Nella ricordata sentenza *eDate Advertising*, la Corte ha statuito che la persona fisica lesa nei suoi diritti da un contenuto *online* ha facoltà di adire i giudici dello Stato membro nel quale si trova il proprio centro di interessi, identificato come il luogo nel quale si concretizza il danno cagionato dal contenuto *online*, generalmente – ma non sempre – lo Stato membro in cui la persona fisica ha la residenza abituale. Invero, tale criterio si appalesa come il più idoneo a rispettare il parametro della prevedibilità del foro competente a vantaggio sia dell'attore che del convenuto.
In un *obiter dictum*, in risposta ad alcune osservazioni fatte dalle parti, i giudici del Lussemburgo precisano che i criteri sopra descritti valgono tanto in tema di danno di natura materiale che immateriale.
La circostanza che l'attore sia una persona giuridica in luogo di una persona fisica non muta le considerazioni sopra svolte, poiché il faro che deve guidare l'interprete nell'applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 è quello della prevedibilità del foro dotato di giurisdizione. Di conseguenza, i principi valevoli per le persone fisiche si applicano *mutatis mutandis* anche alle persone giuridiche.
In risposta alla terza questione pregiudiziale, poi, precisa la Corte che la sentenza *eDate Advertising* ha offerto un'interpretazione lata del concetto di "centro dei propri interessi", riconoscendo come esso corrisponda solo in linea di principio a quello di Stato membro nel quale l'attore risiede. Invero, lo Stato membro dinanzi ai cui giudici può agire l'attore può essere anche quello dove – secondo altri indizi – l'attore eserciti un'attività professionale tale da dimostrare un collegamento particolarmente stretto con quello Stato.
In via analogica, per le persone giuridiche – quindi – il centro dei propri interessi dev'essere identificato con il luogo nel quale la reputazione commerciale è la più solida e quindi con il luogo in cui la persona giuridica esercita parte essenziale della sua attività economica. Vien da sé che questo luogo può non coincidere con quello in cui la società ha la sede statutaria.
L'onere della prova rispetto alla possibilità di citare l'autore dell'illecito dinanzi ai giudici dello Stato membro diverso da quello ove la persona giuridica ha sede spetta unicamente a quest'ultima.

4. La (negativa) risposta alla prima questione pregiudiziale.

Diversamente, la Corte ritiene di dover rispondere negativamente alla prima questione sollevata dal Giudice del rinvio.
Con una motivazione molto concisa, la Corte rileva che, alla luce del fatto che i dati e i contenuti immessi sulla rete Internet sono accessibili in linea di principio da qualsiasi luogo, la domanda diretta alla rettifica dei primi e alla rimozione dei secondi può essere proposta solamente davanti al Giudice competente a conoscere della totalità domanda di risarcimento del danno.
Trattandosi di domanda unica e indivisibile, sostiene la Corte, all'attore non può essere consentito di moltiplicare i fori investiti della giurisdizione.

5. Conclusioni.

La sentenza annotata si contraddistingue per lucidità e brevità, ma soprattutto per porre un freno alla pratica del *forum shopping*, la quale ha come unico effetto quello di creare confusione nella materia in cui essa rappresenta l'anticamera dell'incertezza del diritto. Se è consentito dubitare (legittimamente) che a una persona giuridica non possano essere riconosciuti tutti i diritti spettanti a una persona fisica, altrettanto non si ritiene di poter dubitare che la certezza del diritto debba valere per tutti i soggetti che operano nel panorama economico europeo. L'ordinamento deve rimanere, infatti, sordo a considerazioni extra-giuridiche, tendenti a suggerire che la maggiore disponibilità di risorse comporta necessariamente concessioni sul fronte dei diritti. E la Corte di giustizia ne ha offerto un'ulteriore e chiara dimostrazione.

Note a Sentenza
Sezione Italia

Titolo e diffamazione: quando un articolo di giornale degrada a *tweet* (nota parzialmente critica a Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2017, n. 12012)

Fabio Ferrari

Corte di Cassazione, sez. III civile, 16 maggio 2017, n. 12012

Il titolo di un articolo di giornale è idoneo ad integrare, ex se, il reato di diffamazione a mezzo stampa. Ciò risulta a maggior ragione vero innanzi all'evolversi delle modalità di fruizioni delle informazioni, le quali appaiono oggigiorno acquisite in modo sempre più frammentario e sbrigativo.
Tale superficialità, pertanto, impone delle significative conseguenze nella valutazione dell'evento lesivo, dovendosi conferire meno importanza al legame complessivo tra titolo e testo.

Keywords: titolo, diffamazione, internet, informazioni, articolo di giornale, stampa

Il fatto che il titolo di un articolo giornalistico sia idoneo ad integrare, *ex se*, un contenuto diffamatorio non è una novità: la giurisprudenza di legittimità, con una certa frequenza, ha confermato che la lesione dell'onore può derivare non solo dal testo nella sua interezza, bensì anche dagli elementi più in rilievo e sintetici del medesimo, quali *titolo*, *sottotitolo*, *occhiello*, *foto*, *didascalia*[1].

In modo assai condivisibile, però, queste affermazioni sono quasi sempre state accompagnate da una precisazione di fondamentale importanza: la diffamazione è rilevabile solo qualora il *titolo* sia in sé e per sé in grado di rivelarsi lesivo; il lettore, cioè, deve poter cogliere appieno l'offesa attraverso esso, così da potersi ritenere già integrato, esaustivamente, il pregiudizio dell'altrui onore, senza alcun bisogno di approfondire il tema con il corpo centrale dello scritto. Al contrario, un titolo che esprime una diffamazione generica, meramente intuitiva, approssimativa (o in ogni caso impossibile da cogliere nei suoi elementi costitutivi senza la completa lettura) non può configurare *da sé* alcun illecito; in questo caso, dunque, sarà proprio il testo, nella sua interezza, determinante per chiarire il carattere ingiurioso o meno dell'*incipit*: se la base diffamatoria del titolo troverà conferma nel rimanente contenuto del pezzo, la lesione sarà accertata; se, diversamente, la complessità della narrazione rivelerà uno scritto rispettoso dei limiti imposti al diritto di cronaca e critica, l'iniziale pregiudizio recato dal titolo sarà assorbito, e definitivamente stemperato, dall'innocuo testo.

Così, solo per fare qualche esempio, l'autonoma capacità diffamatoria del titolo è stata rilevata in una recente pronuncia della Cassazione[2]: in essa si è ribadito come, pur dovendosi in linea di principio dare una lettura congiunta dell'intero pezzo, i singoli elementi di questo possono risultare idonei a ledere l'onore altrui; a maggior ragione, puntualizza la Corte, innanzi «all'icastica perentorietà» del titolo, spesso in grado di forviare il lettore «frettoloso» e proteso ad un'analisi «superficiale» del testo. Nella fattispecie, il pezzo titolava «(…) truffa all'Imec. Spuntano altri indizi per i tre alla sbarra», precisando però solo nel corpo centrale che si trattava non di un rinvio a giudizio, bensì di una "mera" udienza in camera di consiglio *ex artt.* 409 e 410 c.p.p.

Al contrario, la lettura del testo – e non solo del titolo – si è resa necessaria in due diversi casi, giungendo peraltro a risultati opposti: nel primo, il titolo recitava «Professore abusivo sloggiato dagli agenti»; qui, negando la diffamazione, si è ritenuto che sia il senso compiuto dell'aggettivo *abusivo* all'interno della vicenda, sia la reale identità del docente non potevano essere appieno compresi senza l'attenta lettura dell'intero testo[3].

Nel secondo, la contesa era sorta a seguito della cassazione di una sentenza d'appello assolutoria nei confronti di Caio: questa decisione, però, non inficiava minimamente l'accertata innocenza del soggetto, essendo basata su "meri" presupposti formali; tuttavia, il titolo – «Giurò il falso, torna sotto processo» – e il relativo testo lasciavano intendere il contrario, essendo privi delle dovute precisazioni; da ciò, dunque, la con-

[1] Tale principio, a prescindere dalla decisione assunta nel caso concreto, è affermato *ex pluribus* in: Cass. civ., sez. III, 7 agosto 2013, n. 18769, rv. 627845; Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1976, rv. 606390; Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2005, n. 7063, rv. 584298.

[2] Cass. civ., sez. III, 7 agosto 2013, n. 18769, cit.

[3] Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1976, cit.

statazione della diffamazione[4].
Chiarito a sommi capi il contesto giurisprudenziale, è esattamente in questo scenario che si pone la sentenza qui annotata.
L'ex Governatore della Regione Sicilia S. C., ritenendo leso il proprio onore, agiva in giudizio a causa di un articolo pubblicato su un importante quotidiano nel 2003: in esso, secondo l'attore, l'attenta costruzione grafica del titolo e della foto lasciavano chiaramente intendere una certa vicinanza tra egli e un noto boss mafioso, in un momento temporale assai precedente rispetto alla condanna dello stesso S. C. per il reato di favoreggiamento personale aggravato alla criminalità organizzata. Il gruppo editoriale resisteva in giudizio, vedendo accolta la propria difesa dalla Corte d'Appello di Caltanissetta dopo l'iniziale soccombenza in I grado: in particolare, i giudici del gravame sottolineavano come, pur trattandosi di un articolo precedente alla condanna definitiva dell'uomo politico, i fatti di cronaca dell'epoca avevano già abbondantemente accertato una certa "vicinanza" tra l'attore e gli ambienti criminali; a questo, doveva aggiungersi il consolidato principio per il quale tanto è maggiore la carica politica, quanto più ampio deve ritenersi il diritto di cronaca e critica[5]. Sulla base di questi e altri elementi, pur rilevando alcune «espressioni imprecise sotto il profilo tecnico» nell'articolo, la Corte d'Appello accoglieva il ricorso del gruppo editoriale, negando il carattere diffamatorio dell'intero pezzo: quest'ultimo, pertanto, andava letto nel suo complesso, senza prestare esclusiva – e dunque parziale – attenzione alla configurazione del titolo.
Richiamando la giurisprudenza sopra descritta, la Suprema Corte ha ritenuto invece necessario cassare con rinvio.
Per quanto qui interessa, di fondamentale importanza *non* è la contestazione alla Corte d'Appello della mancata analisi autonoma del solo titolo e della sua possibile portata ingiuriosa…in sé e per sé; ciò che appare ben più importante è la motivazione su cui questo passaggio si erige.
Si tratta di un punto della pronuncia di estrema chiarezza, meritevole dunque di essere riportato per intero:

> «Posto che è indubbio che le modalità della comunicazione sono diventate, col trascorrere del tempo, sempre più rapide ed essenziali - basti pensare alla velocità dei sistemi che la rete internet mette oggi a disposizione della grande massa dei consumatori, limitando in alcuni casi i messaggi ad un certo numero di caratteri - è giocoforza ammettere che tale rapidità rende ancora più importante la valutazione circa l'idoneità anche del solo titolo di un articolo di giornale a rivestire una potenzialità diffamatoria. Ciò in quanto la rapidità ora richiamata fa sì che di frequente i fruitori di un quotidiano o di un settimanale si limitino proprio a scorrere i titoli, magari attraverso la home page presente in internet, in vista di un'informazione sintetica che non obbliga ad una lettura dilatata nel

[4] Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2005, n. 7063, cit.: «Nel giudizio d'appello non fu consentito l'intervento della parte civile per difetto di procura al difensore. Impugnata la sentenza per cassazione dalla parte civile, la S.C. accolse il ricorso, ritenendo la legittimità del mandato conferito dalla parte civile al difensore, e rinviò il processo alla Corte d'appello di Firenze, la quale, infine, confermò l'originaria assoluzione pretorile».

[5] Cfr., per esempio, Cass. pen., sez. V, 16 maggio 2007, n. 29433, rv. 236839.

> tempo. Ne consegue che la valutazione della portata diffamatoria attraverso la lettura congiunta del titolo e dell'articolo riveste un'importanza minore rispetto al passato, proprio perché la fruizione dell'informazione è diventata più veloce, con ricadute importanti anche in ordine alla superficialità che inevitabilmente ne consegue».

Dunque, in sintesi, il cambiamento oggettivo delle modalità di lettura in essere – recenti indagini statistiche sembrano confermare l'analisi della Suprema Corte[6] – deve incidere sulla valutazione del tema in oggetto: il rapporto cioè tra titolo, testo e contenuto diffamatorio. Maggiore è la superficialità della lettura, minore deve essere l'attenzione che il giudice pone alla complessità del pezzo, al significato e alla narrazione che esso esprime nel suo complesso: è invece sempre di più il titolo – e gli elementi ad esso affini – che merita attenzione, stante la connaturata, fisiologica eloquenza estetica.
Questo argomento, per quanto comprensibile, non è però del tutto condivisibile.
Un articolo di giornale non è un *tweet*: il titolo richiama l'attenzione del lettore e nomina il pezzo, ma altro non è che la testa di ponte di un lavoro ben più corposo, che risulta comprensibile solo se letto nel suo complesso. Non è affatto un caso, a questo proposito, che di norma il titolo sia conferito dal direttore responsabile, non dall'autore del pezzo: un conto è l'etichetta, altro è il prodotto.
È senza alcun dubbio corretto affermare che un titolo, in sé e per sé, può in taluni casi integrare il reato di diffamazione, pur disgiunto dal resto dello scritto; lo è ancora di più nel "contesto sociale" descritto dalla Corte di Cassazione; ma altro – tutt'altro – discorso è cristallizzare una sorta di dottrina della superficialità, scambiando in questo modo il piano descrittivo con quello prescrittivo: il fatto che la lettura sia sempre meno attenta – descrizione – non può avere delle ricadute immediate e automatiche – prescrizione – sulla disciplina della diffamazione.
Il rischio di uno scollamento definitivo tra testo e titolo è serio, soprattutto se si carica di eccessivo e *aprioristico* valore l'idea per cui «la lettura congiunta del titolo e dell'articolo riveste un'importanza minore rispetto al passato». Come è giusto, già oggi il titolo può integrare da sé una portata ingiuriosa, ma la sentenza in esame sembra proporre un'evoluzione ulteriore sul punto*, teorizzando la scissione tra titolo e testo a prescindere dal caso concreto*.
Si potrebbe forse obiettare che il passaggio descritto funge più che altro da argomento *ad adiuvandum*, confermando in realtà le medesime – e più rassicuranti – tesi tratte dalla precedente giurisprudenza. È indubbio però che una pronuncia così netta rappresenta quantomeno uno scatto in avanti, a maggior ragione tenendo conto del suo possibile impiego *pro futuro*; ciò appare vero, soprattutto, considerata la nota disinvoltura con la quale spesso si abusa del precedente giudiziario, disancorandolo completamente dal suo presupposto teorico fondamentale: i fatti di causa.
Pertanto, a meno di non volere obliterare la categoria degli articoli di giornale, sarebbe

[6] Cfr., tra le molte, https://www.informagiovani-italia.com/il_lettore_tipo.htm ove, premessa la difficoltà di descrivere con canoni comuni il cosiddetto lettore tipo (stante l'eterogeneità delle abitudini personali di ciascuno), si sottolinea comunque il macro dato relativo al tempo massimo consentito per catturare l'attenzione del lettore, ossia trenta secondi: se l'articolo non convince a proseguire la lettura entro questo brevissimo intervallo, l'attenzione volgerà inevitabilmente altrove

forse opportuno ricordare che di essi si sta trattando, cioè di scritti che non si esauriscono nelle poche parole con cui sono presentati in grassetto al pubblico: i fatti, i ragionamenti e le narrazioni in essi contenuti non sono quasi mai comprensibili tramite un sintetico, per quanto icastico, titolo.

Se, dunque, l'evolversi del concreto modo di approcciarsi agli scritti da parte del lettore non può essere del tutto irrilevante, al contempo non può divenire esauriente e determinante. Se, ancora, il *marketing* del titolo induce talvolta il giornale a debordare dai confini del lecito, sarà quel singolo caso a dover essere valutato, *rebus sic stantibus*.

Per Hegel la lettura del quotidiano era la preghiera mattutina del cittadino: è vero che ogni concetto deve certo sapersi evolvere, adattandosi ai tempi; ma l'idea che nello spazio di un *tweet* possa esaurirsi anche la più laica delle intercessioni appare, forse, un po' eccessivo.

Diffamazione a mezzo stampa e tutela giudiziale: conviene far causa civile o proporre denuncia-querela?

Jacopo Antonelli Dudan

Corte di Cassazione, sez. VI civile, ord. 30 ottobre 2017, n. 28499

L'unico mezzo preventivo di coordinamento tra il processo civile e quello penale è costituito dall'art. 75 c.p.p., il quale prevede come unica ipotesi di sospensione del giudizio civile per pregiudizialità quella in cui l'azione in sede civile sia stata proposta dopo la costituzione di parte civile nel processo penale.

Keywords: risarcimento, azione civile, diffamazione, stampa, processo penale, reputazione

Con l'ordinanza in oggetto (n. 28499/2017), pronunciata dalla VI sezione civile della Cassazione nel regolamento di competenza attivato da una delle parti in relazione a un procedimento civile per il risarcimento del danno da lesione dell'onore e della reputazione, la Suprema Corte torna sul tema dei rapporti tra giudizio civile e giudizio penale, ribadendo la sostanziale indipendenza dell'uno rispetto all'altro e la mancanza di qualsiasi pregiudizialità, logica o giuridica, tra i due giudizi. L'unica eccezione a tale principio di fondo che ispira l'ordinamento è dato dall'art. 75 codice di procedura penale, che rappresenta il solo mezzo preventivo di coordinamento tra processo civile e penale nella misura in cui, ribadito il principio generale di autonomia tra i due processi, prevede la sospensione necessaria del giudizio civile solo nell'ipotesi in cui l'azione in tale sede venga proposta dopo che sia già intervenuta la costituzione di parte civile nel processo penale, mentre, nel caso inverso, prevede la facoltà di trasferire l'azione civile nel giudizio penale, con conseguente rinuncia *ex lege* agli atti di quello civile.

Se il principio giuridico espresso appare pacifico e in alcun modo dibattuto in giurisprudenza, la pronuncia in questione costituisce utile occasione per aiutare a orientarsi tutti coloro che, ritenendosi vittima di una diffamazione, intendano rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenerne tutela e non abbiano sufficienti elementi per stabilire se sia meglio appellarsi al giudice civile o a quello penale. Il tema risulta oggi di particolare attualità e interesse, posto che l'inarrestabile sviluppo e diffusione di strumenti tecnologici alternativi alla stampa rende sempre più agevole l'accesso ad ogni genere di informazione da parte della collettività, ma, nel contempo, moltiplica anche in maniera esponenziale i conflitti tra chi quelle notizie diffonde e chi dalle stesse si sente offeso. Sul fronte giudiziario, ciò si traduce – per l'appunto – in un'incessante e crescente richiesta di giustizia, che chiama in causa ora i giudici civili, ora quelli penali.

Come accennato, chiunque si ritenga diffamato da un articolo di giornale o da una notizia apparsa sul web (si tratti di siti informativi, blog, social network o altro) si trova di fronte a una alternativa e alla conseguente necessità di compiere una scelta, non sempre facile, tra le due differenti forme di tutela apprestate dall'ordinamento giuridico: la persona offesa, infatti, può proporre denuncia-querela e chiedere perciò al giudice penale di perseguire il presunto colpevole, con l'obiettivo di far valere poi la propria pretesa risarcitoria nel processo penale; oppure può agire direttamente nei confronti dell'offensore, citandolo innanzi al giudice civile per chiederne la condanna al risarcimento dei danni.

L'esperienza insegna, peraltro, come, nella specifica materia, anche chi propone l'azione penale abbia come reale e ultimo scopo il risarcimento dei danni asseritamente subiti, in termini per lo più economici: negli ormai vent'anni di frequentazione delle aule dei tribunali, non ho mai trovato una persona che, avendo deciso di agire penalmente per una offesa subita, non abbia poi sempre cercato di ottenere un soddisfacimento economico delle proprie ragioni attraverso la costituzione di parte civile nel processo penale e, soprattutto, che non sia sempre stata disponibile – al giusto "prezzo" – a definire la controversia con una transazione e la conseguente remissione della querela. Come a dire che di persone che ne abbiano fatto una questione di principio e di giustizia, perseguendo esclusivamente la finalità della punizione del colpevole ad esito di un processo penale, non ne ho ancora trovate.

Ma come scegliere quale strada intraprendere? Ognuna presenta pro e contro: così, ad esempio, proporre querela e portare il preteso offensore innanzi a un giudice penale può costituire per quest'ultimo un peso insopportabile o, comunque, un motivo di grave preoccupazione, che più facilmente lo induca alla transazione; almeno inizialmente, la strada della denuncia penale è per l'offeso più economica, perché, al netto del costo dell'avvocato – peraltro neppure obbligatorio, ma sempre consigliato onde evitare i pericoli del "fai da te" – non c'è alcun obolo da corrispondere allo Stato per avviare il procedimento; la scelta penale appare anche probatoriamente più semplice, perché l'offeso si limita sostanzialmente a esporre la propria versione dei fatti nella denuncia, che il Pubblico Ministero di fatto fa propria, mentre sta al denunciato difendersi provando o l'insussistenza dell'offesa o che quanto comunicato, pur se diffamatorio, è scriminato dalla ricorrenza di una causa di giustificazione (tra cui, normalmente, il diritto di cronaca o il diritto di critica).

D'altro canto, la scelta del procedimento penale non è priva di rischi per la persona offesa. *In primis*, v'è il pericolo che al processo non si arrivi mai, perché il Pubblico Ministero incaricato delle indagini (e *dominus* pressoché incontrastato delle stesse) potrebbe ritenere che non vi sia alcuna offesa nel caso concreto e formulare perciò richiesta di archiviazione (sottoposta poi al vaglio del Gip); oppure può darsi che al processo vero e proprio si arrivi solo dopo tantissimo tempo, magari anche anni, perché quello stesso Pubblico Ministero aveva altre urgenze o, meno prosaicamente, si è dimostrato assai poco interessato a perseguire quel genere di reato: in tal caso, oltre alla prescrizione, il rischio è che il giudizio sulla sussistenza o meno dell'offesa sia in qualche modo influenzato dal tempo trascorso dai fatti, che lo scorrere del tempo porti con sé una certa desensibilizzazione dell'offesa o, quanto meno, una sua diminuita percezione, che può riverberarsi in un minor risarcimento riconosciuto dal giudice; ancora, può accadere – e spesso accade, invero, in base all'esperienza delle aule – che, all'esito del processo, la persona offesa ottenga una "vittoria di Pirro", perché il giudice si limita a pronunciare condanna penale nei confronti dell'imputato ma non quantifica il danno in favore della parte civile costituita, rimettendo le parti, sul punto, a un nuovo e ulteriore giudizio innanzi al tribunale civile, che, per quanto limitato solo al *quantum*, comporterebbe per l'offeso ulteriori oneri economici e un significativo allungamento dei tempi; analogamente, può capitare che il giudice penale definisca non solo la pena inflitta al reo ma anche la misura del risarcimento dovuto alla persona offesa, ma che tale condanna non sia resa esecutiva e resti perciò sospesa in attesa degli ulteriori gradi di giudizio.

Sul versante opposto, agire in sede civile consente innanzitutto di avere un maggior governo sull'andamento del processo e sui suoi tempi: al di là di eventi imprevedibili e al netto della diversa situazione organizzativa dei vari uffici giudiziari, si può prevedere la durata del processo e – ad esempio a Milano – esser ragionevolmente certi che entro due anni si giungerà a sentenza. Sotto altro profilo, si esclude il rischio che il Pubblico Ministero non faccia propria l'ipotesi accusatoria prospettata dal querelante e si ha la certezza che un giudice si pronunci sulla vicenda sottoposta al suo esame. All'opposto è ugualmente vero che, in caso di soccombenza, il rischio economico è ben più rilevante, perché sia le spese del giudizio (il c.d. contributo unificato, che deve essere pagato al momento dell'iscrizione a ruolo della causa e il cui valore dipende dall'entità del risar-

cimento richiesto) sia quelle sostenute dall'accusato per difendersi (*id est,* gli oneri legali della controparte) sono di norma poste a carico di chi ha azionato la causa, perdendola. Nessuna opzione, dunque, può dirsi vincente rispetto all'altra né immune da rischi e controindicazioni. Quel che è certo, però, è che una decisione va presa, possibilmente con cognizione di causa, avendo cioè ben presente le caratteristiche dei due procedimenti.

Se, infatti, in prima battuta è consentito muoversi su entrambi i piani, proponendo querela e attivando causa civile, vi sarà però, presto o tardi, il momento della scelta: allorché il processo penale entrerà nel vivo – sempre che ciò avvenga, ben inteso e sempre che in sede civile non sia stata già pronunciata sentenza di merito, anche solo in primo grado – la persona offesa sarà chiamato a prendere una strada. Potrà, infatti, decidere di affidarsi al giudice penale, costituendosi parte civile nel processo penale e trasferendo in tal sede la propria domanda risarcitoria, con la conseguenza, in tal caso, di rinunciare agli atti del giudizio civile, secondo quanto prevede l'art. 75 c. 1 del codice di procedura penale.

Oppure potrà lasciare che il processo penale faccia il suo corso, di fatto disinteressandosi del suo esito, e proseguire con l'azione civile nella propria sede naturale. In tale ultimo caso, però, la persona offesa non potrà giovarsi di un'eventuale sentenza di condanna emessa dal giudice penale, né, soprattutto e prima ancora, potrà chiedere che il processo civile resti sospeso in attesa della definizione di quello penale perché – come puntualmente ricordato dalla Cassazione nell'ordinanza annotata – quando non vi sia stato esercizio dell'azione civile in quest'ultimo mediante la costituzione di parte civile ex art. 75 c.p.p., i due procedimenti proseguono su binari separati e indipendenti, senza reciproche interferenze, né alcuna pregiudizialità dell'uno rispetto all'altro. L'unica eccezione al principio di autonomia dei due procedimenti è rappresentata dall'eventualità che la persona offesa si costituisca dapprima parte civile nel processo penale e, successivamente e senza revocare tale costituzione, avvii un'autonoma causa: solo in questo caso il giudizio civile rimarrà necessariamente sospeso in attesa della definizione di quello penale.

Come ogni bivio, dunque, anche la richiesta di giustizia impone una scelta, con la consapevolezza che nessuna strada è priva di insidie e nessuna garantisce il raggiungimento del proprio obiettivo.

"Un blog è un blog"

Carlo Melzi d'Eril, Serena Sileoni

Tar Lazio, sez. III, 20 settembre 2017, n. 9841

Mentre il rispetto della normativa in materia di editoria, invocata dalla Associazione ricorrente, attiene all'esercizio del diritto di cronaca e ai suoi limiti, la pubblicazione di fatti e opinioni su di un blog, anche se ricorrente nel tempo, risulta legata al più generale principio di libera manifestazione del pensiero «con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» (art. 21, c. 1, Cost.) (fattispecie nella quale il Tribunale ha escluso l'obbligo di registrazione nel ROC per i blog).

Le prospettate questioni di legittimità costituzionale si presentano manifestamente infondate proprio a causa della non comparabilità della testata giornalistica strutturata come tale rispetto a un semplice e spontaneo blog presente sulla rete Internet. La detta non comparabilità deriva proprio dal carattere -qualificante- della periodicità, che risulta assente per il blog, e che è, invece, dato imprescindibile per ottenere l'iscrizione nel Registro degli operatori della comunicazione.

Keywords: stampa, blog, Internet, libertà di informazione, ROC, art. 21

Nell'estate del 2016, il Codacons ricorreva al tribunale amministrativo del Lazio con lo scopo di far riconoscere il sito www.romafaschifo.com (RFS) come operatore delle comunicazioni, con obblighi conseguenti all'iscrizione al relativo registro.
La vicenda nasce dal tentativo dell'associazione dei consumatori di conoscere l'identità del proprietario del dominio internet romafaschifo.com, un blog di crescente importanza e influenza nel dibattito pubblico sulla gestione e amministrazione della città di Roma. A una prima richiesta in tal senso inoltrata alla Polizia postale prima e al Corecom poi, gli uffici rispondevano che il sito non risultava iscritto, e non era tenuto a farlo, nel Registro degli operatori della comunicazione (Roc). Ugualmente, nessuna risposta alle sollecitazioni di monitoraggio e controllo giungeva dall'Agcom, dal Consiglio regionale del Lazio, dalla Fieg e da Facebook.
Il Roc è stato istituito dalla l. 31 luglio 1997, n. 249 per garantire la conoscibilità degli assetti proprietari e la tutela del pluralismo informativo. Grazie ad esso, si può risalire con facilità ai titolari di concessioni e autorizzazioni in materia di comunicazione (operatori di rete, fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, fornitori di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato, soggetti esercenti l'attività di radiodiffusione, imprese concessionarie di pubblicità, imprese di produzione o distribuzione di programmi radiotelevisivi; agenzie di stampa a carattere nazionale; editori di giornali quotidiani, periodici o riviste; soggetti esercenti l'editoria elettronica; imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica: art. 2, c. 1, regolamento). In tal modo, non solo è garantita la trasparenza e la pubblicità degli assetti proprietari, ma è anche agevolata la verifica delle regole sulla disciplina relativa alle concentrazioni e sul rispetto dei limiti previsti per la partecipazione di società estere.
Al registro non sono tenute a iscriversi, secondo quanto dispone l'art. 3-*bis* del d.l. 18 maggio 2012, n. 3, «le testate periodiche realizzate unicamente su supporto informatico e diffuse unicamente per via telematica ovvero on line, i cui editori non abbiano fatto domanda di provvidenze, contributi o agevolazioni pubbliche e che conseguano ricavi annui da attività editoriale non superiori a 100.000 euro».
Secondo il TAR, la giurisprudenza, soprattutto penale, ha già avuto modo di distinguere le testate giornalistiche on line dai meri siti di informazione non organizzata in maniera professionale. Per le prime, valgono obblighi specifici, tra cui l'iscrizione al Roc dell'editore, corrispondenti a una maggiore garanzia di libertà di espressione, che deriva essenzialmente dal secondo comma dell'art. 21 Cost. relativo allo specifico divieto di censura e limitazioni preventive al diritto di manifestazione del pensiero per la stampa.
L'orientamento e l'interpretazione penalistici, con questa sentenza, sono stati fatti propri per la prima volta anche in sede amministrativa.
Sotto il profilo degli obblighi amministrativi blog e siti di informazione non professionali non possono essere equiparati alle testate on line, pur quando il seguito di opinione pubblica maturato e l'influenza esercitata attraverso i propri articoli siano rilevanti per i consociati, dal momento che mancano di alcuni requisiti formali e di struttura che rendono impossibile comparare i primi alle seconde.
Non si tratta di mero formalismo. L'accoglimento dell'interpretazione del ricorrente avrebbe infatti aperto le porte alla possibilità di un'interpretazione, più che sostanziale,

arbitraria e casistica di cosa sia testata e cosa no. Se, infatti, non fossero i requisiti formali e di struttura, ma la natura dei contenuti pubblicati e la loro rilevanza mediatica come pretendeva il ricorrente, occorrerebbe un "giudice" che abbia l'autorità di pesare e ponderare tali contenuti e la loro rilevanza, con buona pace della certezza del diritto e con molti danni alle forme più spontanee di libertà di manifestazione del pensiero.
L'iniziativa giudiziaria del Codacons mirava inoltre a far rinviare alla Corte costituzionale, in via generale, una questione di legittimità costituzionale del richiamato art. 3 *bis*. Oltre all'obiettivo specifico al caso di far equiparare il blog RFS alle testate on line considerando l'eco mediatica ormai ottenuta, il ricorrente ha tentato anche la via dell'istanza di rinvio alla Corte finalizzata a estendere l'applicazione dell'articolo anche ai blog nei casi in cui, per il loro contenuto sostanziale, possono essere definiti testate editoriali. Ad avviso del Codacons, la mancata inclusione dei blog nella norma costituirebbe una misura discriminatoria rispetto alle testate giornalistiche, contraria non solo all'art. 3 Cost., ma anche ai principi dell'Unione europea sulla parità di trattamento e non discriminazione di cui costituiscono un rinvio mobile l'art. 11 e l'art. 117 Cost.
Il Tar non solo non ha ritenuto RFS soggetto all'obbligo di iscrizione al Roc, ma non ha nemmeno ravvisato dubbi di incostituzionalità nell'art. 3-*bis*, data la non comparabilità dei blog alle testate on line.
Queste ultime da un lato e siti informativi di altra natura dall'altro (blog, forum, newsletter, social network, newsgroup, mailing list) restano quindi distinti anche per il giudice amministrativo con riguardo ad alcuni parametri di tipo ontologico e strutturale e ad altri di tipo teleologico. Non è sufficiente che un blog pubblichi contributi che hanno una rilevanza nella vita sociale e politica perché sia soggetto agli obblighi amministrativi delle testate, ma è necessario che esso ne possegga anche i medesimi tratti caratterizzanti, quali la testata, la regolarità di pubblicazione (definita come requisito imprescindibile e qualificante della periodicità nella sentenza in commento), l'organizzazione in una struttura con un direttore responsabile e una redazione, finalizzata all'attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati, al fine di consentire la libera formazione delle opinioni[1].
Mentre una testata giornalistica on line deve soddisfare una serie di adempimenti analoghi alle testate tradizionali, con tutte le responsabilità (civili, penali e amministrative) ma anche con tutte le garanzie del caso, il blog è una «sorta di agenda personale aperta e presente in rete», contenente diversi argomenti, ordinati cronologicamente ma senza un necessario intento di informazione.
La decisione del TAR pare condivisibile nel merito, anche se sembra trarre ispirazione da un indirizzo fortemente criticato della stessa giurisprudenza in materia di sequestro

[1] Cass. pen., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 12536, Boschi, in www.penalecontemporaneo, 26 ottobre 2016, con nota di S. Vimercati, *La Cassazione conferma l'inestensibilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro.*

di stampati. Le Sezioni Unite, infatti, in sede sia civile[2] sia penale[3], hanno stabilito che l'art. 21, co. 3 e 4, Cost., nel limitare i casi di sequestro preventivo di stampati, sia applicabile anche ai siti internet che veicolino informazione in modo professionale, dotati quindi di una periodicità, una testata, un direttore. Una simile interpretazione è stata resa possibile dall'introduzione di una inedita nozione di «stampa» non più tratta dall'art. 1 della l. 47/1948, bensì da un non meglio definito concetto "figurato", che corrisponderebbe appunto alla stampa periodica.

Questa soluzione, dichiaratamente preferita al fine di superare problemi di uguaglianza che fin a quel momento aveva generato l'applicazione della disciplina a tutela del sequestro di stampati soltanto alle manifestazioni del pensiero diffuse in forma cartacea e non on-line, non pare affatto condivisibile, se non altro, perché supera una interpretazione letterale a favore di una "figurata" per di più del tutto estranea alla tradizione esegetica in materia. Uno dei rischi di un simile orientamento è che tale nozione metta radici nell'ordinamento e condizioni le decisioni future di corti e tribunali.

E allora ci sembra doveroso sottolineare che è soprattutto la presenza degli elementi strutturali che rende un sito una testata on line, non bastandone la finalità genericamente informativa. Se, quindi, RFS risponde alle finalità di una testata giornalistica on line, poiché di fatto contribuisce a divulgare e scambiare informazioni e commenti sull'attualità sociale e politica di Roma, d'altro lato difetta del requisito strutturale legato alla periodicità e alla necessarietà delle pubblicazioni, «nel senso che esse bene potrebbero cessare in qualsiasi momento, anche perché non effettuate da persone professionalmente qualificate per l'attività pubblicistica, né da un soggetto strutturato come testata giornalistica».

Pertanto, mentre da un lato i blog non devono sottostare agli obblighi di pubblicità degli assetti proprietari, dall'altro non godono della tutela costituzionale assicurata dal terzo e quarto comma dell'art. 21 della Costituzione, ma semplicemente da quella prevista dal primo comma del medesimo articolo. Pubblicare su un blog non è esercitare un'attività professionale di informazione. E' comunque manifestare il proprio pensiero con uno di quegli 'altri' mezzi di informazione con cui si chiude, in formula aperta, il primo comma dell'art. 21 Cost.

Non è necessario utilizzare la assai criticata, estensione dell'interpretazione penalistica anche in sede amministrativa per escludere dalla registrazione al Roc blog del tipo RFS. A nostro avviso è sufficiente (e necessario) restare ancorati alla rassicurante in-

---

[2] Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469, in *Foro it.*, 1, 2016, 3753 ss.

[3] Sentenza particolarmente discussa in dottrina: Cass. pen., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, Fazzo e altro, in *Quad. cost.*, 2015, 1013 ss., con nota di P. Caretti, *La Cassazione pone, meritoriamente, alcuni punti fermi in tema di regolazione dell'informazione via internet*; in *Proc. pen. giust.*, 2015, 78 ss., con nota di A. Pulvirenti, *Sequestro e Internet: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata ma "creativa"*; in *Cass. pen.*, 2015, 3454 ss., con nota di L. Paoloni, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa:* ubi commoda, ibi et incommoda*?*, in *Guida dir.*, 2015, n. 38, 82 ss., con nota di C. Melzi d'Eril - G. E. Vigevani, *Il sequestro di una pagina web può essere disposto imponendo al service provider di renderla inaccessibile*; in *Dir. proc. pen.*, 2015, 2002, con nota di S. Lorusso, *Un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testata giornalistica* on line; in *Dir. inf. informatica*, 2015, 1041 ss., con nota di G. Corrias Lucente, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa"*; volendo anche in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2016, con nota di C. Melzi d'Eril, *Contrordine compagni: le Sezioni unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*.

terpretazione letterale della legge, senza sostituire al primo significato delle parole, uno ulteriore, figurato, solo per venire incontro a un, più o meno condivisibile, ossequio al principio di uguaglianza.

Possiamo anche pensare che, a dispetto di una visione eccessivamente spontaneista dell'informazione e dell'espressione on line, l'organizzazione del servizio di informazione non risponda più necessariamente ai canoni dell'editoria tradizionale. Basti pensare al ruolo dei social network, che chiaramente non sono testate on line e che veicolano le informazioni in maniera molto meno spontanea di quanto si immagini.

Ciò detto, riteniamo più prudente e maggiormente in linea con una corretta interpretazione della disposizione normativa la strada indicata dal giudice amministrativo, senza bisogno, per la verità, di accenni a per lo meno discutibili filoni interpretativi nati da un metodo di interpretare la legge che non auspichiamo prenda piede.

Basterebbe infatti pensare che l'alternativa a questa interpretazione, come vorrebbe il ricorrente, è quella di decidere, caso per caso, quando un dominio eserciti un'influenza sull'opinione pubblica, al di là della sua organizzazione e struttura: uno scenario pericoloso, sia per la libertà di manifestazione che per quella di informazione. Molto più pericoloso delle notizie false o diffamanti, che hanno altre vie per provare ad essere debellate.

Cinematografia e rappresentazione di un'opera in pubblico

Beatrice Giubilei

Tribunale di Roma, sez. IX civile, 15 luglio 2016, n. 14272

La presunzione di cui all'art. 84 LDA opera qualora sussistano dei contratti di cessione dei diritti degli artisti interpreti, ma questi non siano estremamente specifici nel contenuto. Tramite la suddetta norma si potrà, pertanto, superare eventuali problemi interpretativi degli stessi. Diversamente non può operare la presunzione ex art. 84 LDA con lo scopo di superare la mancata prestazione del consenso alla fissazione della propria opera prevista per legge dall'art. 80 LDA

Keywords: opera cinematografica, opera teatrale, diritti connessi, rappresentazione in pubblico, diritto d'autore

Beatrice Giubilei

Sommario

1. Premesse. – 2. Registrazione di una rappresentazione e opera cinematografica. – 3. Il ruolo del produttore cinematografico nel reperire i contributi autoriali. Norme e prassi. – 4. La prestazione dell'artista. Consenso alla diffusione e operatività della presunzione di cessione dei diritti in favore del produttore. - 5. Conclusioni.

1. Premesse

La sentenza del Tribunale di Roma, n. 14272 del 2016, merita di essere segnalata, giacché ha inquadrato alcuni operatori del mondo cinematografico in maniera del tutto peculiare.

La controversia prende origine dalla registrazione dell'opera "La Mandragola" da parte di una serie di celebri artisti teatrali. Tale registrazione, effettuata con il solo scopo di rendere omaggio al noto attore Mario Scaccia, recentemente scomparso, era stata svolta in presa diretta nel borgo medioevale di Farfa e, successivamente, messa in commercio, a partire dal 2009, su supporto DVD.

La vicenda vede interessati diversi soggetti tra cui, oltre gli AIE (artisti, interpreti ed esecutori)[1], il sig. Sala, che viene identificato nella sentenza come autore (in qualità di direttore artistico, essendo stato prodotto agli atti il DVD dove lo stesso è indicato come regista) e produttore dell'opera stessa, e l'editore Persiani, che ha provveduto alla distribuzione del DVD contenente la registrazione. Questi ultimi nel 2009 sottoscrivevano un contratto di edizione con il quale il Sala dichiarava di essere titolare di tutti i diritti ceduti all'editore Persiani, facendosi garante del pacifico godimento dei diritti stessi a favore del cessionario.

Ciò che rileva, ma sul punto si ritornerà a breve, è che dal testo della sentenza emerge chiaramente che gli AIE non avevano sottoscritto alcun contratto regolante la loro prestazione e tanto meno il conferimento del loro consenso.

[1] Accanto alla tutela dell'autore dell'opera dell'ingegno *tout court*, ossia di colui al quale si può imputare l'atto creativo che ha dato vita all'opera stessa, la l. 633/1941 prevede, nel Titolo II, la tutela dei c.d. "diritti connessi" all'esercizio del diritto d'autore. Più specificatamente, al Capo III, sono comprese disposizioni concernenti la tutela dei diritti degli artisti interpreti ed esecutori, ossia di coloro ai quali non si può riconoscere di aver contribuito alla produzione di un'opera dell'ingegno, bensì di averne fornito una propria "lettura", una "interpretazione" in qualche modo personale, la quale merita una protezione dalle eventuali indebite appropriazioni da parte di terzi, di tipo diverso rispetto a quella garantita all'autore in senso stretto, ma pur sempre idonea ed efficace.
I diritti degli artisti interpreti e degli artisti esecutori sono disciplinati dagli artt. 80 e ss. della l. 633/1941. Nel contesto sovranazionale la tutela degli artisti è garantita dalle convenzioni internazionali sulla proprietà intellettuale, dall'accordo TRIPs nonché dal Trattato WIPO del 1996, ratificato dall'Unione Europea il 14 dicembre 2009.
Diverse, invece, sono le norme comunitarie di interesse al riguardo. In particolare, la direttiva 92/100/CE in materia di diritto e noleggio di prestito (attuata in Italia con d.lgs. 685/1994), la direttiva 93/83/CE in materia di diritti connessi applicabili alla radiodiffusione e alla diffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo (attuata in Italia con d.lgs. 154/1997), la direttiva 2001/29/CE in materia di armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione (attuata in Italia con d.lgs. 68/2003), la direttiva 2004/48/CE riguardante il ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri per il rispetto dei diritti di proprietà industriale (attuata in Italia con d.lgs. 140/2006) e la direttiva 2011/77/CE che ha esteso la durata di protezione dei diritti d'autore dei produttori di fonogrammi e degli artisti interpreti a settanta anni dalla interpretazione o fissazione dell'esecuzione (attuata in Italia con d.lgs. 22/2014).

2. Registrazione di una rappresentazione e opera cinematografica

Andando per ordine, la sentenza risulta interessante per diverse peculiari qualificazioni, non presenti nel testo della legge sul diritto d'autore (l. 633/1941), tra cui, innanzitutto, quella della c.d. "registrazione della rappresentazione", la quale deve essere intesa, a tutti gli effetti, un'opera cinematografica quale «prodotto di spettacolo che adotta la tecnica dell'immagine in movimento capace di realizzare una realtà virtuale» (riprendo quanto affermato già affermato dalla Corte di Cassazione nella decisione n. 13398/1999[2]).

Fin qui, *nulla quaestio*, dal momento che la decisione si limita a ricalcare il solco già tracciato dalle magistrature superiori.

Tuttavia, in seguito, la medesima sentenza afferma che «la fissazione di un'opera teatrale, tanto più in un set esterno, costituisce (-a) (…) il risultato di un'autonoma attività organizzativa e produttiva». Ciò starebbe a significare che chiunque acconsenta a farsi riprendere "in esterna", mentre interpreta un ruolo artistico, stia implicitamente e per ciò stesso acconsentendo a che tale registrazione possa essere proiettata nelle sale cinematografiche e/o riprodotto per sfruttamenti collaterali, quali TV, Home Video, multimediale, e così via enumerando.

L'opera cinematografica è stata definita, dalla dottrina tradizionale, come l'opera espressa mediante una successione di immagini in movimento, ottenute col processo fotografico, fissate su una pellicola, accompagnate o meno da suoni o musiche e destinate ad essere proiettate sullo schermo delle sale cinematografiche[3]. Tale definizione può ritenersi, ad oggi, superata, sia per l'evoluzione dei mezzi di produzione, comunicazione e distribuzione, sia per il sorgere, all'interno del mercato del settore, di nuovi e diversi prodotti audiovisivi[4].

Tendendo, poi, in considerazione quelli che sono gli elementi strutturali essenziali di un'opera cinematografica, quali soggetto[5], sceneggiatura[6] ed elaborazione in chiave cinematografica della sceneggiatura, attraverso la filmazione che culmina e si definisce

---

[2] Cass. civ., sez. I, 1 dicembre 1999, n. 13398, in *Corriere giur.,* 2, 2000, 199 ss.

[3] Così M. Montanari - G. Ricciotti, *La disciplina giuridica della cinematografia*, Firenze, 1953, 7 ss.; P. Greco, *La struttura delle opere cinematografiche nel sistema dei diritti d'autore*, in *Studi in onore di Messineo*, Milano, 1968, 134 ss.

[4] Da questo punto di vista più significativa appare la nozione fornita dall'art. 2, c. 1, del d.lgs. 28/2004, che definisce il film come «lo spettacolo realizzato su supporti di qualsiasi natura, anche digitale, con contenuto narrativo o documentaristico, purché opera dell'ingegno, ai sensi della disciplina del diritto d'autore, destinato al pubblico, prioritariamente nella sala cinematografica, dal titolare dei diritti di utilizzazione».

[5] Breve racconto che illustra a grandi linee la trama (più propriamente detta "sinossi" o "sinopsi") di un film. Il soggetto può essere realizzato o da realizzare, in ogni caso, affinché l'autore del soggetto possa essere ritenuto coautore dell'opera cinematografica dovrà realizzarsi un vero e proprio apporto creativo nell'adattamento dell'opera originaria perché divenga soggetto del film. V. Bellani – L. Chimenti, *Il diritto d'autore nella prassi contrattuale*, Milano, 2010, 378 ss.

[6] La scenografia costituisce l'elaborazione letteraria del soggetto. La sceneggiatura di un film tutelabile come opera dell'ingegno presuppone che la struttura narrativa sia sviluppata con l'articolazione delle varie scene, con la precisazione degli snodi drammaturgici e della psicologia dei personaggi, nonché delle battute e dei dialoghi principali, così Trib. Roma, ord. 6 luglio 1999, in *AIDA*, Milano, 2011, 751 ss.

nel montaggio finale[7], nel caso di specie non sembra essere presente alcuno di questi elementi. Tanto meno sembra presente la destinazione alla proiezione sullo schermo delle sale cinematografiche o similari.

3. Il ruolo del produttore cinematografico nel reperire i contributi autoriali. Norme e prassi

L'altro punto peculiare della sentenza riguarda l'inquadramento di una delle parti come produttore cinematografico. Il convenuto, infatti, è così qualificato in quanto ritenuto "l'ideatore dell'iniziativa", volendo forse il Collegio avvicinarlo al dettato dell'art. 45, c. 1, l. 633/1941 in combinato disposto con l'art. 46, c. 1, l. 633/1941, a mente dei quali l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica spetta a chi ha organizzato la produzione ed ha per oggetto lo sfruttamento cinematografico dell'opera prodotta[8].

L'organizzazione della produzione di un'opera cinematografica richiede un processo industriale complesso[9] che fa capo, appunto, al produttore e che passa attraverso il suo apporto, economico e organizzativo, per diversi procedimenti e strumenti tecnici di cui abbisogna.

Per far sì che ciò avvenga, il produttore necessita dei vari contributi, anche creativi,

[7] Il montaggio finale rappresenta il momento di conclusione definitiva della realizzazione di un'opera cinematografica, detto anche *final cut*. Molto spesso, il c.d. *final cut* viene inserito all'interno dei contratti inerenti la realizzazione o produzione di un'opera cinematografica (di solito nel contratto concluso tra produttore e regista), quale momento (*rectius*, termine) essenziale, ad esempio con riferimento alla definitiva cessione di eventuali diritti.

[8] Lo stesso soggetto viene altresì inquadrato dalla sentenza in commento come regista dell'opera rappresentata. Occorre, però, fare delle precisazioni in ordine alla qualifica di direttore artistico nel campo teatrale. Innanzitutto, a differenza di quanto accade per il regista di opere cinematografiche, tale figura non risulta disciplinata da alcuna norma. Il regista teatrale interpreta il testo dell'autore apportandovi, quindi, la linfa necessaria affinché lo stesso possa divenire una rappresentazione scenica. È per tale motivo che, di volta in volta, la stessa opera (*rectius,* lo stesso testo) può essere rappresentato in modi molto diversi tra loro (si pensi ad esempio alle diverse elaborazioni o adattamenti di "Romeo e Giulietta" di Shakespeare).
Sul punto si è più volte espressa la giurisprudenza, inquadrando l'attività del regista teatrale a volte quale trasformazione da dialogo scritto a "*mimesi spettacolare*, *agita e parlata*", sul presupposto che dialogo scritto e messinscena sono forme artistiche capaci di trasformazione perché entrambe autonome e autosufficienti (App. Napoli, 20 agosto 1958, in *Dir. aut.*, 1959, 644 ss.); in un altro caso, invece, è stato sostenuto che la regia di un'opera teatrale non costituisce di per sé un'elaborazione creativa, ma può essere tale «soltanto nel caso in cui, attraverso modificazioni o aggiunte non marginali, abbia dato vita ad un sostanziale rifacimento dell'opera originaria» (Pret. Roma, 12 giugno 1985, in *Dir. Radiodiffusioni*, 1985, 107 ss.). Per una più attenta e completa disamina dell'evoluzione della disciplina dell'opera teatrale si rimanda a V. Maffei Alberti, *Opera Teatrale*, in *Contratto e Impresa*, 2009, 4-5, 1040 ss.

[9] L. Gangarossa, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica,* Milano, 2005, 36.

necessari per la realizzazione dell'opera[10]. Ciò significa, in altri termini, che produttore e autori, secondo quanto disposto dall'art. 45, l. 633/1941, devono contrattualizzare i loro rapporti.

La prassi contrattuale prevede, infatti, che il produttore concluda con i singoli coautori dell'opera degli accordi per la cessione dei diritti patrimoniali necessari alla realizzazione dell'opera cinematografica, a prescindere dallo schema con il quale sono effettivamente ceduti[11]. A ulteriore conferma di ciò, valga il riferimento agli artt. 107 e 110 della l. 633/1941 che prevedono, da un lato, la possibilità, appunto, di trasferire diritti di utilizzazione economica in tutti i modi e forme consentite dalla legge e, dall'altro, la prova per iscritto, *ad probationem*, della intervenuta trasmissione dei diritti di utilizzazione.

Nel caso deciso dal Tribunale di Roma, invece, non erano presenti contratti di cessione dei diritti patrimoniali d'autore, così come contratti inerenti le prestazioni degli artisti. Infatti, anche volendo ragionare sull'ipotesi di una riduzione cinematografica, sarebbe stato necessario assicurarsi in via contrattuale tutti i contributi, non soltanto creativi, necessari per la realizzazione dell'opera, tra i quali anche in questo caso, *in primis* i contributi degli artisti/interpreti e quelli degli autori dell'adattamento cinematografico che avrebbero avuto il compito di adattare un'opera da un genere all'altro[12].

---

[10] Si ricorda che ai sensi dell'art. 44, l. 633/1941 gli autori di un'opera cinematografica sono l'autore del soggetto, l'autore della sceneggiatura, l'autore delle musiche ed il direttore artistico. Gli stessi sono considerati quali coautori dell'opera stessa. Sul punto la dottrina non è tuttavia concorde. Si rileva, infatti, che un orientamento ritiene che unico autore dell'opera cinematografica sia il regista (V. De Sanctis, *I soggetti del diritto d'autore,* Milano, 2005, 247 ss.). Ciò risponde alla disciplina dettata per le opere collettive, delle quali è considerato autore il direttore, ossia colui che organizza e dirige la creazione dell'opera (art. 7, l. 633/1941), mentre la qualità di autore dell'opera collettiva è indipendente rispetto a quella degli autori delle singole opere o parti di opere che la compongono (art. 3, l. 633/1941). F. Di Fonzo, *I contratti relativi alle opere cinematografiche*, in *I singoli contratti*, Padova, 2010, 2253 ss.
Altra parte della dottrina, invece, rimanendo maggiormente ancorata alla lettera della norma sostiene che l'opera cinematografica sia un'opera composta, creata in collaborazione, i cui coautori siano appunto quelli stabiliti dalla citata disposizione (T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 780 ss.; P. Greco, in *Il Diritto di Autore*, Milano, 1952, 5 ss.).

[11] Il contratto che il produttore conclude con gli autori non può essere ricondotto ad alcuno dei contratti tipici previsti dalla l. 633/1941. Non vi è una sola forma di trasferimento dei diritti. Può accadere che la produzione concluda un contratto di trasferimento *tout court*. Cfr. A. Sirotti Gaudenzi, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Milano, 2010, 119. Generalmente, si ricorre ad un contratto di cessione dei diritti, il quale potrà avere un contenuto più o meno ampio a seconda delle facoltà concesse al produttore in ordine ai contributi (ad esempio può essere prevista la facoltà di elaborare i contributi stessi, oppure la facoltà di traduzione). Non meno utilizzato nella prassi è il contratto di conferimento di incarico (ad esempio di elaborazione di un soggetto o delle musiche) e contestuale acquisizione da parte del produttore dei relativi diritti che scaturiranno da quanto realizzato dall'autore.

[12] I contratti che legano gli artisti alla produzione dell'opera cinematografica hanno ad oggetto i diritti connessi che spettano agli artisti interpreti ed esecutori, oggetto di importante modifica, avutasi con il d.lgs. 68/2003. Tali soggetti sono titolari di diritti patrimoniali esclusivi che possono essere oggetto di trasferimento.

4. La prestazione dell'artista. Consenso alla diffusione e operatività della presunzione di cessione dei diritti in favore del produttore

Questo tema risulta cruciale nella sentenza in commento, dal momento che i giudici capitolini presumono che, quandanche manchi un consenso espresso degli artisti, i diritti di cui all'art. 80 della l. 633/1941 possano considerarsi ceduti al produttore per il solo fatto che «la prestazione dell'artista interprete viene resa nel corso processo creativo dell'opera sotto la direzione del regista e quindi necessariamente sulla base di un consenso attuale. Una volta resa tale prestazione, opera la presunzione di cui all'art. 84, primo comma, L. 633/1941 secondo cui si presumono ceduti i diritti di fissazione, riproduzione, radiodiffusione, diffusione via satellite, noleggio».

Per comprendere la portata di tale assunto occorre, innanzitutto, ripercorrere brevemente quanto stabilito dall'art. 80 della l. 633/1941[13]. Questa norma, innanzitutto, considera artisti tutti coloro che rappresentano un'opera dell'ingegno e, più specificatamente, è l'interpretazione o l'esecuzione artistica di un'opera dell'ingegno che rappresentano la fattispecie costitutiva dei diritti dell'artista. Tale disposizione, quindi, riconosce un diritto esclusivo all'utilizzazione della propria prestazione[14].

Il secondo comma del medesimo articolo, inoltre, attribuisce all'artista particolari esclusive su determinate utilizzazioni della propria prestazione, ossia sulle utilizzazioni aventi ad oggetto la prestazione pura e semplice e quelle inerenti le prestazioni fissate su supporto materiale.

In particolare, è proprio la lett. *a)*, c. 2, art. 80, l. 633/1941 che stabilisce che «Gli artisti interpreti e gli artisti esecutori hanno […] il diritto esclusivo di autorizzare la fissazione delle loro prestazioni artistiche», e per fissazione si intende la registrazione della prestazione su un supporto meccanico che ne costituisce la tipica utilizzazione primaria.

La lett. *b)* del medesimo comma dell'art. 80, invece, conferisce all'artista il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione della propria prestazione, ossia la moltiplicazione in copie del supporto che le contiene. Tale riproduzione può avvenire in qualunque modo e forma, totale o parziale; peraltro, non paiono esservi dubbi in ordine al fatto che la medesima norma vada riferita anche alla riproduzione per uso privato e non lucrativo.

Merita di essere ricordato, sempre a proposito della norma in questione, che la lett. *c)* prevede un'esclusiva dell'artista sulla diffusione della propria prestazione dal vivo

[13] Il testo originario della norma prevedeva solo un diritto all'equo compenso che l'artista esecutore poteva esercitare nei confronti di coloro che diffondessero, incidessero o registrassero, ecc., la propria interpretazione. La *ratio* di una così blanda tutela trovava fondamento nel fatto che il legislatore voleva evitare che i diritti reclamati dagli artisti meramente esecutori, fossero di ostacolo alla circolazione dell'opera interpretata.

[14] Ciò risulta confermato anche da recente giurisprudenza secondo cui «L'art. 80 della l. 633 del 1941, riconosce agli artisti esecutori di opere o composizioni musicali il mero diritto ad un equo compenso nei confronti di chiunque abbia diffuso, trasmesso o inciso le loro rappresentazioni o esecuzioni. In seguito alle modifiche attuate, in sequenza, con gli artt. 13 del d.lgs. 685 del 1994, 6 del d.lgs. 581 del 1996, 10 e 11 del d.lgs. 154 del 1997 e, da ultimo, 20 del d.lgs. 68 del 2003, l'art. 80 è giunto all'attuale configurazione, riconoscendo all'interprete ed esecutore un diritto esclusivo d'autore avente ad oggetto l'autorizzazione alla riproduzione ed alla diffusione delle sue prestazioni artistiche» (Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2017, n. 1936, in *Giust. Civ. Massimario,* 2017, 436).

in qualunque forma. Al contrario, la lett. *d)* attribuisce all'artista il diritto esclusivo di autorizzare la distribuzione delle fissazione della prestazione artistica e la lett. *f)* all'autorizzazione del noleggio o del prestito delle fissazioni delle prestazioni artistiche e delle relative riproduzioni[15].

Si può notare come le norme finora elencate garantiscano una serie di diritti esclusivi dell'artista interprete esecutore volte a tutelare l'abusiva comunicazione al pubblico delle proprie prestazioni.

Ciò che rileva nel caso di specie è che tali diritti, secondo uno dei principi cardine del diritto d'autore, sono indipendenti l'uno dall'altro e, pertanto, quandanche venisse prestato il consenso per una delle attività di cui sopra, non è presumibile in alcun modo che detto consenso sia rilasciato per ulteriori sfruttamenti di una prestazione, per lo meno non nel caso di specie.

Infatti, il riferimento fatto dal giudicante alla possibilità di presumere la prestazione di un consenso da parte dell'artista nel corso del processo creativo diretto dal regista è sicuramente attuabile in presenza di determinati contratti indipendentemente dal tipo utilizzato. Nel caso in esame, tuttavia, è evidente come, non essendoci stato alcun contratto volto al trasferimento dei diritti patrimoniali, né tanto meno la volontà di alcuna delle parti di voler realizzare un'opera destinata alla distribuzione commerciale, la presunzione di cui all'art. 84, l. 633/1941 non dovrebbe poter operare[16].

Infatti, tale norma va poi letta congiuntamente con la previsione della facoltà di opporsi ad una esternazione abusiva della propria prestazione prevista, invece, nell'art. 81 della l. 633/1941. Tale norma, difatti, conferisce agli artisti interpreti ed esecutori il diritto di opporsi alla comunicazione al pubblico o alla riproduzione della loro recitazione, rappresentazione o esecuzione nel caso in cui quest'ultima possa arrecare pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione.

Il diritto conferito mediante la facoltà di opporsi alla messa in comunicazione, riproduzione ed esecuzione di un'opera vuole tutelare evidentemente la personalità dell'artista, ossia ciò che concerne la prestazione professionale dello stesso ma anche tutto ciò che

[15] Peraltro, proprio con riferimento a tale diritto, si deve sottolineare che l'artista interprete o esecutore, anche in caso di cessione del diritto di noleggio ad un produttore di fonogrammi o di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, conserva il diritto di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio concluso dal produttore con terzi. A. Sirotti Gaudenzi, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., 509. Tale norma, peraltro, prevede che ogni patto contrario è nullo. Quindi, ogni trasferimento dei diritti patrimoniali dell'artista interprete esecutore – qualunque sia lo schema contrattuale utilizzato - non può non tenere conto di questa previsione.

[16] Sul punto autorevole dottrina ha ritenuto che essendo l'equo compenso spettante agli artisti che hanno ricoperto una parte di notevole importanza nell'opera irrinunciabile, l'eventuale patto che contempli un compenso simbolico (*rectius*, non equo) deve considerarsi nullo. Tuttavia, tale inefficacia sanzionata dalla legge non travolgerebbe la validità dell'intero contratto, di talché la norma di cui all'art. 84, c. 4, l. 633/1941 integrerebbe automaticamente la suddetta lacuna. L.C. Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004, 1469.

riguarda il suo nome e la sua immagine[17]. Vi è da dire che gli artt. 81 e 83 della legge sul diritto d'autore non sembra tutelino la personalità in generale dell'artista, bensì, più limitatamente, la personalità dello stesso resa mediante la sua prestazione, ossia la sua personalità professionale[18].

A vantaggio di tale lettura pare militare la circostanza che la personalità di un artista è tutelata con norme di carattere generale quali gli artt. 6 e ss. c.c., nonché dagli artt. 96 e ss. l. 633/1941[19]. Quanto detto, ovviamente, lascia impregiudicato il fatto che tale disposizione normativa tuteli il diritto morale dell'artista interprete ed esecutore.

Sul punto, la sentenza ha statuito che «l'accertato consenso prestato dagli attori esclude la fondatezza di qualsivoglia domanda relativa al diritto all'immagine ed al diritto alla riservatezza. La lesione della reputazione artistica invece si riferisce alla presunta cattiva qualità dell'opera, che si assume realizzata con povertà di mezzi ed in modo non professionale. […] Nella valutazione di tali contestazioni si deve considerare che l'art. 81 l. 633/1941 si riferisce alle modalità di diffusioni dell'opera più che alla intrinseca qualità della stessa»

Tale statuizione appare, a modesto parere di chi scrive, ambigua. Infatti, la legge sul diritto d'autore fa riferimento al pregiudizio arrecato all'onore o alla reputazione dell'artista e l'eventuale evento lesivo sembra difficile potersi configurare semplicemente mediante uno o l'altro mezzo di diffusione.

5. Conclusioni

In definitiva, l'impressione che si ricava dalla lettura della sentenza in commento è che i rapporti tra artisti interpreti e soggetti che, a diverso titolo, si trovano a capo della macchina produttiva di opere dell'ingegno siano stati interpretati in maniera forse poco conforme al dettato legislativo, confondendo il piano giuridico con quello metagiuridico. Non si comprende come sia possibile, infatti, qualificare quale opera cinematografica la sola riproduzione amatoriale su supporto magnetico della messa in scena di uno spettacolo teatrale; ugualmente, appare difficile poter identificare un produttore cinematografico, cui la legge sul diritto d'autore riconduce specifici elementi caratteriz-

[17] Interessante sul punto è una sentenza del Tribunale di Torino del settembre 2005, inerente l'utilizzo della voce di persona nota per la realizzazione di una segreteria telefonica, secondo cui in assenza di consenso si potrebbe delineare una condotta lesiva del diritto morale dell'autore, ma anche un danno ingiusto da violazione del diritto della personalità. La sentenza conferma ovviamente che affinché venga riconosciuta la violazione del diritto dell'interprete *ex* art. 80, l. 633/1941 ed il conseguente diritto al compenso *ex* art. 73, l. 633/1941 deve essere fornita la prova della corrispondenza della propria voce con quella della segreteria. Trib. Torino, 27 settembre 2005, in *Resp. civ.*, 10, 2006, 788 ss., con nota di Gliatta.

[18] Secondo dottrina e giurisprudenza, i diritti posti nell'alveo delle disposizioni in tema di tutela della personalità professionale dell'artista dovrebbero essere considerati diritti personalissimi ed irrinunciabili. A. Sirotti Gaudenzi, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., 505.

[19] In ordine a tale aspetto, preme evidenziare che l'art. 83, l. 633/1941, nel prevedere il diritto per gli artisti interpreti e per gli artisti esecutori che hanno svolto parti di prima importanza all'interno di un'opera dell'inserzione del loro nome sui supporti riproducenti la loro prestazione, sembra voler rafforzare la consapevolezza degli stessi in ordine alla comunicazione al pubblico del loro nome ma anche la consapevolezza del pubblico in ordine al ruolo svolto dall'artista.

zanti, nel solo "ideatore dell'iniziativa" di riprendere una recita all'aperto, minimizzando il lavoro imprenditoriale dello stesso nonché la posizione giuridica che il medesimo ricopre. Senza ripercorrere l'analisi sulla necessaria prestazione del consenso, preme evidenziare che la presunzione di cui all'art. 84, l. 633/1941 opera qualora sussistano dei contratti di cessione dei diritti degli artisti interpreti, ma questi non siano estremamente specifici nel contenuto. Tramite la suddetta norma si potrà, pertanto, superare eventuali problemi interpretativi degli stessi. Diversamente non può operare la presunzione di cui all'art. 84 con lo scopo di superare la mancata prestazione del consenso alla fissazione della propria opera prevista per legge dall'art. 80.

Diritto di critica contro la mafia e rispetto della "dignità" della persona: all'esame della Cassazione un delicato caso di conflitto tra principi costituzionali in tema di diffamazione

Anna Costantini

Corte di Cassazione, sez. V penale, 3 novembre 2017, n. 50187

Il requisito della continenza, ai fini dell'esclusione dell'imputazione per diffamazione, richiede che le espressioni utilizzate non travalichino i limiti posti dall'art. 2 Cost. a tutela della dignità umana. Sono quindi obiettivamente lesive dell'onore le espressioni con le quali si "disumanizza" la vittima, assimilandola a cose, animali o concetti comunemente ritenuti ripugnanti, osceni, disgustosi, quali appunto un escremento. Tali espressioni finiscono per violare in modo insuperabile il nucleo fondamentale della dignità che il nostro ordinamento riconosce a qualunque essere umano, anche a chi appartiene ad una associazione malavitosa sanguinaria e nefasta, in quanto il fondamento costituzionale del nostro sistema penale postula la "rieducabilità" anche del peggior criminale (art. 27, c. 3, Cost.) e, pertanto, non può tollerare, neanche come artifizio retorico, la sua reificazione.

Keywords: art. 21, diritto di critica, diffamazione, libertà di espressione, reputazione

Sommario

1. Premessa – 2. La vicenda – 3. La reputazione quale bene giuridico di rilevanza costituzionale – 4. La scriminante costituzionale dell'esercizio del diritto di critica – 5. Un difficile bilanciamento – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Con la decisione che si annota, la Cassazione è tornata ad esprimersi sul delicato tema dei rapporti tra il delitto di diffamazione e l'esimente dell'esercizio del diritto di critica, affermando in particolare che non può ritenersi scriminata la condotta di un giornalista che equipari un esponente mafioso ad un escremento. Secondo i giudici di legittimità, la finalità di veicolare attraverso l'insulto un giudizio negativo nei confronti della mafia nel suo complesso non può mai giustificare la lesione della dignità umana, che la nostra Costituzione riconosce come diritto fondamentale di ogni persona, anche se colpevole di delitti efferati.

La sentenza assume interesse non solo per la risonanza mediatica e lo scalpore destato nell'opinione pubblica, ma anche perché ripropone il problema dei limiti imposti alla libertà di manifestazione del pensiero per effetto del bilanciamento con altri beni di rilevanza costituzionale, *in primis* quello dell'onorabilità individuale.

2. La vicenda

L'occasione di esprimersi sulla questione è offerta dalla vicenda di un giornalista querelato per diffamazione ai danni di un esponente apicale di Cosa Nostra, Mariano Agate: quest'ultimo, deceduto il 3 aprile 2013, fu per lungo tempo a capo del mandamento di Mazara del Vallo e venne condannato, oltre che per il delitto di associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis*), anche per il coinvolgimento in plurimi reati di omicidio. Nel riportare sul proprio *blog* la notizia della morte del boss, e dopo averne ripercorso la storia criminale, il giornalista affermava che il decesso di costui aveva tolto alla Sicilia «un gran bel pezzo di merda». A fronte di tali parole, la vedova ed i figli di Agate presentavano querela per diffamazione a mezzo stampa, lamentando l'offesa alla reputazione del defunto.

In primo grado, il Tribunale di Trapani assolveva il giornalista con la formula «perché il fatto non costituisce reato». Per il giudice, infatti, l'espressione denigratoria oggetto di contestazione rientrava nel diritto di critica, costituendo «uno strumento retorico» volto a provocare nel lettore una riflessione sulle ambiguità del sistema pseudo-valoriale mafioso, «in un contesto nel quale la confusione (o apparente coincidenza) tra valori e dis-valori costituisce un obiettivo preciso del sodalizio criminoso», e ciò allo scopo di sollecitare «ad una nuova consapevolezza sulla necessità di sradicare ogni ambiguità nella scelta tra contrapposti (seppure artatamente confondibili) sistemi valoriali»[1].

[1] Trib. Trapani in composizione monocratica (dott. Gianluigi Visco),7 giugno 2016.

Contro tale provvedimento ricorreva il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trapani, il quale proponeva impugnazione immediata in Cassazione, lamentando erronea applicazione della legge penale. Con la sentenza in commento, la Corte regolatrice accoglie il ricorso del pubblico ministero ed annulla la decisione assolutoria del Tribunale di Trapani, rinviando per il giudizio di secondo grado alla Corte d'appello di Palermo. I giudici di legittimità, in particolare, negano che nel caso di specie possa riconoscersi la scriminante dell'esercizio del diritto di critica, ritenendo invece integrato il delitto di diffamazione. A tale conclusione la Corte perviene attraverso un ragionamento articolato e dai rilevanti riflessi sociali, che chiama in causa sia il rispetto dei diritti fondamentali della persona, sia il finalismo rieducativo che, nell'ottica costituzionale, deve connotare il nostro sistema punitivo. Prima di entrare nel dettaglio delle motivazioni della Cassazione, si impongono alcune precisazioni di carattere generale sul delitto di diffamazione, con particolare riferimento ai suoi rapporti con le scriminanti dell'esercizio dei diritti di cronaca e di critica, quali specifiche estrinsecazioni della libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.

3. La reputazione quale bene giuridico di rilevanza costituzionale

Particolarmente rilevante ai fini dell'esame della sentenza di cui si tratta è l'individuazione del bene giuridico tutelato dal delitto di diffamazione (art. 595 c.p.), sulla cui esatta definizione si sono a lungo confrontati gli interpreti[2]. Esso è costituito dalla "reputazione", che a sua volta rappresenta un aspetto peculiare del concetto di "onore", quest'ultimo *lato sensu* inteso come l'insieme delle qualità morali, intellettuali e fisiche da cui dipende il valore della persona nel contesto sociale in cui vive[3]. Nel codice Rocco, la protezione penale dell'onore era affidata ai delitti di ingiuria (fattispecie ora abrogata e trasformata in illecito civile) e di diffamazione, posti a tutela di due distinti profili dello stesso bene giuridico. Più precisamente, secondo l'opinione tradizionale, l'ingiuria proteggeva l'onore in senso "soggettivo" o "interiore", cioè il sentimento che ognuno ha di sé e della propria dignità morale; invece la reputazione, quale specifico bene giuridico tutelato dal delitto di diffamazione, designa il profilo "oggettivo" o "esteriore" dell'onore, costituito dalla considerazione e stima di cui un certo individuo gode presso gli altri consociati[4].

La descritta ricostruzione teorica postula una concezione "fattuale" dell'onore, considerato come un sentimento del proprio o dell'altrui valore, e dunque un elemento della realtà psichica o sociale. Pur corrispondendo alla prospettiva del legislatore del 1930, tale impostazione nasconde però il rischio di una relativizzazione della tutela penale,

[2] *Ex multis*, cfr. P. Siracusano, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, 32.

[3] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, XV ed. integrata ed aggiornata a cura di Grosso, Milano, 2008, 202 ss. Sul concetto di onore si veda il fondamentale studio di E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

[4] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. 2, tomo 1, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, 95.

subordinando di fatto l'applicazione delle fattispecie in questione all'opinione del soggetto passivo o dei membri del gruppo sociale cui questi appartiene. E infatti, intendere i concetti di onore e reputazione in senso fattuale determinerebbe l'esclusione della tutela per i soggetti incapaci di percepire il significato offensivo dei termini contro di loro espressi (come ad esempio i minori o gli infermi[5]), nonché per i soggetti privi di reputazione, o perché disistimati (si pensi alla prostituta o al criminale) o perché non conosciuti dalla collettività (è il caso di chi sia nuovo in un ambiente di lavoro). In tali casi, mancando di fatto una reputazione o essendo totalmente negativa, non si potrebbe configurare l'offesa al bene giuridico e, quindi, neanche il reato[6].

Muovendo da tali obiezioni, parte della dottrina ha elaborato una concezione cd. normativa dell'onore, intendendolo non più come un fatto, o una realtà fenomenica, bensì come un valore «presente in ciascun uomo, in quanto discendente direttamente dalla sua personalità»[7]: trattandosi di un attributo originario della persona umana in sé considerata, ne deriva che l'onore deve essere tutelato obiettivamente, a prescindere dall'effettiva percezione dell'offesa da parte del soggetto passivo o della collettività, con conseguente anticipazione della soglia di tutela.

Il problema principale della concezione normativa, peraltro, attiene all'astrattezza del concetto di onore come "valore" e alla conseguente necessità di individuare parametri di riferimento per attribuirvi significato. In merito si sono confrontate diverse ricostruzioni dottrinali, che hanno alternativamente concepito l'onore come valore sociale o morale[8]. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si è invece affermata una lettura in chiave personalistica e costituzionalmente orientata del bene giuridico dell'onore[9], ritenendosi che lo stesso, pur non essendo espressamente previsto nel testo costituzionale, trovi in esso il proprio fondamento. Secondo alcuni interpreti l'onore sarebbe ricompreso tra i «diritti inviolabili dell'uomo» di cui all'art. 2 Cost.; secondo altri, invece, esso sarebbe da ricondursi al disposto di cui all'art. 3 Cost., nella parte in cui riconosce «pari dignità sociale» a tutti i cittadini; per altri ancora, infine, tali principi costituzionali possono essere congiuntamente richiamati[10].

Il valore costituzionale dell'onore – inteso come espressione fondamentale della dignità della persona – ha trovato riconoscimento anche da parte della prevalente giuri-

[5] A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale: le alternative di tutela*, Padova, 1989, 69 ss.

[6] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 96, anche per gli esempi riportati.

[7] E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 35. Sulla concezione normativa cfr. ampiamente P. Siracusano, voce *Ingiuria e diffamazione*, cit., 33; A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale: le alternative di tutela*, cit., 203. Per l'elaborazione di tale concezione, di particolare rilievo è stato l'apporto teorico della dottrina tedesca: per tutti, cfr. H.J. Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, Karlsruhe, 1967.

[8] Secondo una prima e più risalente tesi, cd. utilitaristica, l'onore è inteso come valore sociale, cioè come valore attribuito a ciascuno dalla società in cui vive in base ai propri "meriti comunitari" (S. Messina, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, 63; G. Battaglini, *Il bene dell'onore e la sua tutela penale: studio*, in *Rivista penale*, vol. 83, 1916, 249); secondo la variante cd. morale della concezione normativa, invece, l'onore è un valore interiore della persona umana in quanto tale, in forza della propria dignità di uomo e, pertanto, uguale in tutti gli uomini (E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 35).

[9] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 44 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 143 ss.

[10] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, 95.

sprudenza, che proprio da tale premessa parte quando si occupa del delicato problema del bilanciamento dell'onorabilità individuale con i diritti di cronaca e di critica, quali manifestazioni del principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.

Più di preciso, secondo la Cassazione, esiste un nucleo inviolabile di "dignità umana" da riconoscersi a ogni persona, a prescindere dal grado di considerazione sociale di cui essa gode, e in grado di essere comunque pregiudicato da espressioni obiettivamente denigratorie[11]. Da tale principio discende che la tutela penale per il delitto di diffamazione si estende anche ai soggetti il cui onore abbia già subito compromissioni o che siano completamente disistimati agli occhi della collettività: caso emblematico – che assume particolare rilievo ai nostri fini, in quanto oggetto della sentenza in commento – è quello in cui destinataria dell'offesa sia una persona condannata per la commissione di delitti, magari di particolare odiosità. Anche costoro, infatti, in quanto esseri umani, hanno diritto di essere rispettati e tutelati nella propria onorabilità. A ciò si aggiunge che la verità del fatto attribuito di per sé non esclude il carattere offensivo dell'espressione utilizzata (ad esempio, il termine "ladro" rivolto ad un condannato per furto, o di "pregiudicato" a chi abbia commesso reati giudizialmente accertati[12]), la quale può quindi integrare diffamazione laddove assuma una valenza denigratoria e, quindi, lesiva nei confronti del soggetto passivo[13].

Per altro verso, pur riconoscendo all'onore valenza costituzionale, la giurisprudenza di legittimità non abbandona del tutto la prospettiva fattuale, in quanto, per stabilire l'idoneità offensiva di una data espressione, adotta un criterio di "media convenzionale" che fa riferimento «alle personalità dell'offeso e dell'offensore nonché al contesto in cui detta espressione sia stata pronunciata ed alla coscienza sociale»[14]. In tal modo, la valutazione circa l'offesa al bene giuridico assume carattere graduabile, relativo, potendo la medesima condotta risultare diffamatoria nei confronti di un soggetto e non di un altro, ovvero in un determinato contesto e non in uno diverso. Significativo, inoltre, è il richiamo alla "coscienza sociale", che sottolinea la natura storicamente variabile della nozione di onore[15]: considerati i profondi mutamenti sociali che, negli ultimi decenni, hanno interessato il linguaggio comune, con il diffondersi dell'utilizzo di espressioni volgari e ineducate, è ben possibile che epiteti un tempo considerati diffamatori ora siano tollerati, in quanto non più intesi come veicolo di giudizi di disvalore sulle qualità personali dei consociati cui sono dirette.

Tale prospettiva relativistica e fattuale, peraltro, incontra un argine nel richiamato rispetto del principio costituzionale della dignità umana, che assume invece valenza assoluta. Si afferma infatti la sussistenza di un "onore minimo", in capo a chiunque per il solo fatto di essere uomo, che costituisce un limite invalicabile al rispetto della

[11] *Ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2015, n. 19070; Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2008, n. 34599.

[12] Si veda Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2014, n. 475.

[13] Cass. pen., sez. V, 4 dicembre 1991, n. 1481; Cass. pen., sez. V, 8 aprile 2003, n. 22869; Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2008, n. 35032.

[14] Tra le più recenti, cfr. Cass. pen., sez. V, 18 giugno 2015, n. 35027.

[15] Ad esempio, l'epiteto "fascista", mentre in passato aveva significato elogiativo, ora costituisce un'offesa (Cass. pen., 26 giugno 1986, in *Rivista penale*, 1986, 962).

dignità della persona: solo al di sopra di tale *minimum* di tutela costituzionale, il carattere ingiurioso del fatto può dipendere dalle qualità personali dell'offeso (come la sua posizione sociale) o dal contesto in cui si inserisce[16]. Determinate modalità espressive sono invece oggettivamente da considerarsi offensive e, quindi, inaccettabili in qualsiasi contesto pronunciate: ciò accade, in particolare, in presenza di espressioni che manifestano un'intrinseca carica di disprezzo e dileggio, o che rivelano la volontà di umiliare il destinatario[17].

Orbene, tale principio di carattere generale assume rilievo centrale nell'impianto motivazionale della sentenza in commento, che ne offre una specifica declinazione. Richiamando un proprio precedente[18], la Cassazione afferma che costituiscono espressioni obiettivamente insultanti quelle «con le quali si "disumanizza" la vittima, assimilandola a cose, animali o concetti comunemente ritenuti ripugnanti, osceni, disgustosi»: ne è esempio paradigmatico proprio la locuzione con cui si paragoni una persona ad un "escremento", la quale, per quanto possa essersi degradato il codice comunicativo, conserva intatta la propria valenza ingiuriosa.

Una volta affermato il carattere offensivo della condotta incriminata – circostanza che, peraltro, non era stata negata neppure dalla sentenza di primo grado[19] – si tratta di verificare se la stessa non possa dirsi in qualche modo giustificata dall'esercizio del diritto di critica. Intorno a questo punto, infatti, ruota il contrasto argomentativo tra il Tribunale di Trapani e la Cassazione.

4. La scriminante costituzionale dell'esercizio del diritto di critica

La tutela penalistica dell'onore incontra un limite nel principio di libertà di manifestazione del pensiero, sancito dall'art. 21 Cost. e dall'art. 10 CEDU: si tratta di un valore di centrale importanza nell'attuale contesto costituzionale, in quanto funzionale alla sopravvivenza stessa del regime democratico, che proprio dal libero confronto delle idee trae la sua linfa vitale. Tale principio, pertanto, induce a considerare leciti (in quanto non antigiuridici) determinati comportamenti conformi al tipo legale della diffamazione, dando luogo all'applicazione della causa di giustificazione comune dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.)[20]: in particolare, nell'ambito dell'attività giornalistica, vengono in considerazione le scriminanti del diritto di cronaca e del diritto di critica, quali spe-

[16] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., 205.

[17] Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2015, n. 19070; Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2013, n. 25563.

[18] Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2011, n. 42933. Nei medesimi termini si è espressa anche Cass. pen., 3 luglio 2012, n. 42039.

[19] Secondo il Tribunale, «le scelte di vita dell'individuo – per quanto possano ritenersi riprovevoli in un determinato momento storico – non autorizzano l'adozione di espressioni certamente denigratorie nei suoi confronti, e ciò in quanto il valore della dignità umana costituisce una componente insopprimibile di ogni persona».

[20] P. Siracusano, voce *Ingiuria e diffamazione*, cit., 44.

cifiche estrinsecazioni della libertà di manifestazione del pensiero[21].
Una volta ammesso, però, che anche la reputazione costituisce un bene di rilevanza costituzionale, si pone il problema di individuare il punto di equilibrio tra questi due contrapposti interessi. A tal fine, la dottrina e la giurisprudenza hanno circoscritto l'efficacia scriminante dell'art. 21 Cost. al rispetto di determinati limiti, diversamente modulati nell'ambito della cronaca e della critica. Tali criteri – che con riferimento al diritto di cronaca[22] sono stati enucleati, sin dalla nota sentenza "decalogo" della Cassazione civile del 1984[23], nei requisiti della verità del fatto narrato, della pertinenza o utilità sociale della notizia e della continenza espositiva – assumono connotazioni peculiari rispetto al diritto di critica, da intendersi come libertà di esprimere giudizi personali, incluso anche il diritto di dissentire rispetto alle opinioni altrui e di sottoporre a censure le altrui affermazioni o condotte. Ed è proprio l'esame di tale diritto, nei suoi rapporti con la tutela dell'onore, ad assumere rilievo centrale nella pronuncia in commento, in quanto l'espressione oggetto di contestazione (la qualificazione del boss mafioso al pari di un escremento) ha natura valutativa (nella specie, denigratoria) e non descrittiva.
In relazione al diritto di critica, anzitutto, risulta più attenuato il requisito della verità dei fatti narrati, che in senso proprio può riguardare solo il presupposto fattuale alla base del giudizio, non invece il contenuto valutativo in sé, il quale di per sé non può che fondarsi su un'interpretazione soggettiva dei fatti, come tale insuscettibile di verifica[24]. Conseguentemente, i criteri regolatori che assumono maggior pregnanza sono quelli della rilevanza sociale dell'argomento e della correttezza del linguaggio espositivo.
Quanto al limite della pertinenza, esso richiede che il giudizio abbia ad oggetto fatti, persone o situazioni rispetto alle quali sussiste un rilevante interesse alla formazione di un'opinione consapevole e pluralistica dei consociati. Questo profilo assume particolare rilievo in taluni ambiti a forte caratterizzazione pubblica – come quello politico o giudiziario – rispetto ai quali il limite dell'interesse pubblico deve considerarsi di per sé sussistente[25]. In proposito, è opportuno sottolineare come anche le vicende relative alla criminalità organizzata di tipo mafioso – per le forti implicazioni sociali e culturali che comportano – acquistino un indubbio valore di interesse per la società italiana.
Il profilo più problematico attiene, però, al limite della continenza, sulla cui definizione

[21] Ulteriore ipotesi di esercizio della libertà di manifestare il proprio pensiero è rappresentato dal diritto di satira, che tuttavia è generalmente ricondotto all'interno del diritto di critica, del quale configura una espressione peculiare. A differenza della critica, infatti, la satira mira a rappresentare una situazione in termini esagerati e caricaturali. Sul tema si veda per tutti M. Mantovani, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, 295.

[22] Questo può essere definito come diritto di informare la collettività tramite il mezzo della stampa su accadimenti di pubblico interesse: cfr. E. Musco, voce *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 645.

[23] Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259; i principi ivi affermati si sono consolidati nella giurisprudenza successiva.

[24] In argomento v. M. Pelissero, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1227; secondo una prospettiva in realtà solo in apparenza differente, A. Manna, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: gli arresti giurisprudenziali*, in *Cassazione penale*, 2003, 3600 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. V, 14 ottobre 2015, n. 6463.

[25] A. Gullo, *Delitti contro l'onore*, in C. Piergallini - F. Viganò (a cura di), *Reati contro la persona*, Estratto dal VII volume del *Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2015, 189 ss.

si sofferma in particolare la sentenza in esame. Avendo a oggetto un giudizio personale, la critica gode di maggior libertà dialettica rispetto al diritto di cronaca, e può anche consentire l'uso di un linguaggio figurato, gergale, aspro o polemico, che può tradursi in espressioni astrattamente offensive e soggettivamente sgradite alla persona cui sono rivolte.

Tuttavia, come ha cura di ribadire la Cassazione nella sentenza in commento, affinché possa considerarsi lecita, l'espressione critica deve pur sempre risultare proporzionata e funzionale all'opinione o alla protesta, dovendo cioè rivestire una «forma espositiva non ingiustificatamente sovrabbondante rispetto al concetto da esprimere»[26]: in tal senso, la continenza individua un rapporto di proporzione tra la critica e il registro linguistico utilizzato[27].

Peraltro, come si è anticipato nel precedente paragrafo, ai fini della delimitazione del diritto di critica, sotto lo specifico profilo della continenza, assume fondamentale importanza il principio costituzionale della dignità umana (artt. 2 e 3 Cost.), di cui l'onore costituisce una delle possibili espressioni: è il rispetto della "dignità minima" dell'essere umano a segnare il limite invalicabile oltre il quale la libertà di manifestazione del pensiero non può spingersi. Secondo la giurisprudenza, tale nucleo di dignità viene ad essere leso per effetto di espressioni che, in quanto gravemente infamati o inutilmente umilianti, trasmodino nella denigrazione della persona criticata in quanto tale, provocando una gratuita ed immotivata aggressione alla sfera morale altrui[28]. Ricorrendo alle parole usate della Cassazione, «la pur giustificata critica dell'operato altrui impone, comunque, il rispetto di quelli che sono e restano limiti invalicabili, posti dall'art. 2 Cost., a tutela della dignità umana, con la conseguenza che alcune modalità espressive sono oggettivamente (e dunque per l'intrinseca carica di disprezzo e dileggio che esse manifestano o per la riconoscibile volontà di umiliare il destinatario) da considerarsi offensive».

Proprio da tali premesse argomentative muove la sentenza in commento per negare la sussistenza della scriminante dell'esercizio del diritto di critica. Ed è rispetto a tale profilo, come detto, che si misura il contrasto con la sentenza di primo grado.

5. Un difficile bilanciamento

Il giudice di merito[29] riconosceva il diritto di critica in relazione a due argomenti. In primo luogo, l'espressione in concreto utilizzata dal giornalista – pur obiettivamente denigratoria – risponderebbe ad una logica di interesse pubblico, perseguendo l'obiettivo di sottoporre a critica il sistema pseudo-valoriale proprio dell'associazione mafiosa cui apparteneva il destinatario dell'epiteto ingiurioso. In tal senso, la locuzione costitu-

[26] Cass. pen., sez. I, 13 giugno 2014, n. 36045, citata dalla pronuncia in commento.

[27] A. Gullo, *Delitti contro l'onore*, cit., 190.

[28] Si tratta di orientamento consolidato, cui la sentenza in nota si conforma. *Ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2016, n. 37397; Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2015, n. 19070; Cass. pen., sez. I, 13 giugno 2014, n. 36054; Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2010, n. 4938.

[29] Trib. Trapani, 7 giugno 2016, cit.

irebbe un richiamo alla celebre frase di Peppino Impastato («la mafia è una montagna di merda»), volta a sottolineare la capacità della mafia di intaccare le strutture portanti della società civile, mediante una precisa strategia di sistematica confusione tra valori e disvalori. Il riferimento all'escremento rappresenterebbe, quindi, un mero artificio retorico «in grado di provocare nel lettore un senso di straniamento che lo interroga sulla validità delle prospettive tradizionali, e ciò allo scopo di sollecitarlo ad una nuova consapevolezza sulla necessità di sradicare ogni ambiguità nella scelta tra contrapposti (seppure artatamente confondibili) sistemi valoriali».

Secondo il Tribunale, inoltre, sarebbe altresì rispettato il requisito della continenza, in quanto l'utilizzo di un registro "basso" sarebbe maggiormente efficace nel raggiungere anche le persone che, per intrinseci limiti culturali, si trovano più esposte al rischio di incorrere in quella confusione tra valori e disvalori perseguita dalle associazioni criminali. Inoltre, la circostanza che l'espressione denigratoria fosse collocata in chiusura all'articolo, al termine dell'esposizione delle vicende criminali del defunto, escluderebbe la gratuità dell'offesa e ne dimostrerebbe, al contrario, la stretta correlazione rispetto all'interesse pubblico avuto di mira.

La Cassazione, invece, smentisce il ragionamento del giudice di primo grado e riafferma il superiore valore della dignità umana, il cui contenuto minimo non può mai essere offeso, neppure se per perseguire una finalità più generale, come quella di criticare il sistema (dis)valoriale mafioso. Del resto, la "metafora" dell'escremento muta completamente di significato nel momento in cui si riferisce non all'associazione criminale nel suo complesso (come accadeva nella frase di Peppino Impastato), ma a un suo singolo appartenente: in tal caso, infatti, l'espressione non può che costituire un attacco di natura personale e denigratoria.

Per la Suprema Corte, peraltro, non ha alcun rilievo il fatto che destinatario dell'insulto sia un esponente apicale della criminalità organizzata, in quanto la dignità è riconosciuta dal nostro ordinamento a qualsiasi essere umano, anche al riconosciuto autore di delitti efferati o a chi appartiene a un'associazione malavitosa sanguinaria e nefasta, o addirittura ne è a capo. E, del resto, proprio il rispetto di tali diritti varrebbe a qualificare «la superiorità dell'ordinamento statale, fondato sulla centralità della protezione dell'individuo, rispetto ad organizzazioni criminali, che invece si nutrono del sostanziale disprezzo di chi non risponda alle proprie finalità».

In tale decisione, pertanto, i giudici di legittimità fanno applicazione dei principi propri della concezione normativo-costituzionale dell'onore, inteso come valore proprio ed intangibile di ogni essere umano. In tale direzione, assume particolare interesse il richiamo argomentativo al principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, c. 3, Cost.), che costituisce il valore costituzionale fondante dell'attuale sistema punitivo. Poiché la pena deve sempre avere come fine la rieducazione del reo, non è mai consentito considerare il condannato – financhè il peggior criminale – come un soggetto "macchiato" una volta per tutte dai propri delitti, privo di qualsivoglia reputazione sociale penalmente tutelabile: e infatti, conclude la Corte, nel momento in cui l'ordinamento penale si fonda sulla "rieducabilità" del condannato, esso non può tollerare «neanche come artifizio retorico, la sua reificazione».

6. Conclusioni

Nonostante le forti critiche suscitate nell'opinione pubblica, da cui è stata talora interpretata come un affronto alle battaglie ideologiche e sociali dell'antimafia, la sentenza della Cassazione non fa in realtà che affermare il rispetto dei superiori principi costituzionali imperniati sul rispetto della persona umana. Proprio la necessità di contrastare – sotto il profilo culturale, prima ancora che materiale – il sistema valoriale della criminalità organizzata di stampo mafioso impone all'ordinamento statale di mantenere fermo il rispetto di quei principi, di natura universale, che costituiscono il perno del vivere civile e democratico. Questo non significa che i consociati non siano liberi di esprimere censure, e finanche sentimenti di disistima e disprezzo, nei confronti di coloro che si siano macchiati di gravi crimini e che abbiano, con i loro comportamenti, arrecato un danno alla collettività. Il limite, come evidenziato dalla sentenza in oggetto, sta proprio nella continenza, nella modalità espositiva delle critiche, che non può trasmodare nell'insulto in quanto tale.

Le argomentazioni della Cassazione sono dunque persuasive, e non pare giustificata una loro lettura in termini di "affronto" all'antimafia, come pure in taluni casi si è sostenuto. Ciò non toglie, per converso, che anche il ragionamento seguito dal giudice di primo grado mostrasse una propria intrinseca logicità e ragionevolezza: senza negare l'obiettiva offensività della condotta per l'onore del defunto boss mafioso, detto giudice riteneva non meramente gratuita l'espressione ingiuriosa in concreto utilizzata dall'imputato, non trattandosi di un insulto a sé stante bensì inserito a conclusione di un preciso percorso argomentativo.

La soluzione adottata dalla Cassazione, in definitiva, pare sicuramente corretta ma forse non obbligata, nel senso che una diversa conclusione – più conforme al sentire sociale di contrapposizione alla criminalità organizzata di stampo mafioso – avrebbe potuto essere in astratto motivata. Questa ambivalenza argomentativa dimostra la perdurante drammaticità del tema del bilanciamento tra gli opposti valori dell'onore e della libertà di manifestazione del pensiero, un campo in cui spesso prevalgono scelte valoriali più che giuridiche, ed in cui le medesime affermazioni di principio possono condurre ad esiti pratici del tutto contrastanti. Del resto, il carattere estremamente ondivago della giurisprudenza in materia di diffamazione evidenzia come, in questo contesto, ai fini della decisione assuma carattere determinante la diversa percezione soggettiva del singolo giudice e la scala valoriale da questi adottata, con la conseguenza di dar luogo a risultati applicativi che appaiono difficilmente compatibili con il principio di stretta legalità e determinatezza della norma penale, il quale pure è previsto dalla Costituzione a fondamento dell'attuale sistema punitivo.

La retorica delle parole ostili e il volano dell'intolleranza verso gli intolleranti. A commento di una recente decisione dell'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria

Marco Bassini

Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, 10 novembre 2017, pronuncia n. 68/2017, *Comitato di Controllo c. Associazione Generazione Famiglia – La Manif Pour Tous Italia, Fondazione Citizen GO*

Il messaggio consistente nell'associazione tra la dicitura "Basta violenza di genere – I bambini sono maschi. Le bambine sono femmine" e la rappresentazione grafica di due mani che offrono a una sagoma infantile di colore rosa un paio di baffi e a una sagoma infantile di colore azzurro un reggiseno non viola gli artt. 10, 11 e 46 del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria.

Il messaggio non determina alcuna violazione della dignità della persona e non integra una discriminazione fondata sul genere: in presenza di un appello al pubblico che, pur presentando alcuni elementi di ambiguità, è privo di un contenuto offensivo e discriminatorio, deve infatti prevalere il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero. Parimenti, il messaggio non contiene elementi dannosi per i minori che lo osservano, potendo essere, quanto alla componente testuale, in parte per loro incomprensibile e in parte percepibile come un'affermazione generica; e, quanto alla parte grafica, inidoneo a suscitare forte impressioni.

Altresì, il messaggio si presenta quale manifestazione di un'organizzazione di tendenza e non come informazione di carattere imparziale, sicché non sussiste alcun pericolo che esso sia inteso dall'osservatore come espressione di fatti accertati anziché come espressione di opinioni di parte.

Keywords: libertà di espressione, pubblicità, discriminazione, anonimato, dignità

Marco Bassini

Sommario

1. Introduzione – 2. L'ingiunzione di desistenza – 3. La decisione del Giurì – 4. Qualche breve osservazione a margine

1. Introduzione

La Manif Pour Tous e Citizen GO sono due associazioni attive in diversi paesi che perseguono l'obiettivo di contrastare la diffusione di teorie educative che, parallelamente all'approvazione di leggi contro l'omofobia e la transfobia e a favore di unioni e adozioni tra coppie omosessuali, tenderebbero alla decostruzione della famiglia naturale e alla rivisitazione dell'identità sessuale, con importanti ripercussioni sul versante della libertà di manifestazione del pensiero. Tali associazioni contestano, così, la cosiddetta "teoria del gender", che si appellerebbe a una svalutazione delle differenze tra i generi dell'identità sessuale per giustificare la legittimità delle unioni omosessuali. È noto che il riferimento a tale ideologia presenta una corrispondenza semantica piuttosto ambigua che, in carenza di precise indicazioni scientifiche, sembra talora prestarsi a un utilizzo retorico e perfino strumentale. Se non è agevole identificare le fondamenta scientifiche ed epistemologiche di questa teoria, sono nondimeno ben chiare le derive relativistiche contro cui si schierano le attività delle associazioni La Manif Pour Tous e Citizen GO.

È in questo contesto che si colloca la vicenda che ha dato origine alla pronuncia in commento, scaturita da una campagna informativa avviata dalle due associazioni nello scorso autunno e organizzata nella forma di un tour tra le piazze di varie città italiane del cosiddetto "bus della libertà". Il tour nelle piazze veniva preannunciato da cartelloni stradali che recavano alcuni messaggi uniti a rappresentazioni grafiche, che campeggiavano sullo stesso autobus di colore arancione utilizzato dagli organizzatori della campagna informativa. Tali messaggi consistevano nella dicitura "Basta violenza di genere", accompagnata dalla rappresentazione grafica di due mani che offrivano a una sagoma infantile di colore rosa un paio di baffi e a una sagoma infantile di colore azzurro un reggiseno, sotto la quale erano collocate le espressioni "I bambini sono maschi" in azzurro e "Le bambine sono femmine" in rosa. A corredo di queste indicazioni, il messaggio includeva la sagoma stilizzata del bus arancione e l'indicazione dei siti Internet delle associazioni promotrici.

2. L'ingiunzione di desistenza

Con provvedimento del 4 ottobre 2017, il Comitato di Controllo, organo garante degli interessi generali dei consumatori, ingiungeva alle due associazioni di desistere dalla diffusione, con ogni mezzo, del suddetto messaggio. Si scoprirà poi che l'ingiunzione di desistenza era stata adottata all'esito di una segnalazione della Presidenza del

Consiglio dei Ministri, con cui, in base al Protocollo di intesa in essere con l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, venivano trasmessi alcuni esposti ricevuti da privati.
L'ingiunzione, adottata ai sensi dell'art. 39 del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria (di seguito, anche il "Codice"), si fondava sull'accertata violazione di tre distinte disposizioni, segnatamente l'art. 10 (rubricato "Convinzioni morali, civili, religiose e dignità della persona"), l'art. 11 ("Bambini e adolescenti") e l'art. 46 ("Appelli al pubblico").
A determinare la lesione di queste prescrizioni, ad avviso del Comitato di Controllo, erano soprattutto tre caratteristiche: la perentorietà delle espressioni e delle immagini utilizzate, giudicata idonea a offendere la dignità della persona e in particolar modo di «coloro che non si riconoscono nell'impostazione rigidamente escludente assunta dai promotori»; la capacità di turbamento della sensibilità dei minori mediante una prospettazione asseritamente rigida dell'identità sessuale, in grado di impattare su «condizioni personali molto delicate e anche dolorose»; l'assenza di indicazioni che consentissero di precisare che quella veicolata fosse in realtà un'opinione di parte, da accogliersi «nel rispetto delle sensibilità diffuse».
Le associazioni promotrici presentavano opposizione all'ingiunzione, negando la sussistenza di una violazione delle norme del Codice a fronte di un messaggio che si sarebbe limitato a presentare un'opinione su un tema di cogente attualità indicando chiaramente la propria provenienza. Tale opinione, ad avviso degli opponenti, avrebbe reagito, nel pieno esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, «a un tentativo preponente (i.e. violento) di imposizione culturale […] avente quali destinatari finali bambini e adolescenti e finalizzato ad obliare il dato dell'identità sessuale come qualificazione obiettiva e biologica», la cosiddetta ideologia *gender* ormai di carattere *mainstream*.
Il Comitato di Controllo rigettava l'opposizione, precisando i propri dubbi sulle modalità di estrinsecazione del messaggio, tali da configurarlo come un fatto accertato e non come un'opinione, alla stregua cioè di un paradigma assoluto noncurante dell'esistenza di sensibilità diverse che avrebbe evocato l'esistenza di una violenza di genere in relazione a ogni costruzione aliena dalle categorie predefinite dell'identità sessuale.
Gli atti venivano quindi trasmessi al Presidente del Giurì, innanzi al quale il Comitato di Controllo rinnovava la richiesta di rigetto dell'opposizione e le associazioni ingiunte presentavano una memoria di replica.
Tale memoria ribadiva l'insussistenza delle violazioni contestate dal Comitato di Controllo, esponendo che l'espressione "violenza di genere" dovesse precipuamente intendersi come riferibile a «qualsiasi atto di indebita ingerenza nel processo personale di maturazione e di estrinsecazione dell'identità sessuale»; e che il messaggio non presentasse alcun contenuto escludente, dovendosi interpretare, più correttamente, come invito a desistere da forme di condizionamento precoce dei bambini sul tema dell'identità sessuale. Proprio la funzione del messaggio giustificava, ad avviso delle associazioni promotrici, l'utilizzo di un linguaggio forte e suggestivo.

3. La decisione del Giurì

Con decisione del 10 novembre 2017, il Giurì ha dichiarato che la comunicazione contestata non fosse in contrasto con alcuna disposizione del Codice.
Il provvedimento ha esaminato separatamente le presunte violazioni che avevano motivato l'ingiunzione di desistenza.
Dapprima, e più estensivamente, il Giurì ha preso in considerazione la violazione dell'art. 10, comma 2 del Codice, a mente del quale la comunicazione commerciale «deve rispettare la dignità della persona in tutte le sue forme ed espressioni e deve evitare ogni forma di discriminazione, compresa quella di genere».
La pronuncia muove da una ricognizione delle diverse interpretazioni offerte, rispettivamente, dal Comitato e dalle due associazioni al messaggio controverso.
Da un lato, gli opponenti sostengono l'esigenza di contestualizzare il messaggio, collocandolo nell'ambito del dibattito occasionato da iniziative in ambito scolastico volte a «propagandare l'idea della "fluidità" di genere e del carattere puramente opzionale dell'identità sessuale dell'individuo». Tali iniziative turberebbero il normale percorso di costruzione dell'identità sessuale, costituendo forme di intrusione prepotente e dannosa nella psiche dei minori. Sicché, in questo quadro, l'utilizzo dell'espressione "violenza di genere" troverebbe piena giustificazione semantica.
Dall'altro lato, il Comitato di Controllo sottolinea invece l'intrinseca ambiguità del significato lessicale del messaggio, in quanto l'espressione "violenza di genere" conoscerebbe, nel sentire comune, una particolare declinazione, legata alla violenza contro le donne. Talché la percezione per l'osservatore medio risulterebbe disorientante e il messaggio rischierebbe di essere inteso come denuncia del carattere violento di «qualsiasi pratica e […] qualsiasi opinione che metta in dubbio la dicotomia rigida ricevuta dalla tradizione, in materia di identità sessuale». Questa lettura motiverebbe la lesione della dignità della persona e il carattere discriminatorio del messaggio.
Il Giurì, al riguardo, ha preso le distanze da entrambe le interpretazioni prospettate, rilevando come l'attenzione dell'osservatore medio sarebbe invero catturata in particolar modo delle parole "basta violenza" e dall'immagine delle mani incombenti sulle sagome di due bambini, che costituiscono così, in una valutazione sintetica, «il nucleo centrale» del messaggio. Al contrario, le parole "di genere", riportate nel rigo sottostante l'espressione "basta violenza", potrebbero essere intese nel senso prospettato dagli opponenti solo dagli osservatori più informati, mentre ad altri, specie a coloro che riferiscono abitualmente tale espressione alla violenza sulle donne, susciteranno maggiore incertezza, anche in considerazione del significato complessivo del manifesto pubblicitario: ma non rivestono la medesima centralità della locuzione "basta violenza" e della rappresentazione grafica corredata.
Secondo il Giurì, pertanto, il messaggio può essere senz'altro percepito dall'osservatore medio come «una reazione fortemente polemica avverso iniziative "violente"», tese a incidere sulla formazione dell'identità di genere nei minori; ma lo stesso non può costituire «una condanna morale di qualsiasi opinione che […] proponga scelte pedagogiche differenti da quelle tradizionali, e tanto meno come un messaggio volto

ad offendere e discriminare le persone sulla base dell'identità di genere».
Il messaggio si deve dunque interpretare come «una reazione difensiva contro iniziative altrui che, a torto o a ragione, appaiono caratterizzate da modalità "violente", e non come una demonizzazione di qualsiasi opinione non tradizionalista in materia di identità di genere». Secondo il Giurì, nonostante persistano elementi di ambiguità, questi ultimi non sono sufficienti, nella fattispecie, a dare luogo a una violazione; la quale sarebbe integrata soltanto ove si dimostrasse che le espressioni contenute nel messaggio fossero decodificate dagli osservatori come offensive delle dignità della persona o discriminatorie. Pertanto, «in presenza di un appello al pubblico, che pur presenta qualche elemento di ambiguità, ma che non ha un chiaro contenuto offensivo o discriminatorio, deve prevalere il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero».
Così esclusa la violazione dell'art. 10, relativo a convinzioni morali, civili, religiose e alla dignità della persona, la decisione del Giurì si è appuntata, sinteticamente, anche sugli ulteriori profili al centro dell'ingiunzione.
Dapprima, la pronuncia ha escluso una violazione dell'art. 11 (Bambini e adolescenti): il messaggio non contiene alcun elemento in grado di nuocere psichicamente ai bambini che dovessero osservarlo, essendo l'espressione utilizzata loro incomprensibile o comprensibile soltanto come affermazione generica e la rappresentazione grafica inidonea a suscitare forti impressioni o turbamento.
In secondo luogo, il Giurì ha ritenuto parimenti insussistente la lesione dell'art. 46, relativo agli appelli al pubblico. Tale norma impone che, ferma la libertà di esprimere le proprie opinioni, dal messaggio deve risultare chiaramente che trattasi di opinioni e non di fatti accertati. Il messaggio in questione, secondo il Giurì, si configura senz'altro come espressione di associazioni di tendenza, che non sono portatrici di un'informazione imparziale. Si tratta, infatti, di un messaggio "firmato", chiaramente loro riconducibile, e dunque inidoneo a ingenerare nell'osservatore l'impressione che si verta su fatti accertati.

4. Qualche breve osservazione a margine

La vicenda descritta nei paragrafi che precedono si presta senz'altro ad alcune interessanti, ancorché succinte, riflessioni.
Per comprendere appieno la portata e l'impatto della ingiunzione di desistenza del Comitato di Controllo e della successiva decisione del Giurì non è inutile rammentare come l'obiettivo del Codice di Autodisciplina sia quello di assicurare che la comunicazione commerciale, come recita l'art. 1, «venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore». E ancora: sempre a norma dell'art. 1, il Codice definisce le attività che sono in contrasto con tali finalità, ancorché le stesse siano conformi alle vigenti disposizioni legislative: si tratta di un passaggio di non poco momento.
Esaurite queste precisazioni preliminari, è però indubbio che la decisione restituisca indicazioni non trascurabili sul piano della libertà di manifestazione del pensiero e dei suoi possibili limiti e specialmente su quello della politica del diritto, in un'epoca con-

trassegnata da divisioni talvolta esacerbanti originate dall'uso di un lessico effettivo o presunto discriminatorio che si ricollega anche a tematiche relative all'appartenenza di genere e di identità sessuale.

Occorre in prima battuta interrogarsi su quale spazio occupi una comunicazione come quella controversa nella vicenda in commento, che evoca un contrasto alla "violenza di genere" facendosi portatrice di un motto ("i bambini sono maschi. Le bambine sono femmine") non opinabile nella sua incontestabile verità fattuale. Si versa in un campo, quello della comunicazione sociale, che senz'altro non può ricondursi pedissequamente all'ambito del *commercial speech* ma che nemmeno probabilmente attinge il perimetro del *political speech,* tradizionalmente più sensibile nell'interpretazione data dalla giurisprudenza delle corti (su tutte, la Corte europea dei diritti dell'uomo). Non è inutile ricordare lo standard di tutela modellato dalla Corte di Strasburgo nel famoso caso *Handyside,* in base al quale anche le espressioni che possono offendere o scioccare partecipano della tutela prevista dall'art. 10 CEDU: non soltanto, cioè, le informazioni che sono accolte in modo favorevole o con indifferenza ma anche quelle che possono suscitare inevitabili sentimenti di riprovazione beneficiano dell'arco di protezione tracciato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Diversamente, infatti, non sarebbe rispettato uno dei criteri che informa ogni possibile limitazione della libertà di parola, ossia la stretta necessità nell'ambito di una società democratica. Se questo è il tracciato entro il quale la libertà di manifestazione del pensiero è salvaguardata, occorre interrogarsi su quale spazio possano occupare espressioni che, pur celando l'uso di una provocazione e facendo appello al potere di suggestione delle parole, presentano un messaggio formalmente e sostanzialmente corretto e veritiero.

Questo standard di protezione della libertà di parola sembra aver ceduto il terreno, più di recente, a una pericolosa retorica della parole ostili, che sovraccarica l'uso del linguaggio meno *polite* di una portata superiore ai suoi reali confini offensivi, al punto talvolta da invocare addirittura reazioni dell'ordinamento giuridico, finanche in sede penale. L'intolleranza verso gli intolleranti o, volendo meglio parafrasare Popper, la riprovazione delle parole riprovevoli sembra così anticipata a una soglia di molto inferiore rispetto a quella in cui sarebbe effettivamente necessaria per salvaguardare la funzionalità del sistema democratico (a ben vedere, per i giuristi, non si tratta d'altro che di una applicazione più rigorosa del criterio di stretta proporzionalità). Tale deriva appare preoccupante soprattutto in un'epoca dominata da un moltitudine di dibattiti sul contrasto ai fenomeni delle *fake news* e dell'*hate speech*, in cui non esita a manifestarsi una tendenza ad apprezzare la bontà di giudizi e le opinioni, per loro natura personali e soggettivi, parametrandoli a una verità sublimata, *mainstream*, dunque surrettizia e soltanto pretesa ma indelebilmente soggettiva.

Il caso in commento non appare in questo senso isolato, se si considerano alcuni episodi, quasi paradossali, tratti dall'attualità che pure esulano dall'ambito specifico della comunicazione commerciale.

Di questa inclinazione si fa testimone, per esempio, la bizzarra e grottesca invettiva di un appassionato (e forse miope) tifoso di una squadra di calcio di Serie A che, contestando a un ex arbitro e opinionista sportivo la ricostruzione (peraltro impeccabile) della segnatura di un gol dichiarato in fuorigioco, paventava di effettuare una segna-

lazione alla Polizia di Stato, in base ai nuovi strumenti di repressione delle *fake news* introdotti dal Ministero dell'Interno. O ancora, di analoga deriva sembra rivelatrice anche l'infelice sortita di Lucia Annibali nei confronti di Marco Travaglio, accusato di aver auspicato, pur con parole forti ma semanticamente non opinabili e chiaramente metaforiche, lo "scioglimento nell'acido" della legislatura, a suo avviso poco commendevole, che va chiudendosi.

Il rischio è che, anziché tenere le porte aperte a uno spazio di dissenso che sarebbe conforme all'idea di un libero mercato delle idee, si accrediti la tendenza a catalogare come "*fake*" o come oltraggioso , a seconda dei casi, tutto ciò che non risponde a una sensibilità dominante (non necessariamente la più "corretta"), con annessa soccombenza delle opinioni di avviso contrario (non necessariamente "sbagliate"). E che ogni valutazione sulla forma finisca per imporsi anche come giudizio sulla sostanza delle parole (col che, naturalmente, non si vuole negare l'insopprimibile rispetto del criterio di continenza delle parole: che però pare altra cosa rispetto ai temi in questione nelle vicende che si commentano).

Si eliminerebbe, così, quella zona grigia, quel diritto talvolta all'irriverenza, talvolta al linguaggio mordace e finanche salace, talvolta al politicamente scorretto che è il sale della libertà di manifestazione del pensiero. Finendo per tradire così lo spirito di tolleranza che si cela dietro la garanzia ampia del diritto a esternare il proprio pensiero.

Se queste preoccupazioni appaiono fondate, bene ha fatto allora il Giurì a cassare l'ordine di desistenza del Comitato di Controllo, rimuovendo un precedente che sarebbe senz'altro divenuto un pericoloso macigno. Il tutto a tacere dei profili più strettamente giuridici; a rigore dei quali, volendo, il messaggio, condivisibile o meno, veicolato dalle organizzazioni reclamanti era chiaramente percepibile come provocatorio e in aperta polemica, dove l'espressione, pur suggestiva, "violenza di genere" poteva del resto ben essere contestualizzata alla luce della successiva locuzione "i bambini sono maschi. Le bambine sono femmine", e dove era ben indicata la provenienza del messaggio da associazioni di tendenza, circostanza da permettere a chiunque di percepire la portata non escludente e "parziale" dello stesso. Un elemento, quest'ultimo, a voler quasi ricordare l'importanza di una libertà che l'ordinamento tutela specie ove esercitata "a volto scoperto": dove quel volto scoperto serve, appunto, proprio a promuovere un dibattito sulla sostanza delle parole, non arrestandosi alle asperità della forma.

Note a Sentenza
Sezione comparata

Il riconoscimento della tutela costituzionale del diritto alla privacy in India

Monica Senor

Corte suprema indiana, 24 agosto 2017

Il diritto alla privacy è un diritto fondamentale dell'uomo che trova riconoscimento costituzionale in quanto connaturato al diritto alla vita ed alla libertà personale tutelati dall'art. 21 nonché alle altre libertà garantite nella Parte III della Costituzione indiana, con espresso annullamento della precedente giurisprudenza contraria e vincolante.

Keywords: privacy, privacy informazionale, data protection, dignità, diritti fondamentali, libertà personale

Sommario

1. Premessa. - 2. Il caso. - 3. I precedenti vincolanti. - 3.1. Il caso M P Sharma. - 3.2. Il caso Kharak Singh. - 4. Le motivazioni della sentenza. - 4.1. La privacy è un diritto naturale. - 4.2. Il superamento dei precedenti giurisprudenziali contrari. - 4.3. Il riconoscimento costituzionale del diritto alla privacy. - 4.4 L'essenza del diritto alla privacy. - 4.5. L'*informational privacy*. - 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

In data 24 agosto 2017, con una importante sentenza, la Corte Suprema dell'India ha riconosciuto che il diritto alla privacy è un diritto fondamentale dell'uomo riconducibile all'art. 21 della Costituzione indiana che tutela il diritto alla vita ed alla libertà personale ed alle libertà garantite dalla Parte III della stessa Costituzione[1].

La decisione è stata immediatamente definita, e può effettivamente essere considerata, storica perché, contestualmente all'enunciazione del principio di cui sopra, annulla la precedente giurisprudenza contraria e vincolante basata sulle decisioni M P Sharma e Kharak Singh risalenti, rispettivamente, al 1954 ed al 1962.

Pronunciata all'unanimità da un collegio di nove giudici, la sentenza è un provvedimento strutturato, analogamente alle pronunce della Corte Suprema statunitense, in una serie di motivazioni parallele: la *majority opinion*, che rappresenta la parte più lunga ed approfondita del provvedimento, è stata sottoscritta da quattro Giudici e dal Presidente della Corte, mentre le *concurring opinion* sono state redatte singolarmente da ognuno degli altri magistrati componenti l'organo giudicante.

Prima di esaminare le questioni giuridiche e le argomentazioni addotte in sentenza, pare opportuno fare una breve premessa in ordine alle caratteristiche principali del sistema giuridico indiano ed al funzionamento della sua Corte Suprema.

Nell'ordinamento indiano la Costituzione è fonte normativa primaria: entrata in vigore nel 1950, consta di ben 395 articoli ed otto allegati e si ispira a quelle di Stati Uniti, Canada, Australia ed Irlanda.

La Parte III tutela i diritti fondamentali; in particolare l'art. 21 sancisce che nessuno possa essere privato della vita o della libertà personale se non in forza di una procedura prevista per legge[2].

Il potere giudiziario, a cui viene riconosciuta piena indipendenza, è articolato, sul modello britannico, in tribunali di primo grado ed una High Court per ogni Stato federale ed una Corte Suprema dell'Unione a cui è attribuita una triplice giurisdizione: di ultima

[1] Testualmente: «*The right to privacy is protected as an intrinsic part of the right to life and personal liberty under Article 21 and as a part of the freedoms guaranteed by Part III of the Constitution*», cfr. Order of the Court in calce alla sentenza.

[2] Testualmente: «*No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law*»; cfr. il testo integrale della Costituzione indiana in http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-4March2016.pdf.

istanza sulla giustizia ordinaria, federale e costituzionale[3].
La Corte Suprema è costituita da giudici nominati dal Presidente dell'Unione indiana su proposta del Governo. Il *Chief Justice* che presiede la Corte è la terza carica della Stato, dopo il Presidente ed il Vice-presidente dell'Unione.
L'art. 141 della Costituzione prevede che il sistema delle fonti del diritto si debba conformare alla regola del precedente giudiziario vincolante, caratteristica degli ordinamenti giuridici di *common law*[4].
L'art. 348 c. 1 stabilisce che tutti i procedimenti e le decisioni della Corte Suprema e delle High Court, nonché gli atti dei Parlamenti dei singoli Stati e dell'Unione siano redatti in lingua inglese[5].
Una peculiarità dell'ordinamento giudiziario indiano, che vedremo essere un elemento fondamentale nella sentenza in commento, è che il numero dei giudici che compongono i collegi giudicanti non è predeterminato dalla legge, ma può variare a seconda di opportunità contingenti[6].

2. Il caso

Il caso su cui si è pronunciata la Corte Suprema indiana con la sentenza in commento ha origine nel novembre 2012 con la presentazione di una *public interest litigation* da parte di un ex giudice dell'High Court dello Stato di Karnataka, K. S. Puttaswamy, contro il Governo indiano in merito al progetto pubblico Aadhaar[7], a parere del *petitioner*, privo di una valida fonte normativa di riferimento e lesivo della riservatezza dei cittadini.
L'Aadhaar è un codice identificativo univoco assegnato ad ogni soggetto residente in India che confluisce in un database creato e gestito dalla Unique Identification Authority of India (UIDAI), un'Autorità statale creata nel 2016 dall'Aadhaar Act 2016.
Nell'Aadhaar e sulla relativa carta confluiscono non solo le informazioni anagrafiche e demografiche del titolare, ma anche una serie di dati personali di natura biometrica; il suo utilizzo si è andato sempre più diffondendo nel corso degli ultimissimi anni interessando svariati settori ed enti pubblici fino a diventare, di fatto, un adempimento obbligatorio in quanto strumento indispensabile per l'accesso a determinati servizi o per l'ottenimento di determinati benefici.
Nel 2013 la Corte Suprema, prendendo una prima forte posizione nel procedimento *de quo*, emetteva un *intermin order*[8] in cui, ribadendo il fatto che l'Aadhaar era (ed è) un codice rilasciato su base volontaria, disponeva che nessun cittadino indiano potesse subire pregiudizi per il solo fatto di non possedere la carta Aadhaar.

[3] D. Amirante - C. Decaro - E. Pföstl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione indiana. Profili introdottivi*, Torino, 2013, 150-154.

[4] S. Ceccanti, *Il sistema costituzionale indiano*, in https://stefanoceccanti.wordpress.com/2016/04/07/il-sistema-costituzionale-ndiano-prof-ssa-astrid-zei, 7 aprile 2016·

[5] G. Ajani - B. Pasa, *Diritto comparato Casi e materiali*, Torino, 2013, 564.

[6] D. Amirante e altri, *op. cit.*, 155-156.

[7] Maggiori informazioni in https://uidai.gov.in.

[8] Cfr. l'*interim order* in http://judis.nic.in/temp/494201232392013p.txt.

Nell'agosto 2015 la Corte Suprema, riunita in un collegio composto da tre giudici, depositava un secondo *order*[9] in cui, ravvisando nell'implementazione del codice Aadhaar con dati biometrici una potenziale violazione del diritto alla privacy, chiedeva che la questione fosse sottoposta all'esame di un collegio più grande, la cui eventuale decisione favorevole al riconoscimento della privacy come diritto fondamentale potesse avere la forza giuridica necessaria a superare i due importanti precedenti giurisprudenziali vincolanti contrari, le sentenze M P Sharma e Kharak Singh.
Il 18 luglio 2017 un collegio presieduto dal *Chief Justice*, preso atto dell'importanza della questione sottoposta al vaglio della Corte Suprema e del fatto che le decisioni M P Sharma e Kharak Singh erano state emesse rispettivamente da un collegio di otto e di sei giudici, ordinava che la questione venisse esaminata da un organo giudicante composto da nove giudici[10].

3. I precedenti vincolanti

Nella sentenza in commento la prima grande questione giuridica affrontata dalla Corte Suprema riguarda la presenza ostativa di due importanti precedenti giudiziari, vincolanti ai sensi dell'art. 141 della Costituzione indiana.
Si tratta di due sentenze dalla Corte Suprema capisaldi in materia di privacy: la prima, M P Sharma v. Satish Chandra, District Magistrate, Delhi, pronunciata nel 1954 e la seconda, Kharak Singh v. State of Uttar Pradesh, emessa nel 1962.
Entrambe sanciscono che la Costituzione indiana non protegge il diritto alla privacy.
Nel corso del procedimento in esame l'*Attorney General*, che rappresentava in giudizio l'Unione indiana, ha utilizzato la natura vincolante e le motivazioni di tali sentenze come argomento principe per sostenere l'insussistenza nell'ordinamento giuridico indiano di un diritto fondamentale alla riservatezza.
Per contro, i *petitioner* hanno sottolineato come tali precedenti dovessero essere considerati superati da una serie di successive decisioni favorevoli emanate dalla Corte in specifiche materie il cui unico limite era quello di non essere formalmente (per via nel numero dei giudici presenti nel collegio giudicante) idonee a ribaltare l'orientamento giurisprudenziale vincolante.

3.1 Il caso M P Sharma

Il caso portato avanti la Corte Suprema nel 1954 riguardava un procedimento penale nei confronti di una società in liquidazione che aveva, secondo l'ipotesi accusatoria, tentato di nascondere la sua reale situazione finanziaria ponendo in essere una serie di operazioni fraudolente e falsificando i registri contabili[11]. Durante le indagini erano sta-

[9] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 6-7.

[10] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 7.

[11] Cfr. il testo della sentenza in https://indiankanoon.org/doc/1306519.

ti emessi regolari *search warrant* (decreti di perquisizione), in esecuzione dei quali erano stati sequestrati i documenti fiscali della società.
Alla Corte era stata sottoposta la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 96, c. 1, del codice di procedura penale indiano in materia di perquisizione e sequestro di cose e documenti con riferimento agli artt. 19[12] e 20, c. 3,[13] della Costituzione indiana. In particolare, era stato chiesto alla Corte di pronunciarsi in merito alla legittimità delle attività investigative di perquisizione e sequestro rispetto al divieto di auto-incriminazione costituzionalmente protetto.
La Corte aveva rigettato il ricorso osservando come i *search and seizure warrant* siano in ogni ordinamento espressione del potere coercitivo dello Stato volto a salvaguardare la sicurezza e l'ordine pubblico e, nello specifico, erano regolati da una disposizione di legge che l'assemblea costituente indiana non aveva ritenuto di dover sottoporre a garanzie costituzionali mediante il riconoscimento di un diritto fondamentale alla privacy, analogamente a quanto previsto dal IV Emendamento alla Costituzione statunitense.
La sentenza M P Sharma ha dunque affermato il principio secondo cui, in assenza nella Costituzione indiana di una disposizione equiparabile al IV Emendamento americano[14], nell'ordinamento indiano non può rinvenirsi alcuna protezione costituzionale del diritto alla privacy.

3.2 Il caso Kharak Singh

Il caso era stato portato innanzi alla Corte Suprema dal sig. Kharak Singh il quale, dopo essere stato imputato nel 1941 per una rapina a mano armata commessa con una gang (*dacoity* in diritto indiano), veniva prosciolto per mancanza di prove[15]. Ciononostante, sulla base di un regolamento di polizia, le forze dell'ordine avevano redatto nei suoi confronti un *history sheet* (una scheda contenente informazioni personali dei criminali sotto sorveglianza) e lo avevano per anni sottoposto a sorveglianza regolare, comprese visite domiciliari notturne a sorpresa.
Kharak Singh aveva sollevato la questione di legittimità costituzione di tale regolamento con riferimento agli artt. 19 e 21 della Costituzione indiana.
La Corte, con sentenza emessa il 18 dicembre 1962, aveva dichiarato invalido il regolamento di polizia nella parte in cui prevedeva i controlli notturni per violazione dell'art. 21 della Costituzione. I giudici, richiamando antichi e consolidati principi giurispru-

[12] L'art. 19 della Costituzione indiana protegge una serie di libertà fondamentali tra cui la libertà di espressione, di assemblea, di circolazione, di residenza, di praticare una professione, un'occupazione, un commercio o degli affari.

[13] L'art. 20, c. 3, della Costituzione indiana prevede che: «*No person accused of any offence shall be compelled to be a witness against himself*».

[14] Sul rapporto tra IV Emendamento americano e privacy (*rectius*, legittima aspettativa di privacy) cfr. la sentenza della Corte Suprema americana *Kats v. US* del 1967 in https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html nonché la più recente sentenza della Corte Suprema americana *US v. Jones*, con particolare riferimento alla *concurring opinion* del Giudice Sotomayor. Per un commento a quest'ultima, M.A. Senor, *Tecnologie nuove, diritti vecchi (ma buoni, se applicati)*, in http://www.medialaws.eu/tecnologie-nuove-diritti-vecchi-ma-buoni-se-applicati, 10 febbraio 2012.

[15] Cfr. testo della sentenza in https://indiankanoon.org/doc/619152.

denziali anglosassoni (*every man's house is his castle*), avevano riconosciuto l'inviolabilità del domicilio contro le intrusioni non autorizzate, facendo discendere il principio dalla "*ordered liberty*"[16] garantita dall'art. 21 della Costituzione indiana.
Tuttavia, nel valutare la legittimità delle altre disposizioni del regolamento di polizia impugnato, tra cui la sottoposizione dei soggetti sorvegliati a questionari periodici, a segnalazioni da parte del personale delle forze dell'ordine ed al monitoraggio dei loro dei movimenti, la Corte riteneva che non fosse ravvisabile una violazione della libertà di movimento prevista dall'art. 19, né poteva essere ravvisata, come sostenuto dal ricorrente, una violazione della privacy in quanto diritto non espressamente garantito dalla Costituzione indiana.

4. Le motivazioni della sentenza

Le motivazioni della sentenza in commento confluite nella *majority opinion* sono molto articolate ed analizzano nel dettagliato - invero con una sequenza logica non propriamente ineccepibile - non solo i due precedenti giurisprudenziali sopra menzionati, ma anche la Costituzione indiana, le legislazioni straniere e sovranazionali, la dottrina più accreditata in materia di privacy (prevalentemente statunitense). Nella seconda parte, stabiliti il principio secondo cui il diritto alla privacy può trovare tutela a livello costituzionale sebbene non sia espressamente prevista come diritto fondamentale nella Costituzione indiana, la Corte ne delinea il contenuto. Nella terza ed ultima parte, infine, con un intervento che potremmo approssimativamente paragonare alle sentenze additive di principio della nostra Consulta, la Corte Suprema indiana traccia le linee programmatiche che il legislatore dovrà seguire per regolamentazione correttamente il tema della privacy informazionale[17].

4.1. La privacy è un diritto naturale

La posizione del Governo indiano nel procedimento *de quo* partiva dall'assunto che nessun valore giuridico potesse essere attribuito ad un concetto tanto vago, incerto ed elusivo come quello di privacy[18].
Al fine di contrastare tale tesi, la Corte, dopo una breve introduzione sull'evoluzione del concetto di privacy a partire dalla aristotelica distinzione tra pubblico e privato fino ad arrivare agli studi di John Stuart Mill[19] e Warren e Brandeis[20], afferma con fermezza:

[16] Il concetto di *ordered liberty* è stato elaborato dalla giurisprudenza americana e scaturisce dalla constatazione che la libertà personale non è un diritto assoluto ma implica sempre un bilanciamento tra interesse pubblico (*order*) e diritto individuale (*liberty*); un approfondimento in http://www.encyclopedia.com/politics/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/ordered-liberty.

[17] Per un approfondimento del concetto di privacy informazionale in Italia, U. Pagallo, *Il diritto nell'età dell'informazione*, Torino, 2014, Cap. X.

[18] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 26.

[19] J. S. Mill, *On Liberty*, London, 1859.

[20] S. Warren – L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in 4(5) *Harvard Law Review* (1890): 193.

«*Privacy is a concomitant of the right of the individual to exercise control over his or her personality. It finds an origin in the notion that there are certain rights which are natural to or inherent in a human being. Natural rights are inalienable because they are inseparable from the human personality*»[21].
La Corte prosegue sul tema dei diritti naturali sottolineando come essi non debbano essere riconosciuti dallo Stato poiché (pre)esistono in tutti gli uomini in quanto esseri umani, a prescindere da classe sociale, casta o sesso. Peraltro, i diritti naturali non sarebbero completi se non fossero affiancati dal concetto di inalienabilità.
In sintesi, secondo la Corte indiana, solo i diritti inalienabili naturali garantiscono agli esseri umani la piena autonomia, anche nei confronti dello Stato e, in questo senso, il diritto alla privacy è sicuramente da annoverare tra i diritti naturali dell'uomo.
Lungi dall'essere una mera petizione di principio, la qualificazione del diritto alla privacy come diritto naturale - ovverosia come un diritto che prescinde dall'intervento legislativo - è il primo strumentale tassello posto da Giudici supremi indiani a presidio della tesi sviluppata in sentenza secondo cui la tutela costituzionale della riservatezza non deve necessariamente essere ricondotta ad una esplicita previsione normativa primaria, potendo trovare protezione in diritti fondamentali già esistenti in Costituzione.

4.2 Il superamento dei precedenti giurisprudenziali contrari

Come visto, il principale vincolo giuridico ostativo alla proclamazione della privacy come diritto fondamentale era rappresentato dalla presenza nella giurisprudenza di riferimento di due importanti precedenti contrari.
Per superarlo, nella sentenza in commento, la Corte Suprema indiana ha cercato di dare un'interpretazione sistematica delle due pronunce alla luce dell'evoluzione culturale della società indiana e della più recente giurisprudenza in materia di privacy.
Partendo dal caso M P Sharma, la Corte osserva come l'enunciazione del principio secondo cui, in assenza di un esplicito diritto parificabile al IV Emendamento americano, non possa essere riconosciuto in India un diritto alla privacy a livello costituzionale, sebbene molto rigorosa, invero, è da considerarsi ultronea rispetto *thema decidendum*. I Giudici del '54, infatti, in motivazione, avevano escluso la violazione del divieto di autoincriminazione (art. 20 Costituzione indiana), in caso di esecuzione di decreti di perquisizione e sequestro, sulla base del fatto che questi ultimi sono atti coercitivi emessi ed eseguiti dall'autorità giudiziaria che non obbligano il soggetto indagato a tenere comportamenti o rilasciare dichiarazioni *contra se*: l'affermazione che alla privacy non debba essere riconosciuta una tutela costituzionale è stata dunque del tutto secondario ed inconferente rispetto alla questione di legittimità costituzionale sottoposta a giudizio.
Il principio a cui si è omologata tutta la giurisprudenza successiva è, dunque, un principio che è stato espresso in modo incidentale e senza i dovuti approfondimenti; soprattutto, scrive la Corte, i Giudici della sentenza M P Sharma non hanno esaminato (e quindi neanche escluso) l'ipotesi che la riservatezza possa essere un diritto costitu-

[21] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 34.

zionalmente protetto da altre disposizioni che garantiscono diritti fondamentali, come l'art. 21 della Costituzione indiana.

In merito al caso Kharak Singh, invece, la Corte sottolinea come la sentenza non contenga nessun richiamo esplicito alla pronuncia M P Sharma. Le motivazioni della *majority opinion* in Kharak Singh sono, infatti, essenzialmente divise in due parti: la prima concerne l'illegittimità del regolamento di polizia sulle visite domiciliari notturne, mentre la seconda riguarda il resto del regolamento. Nella motivazione relativa alla prima parte (in cui è stata affrontata la questione sotto il profilo dell'inviolabilità del domicilio), i Giudici del '62, pur non utilizzando mai espressamente la parola privacy, avevano tuttavia fatto riferimento alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Wolf v. Colorado* del 1949[22], che si occupa del diritto alla privacy. Inoltre, nel dichiarare illegittimo il regolamento di polizia relativamente alle visite domiciliari notturne per violazione dell'art. 21 della Costituzione indiana, a parere dell'attuale Corte Suprema, i Giudici di Kharak Singh hanno dato un'interpretazione ampia del diritto alla libertà protetto dall'art. 21 che include il godimento di tutte le facoltà che afferiscono a tale diritto fondamentale.

Le difficoltà interpretative riguardano, dunque, solo la seconda parte della decisione in cui, con argomentazioni logicamente contrastanti rispetto a quelle enucleate nella prima parte, la Corte ha ritenuto legittime, per la dichiarata assenza di un diritto alla privacy costituzionalmente protetto, tutte le altre disposizioni dello regolamento di polizia impugnato.

Nei successivi cinquant'anni, trattandosi di precedenti formalmente insuperabili, la Corte Suprema ha cercato ragionevoli compromessi tra la forza vincolante delle sentenze *Sharma* e *Sigh* e le esigenze di tutela della riservatezza legate all'evoluzione socio-culturale del Paese, da un lato tentando di dare coerenza alle due contrastanti parti della decisione Kharak Singh e dall'altro cercando di ricondurre, ove possibile, il diritto alla privacy al concetto di "*ordered liberty*".

Soprattutto negli ultimi tre decenni, la giurisprudenza della Corte ha sempre più spesso riconosciuto il diritto alla privacy come parte integrante del diritto alla vita ed alla libertà e delle libertà enunciate nell'art. 19 della Costituzione indiana: i casi riportati nella sentenza in commento sono numerosi e vanno da questioni attinenti alla pubblicazione di materiale relativo ad un condannato a morte (caso *Rajagopal* del 1994), alle intrusioni nella sfera privata da parte delle forze di polizia (caso *PUCL* del 1997), , alla divulgazione dello status di HIV (caso *Mr X* del 1998), alle preferenze alimentari (caso *Hinsa Virodhak Sangh* del 2008), all'interruzione di gravidanza (caso *Suchita Srivastava* del 2009), alle prove scientifiche nelle indagini penali (caso *Selvi* del 2010), alla divulgazione del contenuto di conti bancari accesi all'estero (caso *Ram Jethmalani* del 2001), fino ai diritti dei transgender (caso *NALSA* del 2014)[23].

Con l'evoluzione della società, il diritto alla riservatezza è stato sottoposto all'esame della Corte nei diversi contesti in cui si esplicano le scelte e l'autonomia delle persone

[22] *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) in https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/case.html.

[23] Cfr. la bellissima infografica della giurisprudenza della Corte Suprema indiana in https://ccgnludelhi.wordpress.com/2017/08/13/h.

e, man mano che nuovi casi venivano sottoposti al vaglio della Corte, sempre maggiore riconoscimento veniva dato al diritto alla privacy con riferimento agli svariati ambiti in cui si sviluppa la vita privata e prende forma l'identità dell'uomo.
Il problema fondamentale rimaneva però immutato: nessuno dei Collegi giudicanti degli ultimi anni era dotato della forza necessaria (a causa del numero dei giudici in collegio) per ribaltare i principi espressi nelle sentenze *Sharma* e *Kharak Singh*.

4.3. Il riconoscimento costituzionale del diritto alla privacy

Dopo aver dato riscontro che il diritto alla privacy, nonostante i due storici *leading case* contrari, ha negli ultimi anni sempre più trovato riconoscimento nella giurisprudenza indiana, la Corte Suprema affronta l'ulteriore passaggio relativo alla necessità o meno che una tutela costituzionale della privacy debba passare attraverso una modifica legislativa della Costituzione che la protegga espressamente con una norma *ad hoc*[24].
A tal proposito, la Corte rileva come, sebbene sia indubbio che i padri costituenti indiani, a loro tempo, avevano respinto la tesi che la privacy fosse un diritto fondamentale, da tale presupposto non possa discendere l'assioma secondo cui solo un intervento legislativo potrebbe emendare la lacuna normativa. In sentenza si legge che l'interpretazione della Costituzione non può essere congelata nel suo significato originale in quanto, come ogni Carta fondamentale, si è evoluta e si evolve continuamente per soddisfare le sfide del presente e del futuro.
Dai lavori dell'Assemblea Costituente, inoltre, in particolare dai dibattiti in merito ad aree specifiche quali la tutela della corrispondenza e la disciplina delle perquisizioni e dei sequestri, a parere dei Giudici supremi emergerebbe chiaramente come il concetto di diritto alla privacy fosse comunque stato considerato, sebbene indirettamente, come elemento integrante delle libertà poste a salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo.
La Corte sottolinea come il diritto alla privacy sia un elemento intrinseco della dignità umana ed abbia con esso un rapporto funzionale.
La privacy, infatti, garantisce ad ogni essere umano il diritto di condurre una vita dignitosa, proteggendo i più profondi recessi dalla personalità umana da intrusioni indesiderate.
La privacy garantisce ad ogni uomo piena autonomia ed il diritto di fare liberamente le scelte essenziali che influenzano il corso della sua vita.
Ma il passaggio logico veramente innovativo è quello successivo in cui la Corte sancisce che vivere una vita in dignità è essenziale per realizzare pienamente le libertà (*liberties and freedoms*, nel testo della sentenza) che costituiscono le pietre miliari della Costituzione.
Per riconoscere valore costituzionale alla privacy non è quindi necessario, stando alla Corte Suprema, creare un nuovo diritto fondamentale attraverso un processo di modifica legislativa della Costituzione.

[24] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 109 ss.

E la Corte, nella sua funzione di giudice costituzionale, si autoriconosce non solo la competenza ma anche il dovere di definire la natura e l'estensione dei diritti alla luce dei diritti e delle libertà che sono costituzionalmente protette. La giurisprudenza degli ultimi decenni aveva già esercitato tale funzione individuando nell'art. 21 della Costituzione indiana un insieme di garanzie che proteggono diversi aspetti della dignità personale: l'art. 21, infatti, tutela la vita non solo nel senso materiale di esistenza fisica, ma comprende tutte quelle facoltà a cui la vita è correlata. Al contempo, l'interpretazione sistematica ed evolutiva degli artt. 14, 19 e 21 ha dato vita ad una giurisprudenza che riconosce l'interrelazione tra diritti fondamentali al fine di garantire tutela costituzionale ad ogni aspetto della vita sociale.
Osserva, infine, la Corte come in passato sia stato pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza che un diritto fondamentale ne possa ricomprendere o possa riflettere il valore essenziale di un altro, che in tal modo viene, di rimando, riconosciuto come diritto parimenti fondamentale[25]: con questa *ratio* è stato sancito che la libertà di espressione comprende la libertà di la stampa così come l'art. 21 comprende il diritto alla salute, il diritto di conoscere, il diritto a ricevere un'educazione e tutta una serie di diritti connessi al diritto ed alla procedura penale.
Il diritto alla privacy non è dunque un diritto fondamentale autonomo ed indipendente rispetto alle libertà garantite nella Parte III della Costituzione indiana, ma ne è espressione e trova ivi riconoscimento e tutela.

4.4 L'essenza del diritto alla privacy

Riconosciuto valore costituzionale al diritto alla privacy, la Corte si occupa di definirne il contenuto essenziale[26].
Riservatezza, si legge in sentenza, è innanzitutto *right to be let alone*, ovverosia la garanzia di uno spazio privato in cui esiste una legittima aspettativa ad essere lasciati soli.
Riprendendo i concetti di diritto naturale e dignità personale, la Corte scrive che la riservatezza è una innata prerogativa dell'autonomia dell'uomo ed incide sulla sua capacità di fare scelte e prendere decisioni sulle questioni più intime della vita umana.
Integrità del corpo fisico e sanità della mente possono esistere solo se ogni individuo possiede un inalienabile diritto a preservare uno spazio privato in cui la sua personalità possa svilupparsi senza condizionamenti esterni.
Riconoscere uno spazio di privacy significa dunque riconoscere ad ogni individuo il diritto di elaborare e realizzare la sua personalità; consente inoltre agli individui di preservare pensieri, idee, credi e qualsiasi preferenza od inclinazione personale contro esigenze sociali di omogeneizzazione: «*Individual dignity and privacy are inextricably linked in a pattern woven out of a thread of diversity into the fabric of a plural culture*»[27]. La privacy è

[25] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 210.

[26] Cfr. sent, 24 agosto 2017, 242 ss.

[27] Uno dei più bei passaggi della sentenza in commento, a parere di chi scrive, è a pagina 243 e recita: «*Privacy is an intrinsic recognition of heterogeneity, of the right of the individual to be different and to stand against the tide of conformity in creating a zone of solitude*».

dunque un postulato della dignità umana.
Ma, come visto sopra, la Corte va oltre il diritto alla dignità personale affermando che, a sua volta, la dignità è inseparabilmente intrecciata con la libertà personale: solo la garanzia di uno spazio protetto, infatti, consente all'uomo di realizzare appieno la sua vita e le sue libertà.
Libertà è, invero, un concetto più ampio di privacy, ma se è vero che non tutte le libertà possono essere esercitate in privato, è altresì vero che alcune possono essere soddisfatte solo preservando uno spazio privato personale.

4.5 *L'informational privacy*

La Corte, dopo aver enucleato l'essenza del diritto alla privacy nella sua accezione tradizionale, dedica uno specifico capitolo al tema dell'*informational privacy*, ovverosia quell'ambito della privacy tradizionale che si sovrappone alla protezione dei dati personali e che in India non è oggetto di una specifica legislazione ordinaria, sebbene vi siano degli studi e dei progetti normativi al riguardo.
Il lavoro della Corte in questo ultima fase argomentativa è quello di delineare, alla luce del riconoscimento costituzionale del diritto alla privacy, i principi dovrebbero essere rispettati nella futura regolamentazione normativa della *data protection*.
«*Ours is an age of information. Information is knowledge. The old adage that "knowledge is power" has stark implications for the position of the individual where data is ubiquitous, an all-encompassing presence*»[28].
Con un *incipit* che sublima in due sole righe il concetto e le problematiche della società dell'informazione, i Giudici supremi indiani affrontano il tema della tutela dei dati personali partendo da un resoconto fattuale delle ripercussioni sociali legate all'avvento di Internet per poi passare ad un'analisi dell'impatto della c.d. rivoluzione digitale sui diritti della persona.
Riprendendo il pensiero di Christina P. Moniodis[29], la Corte rileva come sia la particolare natura delle informazioni a causare i complessi problemi della privacy digitale. Le informazioni, infatti, sono *nonrivalrous*, *invisible* and *recombinant*: con il primo aggettivo si intende l'attitudine delle informazioni (*rectius*, dei dati) ad essere usati simultaneamente da molti utenti; con il secondo si intende la caratteristica dei dati di essere accessibili, memorizzabili e diffusi a grandi velocità all'insaputa dei soggetti interessati; con il terzo, infine, si intende il fatto che i dati raccolti possono essere utilizzati, analizzati e combinati insieme (*data mining*) per creare *output* di dati diversi e tendenzialmente maggiori dei precedenti.
Citando Yvonne McDermott[30] e Daniel J. Solove[31], la Corte prende poi in considerazio-

[28] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 246 ss.

[29] C. P. Moniodis, *Moving from Nixon to NASA: Privacy 's Second Strand- A Right to Informational Privacy*, in 15(1) *Yale Journal of Law and Technology* (2012): 139.

[30] Y. McDermott, *Conceptualizing the right to data protection in an era of Big Data*, in *Big Data and Society* January-June, 2017.

[31] D. J. Solove, *Understanding Privacy,* Cambridge, 2009.

ne le sfide della privacy informazionale connesse all'uso di *big data* e dati aggregati, specificando che le più serie minacce di lesione della riservatezza dei cittadini provengono non tanto dalle politiche economiche delle imprese private, ma dagli apparati statali che stanno plasmando delle società sempre più sorvegliate (*dataveillance society*).
A fronte di tutte queste problematiche, secondo la Corte, qualsiasi regolamentazione della *data protection* dovrà essere condotta avendo come obiettivo quello di trovare il giusto equilibrio tra i legittimi interessi dello Stato da un lato ed il diritto individuale alla tutela della privacy dall'altro.
In particolare, ogni futura disciplina legislativa dovrà tenere conto del fatto che la Corte, con la sentenza in commento, ha definito la privacy come un elemento sostanziale del diritto alla vita e alla libertà personale di cui all'art. 21 ed un valore costituzionale incarnato nelle libertà fondamentali incorporate nella Parte III della Costituzione indiana.
Tuttavia, il diritto alla privacy, come il diritto alla libertà personale a cui afferisce, non è assoluto e dovrà comunque rispettare il principio della "*ordered liberty*", nel senso che le limitazioni che possono incidere sul diritto alla vita e la libertà personale dovranno operare anche sul diritto alla privacy.
Alla luce di tali principi, a parere dei Giudici supremi, laddove l'Unione indiana decidesse di legiferare in tema di tutela dei dati personali, dovrà essere messo in atto un sistema che soddisfi tre presupposti minimi che derivano dall'interdipendenza dei diritti fondamentali di cui il diritto alla privacy è espressione: 1) innanzitutto, qualsiasi limitazione del diritto alla privacy (informazionale e non) dovrà essere prevista per legge atteso che l'art. 21 della Costituzione indiana prevede che nessuno possa essere privato della vita o della libertà personale se non in conformità ad una procedura stabilita per legge; 2) qualunque limitazione del diritto alla privacy dovrà soggiacere al principio di necessità, inteso come perseguimento di un legittimo scopo statale, atteso che l'art. 14 della Costituzione indiana costituisce una garanzia contro azioni arbitrarie dello Stato; 3) qualunque limitazione del diritto alla privacy dovrà, infine, rispettare il principio di proporzionalità, nel senso che i mezzi adottati dal legislatore dovranno essere proporzionali rispetto all'oggetto e agli obiettivi della legge, essendo la proporzionalità, al pari della necessità, un requisito di garanzia contro azioni arbitrarie dello Stato.

5. Riflessioni conclusive

La sentenza in commento possiede tutti i requisiti per essere considerata un caposaldo in tema di diritto alla privacy: sicuramente in India per l'importanza del Collegio giudicante che darà alla decisione una duratura forza vincolante, ma anche all'estero tenuto conto dell'ampio ventaglio di dottrina e giurisprudenza citate, delle argomentazioni svolte e dei principi fissati.
Tre, a parere di chi scrive, sono gli spunti di riflessione interessanti da esportare.
Il primo concerne l'affermazione del principio secondo cui la privacy è sì espressione del diritto alla dignità personale, ma quest'ultima non va intesa staticamente ed autonomamente, bensì come elemento funzionale al pieno esercizio delle libertà fonda-

mentali.
La trasversalità della privacy rispetto alle libertà fondamentali ed il suo riconoscimento come espressione delle stesse, lungi dall'essere una soluzione di ripiego dettata dalla necessità di trovare una fonte costituzionale ad un diritto ivi formalmente non tutelato, è la migliore interpretazione in termini di effettiva tutela del diritto stesso.
Per comprendere l'importanza del concetto basti pensare al fatto che la giurisprudenza italiana, attraverso la riconduzione della riservatezza sotto l'egida dell'art. 2 della nostra Costituzione italiana che tutela il diritto alla dignità personale, ha di fatto sottratto a tale diritto (ed alla protezione dei dati personali che ad esso viene ricondotto), le garanzie della doppia riserva di legge e di giurisdizione previste a tutela delle nostre libertà fondamentali con conseguente minore efficacia concreta della sue protezione costituzionale.
La seconda osservazione riguarda la spiccata sensibilità dimostrata dalla Corte indiana nei confronti dell'*informational privacy* che non viene considerata un diritto diverso ed autonomo rispetto alla privacy, bensì una moderna declinazione della stessa.
Tale classificazione ha consentito alla Corte Suprema di applicare *tout court* anche alla *data protection*, come alla privacy tradizionale, le garanzie costituzionali previste per i diritti fondamentali.
È una scelta ambiziosa ed innovativa.
Il parallelo con la giurisprudenza nostrana è svilente. Le sentenze dei nostri Giudici superiori, sia di legittimità che costituzionale, infatti, faticano enormemente a riconoscere e conseguentemente a tutelare le libertà fondamentali attinenti a corpo, domicilio, comunicazione e corrispondenza nella loro accezione digitale: sul punto si pensi, ad esempio, alla ridotta tutela dei diritti fondamentali dei cittadini in tema di videoregistrazioni non comunicative, GPS *tracking* e captatori informatici.
Il terzo ed ultimo spunto investe un particolare paragrafo[32] della sentenza in commento in cui la Corte, in risposta ad un'eccezione del procuratore generale che aveva sostenuto che il diritto alla privacy non sarebbe applicabile allo Stato sociale, specifica che la privacy non è un privilegio per pochi.
I Giudici indiani rigettano in modo *tranchant* la tesi che la privacy sia un costrutto elitario che va tenuto distinto dai bisogni e dalle aspirazioni della stragrande maggioranza dei cittadini ribadendo che neppure il nobile perseguimento delle disposizioni programmatiche previste nella Parte IV della Costituzione indiana a tutela dei diritti socio-economici dei cittadini possa avvenire a discapito dei diritti fondamentali dell'uomo protetti nella Parte III.
In sintesi, la Corte esclude che il diritto alla riservatezza possa flettere di fronte ad interventi pubblici finalizzati al *welfare* in ragione di una sorta di automatica prevalenza di un interesse statale su un diritto fondamentale dei singoli cittadini.
L'argomento non è concettualmente poi così lontano rispetto ad alcune secche di protezione che si stanno sempre più affacciando nel mondo occidentale. Il pensiero, nello specifico, va a tutte quelle iniziative, non a caso per l'appunto prevalentemente di matrice statale, che ritengono plausibile, per ragioni di tutela della collettività o per favorire il benessere sociale, incentivare il controllo dei comportamenti umani (videosor-

[32] Cfr. sent. 24 agosto 2017, 215 ss.

veglianza massiva, *data retention*, installazione di scatole nere in auto) o delle condizioni personali (diffusione di strumenti di autenticazione biometrica o di sensori medicali sottocutanei) a detrimento del diritto personale alla privacy.

Torna in mente "*sharing is caring*", uno dei motti di "Il cerchio"[33] il libro di Dave Eggers in cui la totale ed integrale condivisione di ogni informazione personale conduceva, in una società futuribile, ad un meraviglioso pregresso delle scienze, ad una maggiore tutela collettiva e ad un generale miglioramento del mondo intero, finendo, però, nel tempo, col trasformare le democrazie in un unico regime totalitario globale.

Ecco, la Corte Suprema indiana interviene là dove noi occidentali scriviamo dei romanzi distopici: la lungimiranza è vero grande pregio di questa sentenza.

[33] D. Eggers, *Il cerchio*, Milano, 2014.

La Corte Suprema degli Stati Uniti si pronuncia sulla costituzionalità della *disparagement clause*

Lucia Scaffardi

Corte Suprema degli Stati Uniti – *Josep Matal, Interim Director, United States Patent and Trademark Office v. Simon Shiao Tam*

Discussa 18 Giugno 2017 – Decisa il 19 Giugno 2017

Il divieto di registrare marchi a carattere denigratorio presso lo United States Patent and Trademark Office sancito dal Lanham Act viola il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America

Keywords: Corte Suprema, free speech, libertà di espressione, Primo Emendamento, proprietà intellettuale

Il tema affrontato dalla Corte Suprema in questa sentenza merita attenzione in rapporto alla monolitica interpretazione (la causa è stata decisa con otto voti favorevoli e nessun contrario) del Primo Emendamento, ma soprattutto apre alcune interessanti questioni di non poco profilo rispetto alla legittimità del contenuto "espressivo" dei marchi e del ruolo del Governo nello scrutinio di tali contenuti.

Simon Tam, leader della rock band "*The Slants*", ha deciso di presentare al *Patent and Trademark Office* (d'ora in poi PTO) statunitense la richiesta di registrazione, come marchio, del nome del proprio gruppo musicale. "*Slants*" è termine dispregiativo, utilizzato in maniera offensiva nello *slang* per indicare persone di origine asiatica ("occhi a mandorla" in una seppur impropria traduzione nella nostra lingua); i membri della band, tutti cittadini USA di origine asiatica, sono convinti che l'utilizzo di questo nome possa generare un effetto tale da eliminare la forza denigratoria del termine e in qualche modo "purificarlo" dalla sua portata negativa. Nonostante queste motivazioni, la richiesta è stata rifiutata dal PTO sulla base del portato di una disposizione del Lanham Act (1946), la 1052(a), cosiddetta *disparagement clause*, che proibisce la registrazione di marchi che possano «*disparage [...] or bring into contempt or disrepute any persons, living or dead*». Il PTO ha sostenuto, infatti, che il termine "*slants*" sia ritenuto offensivo da buona parte dei soggetti di origini asiatiche, considerando che non solo molti dizionari definiscono tale termine come denigratorio, ma anche che alcune performance della band fossero state cancellate proprio a causa del nome del gruppo, considerato offensivo da numerosi blogger e commentatori. Tam ha contestato tale decisione di fronte al *PTO's Trademark Trial Appeal Board* (TTAB), con esito negativo. Il cantante ha deciso quindi di portare il caso innanzi alla Corte Federale. Tale Corte, il 22 dicembre 2015 (Fed Cir 2015, 808 F. 3d 1321), ha stabilito che la *disparagement clause* debba essere considerata incostituzionale in quanto contrastante con la *Free Speech Clause* contenuta nel Primo Emendamento.

La maggioranza dei giudici di quella Corte ha rilevato, infatti, come questa clausola (*disparagement clause*) comporti una *viewpoint-based discrimination* e che essa, regolando una componente espressiva del marchio, non possa essere qualificata come riferita ad un *commercial speech*. La maggioranza dei giudici, inoltre, ha respinto l'argomentazione del Governo che voleva far rientrare i marchi nella categoria dei *government speech*, così come è stata respinta la posizione del Governo secondo cui i marchi rientrano in una forma di *government subsid*. Il Governo soccombente ha deciso dunque di investire della questione la Corte Suprema al fine di valutare se la *disparagement clause* «*is facially invalid under the Free Speech Clause of the First Amendment*».

Il Giudice Alito ha redatto la sentenza con riferimento alle Parti I, II e III-A, condivisa dai Giudici Roberts, Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagar (mentre il Giudice Thomas condivide ad eccezione della parte II) ed anche le parti III-B, III-C e IV, condivise dai Giudici Roberts, Thomas e Breyer. Il Giudice Kennedy ha redatto poi un'opinione *concurring in part and concurring in the judgement*. Il nono Giudice, Gorsuch, non ha preso parte alla decisione.

Di sicuro interesse il percorso argomentativo proposto dal Giudice Alito: egli innanzitutto afferma che la *disparagement clause* è contraria al fondamento stesso del Primo Emendamento: «*speech may not be banned on the ground that it expresses ideas that offend*». Il ragionamento del Giudice Alito, al punto I-A, si apre con una ricostruzione accurata del significato della tutela e della disciplina in materia di marchi: all'analisi del principio sotteso alla protezione del *brand*, individuato nella capacità di distinguere ed identificare un particolare produttore di merci rispetto ad altri, segue una rilettura storico-normativa della disciplina federale in materia di marchi a partire dal Lanham

Act del 1946, anche se viene sottolineato il successivo ed imponente sviluppo dei marchi, incluso il "messaggio" insito nel nome stesso, rispetto alla prima metà del '900. Altra finalità alla base della protezione dei marchi è individuata nel «*support the free flow of commerce* [...] *Foster competition and the maintenance of quality by securing to the producer the benefits of good reputation*».

Dopo aver affrontato i temi della disciplina e degli effetti che discendono dalla registrazione del marchio, il Giudice prosegue al punto I-B affermando che, anche senza registrazione federale, un marchio può validamente essere utilizzato per fini commerciali, individuando metodi alternativi di protezione dello stesso, pur non mancando di sottolineare quanto la registrazione federale conferisca importanti diritti e benefici al titolare del marchio. Al punto I-C il Giudice inizia l'analisi delle specifiche disposizioni contenute nel Lanham Act, che prevedono il divieto di registrazione di determinate tipologie di marchi: una di queste è proprio la *disparagement clause* (1052(a)), che proibisce appunto la registrazione di un marchio che possa offendere persone, viventi o morte, istituzioni, un credo (*beliefs*) o simboli nazionali. Viene poi proposto anche il procedimento richiesto per valutare se un marchio sia offensivo. L'esaminatore del PTO deve effettuare un *two-parts test*: prima considerando il significato del marchio in questione e, una volta appurato che il significato si riferisce a persone identificabili, istituzioni, ad un credo o a simboli nazionali, chiedersi se questo significato possa essere percepito come offensivo da una parte sostanziale del gruppo di soggetti cui si riferisce (non è comunque necessaria la maggioranza in senso strettamente numerico). Per quanto rileva nel caso in esame, il PTO ha specificato come il fatto che il richiedente la registrazione del marchio sia membro del gruppo, o il fatto che questi abbia "buone intenzioni" nell'utilizzo del termine offensivo, non significa che una parte del gruppo di riferimento non possa percepire il marchio come offensivo.

Nella Parte II il Giudice, prima di valutare la questione centrale della pronuncia, cioè se la clausola sia o meno contrastante con il Primo Emendamento, prende in esame preliminarmente l'argomentazione di Tam, secondo cui la clausola proibisce la registrazione di marchi che offendono "*persons*" e tale termine può riferirsi solo a persone fisiche o giuridiche e non ad entità non giuridiche quali i gruppi razziali ed etnici. Rilevando come il suddetto argomento non sia ammissibile in quanto mai sollevato dinnanzi al PTO e al Federal Circuit (*Normally, that would be the end of the matter in this Court*), la Corte Suprema decide di esaminare comunque tale aspetto che, se accolto, risolverebbe il caso rendendo superflua una pronuncia sulla compatibilità o meno della clausola con il Primo Emendamento.

La Corte sul punto giunge alla conclusione che l'argomentazione di Tam è infondata: la ricostruzione del termine "*person*" effettuata dal ricorrente è da rifiutarsi non solo sulla base di una valutazione letterale dei termini usati dalla clausola (offendere parte sostanziale dei membri di un gruppo etnico o razziale significa offendere le persone anche se parte di quel gruppo), ma anche analizzando la portata stessa della clausola, che parimenti colpisce i marchi offensivi nei confronti di istituzioni o di *beliefs*, dimostrando dunque di non voler impedire la registrazione di *brand* offensivi solo verso "persone" intese in senso fisico. È chiaro dunque che il testo stesso della clausola non lascia adito ad ambiguità o dubbi sul fatto che vada considerato come diretto a proibire la registrazione di marchi offensivi nei confronti di persone appartenenti ad una determinata razza o etnia.

Nella terza parte, una volta affermato che la *disparagement clause* si applica al caso concreto, il Giudice valuta se la clausola in questione violi o meno la *Free Speech Clause* del Primo Emendamento. Il Governo, che ritiene la clausola compatibile e legittima, sostiene

la propria tesi con tre ordini di argomentazioni: 1) i marchi sono *government speech*; 2) i marchi sono una forma di *government subsidy*; 3) la costituzionalità della clausola può essere vagliata mediante una nuova *government-program doctrine*. Il Primo Emendamento proibisce al Congresso e ad altre realtà governative di limitare la libertà di espressione; esso tuttavia non regola i *government speech*, che quindi non sono obbligati ad essere neutrali bensì possono essere *viewpoint-discriminatory*; affermare dunque che i marchi sono *government speech*, legittima la *disparagement clause*: questa, pur essendo in contrasto con il Primo Emendamento, non sarebbe tenuta al rispetto di quest'ultimo in quanto rientrante appunto nella categoria dei *government speech* e pertanto legittimamente *viewpoint-discriminatory*. Il Giudice richiama ampia e consolidata giurisprudenza che afferma come «*the government's own speech... is exempt from First Amendment scrutiny*», in quanto imporre una *viewpoint-neutrality* al Governo vorrebbe dire paralizzarlo: affinché gli organi governativi svolgano il proprio ruolo, infatti, è necessario ed intrinseco nella loro stessa funzione che essi accolgano una particolare posizione e ne respingano altre («*The Free Speech Clause does not require government to maintain viewpoint neutrality when its officers and employees speak about that venture*»). Il Giudice rileva però come questa giurisprudenza sia stata mal utilizzata dal Governo: sostenere che un *private speech* diventi un *government speech* per il semplice fatto che ad esso è apposta una approvazione governativa (nel caso dei marchi, la registrazione), comporterebbe il fatto che essi non siano soggetti al Primo Emendamento e quindi il Governo sarebbe dunque messo nella posizione di poter "silenziare" espressioni contrarie a quelle promosse dal Governo stesso («*If private speech could be passed off as government speech by simply affixing a government seal of approval, government could silence or muffle the expression of disfavored viewpoints*»). Il fatto che un esaminatore del PTO verifichi il rispetto del requisito della *viewpoint-neutrality* richiesto dal Lanham Act, non equivale ad affermare un controllo sulla compatibilità del significato trasmesso dal marchio rispetto alle politiche o alle posizioni del Governo. Inoltre, il semplice fatto che vi sia la registrazione, non fa del marchio un *government speech*: la registrazione non è un *government imprimatur* o un'approvazione da parte del Governo stesso. I casi (Johanns, Summum e Walker), portati a supporto della tesi del Governo, sono molto diversi dal caso in esame e sono pertanto fuorvianti e inutili. I marchi non sono usati per trasmettere un messaggio del Governo e sostenere che la registrazione tramuti il marchio in un *government speech,* costituirebbe «*a huge and dangerous extension of the government-speech doctrine*», che potrebbe pericolosamente applicarsi allora anche ad altri strumenti che pur necessitano di registrazione governativa, quale il copyright.

Al punto III-B, il Giudice rifiuta di accogliere l'ulteriore tesi del Governo che vuole ricondurre i marchi alla categoria dei *subsidized speech*: questi possono essere *viewpoint-based*, il che renderebbe legittima la clausola in esame («*The Government may not deny a benefit to a person on a basis that infringes his constitutionally protected freedom of speech even if he has no entitlement to that benefit* [...] *but at the same time, government is not required to subsidize activities that it does not wish to promote*»). Questa tesi non viene accolta in quanto, anche con riferimento ai casi portati a supporto della propria tesi dal Governo, i marchi sono ben diversi dai *cash subsidies*: non è il PTO a pagare per la registrazione di un marchio (come nel caso invece dei sussidi in cui è lo Stato a pagare per determinate categorie di soggetti) bensì il contrario, cioè è colui che richiede la registrazione a dover pagare una tassa. Il Governo allora, per sostenere tale tesi, afferma che la registrazione comporta un esborso da parte dello Stato che rende i marchi un *subsidy*. La Corte replica che quasi tutti i servizi governativi richiedono una spesa da parte dello Stato stesso, basti pensare

al servizio di polizia o dei vigili del fuoco, che non per questo sono considerati sussidi; se poi tale ragionamento del Governo fosse ritenuto fondato, allora anche i copyright, i brevetti, le patenti di guida, di caccia, di pesca... dovrebbero essere considerati sussidi.
Al Punto C, infine, viene considerata l'ultima argomentazione del Governo che sostiene come la *disparagement clause* sia legittima sulla base di una nuova dottrina applicabile ai *government-program cases*: questa argomentazione semplicemente fonde quanto affermato per la tesi del *government speech* e per i *subsidy cases* al fine di creare una nuova dottrina che possa essere applicata ai marchi. I casi citati a sostegno dal Governo vengono considerati irrilevanti dalla Corte e viene affermato che anche in quei precedenti una *viewpoint discrimination* sarebbe vietata: la valutazione circa l'offensività o meno di un marchio costituisce una *viewpoint* (opinione, parere, punto di vista), pertanto la *disparagement clause* non può che essere considerata, per sua natura, *viewpoint discriminatory*.
Il Giudice conclude dunque, riprendendo un caposaldo della giurisprudenza in merito al Primo Emendamento: «*If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable*».
Ne consegue che se la clausola non può essere fatta salva tramite le argomentazioni sopra esposte dal Governo, l'ultimo aspetto a dover essere vagliato dalla Corte, al punto IV, è se i marchi siano da considerarsi *commercial speech* e quindi sottoposti ad uno scrutinio di legittimità meno rigido, secondo i canoni già delineati in *Central Hudson*. Il Governo sostiene che questa tesi sia corretta mentre il ricorrente ritiene che i marchi abbiano una componente espressiva: in questo caso specifico, il nome della band esprime la visione di una questione sociale. La Corte afferma che non è necessario pronunciarsi in merito al fatto che i marchi siano o non siano *commercial speech,* in quanto in ogni caso la clausola non supererebbe nemmeno lo scrutinio sulla base dei criteri minimali previsti in *Central Hudson*. Secondo quest'ultimo scrutinio, infatti, una restrizione della libertà di espressione, per essere legittima, dovrebbe ricoprire un interesse sostanziale ed essere definita in modo preciso. Quanto al primo profilo, la clausola serve due interessi: innanzitutto incoraggia la tolleranza razziale, ma proprio su questo punto la Corte afferma chiaramente che «*the Government has an interest in preventing speech expressing ideas that offend. And, as we explained, that idea strikes at the heart of the First Amendment. Speech that demeans on the basis of race, ethnicity, gender, religion, age, disability or any other similar ground is hateful; but the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express 'the thought that we hate'*». Il secondo interesse è la protezione del commercio, visto che condotte discriminatorie hanno effetti negativi e distorsivi del commercio. La clausola tuttavia non è chiaramente definita: per usare le significative parole del Giudice Alito, la disposizione in esame non è una clausola non discriminatoria, ma una «*happy-talk clause*: *it goes much further than is necessary to serve the interest asserted*». Per concludere sulla questione della possibilità di ritenere i marchi come *commercial speech,* si afferma con enfasi che «*If affixing the commercial label permits the suppression of any speech that may lead to political or social volatility, free speech would be endangered*».
Avviandoci alla conclusione pare rilevante anche sottolineare l'opinione del Giudice Kennedy (*concurring in part and concurring in the judgement*), che afferma fin dalle prime righe quanto il «*1052(a) constitutes viewpoint discrimination – a form of speech suppression so potent that it must be subject to rigorous constitutional scrutiny. The Government's action and the statute on which it is based cannot survive this scrutiny*». Il ragionamento argomentativo del Giudice Kennedy prosegue dettagliando i motivi per i quali la protezione del Primo Emendamento si applichi anche ai marchi: innanzitutto le tipologie di espressioni che il Governo può regolamentare o punire (frode, diffamazione, etc), sono chiaramente

stabilite dalla Costituzione e al di fuori di questi casi vige sempre il principio secondo il quale il Governo non può punire o sopprimere forme di espressione per il solo fatto che ne disapprovi l'idea o il messaggio che esse trasmettono; così «*the First Amendment guards against laws "tageted at specific subject matter", a form of suppression known as content based discrimination*», arrivando alla conclusione che una legge di quel tipo è «*presumptively unconstitutional*». Appare chiaro che la clausola in esame debba essere considerata rientrante in questa tipologia di legge, visto che il Governo approva e ammette marchi dal contenuto neutro o positivamente leggibili, ma non quelli discriminatori o offensivi: la clausola «*reflects the Governement's disapproval of a subset of messages it finds offensive. This is the essence of viewpoint discrimination*». Il Governo sostiene che la clausola sia neutrale in quanto applicata in egual misura a tutti i marchi sottoposti a registrazione con contenuto offensivo, qualsiasi esso sia; il Giudice, al contrario, ritiene che una tale affermazione non afferri il punto della questione: «*the First Amendment's viewpoint neutrality principle protects more than the right to identify with a particular side. It protects the right to create and present arguments for particular positions in particular ways. By mandating positivity, the law here might silence dissent and distort the marketplace of ideas*». Il Governo sostiene inoltre che la clausola si applichi indipendentemente dalle ragioni per le quali si sceglie il marchio o dalla percezione del richiedente e che il rifiuto della registrazione non sia fondato sul giudizio del Governo bensì sulla reazione dell'*audience*. Il Giudice Kennedy sostiene invece che «*a speech burden based on audience reactions is simply government hostility and intervention in a different guise. The speech is targeted, after all, based on the government's disapproval of the speaker's choice of message. And it is the government itself that is attempting in this case to decide whether the relevant audience would find speech offensive*». Il Governo, infine, sostiene che il marchio sia inopportuno per lo stesso proponente (definendolo «*a negative comment*») mentre ciò viene smentito dalla ricostruzione della motivazione stessa avanzata dalla rock band al momento della registrazione del marchio.

Sul punto riguardante la definizione di marchio quale *commercial speech*, il Giudice ritiene che in ogni caso una *viewpoint discrimination*, inclusa quella che ha come oggetto marchi offensivi, rimane problematica e vietata anche nell'ambito del commercio, arrivando ad affermare che «*to permit viewpoint discrimination in this context is to permit Government censorship*», tornando a sottolineare come «*the Court's precedent have recognized just one narrow situation in which viewpoint discrimination is permissible: where the government itself is speaking or recruiting others to comunicate a message on its behalf*», tuttavia il caso in esame non rientra in tale categoria. Per concludere, e in ottica riassuntiva rispetto al tema trattato in questa pronuncia, è significativo riportare la conclusione del giudice Kennedy: «*a law that can be directed against speech found offensive to some portion of the public, can be turned against minority and dissenting views to the detriment of all. The First Amendment does not entrust that power to the government's benevolence. Instead, our reliance must be on the substantial safeguards of free and open discussion in a democratic society. For these reasons, I join the Court's opinion in part and concur in the judgement*».

Cronache

La riforma della neutralità della rete: il nuovo scontro tra utenti e Internet providers

Giovanni Caccavello

Keywords: FCC, Internet service provider, Internet, net neutrality, Stati Uniti

Giovedì 14 dicembre la Commissione federale per le comunicazioni degli Stati Uniti (FCC) ha deciso di abrogare la disciplina sulla cosiddetta "*net neutrality*", una regolamentazione che era stata introdotta dallo stesso organismo nel 2015, durante il secondo mandato presidenziale di Barack Obama.

Questa decisione ha così riaperto un dibattito che dura da circa venticinque anni. Negli Stati Uniti, infatti, la neutralità della rete è diventata territorio di scontro tra gli utenti ed i fornitori di accesso, a partire dai primi anni '90, a seguito sia della realizzazione del primo Internet Service Provider commerciale al mondo sia della nascita del World Wide Web, che avvenne nel 1991.

Nonostante i numerosi tentativi di approvare norme che regolamentassero la velocità con cui i contenuti circolano in rete, fino al 2015 non sono mai esistiti chiari vincoli di natura legale a garanzia di una *net neutrality*. Ad esempio, tra il 2005 ed il 2012, il Congresso degli Stati Uniti decise di non approvare ben cinque leggi che avrebbero proibito ai fornitori di servizi Internet di utilizzare modelli di prezzo, con differenti tariffe, in base al livello di qualità del servizio dell'utente.

Dopo anni di dibattito politico, nel maggio 2014 la FCC rilasciò una nuova proposta di legge che prevedeva l'introduzione di regole che consentissero ai fornitori di servizi Internet di addebitare tariffe differenziate in base alla velocità di connessione. In alternativa, la Commissione suggerì di considerare il servizio Internet a banda larga come servizio di telecomunicazione. Questa seconda opzione fu successivamente votata dalla FCC stessa, la quale, nel febbraio 2015, si espresse a favore della neutralità della rete, riclassificando la banda larga come "vettore comune", ai sensi del Titolo II del Communications Act del 1934 e della Section 706 del Telecommunications Act del 1996.

Queste nuove norme, che entrarono ufficialmente in vigore il 12 giugno 2015, sono state subito prese di mira da Ajit Pai, nominato nuovo presidente della Commissione federale per le comunicazioni da Donald Trump, il 23 gennaio 2017. Dopo aver subito annunciato l'intenzione di cancellare le regole volute dalla precedente Amministrazione Obama, in quanto troppo intrusive, nell'aprile 2017 Pai presentò una bozza di proposta di regolamento (*draft Notice of Proposed Rulemaking*) che avrebbe rivisto i principi a fondamento delle norme sulla neutralità della rete.

Con il voto del 14 dicembre, la Commissione ha così deciso di annullare quelle regole che vietavano, ai fornitori di banda larga, di bloccare alcuni siti web o di addebitare agli utenti un prezzo più elevato per un servizio di qualità superiore o per altri determinati contenuti. Inoltre, una volta che questa riforma entrerà in vigore, il governo federale

non dovrà più regolare il servizio Internet ad alta velocità come un servizio di utilità pubblica. Secondo quanto viene spiegato da Ajit Pai, l'idea di fondo è quella di tornare ad avere normative più permissive, simili a quelle che hanno regolamentato la rete fino a due anni fa, che consentano ai fornitori di essere ancora più innovativi nell'offerta di servizi.

Così come avvenuto nel 2015, l'attuale abrogazione, votata per tre a due dalla Commissione federale per le comunicazioni, non entrerà in vigore subito. Il 26 febbraio 2015, infatti, la FCC votò per l'introduzione delle vigenti norme, ma la riforma entrò ufficialmente in vigore solo a partire dal 12 giugno dello stesso anno. Anche in questo caso le tempistiche saranno simili. Di conseguenza, per il momento i consumatori non noteranno alcun cambiamento.

Al tempo stesso, però, la lotta politica e giuridica per fermare il cambiamento voluto da Pai è già iniziata. Numerosi esponenti democratici del Congresso hanno infatti richiesto un disegno di legge per ristabilire le regole del 2015, mentre diversi procuratori generali, tra cui Eric T. Schneiderman dello stato di New York, hanno già dichiarato che presto si attiveranno per fermare la riforma. Oltre a queste importanti figure politiche, anche diversi gruppi di interesse pubblico tra cui Public Knowledge e la National Hispanic Media Coalition hanno promesso di avviare una causa. Infine, l'Internet Association, il gruppo lobbystico che rappresenta tutte le più grandi aziende tecnologiche come Amazon, Facebook e Google, ha affermato che sta prendendo in considerazione un'eventuale futura azione legale. Al contrario, tutti i più importanti Internet *providers*, come AT&T, Charter, Comcast e Verizon si sono immediatamente espressi a favore della decisione della FCC.

Nonostante le promesse, le parti dovranno innanzitutto attendere che le nuove regole vengano definitivamente approvate dall'Ufficio per la gestione e il bilancio della Casa Bianca, prima di potersi attivare. Nel frattempo, al di là dei commenti, spesso fin troppo negativi, che si sono rincorsi nelle ultime settimane, è facile ipotizzare come il dibattito sulla neutralità della rete si potrà presto ridurre a stabilire se i fornitori di servizi Internet debbano essere regolamentati prima o sanzionati dopo un abuso di potere nei confronti dei consumatori. La riforma di Pai sembra aver optato per la seconda opzione.

Secondo capitolo della saga *Maximilian Schrems vs Facebook Ireland Limited*: prime riflessioni sulle Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek

Giulia Formici

Keywords: consumatori, dati personali, Facebook, Internet, privacy, Schrems

Il 14 novembre 2017, l'Avvocato Generale Michal Bobek ha presentato le proprie Conclusioni in merito alla causa C-498/16 che vede, ancora una volta, il cittadino austriaco Maximilian Schrems sfidare il gigante blu dei social network. Il primo capitolo di quella che da molti è stata definita una moderna lotta tra Davide e Golia, si era concluso con la dirompente quanto discussa pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea (C-362/14): quest'ultima aveva dichiarato invalida la decisione della Commissione 2000/520/CE che affermava l'adeguatezza del livello di protezione garantito dai principi del cd. Safe Harbor ai dati riferiti a cittadini europei trasmessi oltre oceano.
Incassata tale vittoria, cui è seguita la rinegoziazione UE-USA di un nuovo accordo in materia di trasferimento dati (cd. Privacy Shield), Schrems presenta ricorso innanzi al Tribunale del Land di Vienna, competente in quanto foro speciale del consumatore ex art. 16 del regolamento 44/2001, lamentando la violazione della normativa austriaca in materia di protezione dei dati da parte di Facebook Ireland Ltd (controllata di Facebook Inc., avente, come noto, sede negli Stati Uniti).
Anche con riferimento a questo ricorso, sorgono problematiche giuridiche di notevole rilievo, di estrema attualità e, per certi versi, assoluta novità: le nuove tecnologie, il modo di operare degli utenti nei social network, i contratti che vi sono alla base e le dinamiche di funzionamento dei nuovi media stessi, pongono il giudice, ed il diritto più ampiamente, dinnanzi alla necessità di dover ripensare gli istituti classici e le definizioni giuridiche, anche quelle di derivazione comunitaria, che non sempre riescono ad adattarsi facilmente alla realtà di uno spazio virtuale in perenne evoluzione. Così la questione posta da Schrems induce la Corte Suprema austriaca a procedere ad un rinvio pregiudiziale alla CGEU, ponendo due questioni, legate, questa volta, solo indirettamente alla normativa sul trattamento dei dati personali.
Certo il tema della tutela della riservatezza dei dati resta sullo sfondo, come obiettivo principale ed ultimo dell'azione del ricorrente dinnanzi al giudice austriaco, ma in questa seconda pronuncia, richiesta alla Corte di giustizia, quelle che rilevano sono questioni se vogliamo collaterali: innanzitutto la definizione dello status di consumatore rispetto alla specificità della situazione di un utente di Social Network e la conseguente applicabilità del richiamato art. 16 del regolamento 44/2001, che stabilisce la competenza del giudice del domicilio del ricorrente in materia di contratti conclusi

da consumatori; questa disposizione, se ben funziona nel mondo "reale", pone, come già sottolineato in apertura, non pochi problemi applicativi quando la si traspone nella dimensione peculiare del web e delle nuove tecnologie. Superato in senso positivo questo primo punto, la Corte è chiamata ad interrogarsi sulla possibilità, per un solo utente-consumatore, cui siano stati ceduti i diritti da altri utenti domiciliati nello stesso Stato Membro, in altro Stato membro o addirittura in un paese terzo, di avvalersi, per la tutela di tutti i diritti ceduti, della giurisdizione del foro speciale per il consumatore, agendo dunque di fronte al giudice del domicilio non solo per azionare i propri diritti ma anche quelli ceduti da altri consumatori, ovunque domiciliati.

Di fronte a tali quesiti, che, come non manca di sottolineare lo stesso Avvocato Generale, sono frutto delle nuove sfide cui le tradizionali definizioni giuridiche sono sottoposte nel nuovo quadro dei social media e di Internet, l'iter argomentativo di Bobek non può che essere articolato, in un intricato passaggio dagli schemi classici del diritto alle nuove interpretazioni e riflessioni che si rendono necessarie di fronte alle peculiarità del caso sottoposto. Emerge sin da subito la difficoltà, nel particolare contesto di Facebook, di tracciare quel confine netto tra utilizzo di un account a scopo privato o a scopo professionale, che è alla base della qualifica stessa di consumatore (art. 15 del citato regolamento 44/2001) e di applicabilità quindi del foro speciale.

L'Avvocato Generale, con lucida percezione della realtà virtuale e dei suoi meccanismi peculiari, comprende il peso fondamentale che assume la distinzione tra profilo privato utilizzato da Schrems e la sua pagina Facebook, contenente informazioni sulle sue attività, sui suoi libri e sui procedimenti giudiziari da questi intentati, che porta a doversi chiedere se ci si trovi di fronte a due diversi contratti, uno per ciascun servizio, o di uno solo, comprendente entrambi gli strumenti del profilo privato e della pagina. Di fronte a questi interrogativi, che sottopongono al giudice concetti e realtà giuridiche ancora inesplorate e dalla non semplice soluzione, è interessante vedere come l'Avvocato faccia ricorso a quei principi giurisprudenziali, solidamente affermati in materia di tutela del consumatore, cercando di ritrovare in essi capi saldi applicabili, pur con le dovute differenziazioni, al particolare contratto concluso tra utente e Facebook. Nell'ipotesi in cui si ritenga sussistente un unico contratto, Bobek richiama dunque il test di Gruber, in base al quale il giudice nazionale è chiamato a valutare la trascurabilità o meno del contenuto professionale del contratto stesso.

L'Avvocato Generale giunge pertanto ad affermare che «è necessaria una certa flessibilità, nello specifico contesto dei social media, in cui un certo numero di utilizzi riguardanti l'immagine e la reputazione professionale rappresentano un prolungamento della personalità dell'utente. Se non sussiste un impatto commerciale diretto e immediato, essi restano casi di uso privato», concludendo che, salva verifica del giudice nazionale (!), Schrems debba essere considerato consumatore con riferimento al proprio account Facebook. Le attività del ricorrente di partecipazione a conferenze, pubblicazione di libri successive alla promozione delle note azioni giudiziarie, in base alla ricostruzione di Bobek, non comportano di per sé la perdita dello status di consumatore, che è da stabilirsi con riferimento a natura e scopo del contratto al momento della sua conclusione, pur non potendo escludersi in maniera assoluta che lo status dell'utente possa mutare nel corso del tempo.

Ma la complessità delle questioni che la Corte dovrà affrontare nella propria decisione si rivelano con forza anche nel secondo quesito: nell'interrogarsi sulla possibilità di far valere, presso il giudice del domicilio di un unico consumatore - nel caso di specie Schrems - anche i diritti ceduti da altri consumatori, potenzialmente domiciliati in tutto il mondo, si colgono le nuove sfide che la globalizzazione e la naturale assenza di confini di Internet e dei social network pongono al mondo del diritto. Sebbene riconosca che un'azione collettiva permetterebbe una maggiore ed effettiva protezione dei diritti dei consumatori, riducendo i rischi di un moltiplicarsi infinito di ricorsi dinnanzi ai tribunali degli Stati Membri, l'Avvocato Generale ritiene che concedere a Schrems di agire in giudizio anche per i diritti di consumatori cessionari comporterebbe la concentrazione di un numero enorme di domande innanzi ad una stessa Corte, con il rischio elevato di assistere a fenomeni di forum shopping, ben potendo i consumatori scegliere il giudice del luogo che manifesta orientamenti a loro più favorevoli.
Sulla base del dettato dell'art. 16 del regolamento 44/2001 in esame, nonché mediante una interpretazione sistematica e teleologica, Bobek giunge ad affermare che il foro speciale ivi previsto valga solo per le parti contrattuali «concrete e specifiche», ritenendo che, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente e dai governi austriaco, tedesco e portoghese, la disposizione in questione non possa essere interpretata nel senso di introdurre «una nuova competenza giurisdizionale speciale per un consumatore» con riferimento ai diritti di altri consumatori, ad esso ceduti. Schrems può agire dunque dinnanzi al giudice austriaco quale consumatore, ma solo per la tutela della propria posizione giuridica.
Quanto pare poi interessante è che l'Avvocato Generale si spinga oltre, sostenendo, in chiusura, la necessità di un intervento del legislatore europeo al fine di considerare la necessità e l'opportunità di istituire un'azione collettiva comunitaria per i contratti conclusi da consumatori, una sorta di cross-border class action: come a dire che, se è vero che nella normativa vigente tale azione non è prevista e non è consigliabile che il giudice intervenga per crearla «con un tratto di penna», è tuttavia consigliabile che il legislatore, e non la Corte, si assuma l'impegno di valutare l'adozione di una soluzione organica.
Questa riflessione finale pare aprire il campo a varie considerazioni sulla complessa posizione che la CGUE ha negli ultimi anni ricoperto ogni qual volta sia stata chiamata a pronunciarsi in tema di tutela dei dati, non mancando di assumere un ruolo sempre più decisivo e dirompente - per alcuni anche discutibile - nel processo di enforcement della privacy digitale di matrice europea. Sarà dunque di grande interesse osservare come e se la Corte farà proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale, se afferrerà anch'essa l'occasione per sottolineare il ruolo e la responsabilità che dovrebbe assumere il legislatore europeo e se quest'ultimo coglierà o meno, con una nuova spinta propulsiva, un eventuale invito della Corte.

Irish High Court e Corte di giustizia europea: un nuovo dialogo sul trasferimento di dati da Facebook Ireland a Facebook Inc.

Riccardo Cabazzi

Keywords: dati personali, standard contractual clauses, Irish High Court, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sorveglianza

Sommario

1. Fatto e vicende processuali – Irish High Court n. 545/2017. - 2. Protezione dei dati e sicurezza: UE *versus* USA. - 3. *Standard contractual clauses:* la parola alla Corte di giustizia

1. Fatto e vicende processuali – Irish High Court n. 545/2017

Per comprendere la portata della recente pronuncia della Irish High Court n. 545/2017, la quale sarà oggetto di approfondimento in questa sede, è opportuno procedere anzitutto ad una breve ricostruzione delle complesse vicende processuali che ne costituiscono gli antecedenti.

Fu un viaggio in California dell' "attivista" austriaco Max Schrems nel 2011, e la contestuale scoperta che Facebook Inc possedeva circa 1200 pagine di informazioni a lui afferenti, il fatto da cui scaturirono i contenziosi legali del caso, tutti fondamentalmente riconducibili – quanto alla questione giuridica principale – alla garanzia del diritto alla *privacy* individuale ogniqualvolta vi sia un trasferimento di dati in paesi terzi la cui legislazione prevede livelli di tutela inferiori rispetto a quelli del diritto dell'UE.

Nel 2013, invero, il signor Schrems presentò all'Irish Data Protection Commissioner un formale reclamo contro Facebook Ireland ritenendo che il trasferimento, da parte del *provider*, dei dati personali del suo account a Facebook Inc., avente sede negli Stati Uniti, costituisse violazione, in particolare, dei diritti riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [di seguito "Carta"] alla vita privata (art. 7) e alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8). Tale reclamo si basava invero sul presupposto che la legislazione statunitense non garantisse una protezione dei dati perso-

nali equivalente[1] a quella prevista dal diritto dell'Unione europea, privilegiando quindi gli "obiettivi" di sicurezza nazionale (attraverso la c.d. *mass surveillance*) sulla garanzia della privacy degli utenti.

Tuttavia l'Irish Data Protection Commissioner rigettò, in un primo momento, tale reclamo e si rifiutò quindi di effettuare più approfondite investigazioni sulle questioni sollevate dal signor Schrems, richiamando sul punto la decisione della Commissione Europea 2000/520/CE. Invero la Commissione, con questa, aveva sancito l'adeguatezza del livello di protezione – assicurato dalle imprese aventi sede negli Stati Uniti ed aderenti al c.d. accordo del "*Safe Harbour*" – ai livelli minimi di tutela dei dati personali che avrebbero dovuto essere garantiti, agli interessati, in forza della normativa europea ed, in particolare, dalla direttiva 95/46/CE.

Il ricorrente signor Schrems adì tuttavia la Irish High Court avverso il rigetto del suo reclamo e, seguitamente al suo ricorso, questa sollevò dinanzi alla Corte di giustizia [di seguito "Corte"] questione di validità della summenzionata decisione della Commissione relativa ai *safe harbour principles*. Il principale punto controverso in diritto era invero se tale atto "validasse" *tout court* il livello di tutela della privacy garantito negli USA, impedendo conseguentemente all'autorità garante irlandese di verificare autonomamente il livello di protezione dei dati ivi in essere.

In data 6 ottobre 2015, la Corte dichiarò[2] invalida la predetta decisione della Commissione in base ad un'interpretazione dell'art. 25, c. 6, della direttiva 95/46/CE[3] conforme agli art. 7, 8, 47 della Carta. Secondo il *reasoning* della Corte, invero, lo *U.S.-EU Safe Harbor Framework* non poteva legittimamente impedire l'attività di verifica, da parte dell'autorità nazionale di uno Stato membro, sull'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali garantiti da un paese terzo in cui questi erano stati trasferiti, come peraltro previsto *ex* art. 28 di tale direttiva[4].

A seguito di tale decisione, Facebook Ireland e Facebook Ink stipularono quindi, in data 27 novembre 2015, un contratto grazie a cui vennero definiti tutti gli aspetti relativi al *data sharing*, con la conseguente garanzia della seconda di seguire i principi sulla

[1] Si noti, a tal riguardo, che la legislazione europea prevede (art. 25, c. 6, direttiva 95/46/CE), che un Paese terzo ove i dati sono trasferiti ne deve garantire una protezione adeguata in rapporto al grado di tutela garantito nell'Unione europea. Tuttavia, secondo autorevole dottrina, la Corte, nella sentenza C-362/2014, avrebbe parificato tale parametro di adeguatezza a quello di equivalenza, tramite un'interpretazione normativa di tale direttiva teleologicamente "ispirata" alla Carta. La Corte avrebbe quindi perseguito, in tal modo, un'ideale estensione territoriale extra UE dell'applicazione delle garanzie previste dalla disciplina europea. Vedasi, in questo senso: O. Pollicino – M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in V. Zeno Zencovich – G. Resta (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, 2016, 73 e ss. (in particolare 84-85).

[2] CGUE, C-362/2014, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* (2015).

[3] Letteralmente, tale disposizione prevede che: «La Commissione può constatare, secondo la procedura di cui all' articolo 31 , paragrafo 2, che un paese terzo garantisce un livello di protezione adeguato ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo, in considerazione della sua legislazione nazionale o dei suoi impegni internazionali, in particolare di quelli assunti in seguito ai negoziati di cui al paragrafo 5 , ai fini della tutela della vita privata o delle libertà e dei diritti fondamentali della persona».

[4] Letteralmente, tale disposizione normativa prevede (c. 1) che: «Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche siano incaricate di sorvegliare, nel suo territorio, l'applicazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva, adottate dagli Stati membri. Tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite».

privacy del diritto dell'Unione in materia. In tale accordo vennero infatti incorporate le c.d. *standard contractual clauses*, ovvero uno strumento previsto dal diritto dell'Unione, elaborato dalla Commissione e utilizzato dalle imprese per il trasferimento dei dati extra UE, come alternativo a modalità generali di *data transfer*. Tali clausole prevedono invero obblighi reciproci di tutela della *privacy* in capo al soggetto esportatore e importatore di informazioni personali ed, in particolare, la garanzia che i dati saranno "trattati" conformemente ai principi stabiliti nella citata direttiva, anche quando utilizzati nel Paese terzo di destinazione[5].

Tali *contractual clauses* trovano invero una loro base legale nella decisione della Commissione 2010/87/UE, secondo cui (art. 1): «Le clausole contrattuali […] costituiscono garanzie sufficienti per la tutela della vita privata e dei diritti e della libertà fondamentali delle persone, nonché per l'esercizio dei diritti connessi ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 2, della direttiva 95/46/CE». Quest'ultima richiamata disposizione normativa prevede quindi che «uno Stato membro può autorizzare un trasferimento o una categoria di trasferimenti di dati personali verso un paese terzo che non garantisca un livello di protezione adeguato […] qualora il responsabile del trattamento presenti garanzie sufficienti per la tutela della vita privata e dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone, nonché per l'esercizio dei diritti connessi; tali garanzie possono segnatamente risultare da clausole contrattuali appropriate».

A seguito di tali vicende processuali, il signor Schrems presentò quindi all'Irish Data Protection Commissioner, in data 1 dicembre 2015, un ulteriore reclamo – evidentemente connesso al precedente – sostenendo che i propri dati personali, utilizzati da Facebook Inc, sarebbero quantomeno resi disponibili alle autorità governative statunitensi, anche grazie a programmi di spionaggio, posti da queste in essere, in aperta violazione del suo diritto alla privacy. Chiese pertanto alla competente autorità di sospendere immediatamente il c.d. *data flow* di cui beneficiava la società avente sede negli Stati Uniti, possibilità che – secondo il ricorrente – sarebbe discesa (anche) dall'art. 4 delle stesse *standard contractual clauses* [6].

Diversamente ritenendo, l'Irish Data Protection Commissioner citò in giudizio – sempre dinanzi alla Irish High Court – Facebook Ireland Ltd e lo stesso signor Schrems, invitando il giudice irlandese a deferire, mediante un secondo rinvio pregiudiziale (vedi *infra*), la questione della validità delle suddette clausole contrattuali alla Corte.

Le descritte vicende processuali, decisamente articolate, costituiscono pertanto premessa del "nuovo" rinvio pregiudiziale della Irish High Court, la quale "prosegue", mediante tale ultima pronuncia, nel dialogo già precedentemente instaurato in *subiecta*

[5] Da un punto di vista "funzionale" le *standard contractual clauses* sono parificabili al consenso individuale al trasferimento di informazioni personali e alle *binding corporate rules*, ovvero uno strumento volto a consentire il trasferimento infragruppo di dati dal territorio dello Stato verso paesi terzi extra UE. Queste ultime si concretizzano in un documento contente una serie di clausole che fissano principi vincolanti al cui rispetto sono tenute invero tutte le società appartenenti ad un medesimo gruppo.

[6] «*Whenever the competent authorities in Member States exercise the powers pursuant to Article 28(3) of the Directive 95/46/EC leading to the suspension or definitive ban of data flows to third countries in order to protect individuals with regard to the processing of their personal data, the Member State concerned shall, without delay, inform the Commission, which will the information to the other Member States*».

materia con il giudice europeo[7].

2. Protezione dei dati e sicurezza: UE *versus* USA

La corte irlandese, nella stesura della pronuncia, è stata chiamata ad un difficile compito: in *primis* quello di riassumere compiutamente tutte le vicende fattuali e processuali del caso, piuttosto corpose, ed, in *secundis*, quello di comparare la già citata normativa europea in tema di trattamento dei dati personali (vedi *supra*) con quella statunitense, al fine di verificare se il trasferimento extra UE di dati ed utilizzo di questi in favore e da parte di Facebook Inc non comporti, per gli interessati, un affievolimento delle garanzie previste dalla Carta (in particolare, artt. 7, 8, 47 e 52).

A tal riguardo l'organo giudicante ravvisa che, in materia, ogni ordinamento è chiamato, dal punto di vista del diritto costituzionale, ad una ponderazione tra due diversi valori: il rispetto della vita privata dell'individuo – da una parte – e le esigenze di sicurezza nazionali – dall'altra – con esiti diversi a seconda dell'attribuzione di maggiore rilevanza all'uno o all'altro[8].

Quanto all'ordinamento statunitense, la Corte ritiene invero che principio basilare, desumibile dalla rilevante legislazione in materia, sia che la *surveillance* sulle informazioni personali degli individui è sempre ammessa, salvo quando espressamente vietata *ex lege*[9]. L'Irish High Court osserva altresì sul punto che, diversamente dall'ordinamento europeo ove una tutela giurisdizionale effettiva avverso l'utilizzo di dati incompatibile con il diritto alla vita privata dell'individuo è garantita dall'art. 47 della Carta, negli Stati Uniti non pare rinvenibile un rimedio equipollente previsto dalla legge; ivi, infatti, si concreta spesso un'invasiva sorveglianza non manifesta – motivata precipuamente da ragioni di protezione della sicurezza nazionale – tale da ostacolare marcatamente la tutela della privacy individuale. Spesso, infatti, poiché la legge non prevede relativo preavviso agli interessati, il cittadino le cui informazioni personali sono utilizzate, non è nemmeno a conoscenza della manipolazione di queste.

Inoltre, il giudice irlandese rileva come l'art. 52 della Carta preveda la possibilità di limitarne i diritti riconosciuti da questa (e quindi anche quello alla vita privata) allorché tale restrizione sia motivata da finalità di interesse generale, strettamente necessaria e, comunque, proporzionata allo scopo perseguito. In "dissintonia" con tale previsione

[7] Per maggiori approfondimenti sul tema del dialogo tra le corti nazionali ed europee si rimanda, *ex multis*, al contributo di O. Pollicino, *Corte di giusitizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti della Corte dell'Unione*, in A. Ruggeri (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, 91 ss., a quello di A. Baraggia, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: "epifanie" di una Unione dai Tratti ancora indefiniti*, in www.rivistaaic.it, 2, 2015, e, da ultimo, al contributo di A. Ruggeri, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 18, 2017.

[8] Per maggiori approfondimenti sul punto ci si limita a rimandare, tra la vasta letteratura sul tema, a F. Fabbrini, *Privacy and National Security in the Digital Age. European and Comparative Constitutional Perspectives*, in *Tilburg Law Review*, 2015, 5 ss.

[9] Vedi *consideratum* n. 195 della sentenza della Irish High Court n. 545/2017: «*The basic principle is that surveillance is legal unless forbidden and there is no requirement ever to give notice in relation to surveillance*».

normativa del diritto europeo, le diverse misure di sorveglianza generale poste in essere negli Stati Uniti, con finalità securitarie, piuttosto ampie, late e invasive – come ampiamente descritto nella decisione in commento[10] – non sembrano trovare invece significativi limiti, nella loro applicazione, in grado da rispondere a tali requisiti, a garanzia della protezione dei dati personali.

Da ultimo, invero, se negli Stati Uniti la tutela maggiore di queste e del diritto alla privacy si può – pur genericamente – ricavare, per via interpretativa, dal Quarto emendamento della Costituzione, tale previsione costituzionale rimane comunque non applicabile ai cittadini europei. Potendo quindi le agenzie di *intelligence* statunitensi – ai sensi di legge e nella prassi – avere accesso indiscriminato a (praticamente) tutti i dati dei *service provider* nazionali, si può concludere che i cittadini europei "perdano" le garanzie in materia loro riservati, dalla legislazione UE, ogniqualvolta informazioni personali siano a questi trasferiti. Come visto, invero, negli Stati Uniti le ragioni fondanti la tutela della vita privata di ogni individuo sembrano piuttosto recessive rispetto a quelle (imperanti) di sicurezza e difesa della nazione.

3. *Standard contractual clauses*: la parola alla Corte di giustizia

Da ultimo, l'Irish High Court considera l'art. 4 delle summenzionate *standard contractual clauses* che – secondo il signor Schrems – fonderebbero il potere, in capo all'Irish Data Protection Commissioner, di sospendere il "flusso" di dati da Facebook Ireland a Facebook Inc, così "offrendo" un'utile via di risoluzione alla questione del minor livello di tutela della privacy accordato dalla legislazione statunitense. Tuttavia, l'autorità irlandese ritiene invece, a tal riguardo, che detta disposizione contrattuale di "salvaguardia" rispetto al trasferimento di dati verso stati terzi si risolva in un potere meramente discrezionale esercitabile o meno, da parte delle singole autorità nazionali, a seconda di considerazioni particolari legate al caso concreto. Secondo l'autorità irlandese, invero, determinate "circostanze" potrebbero "frenare" l'esercizio di tale potere, nonostante una compiuta verifica di non adeguatezza della rilevante disciplina normativa dello stato in cui i dati sono trasferiti e trattati.

Tale "impianto" teorico è altresì accolto anche dal giudice irlandese, secondo cui: «*it's undesirable that identical data transfer could be permitted under the SCCs in one Member State but suspended or banned in another depending on whether or not […] the particular authorities had reached different conclusions regarding the likelihood of the data being subjected to a substantial adverse effect on warranties and obligations provided by SCCs[…] the mere fact that the power to suspend data transfer exist does not save the SCC decision from the invalidity based upon the perceived inadequacies of the law of third countries*»[11].

[10] In particolare, il riferimento è ai PRISM, ossia programmi di sorveglianza elettronica di massima segretezza, usati per la gestione di informazioni raccolte attraverso Internet e altri fornitori di servizi elettronici e telematici negli USA dalla National Security Agency (NSA), fin dal 2007 e alla *upstream collection*. Quest'ultima è utilizzata, sempre della NSA, per intercettare il traffico di Internet e telefonico, dal c.d. *Internet backbone*.

[11] Vedi *considerata* n. 315 e n. 317 della sentenza della Irish High Court n. 545/2017.

Pertanto, l'Irish High Court, decisasi a rinviare alla Corte la decisione sulla validità di tali clausole contrattuali, ritenendole non sufficienti – di per sé stesse – ad assicurare adeguata protezione ai dati personali di cittadini europei trasferiti a *service providers* aventi sede negli Stati Uniti, si riserva di determinare – in seguito all'ulteriore audizione delle parti processuali – l'esatta questione da deferire.

In conclusione, pare auspicabile che questo nuovo rinvio pregiudiziale di validità alla Corte possa fare (finalmente) chiarezza su quella che rimane la questione centrale dell'intera vicenda processuale: può o meno essere legittimamente precluso alle competenti autorità nazionali un uniforme esame, in piena indipendenza ed autonomia, anche da clausole ed accordi privati, quanto al fatto che il trasferimento di dati di cittadini dell'Unione verso paesi terzi rispetti i requisiti previsti dalla relativa normativa europea in materia (in particolare, i contenuti della Carta e i principi sanciti dalla direttiva 95/46/CE) e non si tramuti in una *deminutio* dei diritti a questi garantiti?

Alla Corte, quindi, la rinnovata possibilità di definire tale questione, al termine di un "dialogo" tra tribunale nazionale e giudice dell'Unione decisamente articolato e ricco di implicazioni quanto alla garanzia di un diritto individuale, quello alla privacy, sempre più rilevante nell'odierno contesto globale[12].

[12] Si veda, sul tema, per una ricostruzione normativa della disciplina europea sulla protezione dei dati, anche in chiave comparata, il contributo monografico di F. Pizzetti*, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.

Three new pieces of legislation implementing Franceschini Act on cinema and audio-visual media services

Ernesto Apa, Donata Cordone

Keywords: dati personali, standard contractual clauses, Irish High Court, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sorveglianza

1. Three Legislative Decrees implementing the reform of the Italian legal framework on cinema and audio-visual services laid down by Law no. 220 of 14 November 2016 (known as Franceschini Act, after the name of the incumbent Minister of Cultural Heritage and Activities and Tourism) were released on last December with respect to (i) the promotion of European and Italian works (Legislative Decree no. 204 of 7 December 2017), (ii) the protection of minors (Legislative Decree no. 203 of 7 December 2017) and (iii) the employment in the audio-visual sector (Legislative Decree no. 202 of 7 December 2017). Further to the Government's preliminary approval of 2 October 2017 and the subsequent opinions collected from parliamentary committees, Council of State and State/Region Conference, the three Legislative Decrees were finally approved by the Government on 7 December, published on the Official Journal on 28 December 2017 and entered into force on 12 January 2018. Some significant amendments have been introduced by the relevant provisions, especially with regard to Legislative Decree no. 204/2017.

2. Legislative Decree no. 204 of 7 December 2017 on the promotion of European and Italian works provides for a progressive increase of the content and investment quotas that all TV broadcasters are required to reserve to European and Italian works. Also on-demand service providers are required to comply with specific obligations.
Such Legislative Decree has been strongly opposed by TV broadcasters and, in the same time, warmly welcomed by film producers, especially independent producers.
The minimum quotas provided for by the Decree are summarized in the tables below.

A. Content Quotas

	National broadcasters	Public service broadcaster	On-demand service providers
EU works	50.01% for 2018 increased to: - 53% for 2019 - 56% for 2020 - 60% from 2021	50.01% for 2018 increased to: - 53% for 2019 - 56% for 2020 - 60% from 2021	From January 2019, 30% of the catalogue to be EU recent (*i.e.* last 5 years) content
Works of Italian original	From January 2019 sub-quota of 1/3 of the quotas above	From January 2019 sub-quota of 1/2 of the quotas above	From January 2019, a sub-quota of not less than 50% of the quota above (*i.e.*, no less than 15% of the catalogue)
	6% for cinematographic and audio-visual works of Italian original expression produced anywhere (specifically fiction, animation, original documentaries or other works of high cultural or scientific content, including the TV edition of theatrical works)	12% for cinematographic and audio-visual works of Italian original expression produced anywhere (specifically fiction, animation, original documentaries or other works of high cultural or scientific content, including the TV edition of theatrical works), 1/2 of which reserved to cinema	-

All quotas and sub-quotas are calculated net of TV news, sport, quiz, advertising, teletext and teleshopping programs. All quotas and sub-quotas must be met on an annual basis, except for the Primetime quotas which must be met weekly.

B. Investment quotas

	Commercial broadcasters	Public service broadcaster	On demand service providers
EU works	10% of the annual net revenues for 2018 (to be devoted entirely to independent producers) reserved to pre-purchase, purchase or production of EU works, increased to: - 12.5% for 2019 (5/6 of which for independent producers) - 15% from 2020 (5/6 of which for independent producers)	15% of the annual total revenues for 2018 (to be devoted entirely to independent producers) reserved to pre-purchase, purchase or production of EU works, increased to: - 18.5% for 2019 (5/6 of which for independent producers) - 20% from 2020 (5/6 of which for independent producers)	From January 2019, 20% of the annual net revenues in Italy to be invested in EU works of independent producers, particularly recent works (last five years) From January 2019, quota to be met also by providers having the editorial responsibility of offers directed to Italian consumers, even if based abroad
	Sub-quota of 3.2% of the annual net revenues for 2018, increased to: - 3.5% for 2019 - 4% from 2020 - 4.5% from 2021	Sub-quota of 3.6% of the annual total revenues for 2018, increased to: - 4% for 2019 - 4.5% for 2020 - 5% from 2021	-
Works of Italian original expression produced anywhere	-	-	From January 2019, a sub-quota of not less than 50% of the quota above (*i.e.*, no less than 10% of the net revenues made in Italy)
Animation works for child education produced by independent producers	-	Sub-quota of 5% of the quota provided for EU works	-

Audio-visual media service providers may apply with the Italian Communication Authority for exemption from the quotas' obligations reported *sub* A and B above if:
(i) the thematic character of the programming schedule or catalogue does not allow to supply from European independent producers or to purchase, pre-purchase, produce or co-produce European audio-visual works;
(ii) the audio-visual media service provider's market quota is lower than a specific quota determined by the Authority; or
(iii) the audio-visual media service provider did not achieved profits in each of the last 2 years of operation.

The Ministry of Economic Development and the Ministry of Cultural Heritage and Activities and Tourism shall issue, within 90 days from the entering into force of the Decree, relevant regulations implementing the provisions on works of Italian original expression produced anywhere (*e.g.* relevant definition; possible sub-quotas – for both transmission (including Primetime) and investment – in any event not lower than those reported above); Primetime quotas' obligations shall apply once such Ministerial regulations are issued.

The Ministerial regulations concerned, to be updated at least every three years, *inter alia*:

- may set forth additional sub-quotas for specific kinds of works produced by independent producers, with specific reference to the works realized during the last 5 years and the cinematographic and audio-visual works of fiction, animation, original documentaries or other kinds of audio-visual works;
- in case of cinematographic and audio-visual works of fiction, animation and/or original documentaries of Italian original expression produced by independent producers, provide for the investment quotas' obligations to be fulfilled through the purchase, pre-purchase or co-production of works; and
- taking into account any agreement between audio-visual media service providers associations or between an audio-visual media service provider and the most representative trade associations of cinematographic and audio-visual Italian producers, set forth (a) specific criteria for complying with the quotas' obligations above, with particular reference to purchase, pre-purchase, production or co-production conditions and (b) criteria related to maximum duration of exploitation of the works and criteria to determine value of each exploitation right.

The Italian Communication Authority shall issue, within 90 days from the entering into force of the Decree, resolutions aimed *inter alia* at further detailing the definitions of "independent producer", "annual total revenues" and "annual net revenues" as well as setting forth technical specifications for complying with quotas' obligations and relevant exemptions.

An *ad hoc* resolution shall be issued by the Italian Communication Authority, within 180 days from the entering into force of the Decree, in connection with on demand service providers' obligations.

The sanctions for non-compliance, significantly raised by the Decree, range from a minimum of 100,000.00 Euros to a maximum of 5 million Euros or up to 1% of annual revenues.

3. Legislative Decree no. 203 of 7 December 2017 on the protection of minors amends the provisions on censorship, by suppressing the absolute prohibition of works' release in cinemas as well as releases conditioned to cuts or amendments.

Further, the Decree enhances the role of the distributors and producers of cinematographic works, who are required to classify the works properly with a view to balancing freedom of expression and protection of minors and taking into account the age of the recipient public. The following classification system has been implemented: (a) works for everybody, (b) works not suitable for minors under the age of 6,

(c) works forbidden to minors under the age of 14 and (d) works forbidden to minors under the age of 18.
Once having classified the relevant work, distributors and producers are required to submit a copy of it to the new Committee for the classification of cinematographic works (replacing the previous 7 Committees for film review) at least twenty days before the work's first release. Within twenty days, the competent Committee issues its opinion on the proposed classification of the work, which is noticed by the Directorate General of Cinematographic works to the applicant. If no opinion is given within the aforementioned term, producers and distributors are permitted to release the cinematographic work but they would need to conform to the Committee's opinion, once issued, by changing the work's classification if necessary. Applicants can appeal the opinion of the Committee within fifteen days as of the release of the same.
Finally, the Decree delegates the Italian Communication Authority to release a relevant resolution governing the classification of audio-visual works intended for web and videogames. The Ministry of Cultural Heritage shall be consulted before the approval of the regulation, that aims at balancing protection of minors and freedom of expression. Also, the forthcoming regulation, to be issued by 120 days as of the date of publication of the Decree, shall take into account the existing legislation concerning, among others, the definition of appropriate technical measures of parental control and the existing international standard and best practices in the sector.

4. Legislative Decree no. 202 of 7 December 2017 takes the consequences of the recent reform concerning employment relationships knows as "Jobs Act" in the specific sector of audio-visual and cinematographic environment.
Inter alia the Decree extends the derogation to the numerical limitation for hiring temporary workers to be employed in activities related to the production of specific audio-visual works: accordingly, employers can hire fixed term employees over the 20% limits of the permanent employees in force in the same year.
Further, it provides for a relevant resolution, to be issued within 180 days from the entering into force of the Decree itself, establishing national criteria for defining a uniform classification system for artistic and technical professions into the above-mentioned audio-visual and cinematographic sector.

Elenco autori

Antonelli Dudan, Jacopo
avvocato in Milano
Apa, Ernesto
avvocato in Roma
Bartoli, Roberto
professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Firenze
Bassini, Marco
assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università Bocconi
Becchis, Franco
direttore scientifico, Turin School of Local Regulation
Belviso, Luca
dottorando di ricerca in diritto pubblico dell'economia, Università di Milano - Bicocca
Cabazzi, Riccardo
dottorando di ricerca in diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara
Caccavello, Giovanni
Fellow, Istituto Bruno Leoni
Califano, **Licia**
componente del collegio del Garante per la protezione dei dati personali; professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
Canzian, Nicola
assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università di Milano - Bicocca
Castellaneta, Marina
professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"
Colangelo, Margherita
professore associato di diritto privato comparato, Università degli Studi Roma Tre
Condorelli, Gea
LL.M. Candidate, Law of Internet Technologies, Università Bocconi
Cordone, Donata
avvocato in Milano
Costantini, Anna
dottoranda di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Torino
Cosentino, Carla
dottore di ricerca, Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"
Donati, Filippo
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze
Ferrarella, Luigi
giornalista, Corriere della Sera
Ferrari, Fabio
assegnista di ricerca in istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Verona
Formici, Giulia
dottoranda di ricerca in diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano
Frigerio, Filippo
cultore della materia in diritto pubblico, Università Bocconi
Fumo, Maurizio
presidente della V sezione penale, Suprema Corte di Cassazione
Giubilei, Beatrice
avvocato in Roma

Gobbato, Sara
avvocato in Treviso
Iannini, Augusta
vicepresidente del Garante per la protezione dei dati personali
Maggiolino, Mariateresa
professore associato di diritto commerciale, Università Bocconi
Marasà, Enzo
avvocato in Milano
Melzi d'Eril, Carlo
avvocato in Milano
Perotti, Elena
World Association of Newspapers and News Publishers (WAN – IFRA)
Pezza, Federica
IP Junior Associate
Pitruzzella, Giovanni
presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo
Pizzetti, Franco
professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino
Pollicino, Oreste
professore ordinario di diritto costituzionale, Università Bocconi
Ramajoli, Margherita
professore ordinario di diritto amministrativo, Università di Milano - Bicocca
Resta, Giorgio
professore associato di diritto privato comparato, Università degli Studi Roma Tre
Riccio, Giovanni Maria
professore associato di diritto privato comparato, Università degli Studi di Salerno
Rossetti, Stefano
avvocato in Milano
Scaffardi, Lucia
professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Parma
Sciacchitano, Francesco
Senior Legal Officer, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Sciannella, Lucia Giuditta
professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Teramo
Senor, Monica Alessia
avvocato in Torino
Sileoni, Serena
assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università di Milano - Bicocca
Valerio, Stefano
fellow, Turin School of Local Regulation
Zaffanella, Alessandro
cultore della materia di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano
Zanon, Nicolò
giudice della Corte costituzionale; professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano
Zeno Zencovich, Vincenzo
professore ordinario di diritto privato comparato, Università degli Studi Roma Tre

media LAWS

ANNO 2017 - CODICE ISSN 2532-9146