



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 3

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Antonello LO CALZO, Leonardo PACE,
Giuliano SERGES, Cecilia SICCARDI,
Pietro VILLASCHI**

**«Diritto e nuove tecnologie
tra comparazione e interdisciplinarietà»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

**La Rivista / Quaderno n° 3
Fascicolo speciale monografico**

A cura di

**Antonello LO CALZO - Leonardo PACE - Giuliano SERGES -
Cecilia SICCARDI - Pietro VILLASCHI**

**Diritto e nuove tecnologie
tra comparazione e interdisciplinarietà**

Atti del Seminario di diritto comparato – 26 marzo 2021

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

A. Al Hasani Maturano, D. Baldoni, S. Barbareschi, M. Bardin, C. Bologna, F. Camillieri, V. Cavani, D. Chinni, F. Cirillo, Y.M. Citino, E. Cocchiara, C. Colapietro, E. Cremona, M. D'Amico, L. Del Corona, C. Della Giustina, L. Dell'Atti, G. Donato, M. Falduti, M. Fasan, A. Ferrero, N. Fiano, R. Fittipaldi, V. Fogliame, I. Forgone, V. Fredianelli, A. Fricano, M. García Goldar, A. Giubilei, L. Grimaldi, E. La Fauci, A. Lauro, F. Laviola, L. Lorenzini, E. Mantovani, V. Martínez Torres, F. Musella, F. Novello, J. Ocón García, F. Paolucci, L. Pasqui, P. Passaglia, A. Prozzo, P.G. Puggioni, M. Rhao, C. Righetti, L. Rinaldi, D. Rosani, P. Rossi, M. Dorado Ruiz, L. Rullo, F. Severa, C. Severino, I. Spadaro, F. Spagnoli, V. Telaro, A. Valsecchi, G. Verrigno, P. Villaschi, D. Zecca, G. Ziccardi.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2021/2 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 26 marzo 2021 su "Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà" – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di novembre 2021

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL QUADERNO N° 3

Nota dei curatori

Antonello LO CALZO, Leonardo PACE, Giuliano SERGES, Cecilia SICCARDI, Pietro VILLASCHI.....	1
--	---

Presentazione

Marilisa D'AMICO.....	5
-----------------------	---

Introduzione al Seminario

Carlo COLAPIETRO, <i>Le sfide del "Costituzionalismo digitale": un approccio originale al rapporto tra diritto e nuove tecnologie</i>	7
---	---

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Fortunato MUSELLA, <i>Legge e amministrazione digitale. Lo spazio conteso della regolazione pubblica</i>	15
Caterina SEVERINO, <i>La democrazia francese e le sfide del digitale: tra opportunità e rischi</i>	33
Giovanni ZICCARDI, <i>Profilazione dell'individuo, Big Data, e metadati: comprendere le tecnologie attuali per comprendere i contenuti d'odio online</i>	49

SECONDA SESSIONE

PARTE I

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO, DIRITTO ALLA RISERVATEZZA
E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione della coordinatrice

Chiara BOLOGNA, <i>Libertà di espressione e riservatezza «nella rete»?</i> <i>Alcune osservazioni sul mercato delle idee nell'agorà digitale</i>	67
---	----

Contributi dei partecipanti

Amir AL HASANI MATURANO, <i>El dilema entre censurar o amparar la libertad de expresión en el ciberespacio</i>	81
Valentina CAVANI, <i>Diritto all'oblio. Dal diritto "ad essere dimenticati" al diritto alla deindicizzazione</i>	91
Francesco CIRILLO, <i>Il fondamento costituzionale dei neurodiritti</i>	107
Camilla DELLA GIUSTINA, <i>L'uso privato dei droni: una nuova sfida per i diritti umani?</i>	123
Giuseppe DONATO, <i>La negazione delle libertà negative: quali regole sul territorio dei social network</i>	137
Antonella FERRERO, <i>I diritti dei minori nell'ambiente digitale</i>	149
Mónica GARCÍA GOLDAR, <i>La Directiva (UE) 2019/770 y los aspectos más relevantes de su ámbito de aplicación</i>	159
Andrea GIUBILEI, <i>Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione</i>	179
Francesco LAVIOLA, <i>Diritti fondamentali ed efficienza economica nel mercato digitale: tra protezione dei dati personali e tutela della concorrenza</i>	195
Luca RINALDI, <i>Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e social network in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti</i>	211
Domenico ROSANI, <i>Nuove vie costituzionali (comparate) per promuovere i diritti dei minori nella disciplina delle nuove tecnologie</i>	229
Ignazio SPADARO, <i>Il contrasto alla disinformazione e ai discorsi d'odio nell'ambiente digitale e le possibili ricadute sulla forma di stato</i>	243

Pietro VILLASCHI, <i>Profilazione online e manipolazione del consenso nella bubble democracy</i>	257
Michaël BARDIN, <i>La loi Avia et la lutte contre les contenus haineux sur internet. Contexte, inspiration et échec (ou la chronique d'un désastre annoncé)</i>	271
Marco RHAO, <i>Gaia X: un'analisi giuspubblicistica dei cloud europei</i>	283

PARTE II

GARANZIA DEI DIRITTI E NUOVE TECNOLOGIE

Contributi dei partecipanti

Simone BARBARESCHI, <i>Rivoluzione digitale e diritti dei disabili: la tecnologia come fattore inclusivo e la tutela dell'habeas mentem</i>	299
Federica CAMILLIERI, <i>Gli algoritmi predittivi alla luce dei principi delineati nella European Ethical Charter</i>	313
Marta FASAN, <i>L'intelligenza artificiale nella dimensione giudiziaria. Primi profili giuridici e spunti dall'esperienza francese per una disciplina dell'AI nel settore della giustizia</i>	325
Valentina FREDIANELLI, <i>La Dataveillance e il sistema di credito sociale cinese</i>	341
Laura GRIMALDI, <i>Giustizia predittiva e garanzie del giusto processo</i>	353
Enrico MANTOVANI, <i>Intelligenza artificiale e discriminazione: quali prospettive? Il modello inglese del Data trust</i>	367
Federica NOVELLO, <i>Rapporto tra metodi di calcolo degli assegni di mantenimento e intelligenza artificiale. Spunti di diritto comparato e prospettive de iure condendo</i>	381
Juan OCÓN GARCÍA, <i>Vida privada versus seguridad pública: en busca de una solución ponderada al cifrado fuerte de comunicaciones</i>	395
Alessandra PROZZO, <i>Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione ed effettività dei diritti</i>	407
María RUIZ DORADO, <i>SITEL e Captatore informatico? Due strumenti di indagine tecnologica con particolari implicazioni costituzionali</i>	421
Davide ZECCA, <i>L'autonomia della pretesa alla segretezza delle comunicazioni digitali fra nuovi diritti ed equo contemperamento di interessi divergenti</i>	437

PARTE III

GIUSTIZIA E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione del coordinatore

Paolo PASSAGLIA, *Introduzione* 453

Contributi dei partecipanti

Emanuele COCCHIARA, *Algoritmi amministrativi e principio di legalità: riflessioni interne e spunti di comparazione* 459

Lavinia DEL CORONA, *I social media e la disinformazione scientifica: spunti per un cambiamento di rotta alla luce dell'esperienza statunitense ed europea*..... 473

Mattia FALDUTI, *L'imprevedibilità del diritto vivente: accesso e analisi del dato giudiziario*..... 489

Nannerel FIANO, *La robotizzazione delle decisioni amministrative e della decisione giudiziale. Problematiche di diritto costituzionale in chiave comparata con la Germania*..... 501

Ilde FORGIONE, *L'esercizio del potere tramite i dati, tra logica small e big data* 515

Alessandro LAURO, *Sicurezza cibernetica e organizzazione dei poteri: spunti di comparazione* 529

Virginia MARTÍNEZ TORRES, *La cuarta revolución industrial: el principio de capacidad económica en la digitalización y la robótica* 547

Federica PAOLUCCI, *Il riconoscimento facciale: una sfida di policy per il futuro dei diritti fondamentali*..... 561

Pier Giuseppe PUGGIONI, *Il giudice e l'estraneo. Spigolature su intelligenza artificiale, giudizio e soggettività* 575

Philipp ROSSI, *Il ruolo delle Regioni e delle Province autonome nell'informatica pubblica alla luce della competenza esclusiva statale in materia di «Coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» di cui all'art. 117, comma secondo, lettera r) della Costituzione*..... 591

Luigi RULLO, *Corti costituzionali e social media. Una panoramica europea* 607

Andrea VALSECCHI, *La spersonalizzazione della funzione giudicante: un primo sguardo sulla giustizia algoritmica* 625

PARTE IV

POTERE POLITICO E NUOVE TECNOLOGIE

Presentazione del coordinatore

Daniele CHINNI, *Potere politico e nuove tecnologie. Spunti conclusivi a margine della discussione nell'atelier* 641

Contributi dei partecipanti

Diego BALDONI, *La raccolta delle firme online nella democrazia regionale: linfa tecnologica per una partecipazione ancora offline*..... 649

Ylenia Maria CITINO, *Il “fatto digitale” e l’elasticità costituzionale nei processi di formazione del governo*..... 667

Elia CREMONA, *Le nuove tecnologie oltre la “grande dicotomia” tra pubblico e privato* 681

Luca DELL’ATTI, *E-Democracy e partiti populistici. Un lettura del paradigmatico caso del Movimento 5 Stelle attraverso gli artt. 49 e 67 Cost.* 697

Raffaella FITTIPALDI, *La strategia tecnico-politica dei partiti digitali tra potere e orizzontalità: il caso di Podemos* 711

Virgilia FOGLIAME, *Democrazia partecipativa e processi deliberativi alla luce della rivoluzione digitale: la “rappresentanza connessa”* 725

Alessandro FRICANO, *Prove tecniche di resilienza costituzionale: l’assalto a Capitol Hill e la censura mediatica di Donald Trump*..... 733

Erika LA FAUCI, *I partiti politici e le piattaforme digitali: più tecnologia e meno democrazia?*..... 745

Lucie LORENZINI, *Souveraineté numérique : Quelle place pour l’État dans le cyberspace ?*..... 759

Leonardo PASQUI, *La costituzione economica tra opinione pubblica e bubble democracy* 773

Camille RIGHETTI, *Un an après, quelle révolution numérique pour le parlement français à l’heure de la crise sanitaire?* 787

Francesco SEVERA, *La dissoluzione dello spazio pubblico. Il fattore “tecnologico” tra geodiritto e geopolitica*..... 801

Federico SPAGNOLI, <i>Parlamenti virtuali: una soluzione d'emergenza?</i> <i>Riflessioni in prospettive comparata</i>	815
Vincenzo TELARO, <i>I servizi di rete sociale (social network) come spazio pubblico d'espressione politica. Verso il "giudice" digitale?</i>	829
Giuseppe VERRIGNO, <i>Potere politico e nuove tecnologie: il vertice dell'esecutivo nel tempo del consenso digitale</i>	839
<i>Informazioni sui Curatori e sugli Autori</i>	851



SECONDA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE TRA COMPARAZIONE E INTERDISCIPLINARITÀ»
- IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA -

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E RISERVATEZZA «NELLA RETE»?
ALCUNE OSSERVAZIONI SUL MERCATO DELLE IDEE
NELL'AGORÀ DIGITALE*

CHIARA BOLOGNA

SOMMARIO: 1. Internet, diritti e partecipazione. – 2. Quale partecipazione? Profilazione, bolle informative e *fake news*. – 3. *Hate speech* e «democrazia digitale protetta»? – 4. Democrazia protetta da chi? Limiti ai «nuovi governanti» tra decisore pubblico e *Drittwirkung*.

1. Internet, diritti e partecipazione

L'avvento della *rete* ha aperto come noto scenari inediti di partecipazione democratica, divenendo strumento tramite cui la società civile può diffondere informazioni, dibattere, organizzarsi, dando origine a movimenti di opinione di dimensione internazionale, come avvenuto da ultimo con il movimento *Friday for Future*, la cui nascita ed espansione sono legate innegabilmente alle potenzialità dell'uso dei *social media*. Non meno emblematico fu considerato alcuni anni fa il caso *Wikileaks* che, pur nascendo da una fuga di notizie riservate, aveva evidenziato, secondo alcuni, «una

* Occasione per le brevi riflessioni che seguono è stata l'opportunità, concessami dall'Associazione Gruppo di Pisa, di presiedere l'atelier dedicato a *Libertà di manifestazione del pensiero, diritto alla riservatezza e nuove tecnologie* nell'ambito del seminario *Diritto e nuove tecnologie: tra comparazione e interdisciplinarietà* (Giornata di studi in Memoria del Prof. Paolo Carrozza, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, 26 marzo 2021).

nuova dimensione dei rapporti tra potere e opinione pubblica»¹, mostrando le potenzialità della *rete* quale strumento in grado di contribuire alla visibilità del potere e dunque alla democrazia². Se tuttavia la rete è innegabile strumento di potenziamento di alcune libertà, essa, allo stesso tempo, in ragione della sua diffusività, è in grado di pregiudicare massicciamente l'esercizio di altri diritti costituzionalmente tutelati.

Le nuove tecnologie, e il *web* in particolare, impongono per esempio di declinare in modo diverso la classica dialettica tra libertà di espressione (intesa anche come libertà di informare ed essere informati) e diritto alla riservatezza, non più indicativo, come noto, del solo *right to be let alone* tramandato al costituzionalismo contemporaneo dalla dottrina ottocentesca statunitense³, ma anche del diritto all'*autodeterminazione informativa*, al controllo cioè sulla circolazione dei dati riferiti alla persona. La «libertà informatica», come scriveva Vittorio Frosini già nel 1981, ha infatti un profilo negativo ed uno positivo: il primo è «il diritto di non rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale», il secondo esprime «la facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia della *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico»⁴. Emblematico della nuova dialettica tra libertà di informazione e riservatezza è il diritto all'oblio, riconosciuto esplicitamente nell'art. 17 del GDPR, il regolamento generale sulla protezione dei dati⁵.

Il «diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona», secondo la definizione suggerita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 20 del 2019⁶, non è tuttavia l'unico che rischia di essere compromesso dalla pervasività della *rete*. Se infatti quest'ultima ha aperto inediti scenari di partecipazione democratica, essa, come dicevamo, ha altresì amplificato le occasioni di violazione di altri interessi di rango costituzionale, riconducibili alla dignità della persona. L'*hate speech* sulla rete, il

¹ V. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3/2011, 367.

² Sulla democrazia come «potere in pubblico» e non come «potere invisibile» si rinvia alle celebri osservazioni di N. BOBBIO di cui v., fra gli altri scritti, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2/1980, 181 ss.

³ In tema ampiamente A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2017.

⁴ Cfr. V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dati*, Bologna, 1981, 37 ss. Questi due profili distinti appaiono chiari nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce all'art. 8 il diritto alla protezione dei dati personali e all'art. 7 quello al rispetto della vita privata e della vita familiare.

⁵ V. regolamento (Ue) 2016/679. Sul diritto all'oblio v. tra gli altri T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019, 105 ss. Sul GDPR v. L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; O. POLLICINO, M. BASSINI, *Libertà di espressione e diritti della personalità nell'era digitale. La tutela della privacy nella dimensione europea*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 91 ss.; F. PIZZETTI (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021.

⁶ Vedi *Cons. dir. 2.2*: su questo profilo della decisione vedi C. COLAPIETRO, *Diritto alla riservatezza e principi di pubblicità e trasparenza: quale bilanciamento?*, 22 aprile 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, in *Consulta OnLine*.

discorso d'odio⁷, ha assunto per esempio, anche nel nostro Paese, dimensioni preoccupanti: qualche anno fa lo denunciò con chiarezza, nel suo rapporto finale adottato il 6 luglio 2017, la Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio istituita presso la Camera dei Deputati⁸.

Ma non solo. Alla prova dei fatti, ad essere offuscata (nella «rete» e dalla «rete») sembra essere non solo la protezione di alcuni diritti e interessi individuali sacrificati sull'altare dell'*agorà* digitale: con una parziale eterogenesi dei fini appare a tratti compromessa la stessa immagine di «piazza virtuale», del *web* come luogo aperto di informazione, discussione e partecipazione democratica⁹. La rappresentazione di Internet quale luogo di sviluppo del *marketplace of ideas*, del libero «mercato di idee» in cui «il miglior test per la verità è la capacità del pensiero di essere accettato nella competizione del mercato»¹⁰ sembra essere in realtà in parte compromessa, soprattutto in riferimento al confronto politico, nel quale invece maggiormente avrebbe dovuto realizzarsi l'auspicata funzione democratizzante della *rete*.

2. Quale partecipazione? Profilazione, bolle informative e fake news

In un recente e già citatissimo volume, la psicologa sociale dell'Università di Harvard Shoshana Zuboff si sofferma sull'impatto radicale che la *rete* ha avuto sull'economia e sulla società contemporanea, facendo nascere quello che l'autrice definisce un «capitalismo della sorveglianza», nel quale i dati raccolti sugli utenti del *web*, le loro scelte, idee e preferenze sono trasformati in dati sui comportamenti, utilizzati in alcuni casi per migliorare prodotti e servizi, in molti altri per costruire «un surplus comportamentale privato». Quest'ultimo a sua volta, sottoposto a processi di elaborazione tramite forme di intelligenza artificiale, viene trasformato «in prodotti predittivi in grado di vaticinare cosa faremo», prodotti che «vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali», il «mercato dei comportamenti

⁷ Una definizione dell'*hate speech* si trova nella Raccomandazione di politica generale n. 15 della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa (ECRI) del 21 marzo 2016 relativa alla lotta contro il discorso dell'odio. Esso viene definito 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» (v. https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-ITA.pdf).

⁸ Il testo della relazione è consultabile nel sito web della Camera dei Deputati nella documentazione relativa ai lavori della Commissione "Jo Cox" sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio (<https://www.camera.it/leg17/1313>).

⁹ In tema v. P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 1/2015.

¹⁰ Vedi *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 1919, 630 e per l'esplicita estensione al web cfr. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 1997, 885. Sull'importanza della seconda decisione v. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2000, 355.

futuri». Il capitalismo della sorveglianza, dunque, avrebbe dato vita ad un vero e proprio «nuovo ordine economico», che sfrutta l'esperienza umana come «materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita»¹¹.

Il fenomeno che l'autrice statunitense considera dunque centrale è la c.d. «profilazione», la rielaborazione dei *big data*, l'enorme quantità di dati circolanti *online*, che permette di costruire profili individuali molto accurati¹². L'impatto di tale fenomeno è riconosciuto dallo stesso GDPR, che, dettando la disciplina generale sulla protezione dei dati personali, include la regolamentazione di tale pratica¹³.

Le dimensioni del fenomeno sono peraltro agevolate dal persistente e problematico dualismo esistente tra la protezione dei dati personali intesa quale diritto fondamentale¹⁴ e la concezione patrimoniale dei dati stessi, che vengono continuamente trasferiti sulla *rete* quale corrispettivo in contratti di fornitura di contenuti digitali. Di questo dualismo sembra prendere atto da ultimo la direttiva (Ue) 2019/770 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali»: nei *considerando* di tale atto, infatti, il legislatore europeo, pur riconoscendo che «la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce», al fine di evitare che tale riconoscimento si traduca in un danno per i consumatori, chiarisce che finalità della direttiva è garantire che questi ultimi «abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali»¹⁵.

La profilazione è poi, a sua volta, alla base di altri fenomeni che, come si diceva all'inizio, rischiano di pregiudicare la possibilità di avere *online* un vero «mercato delle idee»¹⁶: tra questi vi è la *personalizzazione della selezione delle informazioni* operata, per ciascun utente, da motori di ricerca e *social network*.

¹¹ V. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019 (già disponibile nella traduzione italiana da cui sono tratte le citazioni nel testo: v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, 17 ss.).

¹² In tema v. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Speciale 2019, 106 ss.

¹³ La «profilazione» viene definita dal GDPR come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica» (v. art. 4).

¹⁴ Su cui v. a titolo esemplificativo F. MIDIRI, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Napoli, 2017, in particolare 126 ss.

¹⁵ Cfr. *considerando* n. 24. Lo stesso GDPR, all'art. 22, afferma un generale «diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona», stabilendo tuttavia subito dopo che tale disposizione non si applica «nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

¹⁶ Cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 101 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 789 ss.

Già da alcuni anni è stato in realtà sottolineato il ruolo cruciale delle *Internet Platforms* quale strumento di selezione delle informazioni: queste ultime, infatti, vengono rese accessibili o meno tramite l'indicizzazione, e poi valorizzate o postposte a seconda dal *ranking* con il quale compaiono tra i risultati della ricerca¹⁷. È l'algoritmo usato dalla piattaforma, in sintesi, a decidere quali notizie appaiono sullo schermo dell'utente e in quale ordine, condizionando così il mondo dell'informazione che, come noto, viaggia sempre più sulla *rete* e sempre meno sui restanti *media*. Più recente è invece la riflessione sulle c.d. *filter bubbles*, secondo la definizione fornita da Eli Pariser in un volume del 2011¹⁸. Queste ultime sarebbero il frutto dell'applicazione della profilazione alla selezione delle notizie proposte a ciascun utente: una volta acquisite le preferenze di quest'ultimo cioè, anche le informazioni, così come i prodotti commerciali, gli vengono offerte sulla base del suo profilo, limitando la possibilità di accedere a fonti di informazione o pareri che discordino dalle sue convinzioni. Questo, evidentemente, chiude ciascun utente della rete in una *filter bubble*, una «bolla», e dunque in una *echo chamber*, una «cassa di risonanza» all'interno della quale ogni utente è esposto solo a notizie che confermano le opinioni che egli stesso ha già espresso. La *rete*, come è stato sottolineato¹⁹, in questi casi sembra tradire la promessa di essere «piazza» aperta e si trasforma in una compartimentazione di individui e delle loro idee, che amplifica divisioni e polarizzazioni politiche, tradendo una delle missioni più profonde della libertà di espressione e del confronto: la tolleranza reciproca fra opinioni differenti²⁰ e la creazione dei presupposti del *government by discussion*²¹.

Il modello di un confronto trasparente (e consapevole) rischia di esser ancor più alterato dal c.d. *micro-targeting* politico²², che applica meccanismi analoghi a quelli del marketing online, utilizzando i profili dei potenziali elettori per confezionare messaggi elettorali personalizzati. Ricordiamo tutti il caso di Cambridge Analytica, l'azienda di consulenza che, attraverso un sistema di *micro-targeting* comportamentale (realizzato

¹⁷ Si sofferma su questi temi G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 62 ss., il quale ricorda come «un'informazione, una storia può essere indicizzata o meno e anche se indicizzata può avere assegnato dall'algoritmo un ranking differente da cui dipende la sua effettiva capacità di raggiungere il pubblico» (*ivi*, 63). Sul più ampio tema della *net neutrality* v. ad es. G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 183 ss.; F. DONATI, *Net neutrality e zero rating nel nuovo assetto delle comunicazioni elettroniche*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di) *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2016, 185 ss.

¹⁸ E. PARISER, *The filter bubble. What the Internet is hiding from you*, London, 2011.

¹⁹ C.R. SUNSTEIN, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017, 79 ss.

²⁰ L. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, 1986.

²¹ Secondo Damiano Palano il fenomeno delle *filter bubbles* si inserisce e facilita quella che egli definisce la *bubble democracy*: dopo la democrazia dei partiti e la «democrazia del pubblico» affermatasi tra gli anni Ottanta e Novanta del XX secolo, oggi sembrerebbe svilupparsi un modello di democrazia sempre più polarizzato che l'autore definisce proprio *bubble democracy* per l'importanza che «assumono le «bolle» in cui l'*audience* generalista si frammenta, e in virtù della tendenziale autoreferenzialità che tende a contrassegnare i segmenti in cui si divide il «pubblico»»: v. D. PALANO, *La democrazia alla fine del «pubblico» sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una «bubble democracy»?*, in *Governare la paura*, 2019, aprile, 35 ss.

²² V. A. D'ALOIA, *Il diritto verso il mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 22 ss.

acquisendo i dati personali di milioni di utenti di Facebook), lavorò per sostenere sia l'elezione del Presidente statunitense Trump, sia la Brexit durante la consultazione referendaria del 2016²³. Il fenomeno è tutt'altro che isolato: la stessa Autorità garante per la protezione dei dati personali del nostro Paese ne ha preso atto in un provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica adottato prima delle elezioni europee e amministrative del 2019²⁴, provvedimento nel quale richiama l'attenzione sui casi nei quali i partiti e i singoli candidati possono utilizzare legittimamente i dati personali degli interessati per iniziative di propaganda. Nel farlo, il documento dell'Authority evidenzia come le implicazioni problematiche del *micro-targeting* non siano limitate al solo pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive, *in primis* il diritto alla *privacy*, in quanto «il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati, in tale contesto, è essenziale» anche «per mantenere la fiducia dei cittadini e garantire il regolare svolgimento in tutte le fasi delle consultazioni elettorali».

Le potenzialità della rete quale strumento di piena partecipazione politica sembrano essere offuscate anche dal proliferare in essa di notizie false: la problematicità delle c.d. *fake news*²⁵ è innegabilmente amplificata da internet²⁶ perchè la *rete* e i *social media* aumentano la diffusione della notizia falsa, perchè il fenomeno delle *echo chamber* facilita negli utenti la percezione come vere di notizie anche poco credibili (in quanto in linea con le loro opinioni), perchè, banalmente, gli utenti del *web* non sono vincolati, al contrario dei giornalisti professionisti, da nessun codice deontologico che invece, ad esempio, nel nostro Paese, impone esplicitamente a chi eserciti tale professione, «il rispetto della verità sostanziale dei fatti»²⁷.

Il tema è evidentemente molto complesso²⁸: se infatti in alcuni ordinamenti come quello statunitense «non esiste la notizia falsa» ma solo «la notizia com'è presentata [...]

²³ In tema v. E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, in *Il Post*, 19 marzo 2018.

²⁴ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica*, n. 96, 18 aprile 2019.

²⁵ In tema E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, 21 maggio 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine*.

²⁶ Su questo v. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 70 ss.

²⁷ V. art. 2, l. n. 69/1963 (Ordinamento della professione di giornalista) che significativamente rubricato *Diritti e doveri* riconosce come sia «diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà di informazione e di critica», limitata però «dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità» e affiancata dall'«obbligo inderogabile il rispetto della verità sostanziale dei fatti, osservati sempre i doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede». In tema v. G.E. VIGEVANI, *L'informazione e i suoi limiti: il diritto di cronaca*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, cit., 25 ss.

²⁸ In tema vedi tra gli altri: O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione in internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit., 62 ss. All'interno dello stesso volume Giovanni Pitruzzella ripropone 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»: v. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 92. Su questa proposta, accolta da non poche critiche, v. a titolo esemplificativo le osservazioni di N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un' "Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 1/2018, 12 ss.

alla luce delle convinzioni dell'oratore»²⁹ e la soluzione per la *fake news* non è la censura, ma è *more speech*, «più parola» per esporre versioni differenti, diversa è la tendenza in Europa: si pensi al nostro ordinamento che nell'art. 21 Cost. garantisce la manifestazione del proprio pensiero escludendo dal suo oggetto il «subiettivamente falso»³⁰ o alla legge (molto discussa nella stessa Europa) «relativa alla lotta contro la manipolazione dell'informazione» nel periodo pre-elettorale, approvata in Francia nel 2018 e considerata conforme alla Costituzione dal *Conseil constitutionnelle*³¹. L'Unione europea, a sua volta, ha promosso nello stesso anno l'adozione di un *Code of practice on disinformation*, sottoscritto dalle principali *Internet Platforms*, per incentivare l'autoregolamentazione da parte delle varie piattaforme, creando dunque un sistema sostanzialmente «ascrivibile a una logica di privatizzazione della censura»³².

3. Hate speech e «democrazia digitale protetta»?

Proprio la «privatizzazione della censura» è divenuta centrale nella riflessione sul ruolo della *rete* quale «piazza virtuale», che dovrebbe garantire il massimo pluralismo, realizzando quello che Alain Touraine ha indicato come «il ruolo positivo della tecnica»: «protegge(re) contro tutti i totalitarismi culturali»³³. La realtà dei fatti, invece, evidenzia una *rete* (o meglio delle *Internet Platforms*) che, seppur per fronteggiare reali abusi, selezionano ogni giorno i contenuti dell'*agorà* e gli stessi accessi ad essa.

Emblematico sotto questo profilo è il caso di Facebook, i cui standard della *Community*³⁴ prevedono esplicitamente degli *objectionable contents*, «contenuti discutibili» e dunque potenzialmente rimuovibili dalla piattaforma, primo fra tutti l'*hate speech*³⁵, categoria di origine sociologica dai confini giuridici non sempre netti³⁶, di cui il *social* fornisce una definizione, indicandolo come un «attacco diretto contro persone - piuttosto che concetti o istituzioni - sulla base di quelle che chiamiamo

²⁹ V. M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 427.

³⁰ V. A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006, 88 ss.

³¹ C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 aprile 2019.

³² M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 827.

³³ A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Milano, 1993, 176.

³⁴ V. *Facebook Community Standards*, disponibili sulla pagina del social network all'indirizzo: <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/>

³⁵ In tema v. E. STRADELLA, *La libertà di espressione politica simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008, 119 ss.; I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020. In tema vedi anche, *ex multis*, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2013.

³⁶ C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, 102 ss.

caratteristiche protette: razza, etnia, origine nazionale, disabilità, appartenenza religiosa, casta, orientamento sessuale, sesso, identità di genere e malattie gravi». Gli «attacchi» sono a loro volta definiti «come discorsi violenti o disumanizzanti, stereotipi dannosi, dichiarazioni di inferiorità, espressioni di disprezzo, disgusto o rifiuto, imprecazioni e inviti all'esclusione o alla segregazione».

Ed è proprio la reiterazione dell'*hate speech* uno dei segnali che gli standard della piattaforma indicano per identificare «individui e organizzazioni pericolose» i cui *account* possono essere oscurati.

L'ampiezza delle formule di tali standard ha condotto più di una volta alla censura di opinioni potenzialmente tutelate dalla garanzia costituzionale all'esercizio della libertà di espressione, anche negli Stati Uniti dove sono stati rimossi contenuti protetti dal I emendamento³⁷. Emblematica nel nostro Paese è stata la vicenda nel 2019 di Casa Pound e Forza Nuova, i cui profili sono stati disattivati in quanto valutati contrari alle condizioni d'uso della piattaforma. In questa circostanza, peraltro, chiamato a pronunciarsi a seguito di azioni cautelari, il Tribunale di Roma ha dato risposte differenti, accogliendo la richiesta di Casa Pound di riattivazione della propria «pagina» e respingendo invece il ricorso di Forza Nuova³⁸. Nel primo caso i giudici hanno ritenuto che le misure adottate da Facebook fossero in contrasto con l'articolo 49 della Costituzione, in quanto la disattivazione della pagina di CasaPound avrebbe implicato la sua esclusione dal dibattito pubblico nazionale: «il soggetto che non è presente su Facebook – scrive il giudice – è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano, come testimoniato dal fatto che la quasi totalità degli esponenti politici italiani quotidianamente affida alla propria pagina Facebook i messaggi politici e la diffusione delle idee del proprio movimento». Argomento principale della difesa della piattaforma era invece la riconducibilità della fattispecie alla sola autonomia contrattuale, in base alla quale gli utenti di Facebook accettano le condizioni d'uso della *Community* rendendo irrilevante, come sostenuto esplicitamente dalla difesa della piattaforma, la circostanza che si tratti di un'organizzazione proibita o meno secondo la legge italiana³⁹.

Ma può essere lo stesso per il nostro ordinamento costituzionale? Può essere cioè irrilevante la possibilità concessa a privati di censurare contenuti ed escludere associazioni da piattaforme che rappresentano uno dei principali strumenti dell'attuale dibattito pubblico? Nel nostro Paese, come noto, la dottrina prevalente sottolinea, alla luce dell'ampio dettato dell'art. 21 Cost. (oltre che dell'ispirazione personalista

³⁷ C. LIMA, *Facebook Wades Deeper into Censorship Debate as It Bans «Dangerous» Accounts*, in *Il Politico*, 2 maggio 2019.

³⁸ In tema v. C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, 17 marzo 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine*; I. M. LO PRESTI, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.

³⁹ Il contenuto della memoria di costituzione del *social network* è in parte riprodotto nell'ordinanza con cui il Tribunale di Roma ha respinto il reclamo della società contro l'ordine cautelare di riattivare la pagina Facebook di CasaPound (XVII sez. civile, 29 aprile 2020).

dell'intera Costituzione⁴⁰), il carattere individualistico (e non funzionalistico) che la libertà di manifestazione del pensiero ha nella nostra Carta. Ne sarebbe prova anche la mancanza, nella nostra Costituzione, di norme come l'art. 18 della Legge fondamentale tedesca che, disciplinando l'abuso del diritto, «finalizzano l'esercizio della libertà al perseguimento di determinati valori politici»⁴¹. La Costituzione italiana opta invece, in particolare in riferimento alla libertà di espressione, per un modello pienamente pluralista evidenziato anche dalla scelta di omettere nel testo dell'art. 21 Cost. il limite dell'ordine pubblico, che durante il fascismo aveva ricevuto interpretazioni fortemente estensive trasformandosi in «una clausola capace di riempirsi dei valori dominanti»⁴².

Lo stesso dovere di fedeltà alla Repubblica sancito nel primo comma dell'art. 54 Cost., pur avendo avuto letture diverse, è interpretato dalla dottrina come inidoneo a tradursi in un vincolo ideologico per i cittadini. Il dovere di fedeltà assume di fatto sfumature differenti nei vari ordinamenti, ma è possibile individuare una *summa divisio* tra le democrazie «che si difendono» e le democrazie «aperte». Nelle prime, all'opposizione anticostituzionale, che contesta i principi fondanti dell'ordinamento, è precluso l'accesso stesso all'*agorà*. Vi è in questi casi una protezione della costituzione *ex ante*, in virtù della quale alle forze che si prefiggono di mutare l'ordine costituzionale sono preclusi i diritti civili e politici, *in primis* la libertà di manifestazione del pensiero. Solo in ordinamenti di questo tipo la fedeltà può avere un contenuto ideologico, mentre nelle democrazie «aperte», dove le istituzioni statali hanno un atteggiamento di tolleranza nei confronti dei movimenti politici che anche mirino a mutare l'ordinamento costituzionale, ma che conducano la loro battaglia con metodi pacifici e rispettosi della dialettica democratica, la fedeltà non può assumere un significato così pregnante⁴³. A questo secondo modello può sostanzialmente ricondursi il nostro ordinamento⁴⁴. La libertà di propaganda, come affermò chiaramente la Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 1969, «è espressione di quella di manifestazione del pensiero, garantita dall'art.

⁴⁰ «Le esigenze di tutela del regime democratico», all'interno della Carta costituzionale italiana, «possono agire soltanto quale "limite" esterno e non quale fondamento» di questa, come delle altre libertà inviolabili: v. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 105.

⁴¹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 386.

⁴² Così M. MANETTI, *L'ordine pubblico*, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 231 ss.

⁴³ In tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a C. BOLOGNA, *La libertà di espressione del funzionario*, Bologna, 2020, 84 ss.

⁴⁴ Come è stato notato, tuttavia, «il paradosso kelseniano della "democrazia indifesa", impossibilitata a difendersi se vuole rimanere fedele a se stessa, in realtà non sembra avere un fondamento storico, semmai un essenziale valore di ordine logico»: G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico. Appunti*, in A. PIZZORUSSO et al. (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, 250). Nessuna democrazia è infatti completamente priva di strumenti di protezione a partire ad esempio dai limiti alla revisione costituzionale (in tema ad es. P. COSTA, *Gli istituti di difesa della Costituzione*, Milano, 2012), così che la distinzione è più che altro «tra Costituzioni dotate di un sistema di protezione meno "appariscende" e quelle che, invece, ne esibiscono uno maggiormente strutturato» (così C. SALAZAR, *Le "relazioni pericolose" tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2008, 15).

21 della Costituzione e pietra angolare dell'ordine democratico», ed «è assicurata *fino al limite oltre il quale risulti lesa il metodo democratico*»⁴⁵.

Coerentemente, nel nostro ordinamento, per quanto riguarda l'associazionismo politico, è rimasta minoritaria la tesi espositiva secondo la quale il dettato dell'art. 49 Cost. (che prevede che i cittadini abbiano diritto di associarsi in partiti «per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale») e la XII disposizione transitoria e finale (che vieta la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista) conterrebbero «l'implicito divieto di esistenza di ogni partito che» come quello fascista «persegua l'instaurazione di dittature o l'abbandono degli oggi vigenti principi democratici»⁴⁶. La stessa legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba), che ha attuato la XII disposizione transitoria e finale, ha ricevuto nella prassi un'applicazione garantista⁴⁷.

Nelle «maglie della rete», invece, emergono di tanto in tanto istituti e norme che la nostra Costituzione non prevede, quali l'abuso del diritto o l'illegittimità delle associazioni c.d. *anticostituzionali*⁴⁸ che siano, cioè, come prevede l'art. 9 della Legge fondamentale tedesca, «dirette contro l'ordinamento costituzionale, o contro il principio della comprensione fra i popoli»⁴⁹: nel *web*, dunque, sembra comparire quella che potremmo definire una «democrazia digitale protetta».

4. Democrazia protetta da chi? Limiti ai «nuovi governanti» tra decisore pubblico e *Drittwirkung*

Le *Internet Platforms*, come sottolinea Jack Balkin, sono diventate dunque «the central battleground over free speech in the digital era»⁵⁰, il «principale campo di battaglia per la libertà di parola nell'era digitale». Controllo dei contenuti, eventuale sospensione degli *account*, accesso alle informazioni: i *social media* costituiscono sia la struttura, «l'architettura» per pubblicare «nuovi discorsi», sia «gli architetti» che quella struttura disegnano e controllano⁵¹. Della problematicità di questo ruolo censorio ha preso atto anche la piattaforma Facebook che, al fine dichiarato di tutelare la libertà di

⁴⁵ V. punto 5 *Cons. dir.*

⁴⁶ Cfr. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 238.

⁴⁷ v. C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, cit., 10 ss.

⁴⁸ In tema v. G. MORBIDELLI, *La difesa della Costituzione*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, 150 ss.; A. MELONCELLI, *La disciplina generale delle associazioni anticostituzionali nella Repubblica Federale di Germania*, in *Rivista Trimestrale di diritto Pubblico*, 1/1982, 151 ss.

⁴⁹ Nella stessa Germania le norme sulla protezione della democrazia sono oggi applicate con grande cautela: nel 2017, con una decisione molto discussa, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto di non sciogliere il partito di estrema destra NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), condizionando l'applicazione dell'art. 21 GG all'effettiva pericolosità della formazione politica: in tema diffusamente E. CATERINA, *La metamorfosi della democrazia militante in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018, 239 ss.

⁵⁰ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, vol. 127, 2014, 2296.

⁵¹ L. LESSIG, *Code: version 2.0*, New York, 2016, 2 ss.

espressione dei suoi iscritti sottraendoli a decisioni arbitrarie della stessa piattaforma, ha istituito un *Oversight Board*, un comitato di controllo indipendente, destinatario dei ricorsi degli utenti che non condividano le decisioni assunte dal social network in riferimento alla rimozione di contenuti e *profili*⁵². La stessa istituzione di tale organo con funzioni paragiurisdizionali, tuttavia, solleva a sua volta altre questioni, rischiando di configurarsi non solo e non tanto come una limitazione del potere censorio delle piattaforme, quanto come un'«(auto)legittimazione»⁵³ di quest'ultimo, all'interno di dinamiche che restano problematicamente sottratte *in toto* al potere pubblico.

La tensione irrisolta tra dimensione pubblicistica e privatistica sembra essere in effetti il filo rosso che lega le diverse questioni che abbiamo provato a ricordare, a partire, come si diceva, dal *doppio volto* dei dati personali, oggetto di un diritto fondamentale da un lato, eppure alienati ogni giorno in cambio di contenuti digitali dall'altro. Negli Stati Uniti, per fare un altro esempio, la rimozione unilaterale dei contenuti e degli utenti ad opera delle piattaforme viene ricondotta alle dinamiche dell'autonomia contrattuale e all'accettazione delle condizioni imposte dalle piattaforme stesse ai loro iscritti, salvo emergere di tanto in tanto, nella stessa giurisprudenza, l'idea che i *social media* siano invece un *public forum*, uno spazio pubblico nel quale favorire e difendere il *marketplace of ideas*: queste sono le argomentazioni con le quali i giudici federali di una corte distrettuale di New York hanno ritenuto che il Presidente Trump non fosse legittimato a *silenziare* sul suo profilo Twitter utenti che esprimevano dissenso rispetto alle sue dichiarazioni⁵⁴. Lo stesso Tribunale di Roma, decidendo il citato caso della chiusura della pagina Facebook di Forza Nuova compie un'articolata ricostruzione dei limiti che l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero incontrerebbe nel nostro ordinamento, riconducendo le espressioni del gruppo politico alla fattispecie dell'apologia di fascismo, per poi utilizzare tali argomenti, nei motivi della decisione, solo *ad adiuvandum* rispetto all'applicazione del principio dell'autonomia contrattuale, e alla legittimità dell'intervento del *social network* alla luce delle condizioni espressamente accettate dagli utenti.

Difficile immaginare di continuare ad affidare il *web* alle sue stesse dinamiche: il rischio, come è stato segnalato, è quello di un «neomedievalismo istituzionale»⁵⁵, con il

⁵² Il 5 maggio 2021 l'*Oversight Board* di Facebook si è pronunciato sul caso più spinoso degli ultimi mesi, la sospensione dell'*account* di Donald Trump dopo l'assalto di Capitol Hill da parte di alcuni suoi sostenitori il 6 gennaio. A parere del *Board* il Presidente aveva creato un ambiente in cui era possibile un serio rischio di violenza. La commissione, tuttavia, richiama Facebook alle sue responsabilità criticando il *social network* per aver applicato una sospensione a tempo indefinito, evitando sia di stabilire un termine per la conclusione della sospensione stessa sia di decidere una rimozione definitiva dell'utente. Il 4 giugno Facebook ha annunciato che l'*account* dell'ex Presidente sarà sospeso almeno per due anni, sino alle prossime elezioni di metà mandato (v. Oversight Board, *Case decision 2021-001-FB-FBR*, in <https://www.oversightboard.com/sr/decision/2021/001/pdf-english>). Sulla vicenda v. le riflessioni di M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit.

⁵³ Così G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* (16 febbraio 2021), in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545>.

⁵⁴ V. HARVARD LAW REVIEW, *Recent case: Knight First Amendment Institute at Columbia University v. Trump*, in *Harvard Law Review Blog*, 3 giugno 2019.

⁵⁵ S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 347. In tema v. G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit., 372.

fiorire di sotto-ordinamenti guidati dalla *lex digitalis*, sottratti ai poteri politici e alle costituzioni, anche se idonei a violare diritti individuali e interessi generali, come quello ad un dibattito politico trasparente e plurale. «Sotto le forme del diritto privato si nasconde», come è stato scritto, «l'esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza» che le *Internet Platforms* sono riuscite ad affermare, «sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento»⁵⁶. La centralità della *rete* nel dibattito democratico contemporaneo e il rischio di un oligopolio informativo di livello internazionale rendono ineludibile quella che da più voci è stata definita la «costituzionalizzazione» di Internet e delle nuove tecnologie, la necessità che il decisore pubblico contribuisca, all'interno di «un accorto dosaggio tra eteroregolazione ed autoregolazione», a ribadire i «principi cardine dello Stato liberale, quali la riserva di legge e la riserva di giurisdizione»⁵⁷.

La via per una «costituzionalizzazione» della *rete* non passa però forse solo per la decisione politica. Molte voci rievocano ormai la necessità di valorizzare in questo contesto l'efficacia orizzontale dei diritti costituzionali, la *Drittwirkung*,⁵⁸ dottrina affermata per la prima volta dal Tribunale costituzionale tedesco in una sentenza del 1958 proprio in riferimento alla libertà di espressione⁵⁹, e occasionalmente affermatasi anche nel nostro ordinamento⁶⁰.

Sull'efficacia *inter privatos* dei diritti costituzionali restano, ci sembra, ancor'oggi fondamentali le osservazioni di Giorgio Lombardi il quale, partendo dall'insufficienza delle impostazioni tradizionali delle libertà come diritti subiettivi pubblici operanti nei confronti dello Stato⁶¹, ricordava il presupposto essenziale dell'efficacia orizzontale dei diritti costituzionali: la presenza di un «potere privato». Quest'ultimo si associa ad una situazione nella quale «le parti non sono in quella posizione di simmetria che appare [...] quale giustificazione costante dell'autonomia privata» ed è invece presente un «potere che è privato per quanto concerne la sua fonte [...] ma che proprio all'atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinati sostanzialmente alle categorie [...] che sono proprie dei poteri di diritto pubblico»⁶².

Il tema è ormai così centrale che finanche nell'ordinamento statunitense, il cui costituzionalismo è radicato «nei valori di *liberty* e *individual freedom*, che costituiscono

⁵⁶ M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, cit., 427.

⁵⁷ E. CHELI, *Presentazione*, in G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, cit., XIII.

⁵⁸ In tema R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 554 ss.

⁵⁹ BVerfGE 7, 198. Il testo in inglese della decisione è disponibile in *German Law Archive* (<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>).

⁶⁰ V. ad es. i diritti riconosciuti dagli art. 36 c. 1 Cost. 38 c. 2 Cost.: su questo ed altri profili vedi la relazione italiana alla XIII Conferenza delle Corti costituzionali europee, dedicata a *I criteri di limitazione dei diritti umani nella pratica della giustizia costituzionale* e svoltasi a Cipro nel maggio 2005 (il testo è disponibile in: <https://www.cortecostituzionale.it/conferenzaCorti.do>). In tema cfr. da ultimo G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno, Pisa, 24-25 febbraio 2017*, Torino, 2017.

⁶¹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 5 ss.

⁶² *Ivi*, 86 ss.

il fondamento dell'autonomia privata»⁶³, non mancano proposte di *pubblicizzazione* per via giurisprudenziale del rapporto tra utente e piattaforme digitali, attraverso l'applicazione della c.d. *state action doctrine* con la quale la Corte suprema, in circostanze in parte differenti, ha sostenuto in passato che, qualora non siano presenti spazi di esercizio della libertà di parola altrettanto efficaci, i soggetti privati sono tenuti al rispetto del I emendamento come lo sono i poteri pubblici. I *social media* sono dunque, secondo questa ricostruzione, i «nuovi Governanti della parola online»⁶⁴, il nuovo *potere privato* che assume, nei confronti di coloro che con esso vengano a contatto «una posizione di rilevanza sociale, e quindi un'incidenza, in ultima analisi, pubblicistica», ponendo la parte più debole «in una posizione tipica di soggezione»⁶⁵.

⁶³ O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 3/2018, 140.

⁶⁴ K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 2018, vol. 131, 1669.

⁶⁵ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 89.