

1. Il diritto, in affanno, rincorre l'evoluzione tecnologica¹

Diritto, diritti e tecnologie: un rapporto antico

L'esperienza quotidiana convince anche i più scettici di essere dinanzi a una svolta epocale, in cui lo svolgersi della personalità e delle relazioni sociali ed economiche trova la sua sede privilegiata, nella stagione della convergenza tecnologica², nella realtà virtuale. Ciononostante, il rapporto tra il diritto e le tecnologie ha la sua genesi in un tempo assai remoto dall'avvento di quella che suole descriversi come «l'era digitale», erroneamente creduta, secondo luoghi comuni diffusi, o come panacea di tutti i mali o, in alternativa, come fonte di ogni beneficio.

Il passaggio «dall'atomo al bit» (Negroponte 1995) che caratterizza tale era ha sconvolto le abitudini di interazione della maggior parte dei cittadini, i quali hanno visto mutare in rapida successione le tradizionali forme.

Non solo: la dissoluzione della materialità non si è limitata a rendere più rapide ed efficienti le interazioni esistenti, ma ha agevolato l'instaurazione e l'ampliamento di canali di comunicazione che in passato apparivano difficilmente realizzabili o fruibili, anche a causa dei costi connessi al loro funzionamento. Territori separati da incommensurabili distanze hanno così potuto entrare in contatto grazie a un'interconnessione globale che ha reso un'attività elementare come dialogare con il proprio vicino di casa equivalente al confrontare le proprie abitudini di vita con cittadini di continenti diversi.

Ma allora, perché negare che il rapporto tra tecnologie e diritti abbia il suo epicentro in quest'epoca? Perché tale rapporto, in realtà, seppure in forme meno evidenti, è sempre esistito nella storia umana. Piutto-

sto, ciò che distingue quella digitale rispetto alle tecnologie precedenti è il grado di diffusività che la caratterizza: mai, prima d'ora, la tecnologia aveva investito un così ampio ventaglio di attività e messo in comunicazione tanta parte della popolazione.

Per sostenere questa ricostruzione, è stato ben chiarito da Giovanni Pascuzzi (2002) come la tecnologia abbia da sempre influito sul modo in cui i consociati regolano le proprie relazioni e quindi, indirettamente, sul diritto che governa la società. Sin dall'età del cosiddetto «diritto muto», l'assenza del linguaggio non ha impedito agli individui l'adozione di un codice comunicativo gestuale. A far data dalla nascita del linguaggio, si è cercato di generalizzare delle regole il cui esito è stato un patrimonio formulare che ha costituito l'oggetto di una tradizione orale e mnemonica.

La genesi della scrittura ha poi contribuito in maniera determinante all'avvento dell'attività interpretativa, fondata per sua natura su un testo con il quale sia possibile instaurare un dialogo e opposta a un'acritica trasmissione di comandi, tipica invece delle epoche precedenti.

Infine, l'invenzione della stampa ha aperto a una diffusione della conoscenza giuridica entro un circolo più ampio, allargando la partecipazione collettiva alla discussione e alla costruzione del diritto; ciò ha permesso il formarsi di una tradizione giuridica colta, tesa a uno sforzo di concettualizzazione che ha trovato espressione soprattutto nei sistemi giuridici di *civil law*.

La rivoluzione digitale cui si è assistito negli ultimi decenni, e che ancora oggi incide a ritmi vertiginosi, rappresenta indubbiamente un punto di non ritorno per le ineguagliabili conseguenze prodotte anche sul piano dell'universo giuridico, caratterizzato da mutamenti che raramente in passato si erano manifestati con altrettanto vigore. Mutamenti che hanno influito sul diritto soprattutto nella sua funzione normativa (diritto come strumento di tutela e soluzione dei conflitti).

A questo proposito, si vuole mettere in luce la difficoltà di individuare strumenti di tutela adeguati alle nuove modalità con cui instaurare relazioni rilevanti per il mondo del diritto. In particolare, questa difficoltà si coglie nella necessità di apprestare un'efficace protezione dalle minacce a tutte quelle proiezioni della persona all'interno della rete, dovute alla crescente mole di relazioni che si svolgono per suo tramite

e alla presenza di informazioni concernenti le aree più differenti della personalità.

Osservando l'impatto della rivoluzione digitale sul diritto positivo, l'emergere della cosiddetta «identità digitale» è un elemento in grado di confermare l'esigenza di regole adeguate per tutelare i frequentatori del cyberspazio. Con l'avvento delle nuove tecnologie, l'identità digitale si è affiancata a quella personale, che nelle definizioni offerte dai giuristi rappresenta l'insieme dei tratti distintivi di un individuo che lo rendono tale nella sua irripetibile singolarità e lo differenziano dalle altre persone fisiche.

L'identità digitale, portato dell'innovazione tecnologica, corrisponde invece all'insieme delle differenti proiezioni dell'individuo diffuse nella rete, in virtù delle informazioni inserite dall'individuo stesso o da altri riguardo alla propria persona. La diffusione di tali informazioni espone chiaramente chi ne è titolare a rischi di varia natura, in virtù del fatto che l'identità digitale, a differenza di quella personale, è frammentata: esistono infatti tante identità digitali quante sono le informazioni riconducibili a un soggetto presenti nel web.

Come ha sintetizzato bene Vittorio Frosini (2000), compianto pioniere dell'informatica giuridica, «si tratta di un'identità virtuale cioè costituita dai dati riferiti a una persona, che acquistano il loro significato solo quando abbia luogo il relativo procedimento elettronico. L'identità virtuale corrisponde dunque a quella reale come l'immagine in uno specchio corrisponde alla figura umana».

Se informazioni diverse, ossia «segmenti di personalità» differenti, circolano per gli scopi più disparati nella rete, è possibile che, in alcuni casi, frammenti di informazione che sarebbero irrilevanti per certe finalità risultino deleteri laddove acquisiti da certi soggetti piuttosto che da altri. Per esempio, ciò potrebbe avvenire con riferimento alla pubblicazione di informazioni sul proprio orientamento politico o le proprie preferenze sessuali. Queste informazioni, ove diffuse, potrebbero entrare nella disponibilità di soggetti capaci di farne uso anche improprio, per porre in essere discriminazioni, oppure in modo da nuocere allo stesso titolare (l'esempio potrebbe riguardare il lavoratore dipendente che viene licenziato perché esprime commenti negativi sul suo datore di lavoro).

Non si tratta di esempi didattici, ma di casi che sempre più frequentemente si verificano nella realtà dimostrando come internet, accanto

a formidabili opportunità, sia anche portatore, almeno potenziale, di insidie che vanno ben oltre l'ordinaria percezione degli utenti.

La metafora del cono di luce aiuta a descrivere il circolo vizioso che deriva dall'immissione nella rete di alcuni dei propri dati: tanto più l'utente decide di mostrare tratti della propria identità, rendendo di dominio pubblico importanti caratteristiche personali, quanto più egli si espone al rischio di subire le conseguenze che derivano dall'uso che chiunque può fare di quei dati. La frammentarietà dell'identità digitale costituisce pertanto un ostacolo di notevole portata per la protezione della persona nel momento della fruizione della rete (Cassano e Contaldo 2009).

Se è vero che internet è simultaneamente alla base di nuove opportunità come di inediti pericoli, l'ordinamento giuridico, nel tentativo di avvicinarsi e assimilare queste novità, dovrebbe dunque assumere un atteggiamento ambivalente: da un lato, aprirsi al ventaglio piuttosto ampio di benefici che la civiltà giuridica può ricavare da modalità così innovative di interazione, dall'altro vigilare sul rischio che la rete determini un moltiplicarsi delle minacce agli interessi e ai diritti facenti capo ai consociati. In entrambi i casi, ciò che si attende dai legislatori è l'elaborazione di soluzioni al passo con la tecnologia.

Non sempre, tuttavia, questa aspettativa ha trovato seguito. I legislatori, nazionali e sovranazionali, hanno quasi sempre dato prova di una certa refrattarietà rispetto ai mutamenti avvenuti, di epoca in epoca, all'interno della realtà fattuale. Il rapporto tra materia regolata ed elemento regolante ha così vissuto momenti critici nei quali la necessità per il legislatore di recepire le irripetibili peculiarità della realtà tecnologica ha ritardato l'adozione di soluzioni normative soddisfacenti, dando luogo a una sorta di stasi o di stagnazione legislativa che ha confermato, ove ve ne fosse stato bisogno, la straordinaria rapidità con cui la civiltà si evolve ormai da decenni e le difficoltà che impediscono di adeguare con prontezza il tessuto regolamentare.

Certamente, tale iato è almeno in parte giustificato dall'ovvia esigenza di percepire il significato di ogni innovazione tecnologica e di comprenderne l'impatto sul terreno delle relazioni vestite di rilevanza giuridica. D'altro canto, non può essere esclusa *a priori* una qualche responsabilità delle autorità, specialmente nazionali, che spesso hanno dimostrato un atteggiamento ostile verso le nuove tecnologie, quasi a

voler farsi scudo richiamando l'applicabilità di settori normativi pensati per disciplinare modalità di interazione ormai sostituite, anche solo parzialmente, da nuovi strumenti, salvo poi soccombere all'insopprimibile necessità di adottare discipline *ad hoc*, soprattutto sull'onda propulsiva del diritto dell'Unione Europea.

In aggiunta, non sempre questi interventi hanno colto nel segno, affidando agli interpreti l'arduo compito di affrontare le questioni lasciate irrisolte dai legislatori. Un'area come quella del commercio elettronico, per esempio, ha vissuto uno sviluppo autonomo nei primi anni per poi ricevere, grazie all'input dato da una direttiva comunitaria, una regolamentazione piuttosto scarna che, almeno in Italia, pecca ancora in diversi punti. Molti aspetti legati alla conclusione di un contratto online sono così rimasti avvolti dall'incertezza.

Il valore che dovrebbe emergere e guidare un processo di ammodernamento del diritto, laddove questo sia necessario, è l'importanza dell'esistenza di regole, soprattutto di regole chiare: se si vuole evitare che i cybernauti percepiscano il web più come una minaccia per i propri diritti che come una risorsa, occorre fare in modo che essi siano consapevoli di possedere strumenti di tutela. Secondo considerazioni vicine a un'analisi economica del diritto, se così non fosse, i cittadini potrebbero preferire di non correre i rischi disseminati lungo la rete, affidandosi alla tradizionali forme di relazione nella vita reale. Ma questo significherebbe compiere un passo all'indietro: l'astinenza virtuale non è certo la soluzione.

Di quali strumenti dovrebbero allora servirsi i legislatori per far emergere l'impatto delle nuove tecnologie nel mondo del diritto?

Nel quadro del più generale rapporto tra diritto e scienza, Stefano Rodotà (2004) richiama il bisogno, più che di una legislazione settoriale diretta a monitorare l'impatto tecnologico, di «un paradigma normativo e ricostruttivo sempre più centrato su valori espressi in principi costituzionali e diritti fondamentali, in grado di fronteggiare una innovazione scientifica e tecnologica sempre più pervasiva, e quindi capace di riconsegnare al diritto un ruolo adeguato all'età della tecnica».

Anche Tommaso Edoardo Frosini (2003) ha sottolineato in modo puntuale il ruolo della libertà informatica evidenziando come, «di fronte al nuovo scenario della tecnologia informatica e il suo impatto sulle libertà del cittadino, il giudice costituzionale deve saper recuperare le

tradizionali libertà costituzionali aggiornandole in via interpretativa e ricollocarle nel prisma del diritto di libertà informatica. Questo nuovo diritto di libertà, laddove non esplicitato costituzionalmente [...], deve trovare la sua legittimazione costituzionale attraverso il metodo ermeneutico e l'argomentare per principi, che contrassegna l'attività della giustizia costituzionale e che la pone come fattore di rinnovamento dei costituzionalismi contemporanei».

Il rigetto di un approccio fondato sull'esclusività o prevalenza di una normazione speciale scaturisce dalle difficoltà che si sono menzionate nel regolare *ex ante* e in astratto fenomeni innovativi. Rodotà (2004) sostiene tale visione affermando che «questo è tanto più necessario in quanto l'innovazione scientifica e tecnologica si fa portatrice di un mutamento incessante che non può essere governato attraverso il tradizionale inseguimento legislativo. È indispensabile, quindi, privilegiare strumenti “prospettici”, quali sono appunto quelli legati a una normativa per principi, mentre la costruzione di una disciplina affidata a fattispecie chiuse presuppone un diritto che interviene alla fine di un ciclo, che scende alla sera, per selezionare e razionalizzare interessi e situazioni ormai consolidati».

Ciò non toglie, tuttavia, che per quanto siffatti «strumenti prospettici» e la tendenza a elaborare interpretazioni evolutive possano rappresentare importanti punti cardinali, la loro fruizione non possa esaurire i rimedi necessari ad affrontare sfide così importanti. Perché il diritto possa vedersi restituito un «ruolo adeguato nell'età della tecnica» (Rodotà 2004), è necessario che il legislatore rifletta anche sull'elaborazione di soluzioni normative altrettanto innovative.

Tali soluzioni scontano invece quel naturale «ritardo» di fronte a modalità interattive nuove per condurre attività giuridicamente rilevanti. Riesce infatti difficile immaginare, soprattutto in campo penale, dove vige il presidio del divieto dell'analogia cosiddetta *in malam partem*, che norme coniate per disciplinare attività condotte in modo tradizionale nel tempo (si pensi alla carta stampata) possano trovare una salomonica applicazione attraverso un mezzo profondamente differente; mezzo che presenta, oltretutto, maggiore diffusività e capacità invasiva, ed è quindi idoneo a moltiplicare le implicazioni dannose a detrimento delle posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento vigente.

Della necessità di adottare regole *ad hoc* è consapevole lo stesso Rodotà (2004), il quale sottolinea anche il pregio di strumenti regolamentari in parte differenti da quelli tradizionali: «oltre che organizzarsi intorno a valori e principi, il diritto può scegliere la via delle *sunset rules*, delle norme destinate a tramontare e a essere sostituite a una scadenza predefinita, prevedendo così un obbligo del legislatore (o di altri soggetti) di riconsiderare la materia; o del depotenziamento della regola, preferendo il ricorso alla *soft law*, che tuttavia può avere il duplice vantaggio di consentire l'avvio di una disciplina sperimentale e flessibile e di consentire la partecipazione dei soggetti interessati alla sua produzione».

Il che, peraltro, non implica un'abdicazione del diritto davanti alla prevalenza della tecnica, ma dimostra esattamente il contrario, ossia l'esigenza di sottoporre il dato tecnologico allo scrutinio della legge: un diritto rigido rischia a ogni momento di rivelare uno scarto tra regola e dati di realtà, dal quale può discendere proprio una debolezza o addirittura una impossibilità regolatrice.

Alla luce di tutto questo, quale ruolo hanno giocato, giocano e giocheranno le regole (del passato, del presente e del futuro) rispetto alle sfide della rivoluzione digitale?

Di fronte a nuove tecniche, istituti o strumenti tradizionali risultano spesso inappaganti. Avendo sempre avuto il diritto quale scenario di riferimento una dimensione essenzialmente materiale (si pensi, ancora, al rapporto tra il diritto dei contratti e le novità caratteristiche dell'e-commerce), lo strumentario giuridico si rivela spesso inefficace a dettare norme per rapporti che diventano dematerializzati, e dove soprattutto la presenza fisica delle parti viene meno.

Le regole giuridiche dovranno quindi, *in primis*, assumere il compito di disciplinare attività che mutano aspetto in virtù del mezzo tecnico utilizzato. In secondo luogo, tali regole dovranno definire responsabilità e compiti in un ambiente diverso rispetto a quello reale, lo spazio virtuale, individuando entità regolamentari competenti a svolgere funzioni di garanzia. Infine, sarà compito del legislatore adottare soluzioni che rendano agile la fruizione di nuovi strumenti come la firma digitale e il documento informatico, che costituiscono nello specifico il portato, in campo normativo, della rivoluzione digitale.

Un ragionevole componimento del rapporto tra diritto e nuove tecnologie, anche quando sia maggiormente sensibile al bisogno di porre

o adeguare regole in grado di cogliere le specificità dei nuovi mezzi di interazione, non può risolversi in una disincantata idealizzazione dell'universo digitale che va aprendosi alla fruizione degli utenti come un indiscriminato terreno di conquista da parte di chiunque. Occorre muovere sempre dalla premessa che, se regole esistono e sono necessarie, ciò accade in quanto benefici e pericoli si intrecciano nell'influenzare la vita degli individui.

Alla luce di tali considerazioni, proprio l'associare un principio di responsabilità all'affermazione delle grandi libertà della rete rappresenta, se non la medicina di ogni male, quantomeno un buon punto di partenza per orientare la discussione, soprattutto in rapporto a casi eclatanti come quello oggetto della nostra storia.

Il problema della governance della rete: il dilemma fra pubblico e privato

L'attualità dei dibattiti concernenti le diverse attività che possono svolgersi per il tramite della rete ha in buona parte origine dall'impossibilità per i giuristi di offrire risposte certe a una domanda fondamentale: è, prima ancora che opportuno, possibile prevedere delle regole in grado di governare la rete? E se sì, chi in concreto dovrebbe adottare tali regole?

La portata di questi interrogativi va evidentemente circoscritta: non si tratta di individuare quale disciplina di diritto positivo si debba applicare specificamente ad attività condotte online (come potrebbero essere il commercio elettronico o l'informazione giornalistica); piuttosto, la questione cruciale è quella di porsi alla ricerca di un fondamento regolamentare che possa esprimere dei principi o delle norme di carattere generale pensate per affrontare le peculiarità di un mezzo tecnico che sembra aver generato un universo parallelo, dove forse gli assetti di governo più comuni nella vita reale non sono esattamente riproducibili.

Non è detto, infatti, che il modello verticale di *governance* fondato sul primato di un'autorità con potere regolamentare possa rivelarsi (il più) idoneo a comporre un quadro adeguato alla complessità di internet.

Prima ancora di affrontare un'indagine di questa natura, si potrebbe sollevare una domanda la cui risposta positiva è un presupposto a questa indagine: la tecnologia ha bisogno di regole? Per l'uomo comune la

risposta affermativa è frutto dell'esperienza quotidiana, che lo chiama a confrontarsi con molteplici attività che possono svolgersi per il canale di internet e che possono presentare margini di incertezza più o meno ampi e minacciare così i suoi diritti. Il bisogno di regole è diventato in questo modo un sentimento diffuso, tanto più forte quando i diritti hanno iniziato a circolare per mezzo della rete.

Tempo fa invece, quando la rivoluzione digitale era ancora confinata a una fase di studio e si ipotizzavano solo astrattamente le possibili conseguenze del suo impatto sulla civiltà (non solo) giuridica, non mancavano opinioni allineate su posizioni quasi anarcoidi, tendenti a respingere l'idea di un bisogno di nuove regole.

Paul Baran, uno dei più importanti ricercatori ad avere contribuito all'avvento del web, nel 1965 formulò una sorta di profezia, nella quale esprimeva la convinzione che la tecnica avrebbe regolato da sé tutto ciò che fosse stato socialmente rilevante. Non vi era, in altri termini, alcun bisogno del diritto.

L'affermazione di Baran suonerebbe oggi quantomeno naïf. Essa sembra collocarsi alle origini di un approccio tecnocratico, che guarda alla tecnologia non già prima di guardare al diritto, ma senza guardare al diritto. Una sorta di pretesa di un'assoluta capacità di autoregolazione dei fenomeni sociali connessi all'utilizzo delle nuove tecniche.

Dall'approccio seguito da Baran, la cui profezia è stata chiaramente smentita dal modo in cui i modelli regolativi si sono manifestati nell'età della tecnica, si distingue quello più «prudente e intelligente» (Rodotà 2004) di Lawrence Lessig.

Anche Lessig (2001) rivendica una sorta di autonomia della capacità regolamentare della tecnica rispetto al diritto, ma a questo risultato approda senza svuotare di senso il ruolo delle regole giuridiche; piuttosto, egli fonda il suo pensiero ricorrendo alla creazione di un codice che la tecnologia produrrebbe e che avrebbe una «forza intima produttrice di regole che può scardinare qualsiasi assetto giuridico». In altri termini, la tecnologia non può fare a meno del diritto, ma la sua forza innovativa sarebbe tale da rendere inappaganti i modelli esistenti e da imporre, con il suo stesso linguaggio, regole altrettanto innovative. Tali regole sono il frutto di un costante dialogo tra il «codice» giuridico e quello tecnologico, dove quest'ultimo ha il compito di stimolare un adeguamento delle regole alle nuove sfide che la tecnologia propone.

Un bisogno di regole, dunque, è certo, a prescindere dall'approccio che si assume. Piuttosto, la questione verte su quale debba esserne la fonte. Posto che una delle più incisive conseguenze prodotte dalla diffusione di internet è la destatalizzazione dello spazio virtuale, l'avvento delle nuove tecnologie ha indebolito, se non eliminato, la possibilità di guardare al panorama istituzionale cui è normalmente affidata la funzione normativa.

Internet è infatti uno spazio senza frontiere e senza confini, proprio perché disancorato dalla dimensione materiale che caratterizza invece la vita reale. Un novero molto esteso di servizi può essere fruito senza la necessità di effettuare spostamenti fisici: a ciò si deve il formidabile moltiplicarsi delle interazioni oggi esistenti fra soggetti diversi. Nondimeno, alcune criticità possono originare proprio dall'assenza di barriere e confini.

Per comprendere come ciò possa accadere, appare utile menzionare un caso molto significativo che ha dato luogo a vivaci considerazioni sulla portata del mezzo che chiunque oggi manovra con grande dimestichezza.

Nel 2000 un cittadino americano decise di aprire un sito internet, ospitato dall'apposita piattaforma fornita dal provider Yahoo!³, allo scopo di mettere in vendita tramite aste online una vasta collezione di cimeli riconducibili all'epoca nazista. Nessuna norma vigente negli Stati Uniti vieta questa condotta. In Francia, invece, vige espressamente un divieto, assistito da sanzione penale, di commercializzazione di questa discutibile tipologia di prodotti.

Un cittadino francese di religione ebraica, imbattutosi nel sito, decise quindi di adire il Tribunale de Grande Instance di Parigi per chiederne l'oscuramento, una misura ritenuta tecnicamente irrealizzabile da Yahoo!, il quale opponeva l'impossibilità di monitorare la provenienza dei visitatori e di bloccare piuttosto che consentire l'accesso agli utenti a seconda della loro nazionalità. Oscurare *in toto* il sito avrebbe inoltre significato rinunciare all'accessibilità da parte di utenti non francesi, rendendo così la legge di quello stato oggetto di un'applicazione universale. Queste argomentazioni si muovevano sulla stessa lunghezza d'onda di quelle opinioni che, nel medesimo periodo, guardavano a internet come a un universo non suscettibile di regolamentazione (Negroponte 1995).

In realtà, nel corso del procedimento un team di esperti dimostrò l'esistenza di una tecnologia già disponibile al tempo che avrebbe permesso di definire la provenienza di un indirizzo IP (Internet Protocol).

Il tribunale, ravvisata la violazione della legge francese, impose così a Yahoo! di oscurare la pagina web contestata, accompagnando l'ingiunzione con una gravosa sanzione economica per ogni giorno di inadempimento rispetto al termine ultimo stabilito. A questo punto Yahoo! reagì sollevando una causa davanti a una Corte americana per chiedere che venisse dichiarato il difetto di giurisdizione da parte del giudice francese, per evitare di dover ottemperare all'ordine di oscuramento.

Senza dare eccessivo riguardo alle connotazioni del caso di specie, alcune constatazioni non possono che emergere con vigore. Risulta del tutto evidente uno degli effetti tipici dell'assenza di barriere fisiche nello spazio virtuale: un'attività posta in essere in un determinato stato, dove può essere perfettamente legittima, è invece proibita entro i confini di un altro paese. Alla luce di quali regole valutare un caso siffatto?

Un secondo problema si pone sul piano della giurisdizione: quale giurisdizione ha titolo ad applicarsi? Quali giudici possono ritenersi in grado di intervenire su casi che dispiegano effetti a livello transnazionale? Vedremo che si tratta di questioni che sono state cruciali anche nel processo Google *versus* Vivi Down.

Un'altra problematica riguarda sicuramente l'elemento tecnologico: è possibile monitorare l'attività dei navigatori? Esiste un obbligo giuridico per l'internet service provider (ISP) di accertare la conformità agli ordinamenti giuridici dei contenuti dei siti ospitati? È possibile oscurare o rimuovere un contenuto laddove esso contrasti con le norme vigenti in certi stati, da cui il sito può essere visitato? E soprattutto, una questione di fondo: è davvero sufficiente oscurare un sito web per scongiurare comportamenti avversati da un ordinamento?

I tentativi di dare una risposta a tali interrogativi in materia scontano un (forse eccessivamente radicale) *trade-off* tra una regolamentazione di fonte privata e una di natura pubblicistica. Tale questione ha costituito l'oggetto di innumerevoli riflessioni in ambito giuridico, condotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza specialmente negli USA, dove il tema gode di maggiore attenzione.

Gli assetti di *governance* di internet che vengono alternativamente proposti rispondono a logiche differenti.

A proposito del modello pubblicistico si parla di soluzioni *top-down*, calate dall'alto verso il basso, le quali si oppongono a un modello oriz-

zontale, paritario, dove le regole sono di matrice *bottom-up* (dal basso verso l'alto), poste da alcuni operatori che, quantomeno sul piano della natura giuridica – non del potere di mercato – si collocano allo stesso livello degli altri fruitori della rete.

Soprattutto negli ultimi anni non sono mancate, specie da parte dei più importanti operatori, spinte propulsive verso un approccio favorevole a una definizione di matrice privatistica delle regole della rete. Una simile scelta comporterebbe vantaggi e svantaggi.

Quanto ai primi, non v'è dubbio, anzitutto, che sarebbe garantita maggiore flessibilità a un apparato normativo non più ancorato a una rigida logica verticalistica. In secondo luogo, una regolamentazione di fonte privatistica consentirebbe di superare più agevolmente le crescenti difficoltà originatesi nel mondo di internet rispetto alla definizione delle leggi applicabili e delle autorità munite di giurisdizione per contrastare comportamenti censurabili.

Ma non sempre la flessibilità, il vantaggio più immediato di un approccio di natura privatistica, va di pari passo con la tutela dei diritti fondamentali di chi naviga in rete. Tutt'altro.

Se il contenuto delle regole sul web è determinato, nell'ipotesi di una sua regolazione privata, da operatori «esperti» della rete, non potrebbe scongiurarsi la possibilità che tali operatori facciano un uso discriminante del potere loro conferito, magari per consolidare posizioni di vantaggio a beneficio di soggetti con elevato potere di mercato. Se il potere di dettare le regole fosse affidato ai grandi ISP, per esempio, difficilmente questi ultimi assumerebbero più obblighi e oneri del dovuto, e tenderebbero con ogni evidenza a rendersi irresponsabili rispetto ai contenuti veicolati in rete.

La flessibilità espone inoltre ogni regolamentazione di fonte privatistica, specialmente in questa sede, al pericolo di un'attenuazione di quel valore normativo che dovrebbe essere proprio di ogni regola giuridica. In altri termini, se da un lato norme poste da privati possono meglio governare la rete in virtù dell'elevata competenza dei soggetti incaricati della loro produzione, dall'altro lato il loro contenuto risulterebbe il frutto di un approccio meno tecnico in senso giuridico, con il rischio di assumere le sembianze di codici di comportamento già diffusi presso i principali operatori del settore, dove il contenuto normativo appare piuttosto tenue.

Resta da chiedersi in quale misura sia possibile e auspicabile un intervento pubblico in materia. La realtà dimostra che, laddove alcuni governi si sono attivati per regolamentare la rete, i loro interventi si sono tradotti perlopiù in pericolose forme di controllo, cui sarebbe preferibile – in consonanza con l'approccio dalla Procura della Repubblica di Milano nel caso Google/Vivi Down – l'introduzione di forme di responsabilizzazione di coloro che operano per mezzo della rete.

Come emerge da questi rilievi, il compito dei giuristi è arduo: trovare un equilibrio che è delicatissimo e forse impossibile da realizzare. Infatti, mentre la regolazione pubblica cela il rischio di forme, più o meno gravi, di attentato alla libertà della rete, il ricorso a fonti privatistiche non elimina del tutto i rischi connessi alla presenza di operatori che abusino della loro posizione dominante sul web. Probabilmente, solo una sapiente combinazione tra standard di matrice privatistica (un contenuto tecnico) e vincoli di fonte pubblicistica (un contenuto giuridico), auspicabilmente di matrice sovranazionale, potrebbe offrire una soluzione convincente ed efficace.

Proprio su questi temi, già sul finire degli anni Novanta, la dottrina americana ha dato vita a interessanti posizioni che hanno movimentato un confronto dialettico su un tema di ineguagliabile fascino e, in parte, mistero. La domanda che è sorta spontanea, sulla base dell'osservazione delle caratteristiche tipiche del mezzo, riguarda la sua capacità di formare oggetto di una regolamentazione giuridica esclusivamente statale.

Proprio la dimensione destatalizzata di internet costituisce la prima e più importante refrattarietà rispetto a una siffatta ipotesi di normazione. Se internet è un mezzo idoneo e fruito per realizzare transazioni «transfrontaliere», come potrebbe soggiacere alle pretese di uno stato? La domanda è forse mal posta, e merita un adeguamento correttivo: è legittimo che gli stati invochino una pretesa a regolamentare internet?

Agli albori della diffusione della rete, già circolavano opinioni pessimistiche a questo riguardo. Nel 1996, intervenendo a un simposio ospitato dall'Università di Stanford, due studiosi membri del Cyberspace Law Institute, David Johnson e David Post (1996), asserivano la necessità di iniziare a concepire il cyberspazio come un luogo unitario e separato dal mondo reale. Questo approccio avrebbe condotto al duplice esito di sviluppare regole chiare per le transazioni online ed erigere istituzioni efficaci nel governare questo universo.

L'inadeguatezza di norme fondate su limitazioni geografiche e territoriali emergeva in modo chiaro e ne riduceva l'affidabilità. Emergeva così una sorta di scetticismo rispetto all'adozione delle soluzioni normalmente applicate al «mondo reale». Piuttosto, veniva suggerito un meccanismo di deferimento della potestà regolamentare agli stessi protagonisti della nuova era digitale, cioè a quegli stessi navigatori che per mezzo della rete fruivano di servizi, scambiavano informazioni o accedevano a risorse: essi venivano ritenuti i soggetti più idonei a definire le regole destinate a governare «un ampio ventaglio di attività online prive di un chiaro corrispondente nella vita reale» (Johnson e Post 1996).

Tutto questo deriverebbe, a detta degli autori citati, dal fatto che internet è un mezzo essenzialmente indifferente alla localizzazione fisica degli utenti che ne sono fruitori. Diventa allora evidente come, malgrado i possibili tentativi da parte dei governi nazionali tesi a conservare una sorta di controllo, internet rimarrebbe un mondo refrattario a qualsiasi normazione proveniente da sovranità fondate sul principio di territorialità, e per tali ragioni quei tentativi si rivelerebbero degli insuccessi.

Dunque identificare nella rete uno spazio a sé stante, isolato e autonomo rappresenterebbe la precondizione per fissare delle regole in grado di dare certezza alle relazioni che si svolgono al suo interno.

Chiarito questo passaggio, il problema diventa individuare la fonte specifica delle regole dedicate alla rete. Secondo i due studiosi, «the Net can develop its own effective legal institutions» (Johnson e Post 1996). Qualcosa di molto simile a una tecnocrazia, a una dittatura della tecnologia. Una tecnologia che sarebbe in grado, nel suo evolversi, di istituire regole di governo rispetto alle questioni più rilevanti.

Certo è che se questa posizione, fedele a una logica di autonormazione, non abbraccia in modo esplicito alcune tendenze anarcoidi che concepiscono internet come luogo allergico a ogni sforzo di regolamentazione in quanto naturalmente libero – e che sono spesso state sposate da grandi soggetti imprenditoriali allo scopo di respingere addebiti di responsabilità –, non vi è dubbio che qualcosa con esse condividono.

Gli stessi Johnson e Post (1996) sottolineano che il «Cyberspace is anything but anarchic; its distinct rule sets are becoming more robust every day». Dunque, internet avrebbe creato esso stesso i mezzi per la sua sussistenza e per la sua regolazione. Il grado di adeguatezza di que-

sti strumenti dipende probabilmente dal livello di partecipazione degli utenti, che con i decenni è sembrato incrementare senza timori.

A conclusioni notevolmente distanti è approdato un altro importante studioso del diritto di internet, Jack Goldsmith (1998), che negli stessi anni in cui andava diffondendosi il dibattito sulla *governance* della rete esprimeva con grande analiticità una ferma contrarietà alle tendenze anarcoidi di cui si è fatto cenno sopra.

La riflessione di questo autore affida a un epiteto fortemente evocativo la definizione dei suoi interlocutori dialettici: egli chiama «scettici» gli assertori dell'internet libero da regole di matrice statale. Questo atteggiamento di scetticismo nascerebbe da due argomenti fondamentali, l'uno di natura descrittiva, l'altro di portata normativa.

Sotto il primo profilo, la possibilità di introdurre una regolamentazione pubblicistica di internet si scontrerebbe con la tendenza a concepire la sovranità nazionale come circoscritta ai confini territoriali e incapace di estendersi oltre. Si sottopone così a critica l'ipotesi che uno stato possa regolamentare condotte destinate a consumarsi in territori diversi dal proprio, preferendo piuttosto adottare regole che definiscano un'unica legge applicabile onde sopire ogni incertezza.

Il secondo argomento tendente a contrastare la possibilità di una disciplina «politica» di internet di carattere normativo si lega alla struttura caratteristica della rete, intesa come spazio senza confini: in questo senso, l'esistenza di regole di comunicazione e di indirizzi virtuali non comporta necessariamente un'allocazione fisica dei siti internet, con la conseguenza che le informazioni che su di essi circolano possono essere visualizzate ovunque e coinvolgere ogni giurisdizione.

Sulla base di questi rilievi, internet costituirebbe un mezzo in grado di resistere a ogni pretesa di regolamentazione coltivata sul piano nazionale e sovranazionale, in quanto slegato da una localizzazione geografica. Secondo Goldsmith, però, tali argomenti non coglierebbero nel segno: internet rappresenta una realtà (virtuale) che non è meno agevole da disciplinare rispetto, per esempio, a transazioni di rilevanza transnazionale. Dunque, non solo una regolamentazione di internet è possibile (sul piano descrittivo), ma è anche legittima (sul piano normativo).

Rimane tuttavia fermo che, rispetto a operazioni caratterizzate da una rilevanza transnazionale, in mancanza di adeguati strumenti di

coordinamento, spetterebbe ai soggetti di volta in volta coinvolti adottare soluzioni in grado di evitare, da un lato, un irrobustimento del contenzioso davanti alle Corti e, dall'altro, il ricorso a discipline nazionali che sarebbero chiamate a dettagliare una disciplina anche settoriale.

Le tesi richiamate, sia in un senso sia nell'altro, scontano però un «peccato originale» che appare evidente all'osservatore odierno. Esse si confrontavano con un internet agli antipodi della sua diffusione, seppure concepito come strumento di una rivoluzione epocale. Soltanto nel decennio che va concludendosi queste riflessioni sono giunte a miglior maturazione, supportate da uno sviluppo certamente più ampio della rete, in grado di rivelarne le effettive potenzialità.

Lo stesso Goldsmith ha in parte rivisitato alcune affermazioni, e nella premessa a un saggio dedicato al tema in esame (Goldsmith e Wu 2006), ha messo in luce alcuni punti critici, che non è inutile richiamare.

In primo luogo, mentre nell'ultimo decennio del Novecento si era diffusa la convinzione che internet sfuggisse a qualsiasi intento di regolazione locale per la sua capacità di produrre effetti al di là dei confini nazionali, l'esperienza ha rivelato che i governi dispongono di strumenti in grado di controllare anche i flussi di comunicazioni *offshore* che si svolgono tramite internet e possono pertanto applicare le proprie leggi. Sono così definitivamente tramontate le velleitarie suggestioni di un internet anarchico, non regolabile perché ontologicamente libero.

Vi è però anche un secondo profilo innovativo che va approfondito: la crescente capacità dei governi di regolamentare alcuni aspetti di internet, pur nella varietà delle manifestazioni cui hanno dato luogo questi tentativi, introduce meccanismi di protezione rispetto ai pericoli cui la stessa rete espone i cittadini, quand'anche tali minacce provengano da stati diversi. Queste considerazioni fungono, almeno in parte, da contraltare rispetto ai lati più oscuri del controllo governativo sul mezzo (laddove il controllo si esprime nella più radicale forma di monitoraggio contenutistico e di censura), di cui la Cina è esempio vivente. Quando la regolamentazione della rete si trasforma in strumento di controllo politico e di omologazione culturale, le iniziative dei governi non possono non essere guardate con sospetto.

Traendo alcune conclusioni da quanto si è esposto, si può dire che certamente la «pazza idea» di un internet anarchico è ormai, fortunatamente, minoritaria; che alcune forme di regolazione di fonte priva-

ta ben si attagliano alle peculiarità del mezzo, che sfugge alla dimensione puramente nazionale; che proprio perché internet presenta una dimensione globale sarebbero auspicabili iniziative normative a livello internazionale; che, in assenza di queste forme di coordinamento, quel poco che gli stati hanno fatto va apprezzato quando ha contribuito a guardare alla rete come uno spazio che esige un connubio di libertà e responsabilità, va all'opposto rigettato quando si traduce nel tentativo di realizzare un controllo che conduce alla compressione delle libertà che in quello spazio dovrebbero esprimersi.

La tutela dei diritti fondamentali nel mondo di internet

Un discorso a parte merita, in funzione della sua delicatezza, l'analisi del rapporto tra le nuove tecnologie e la tutela dei diritti fondamentali.

Non si tratta di verificare semplicemente quali siano le regole applicabili per concludere un contratto online o per pagare un servizio mediante strumenti di *e-payment*, e cioè di verificare quanta parte dell'ordinamento giuridico abbia mantenuto la capacità di regolare le condotte dei consociati nell'era digitale. Il problema è più ampio e complesso: si tratta di comprendere se le Carte dei diritti fondamentali, previste tanto a livello costituzionale quanto a livello sovranazionale, abbiano ancora la capacità di intercettare, alla luce della rivoluzione cui stiamo assistendo, quelle essenziali attribuzioni che spettano a ciascun individuo, anche quando questi naviga sul web.

Libertà come manifestazione del pensiero, comunicazione, riunione, associazione possono ricevere ancora una tutela effettiva, quando esercitate nel nuovo universo virtuale, che sia direttamente fondata sul portato delle norme costituzionali loro dedicate? Oppure è necessaria un'espressa costituzionalizzazione delle nuove forme di godimento di queste libertà affinché la loro attuazione in sede virtuale possa ricevere una tutela di rango costituzionale?

La lungimiranza dei legislatori costituzionali, insieme a una certa abilità degli interpreti, è in tal senso un elemento essenziale. I giuristi meno timorosi dell'impatto dell'era digitale evidenziano come le nuove tecnologie comporterebbero una sorta di arricchimento delle libertà fondamentali: un incremento della loro capacità espansiva e una dila-

tazione dei loro spazi di esercizio. Si è detto, per sostenere questa ricostruzione, che «le tecnologie rappresentano uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico» (Frosini T.E. 2003).

Un esempio di questo effetto espansivo può essere illustrato sottoponendo a un'operazione ermeneutica una delle principali libertà fondamentali, la libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione. Vittorio Frosini ha parlato, in proposito, di una nuova libertà informatica che includerebbe una dimensione positiva e una negativa⁴. Essa sarebbe frutto della diffusione degli elaboratori elettronici e del loro utilizzo per la raccolta di dati personali, e avrebbe preso corpo grazie ai tentativi legislativi di regolamentare queste attività (a far data dalla Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108 del 1981).

Si assiste così a un primo tentativo di rilettura della libertà personale alla luce della innovazione tecnologica che condurrebbe all'emergere di una sorta di *habeas data* (Frosini T.E. 2003). Questo nuovo spazio di libertà si è poi tradotto con maggiore nitidezza nel concetto di *privacy*, che subisce le più importanti aggressioni proprio nell'ambito dei nuovi mezzi di comunicazione.

In termini più generali, si può dire che l'avvento dell'era digitale, oltre a comportare la possibilità, per un verso, di ampliare il godimento di alcune libertà fondamentali grazie alla loro proiezione nel cyberspazio e, per altro verso, proprio a causa di tale proiezione, di portare nuove insidie alle stesse libertà, ha anche generato, soprattutto in virtù dell'accelerazione nello sviluppo della rete, un vero e proprio nuovo diritto fondamentale: il diritto di accesso alla rete.

Dal punto di vista tecnico, questo diritto rappresenterebbe una sorta di «valore aggiunto», fondato sulla proiezione in internet di due libertà fondamentali, quelle proclamate dagli articoli 15 (comunicazione) e 21 (manifestazione del pensiero) della nostra Costituzione (Cuniberti 2008).

Come Zeno Zencovich (2010) ha sottolineato in occasione di un recente convegno, questo diritto ha sconvolto la tradizionale dicotomia, cara ai costituzionalisti, fra diritti fondamentali e diritti sociali. In particolare, tale dicotomia viene messa in discussione dal riconoscimento della natura fondamentale al diritto di accesso alla rete, il quale è sì ormai un diritto che pertiene alla dimensione relazionale più importan-

te dell'uomo, ma è anche un diritto che può essere garantito soltanto grazie a infrastrutture che richiedono investimenti, e quindi spese.

Dunque, soltanto apparentemente in via paradossale, una libertà fondamentale costosa, poiché la sua attuazione richiede agli stati di investire nel garantire a ciascuno la disponibilità del mezzo tecnico per poter esercitare effettivamente tale libertà e operare scelte politiche in questa precipua direzione.

Nel suo intervento Zencovich sottolineava come debba rigettarsi qualsiasi teoria che concepisca il diritto di accesso come un diritto ancillare, strumentale cioè all'esercizio e al godimento di altri diritti. Al contrario, esso è il presupposto affinché altri diritti possano essere esercitati: si pensi alla libertà di espressione o di comunicazione.

L'opinione non è rimasta isolata nella dottrina giuridica: «la società dell'informazione, così come è configurata attualmente, pone da subito un problema di accesso all'informazione che resta solo il presupposto, necessario ma non sufficiente, per la comprensione e, di conseguenza per una effettiva conoscenza» (Cuniberti 2008).

Se queste affermazioni corrispondono al vero, allora il diritto di accedere alla rete rappresenta effettivamente un momento fondamentale per la partecipazione alla società dell'informazione, riflesso di un'economia basata sulla conoscenza. Osservazione, quest'ultima, tanto più valida nell'ambito di una tecnologia fondata sul paradigma del Web 2.0, dove la dimensione partecipativa nella costruzione dell'informazione ha assunto un ruolo preponderante. Si potrebbe affermare che se un tempo – quando internet era affare di pochi – il computer era strumento per lavorare, oggi, tramite internet, il computer è divenuto strumento per vivere, vale a dire per svolgere la propria personalità.

Promuovere lo sviluppo della rete sembra quindi diventare un obiettivo politico imprescindibile, intendendosi con ciò non il semplice diritto di accedere a internet, ma il più moderno ed evoluto diritto di un accesso libero, rapido e funzionale, che eviti al cittadino inefficienze di varia natura; queste ultime, infatti, impedendo lo svolgimento di talune attività online, comporterebbero l'isolamento sociale del cittadino, che avvertirebbe la propria esclusione rispetto al consesso sociale, essendogli preclusa la possibilità di fruire di numerosi servizi offerti in rete a differenza della maggior parte della popolazione.

Come sottolineato da molti studiosi della materia, «attività d'importanza capitale in campo economico, sociale, politico e culturale vengono strutturate per mezzo e intorno a Internet e ad altri network di computer. In realtà, l'esclusione da questi network è una delle forme più dannose di esclusione nella nostra economia e nella nostra cultura» (Castells 2002).

Non tutti i commentatori la pensano allo stesso modo, visto che andrebbero registrati alcuni dubbi sollevati da chi (per esempio Kraut *et al.* 1998) ha sostenuto come l'aggregazione in sede virtuale resa possibile con internet segnerebbe la fine dell'interazione reale, e condurrebbe all'isolamento sociale e all'estremizzazione dei propri punti di vista per non avere più, come nel mondo reale, un confronto con chi la pensa in modo diverso, ma solo un'interazione con persone che condividono il proprio modo di pensare.

Come ha acutamente rilevato Manuel Castells (2002), molta parte di questo dibattito è stata condizionata da una serie di limiti originari che hanno inficiato la credibilità delle loro conclusioni.

Il primo di questi limiti deriva dall'aver promosso critiche a internet quale fattore di destabilizzazione dell'interazione sociale ben prima che esso raggiungesse l'ampia diffusione che lo caratterizza al giorno d'oggi, «amplificando perciò la distanza sociale tra gli utenti di Internet e la società nel suo complesso» (*ibidem*). Il secondo limite consiste nell'assenza di un affidabile riscontro empirico sugli effettivi usi di internet. Il terzo corrisponde infine all'adozione di modelli di analisi fuorvianti, fondati in prevalenza sulla «contrapposizione ideologica tra l'armoniosa comunità locale di un passato idealizzato e l'esistenza alienata di *nettadini* solitari, troppo spesso associati nell'immaginario collettivo allo stereotipo del *nerd*, l'appassionato che trascorre la sua vita incollato al PC» (*ibidem*).

Nonostante il riconoscimento di questa posizione di primazia, si deve dare atto di alcuni tentativi tesi a indebolire la possibilità di accedere alla rete come una prerogativa fondamentale per i cittadini. Tali iniziative scontano probabilmente il limite di coltivare una concezione di questo diritto come funzionale al godimento di altri diritti, analizzando in una prospettiva di strumentalità ciò che è invece definito come un presupposto all'esercizio di molti diritti fondamentali.

La conseguenza sarebbe drammatica: non si tratta di una banale privazione della possibilità di porre in essere compiti e funzioni altrimen-

ti di più gravosa attuazione nella vita reale, ma si discute di una limitazione della capacità dell'individuo di partecipare alla collettività cui appartiene (una collettività sempre più ampia). In altri termini, l'esclusione dal godimento di questa prerogativa comporterebbe un isolamento da quell'insieme di altri diritti che è comune denominare diritti di cittadinanza e che definiscono l'appartenenza di un soggetto a una precisa collettività.

I tentativi cui si è fatta menzione sono riconducibili, a titolo esemplificativo, all'iniziativa del governo francese di individuare una soluzione di adeguata capacità repressiva rispetto al problematico fenomeno del *file sharing*. L'adeguatezza di qualsiasi soluzione normativa che affronti tale questione non può che dipendere dall'abilità di costruire un sapiente ed equilibrato bilanciamento tra i diritti coinvolti, ossia la libertà di espressione, la privacy e il diritto d'autore, ciascuno interessato secondo differenti gradi di intensità.

Filmati, file audio, testi di libri sono costantemente oggetto di movimenti che coinvolgono milioni di utenti, movimenti agevolati dalla disponibilità di software (cosiddetti *peer-to-peer*) che consentono la condivisione di contenuti fra tutti gli appartenenti a una comunità molto vasta ma comunque limitata.

In Francia gli sforzi per affrontare la questione del file sharing, anziché considerare rimedi di natura risarcitoria, si sono tradotti in forme di violenta aggressione alla libertà di accesso alla rete, che sembrano metterne in discussione il riconoscimento quale diritto fondamentale.

La legge Hadopi (*haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l'Internet*), nella sua originaria formulazione, è stata parzialmente censurata dal Conseil Constitutionnel (che a differenza della Corte Costituzionale italiana esercita un controllo di legittimità costituzionale anteriore all'entrata in vigore di una legge e quindi più «in astratto»). Essa sanzionava con un provvedimento amministrativo di sospensione temporanea dell'accesso alla rete l'utente che avesse violato i diritti d'autore per la terza volta, a esito di due precedenti ammonimenti, attraverso download illegali.

Le principali critiche rivolte a questa legge riguardavano in parte questioni squisitamente giuridiche, in parte il più generale problema del rapporto tra diritto di accesso alla rete e diritto d'autore. Anzitutto si criticava che il meccanismo sanzionatorio comportasse una sostan-

ziale inversione della presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Non mancavano poi riserve rispetto alla scelta di affidare a un'autorità amministrativa, l'Hadopi appunto, un potere sanzionatorio così importante da poter limitare lo spazio d'attuazione di una libertà costituzionalmente garantita: in questo senso, si poneva un problema di legittimazione dell'autorità preposta. Infine, i dubbi più importanti riguardavano l'equilibrio del bilanciamento operato tra libertà di espressione e protezione del diritto d'autore, nella misura in cui la soluzione adottata appariva minacciare una compressione eccessiva della prima a favore della seconda.

Il Conseil Constitutionnel, analizzando queste eccezioni, non si è sottratto a una digressione che ha avuto modo di toccare in particolare il punto appena evidenziato. A questo proposito il giudice ha riconosciuto come, all'attuale stato della tecnica, la libertà di espressione proclamata dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino debba intendersi secondo un'accezione più ampia rispetto al dettato testuale: dal momento che l'accesso ai servizi di comunicazione online è divenuto condizione per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione di idee e opinioni, questa libertà deve equipararsi a un diritto di accesso a tali servizi.

In questo modo, il Conseil perveniva a una qualificazione (implicita) del diritto di accesso a internet quale diritto fondamentale⁵. Un diritto che, come evidenziato da Elisa Bertolini (2010), non rappresenta uno strumento per perseguire altre finalità, ma piuttosto una declinazione e una specificazione della libertà di espressione e di comunicazione. Dunque, come si diceva, un presupposto, e non uno strumento.

Il giudice proseguiva richiamando la necessità di un sapiente esercizio della discrezionalità affidata al legislatore, chiamato a tenere conto della protezione dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti. Così argomentando, il Conseil ricordava come la libertà di espressione rappresenti la pietra angolare di una società democratica e garanzia del rispetto di altri diritti e libertà. Pertanto, ogni restrizione a tale libertà dev'essere necessariamente adattata e proporzionata all'obiettivo che si prefigge di raggiungere⁶.

Il potere conferito all'autorità amministrativa avrebbe potuto condurre a restringere gli spazi per l'esercizio di queste prerogative al di

fuori della protezione rafforzata prevista dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Il Parlamento non disponeva quindi del potere di infrangere tali garanzie e di investire di un potere così incisivo un'autorità amministrativa con il solo scopo e la sola giustificazione di tutelare i titolari di diritti d'autore⁷.

Dopo la dichiarazione d'incostituzionalità delle sue parti più significative, la legge Hadopi è stata riproposta, modificata, nella formulazione non a caso denominata Hadopi 2, che ha conservato la possibilità di irrogare la pena complementare della sospensione dell'accesso a internet, ma ha introdotto a questo scopo l'intervento dell'autorità giurisdizionale. Per meglio conciliare la tutela della libertà di espressione con il diritto d'autore, il giudice, a detta del Conseil, dovrà dunque vagliare se e quanto sospendere la connessione all'abbonato tenendo conto di alcuni criteri che consentano una modulazione del trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità della condotta, e rendano così meno compressa la libertà di espressione.

Diverse ragioni esprimono l'importanza della vicenda francese. Si è trattato forse del primo caso in cui la libertà di accesso alla rete è stata assunta in modo esplicito nel novero dei diritti fondamentali, allo scopo di assicurarne una tutela che non menomasse le essenziali prerogative di cui essa è presupposto. Il problema si è posto con immediata evidenza di fronte a un provvedimento che mirava a colpire l'accesso alla rete nella sua nuda dimensione materiale, impedendo concretamente agli utenti la disponibilità del mezzo.

Bisogna prendere atto, tuttavia, dell'esistenza di altre rilevanti forme di compressione di questa libertà che possono attuarsi secondo modalità differenti. Laddove si parla di accesso, infatti, si intende una pretesa molto più ampia di quella alla mera disponibilità di una connessione. Si fa riferimento, anzitutto, alla possibilità di fruire di un novero di servizi in modo agevole, rapido ed efficiente, senza incorrere in costi di varia natura che inducano a preferire le più tradizionali forme di interazione. Si allude anche alla disponibilità di un universo dove, proprio perché territorio ove abitano libertà di espressione e di comunicazione, siano assenti forme di censura o restrizione rispetto alla manifestazione del proprio pensiero. Ma, allo stesso tempo, si pretende uno spazio dove altre istanze possano trovare la propria tutela: la riservatezza e l'onore, per esempio, che presiedono alla generale protezione della dignità della persona.

Il caso francese ha dimostrato la difficoltà di stabilire un equilibrato contemperamento fra libertà fondamentali (come quella di espressione) e diritti di proprietà (come il diritto d'autore); lo stesso problema è sorto in contesti diversi, coinvolgendo questioni ulteriori: fra queste, la responsabilità dell'internet service provider, gli obblighi a esso ascrivibili, il grado di riservatezza garantito alle comunicazioni per via elettronica, la riconducibilità di un indirizzo IP a una persona fisica passibile di responsabilità penale personale.

Una considerazione globale di queste tematiche rende l'idea del vigore con cui internet ha radicalmente stravolto alcuni assetti di governo e moltiplicato le occasioni di conflitto fra diritti e libertà fondamentali. Probabilmente gli strumenti normativi tradizionali, come bene ha rappresentato il caso della legge Hadopi, mal si prestano alla necessità di conciliare diritti e libertà su un piano profondamente innovativo.

Il punto di partenza potrebbe essere allora una buona legge che coniughi libertà e responsabilità così come auspicato dal giudice Oscar Magi nelle conclusioni della sentenza del processo Google *versus* Vivi Down, su cui ora è arrivato, finalmente, il momento di focalizzare la nostra attenzione.

Note

¹ Ringrazio Marco Bassini per l'aiuto che mi ha dato nella redazione di questo capitolo.

² Un bell'affresco su opportunità e rischi dell'età della convergenza si ha sia in Franceschelli (2009), sia in Logrosciano (2008).

³ Una più dettagliata descrizione del caso si può ritrovare in Goldsmith e Wu (2006, pp. 1 e ss.).

⁴ Quest'ultima indicherebbe il diritto a che informazioni a carattere personale non divengano di pubblico dominio, laddove la prima corrisponderebbe all'esercizio di un controllo rispetto ai dati personali fuoriusciti dalla sfera privata e immessi in un elaboratore (Frosini V. 1981).

⁵ Decisione n. 2009-580, 10 giugno 2009, punto n. 12 (www.conseil-constitutionnel.fr).

⁶ *Ibidem*, punto n. 15.

⁷ *Ibidem*, punto n. 16.