

# media LAWs

Rivista di diritto dei media  
3/2019 settembre



**DIRETTORE  
RESPONSABILE  
EDITOR-IN-CHIEF**

Oreste Pollicino (Università Bocconi)

**DIRETTORI  
EDITORS**

Giulio Enea Vigevani (Università di Milano – Bicocca)  
Carlo Melzi d’Eril (Avvocato in Milano)  
Marina Castellaneta (Università di Bari)

**VICEDIRETTORI  
VICE-EDITORS**

Marco Cuniberti (Università di Milano)  
Giovanni Maria Riccio (Università di Salerno)  
Marco Orofino (Università di Milano)  
Marco Bassini (Università Bocconi)  
Ernesto Apa (Avvocato in Roma)

**SEDE  
CONTACTS**

ACCMS Studio Legale  
Via Podgora 13 – 20122 Milano  
e-mail: [submissions@medialaws.eu](mailto:submissions@medialaws.eu)

**REDAZIONE  
EDITORIAL BOARD**

Marco Bassini (*coordinatore*) (Università Bocconi)  
Serena Sileoni (*vice coordinatore*) (Università S. Orsola Benincasa)  
Gianluca Campus (Avvocato in Milano)  
Nicola Canzian (Università di Milano – Bicocca)  
Giovanni De Gregorio (Università di Milano – Bicocca)  
Fabio Ferrari (Università di Verona)  
Valerio Lubello (Università Bocconi)  
Omar Makimov Pallotta (Università di Macerata)  
Silvia Vimercati (Università di Milano – Bicocca)  
Paolo Zicchittu (Università di Milano – Bicocca)

**COMITATO SCIENTIFICO – STEERING COMMITTEE**

Shulamit Almog (*University of Haifa*), Mirzia Bianca (*La Sapienza – Università di Roma*), Elda Brogi (*European University Institute*), Giuseppe Busia (*Garante per la protezione dei dati personali*), Licia Califano (*Garante per la protezione dei dati personali*), Angelo Marcello Cardani (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Marta Cartabia (*Corte costituzionale*), Massimo Ceresa-Gastaldo (*Università Bocconi*), Pasquale Costanzo (*Università di Genova*), Marilisa D’Amico (*Università di Milano*), Filippo Donati (*Consiglio Superiore della Magistratura*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università Suor Orsola Benincasa*), Maurizio Fumo (*Suprema Corte di Cassazione*), Alberto Maria Gambino (*Università Europea – Roma*), Michael Geist (*University of Ottawa*), Glauco Giostra (*La Sapienza – Università di Roma*), Enrico Grosso (*Università di Torino*), Silvia Illari (*Università di Pavia*), Uta Kohl (*University of Southampton*), Krystyna Kowalik-Bańczyk (*Tribunale dell’Unione europea*), Fiona Macmillan (*University of London*), Vittorio Manes (*Università di Bologna*), Michela Manetti (*Università di Siena*), Christopher Mardsen (*University of Sussex*), Manuel D. Masseno (*Instituto Politécnico de Beja*), Roberto Mastroianni (*Tribunale dell’Unione europea*), Luigi Montuori (*Garante per la protezione dei dati personali*), Antonio Nicita (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), Miquel Pequera (*Universitat Oberta de Catalunya*), Vincenzo Pezzella (*Suprema Corte di Cassazione*), Laura Pineschi (*Università di Parma*), Giovanni Pitruzzella (*Corte di giustizia dell’Unione europea*), Francesco Pizzetti (*Università di Torino*), Andrea Pugiotto (*Università di Ferrara*), Margherita Ramajoli (*Università di Milano – Bicocca*), Sergio Seminara (*Università di Pavia*), Salvatore Sica (*Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa*), Pietro Sirena (*Università Bocconi*), Francesco Viganò (*Corte costituzionale*), Lorenza Violini (*Università di Milano*), Roberto Zaccaria (*Università di Firenze*), Nicolò Zanon (*Corte costituzionale*), Vincenzo Zeno-Zencovich (*Università di Roma Tre*)

**COMITATO DEGLI ESPERTI PER LA VALUTAZIONE – ADVISORY BOARD**

Maria Romana Allegri	Monica Delsignore	Piergiuseppe Otranto
Giulio Allevato	Giovanna De Minico	Anna Papa
Benedetta Barbisan	Gabriele Della Morte	Paolo Passaglia
Fabio Basile	Marius Dragomir	Irene Pellizzone
Marco Bellezza	Fernanda Faini	Sabrina Peron
Daniela Bifulco	Roberto Flor	Bilyana Petkova
Elena Bindi	Federico Furlan	Davide Petrini
Carlo Blengino	Giovanni Battista Gallus	Marina Pietrangelo
Monica Bonini	Marco Gambaro	Federico Gustavo Pizzetti
Manfredi Bontempelli	Gianluca Gardini	Augusto Preta
Fernando Bruno	Ottavio Grandinetti	Giorgio Resta
Daniele Butturini	Antonino Gullo	Francesca Rosa
Irene Calboli	Simone Lonati	Andrej Savin
Simone Calzolaio	Erik Longo	Salvatore Scuto
Quirino Camerlengo	Federico Lubian	Monica Alessia Senor
Marina Caporale	Nicola Lupo	Stefania Stefanelli
Andrea Cardone	Paola Marsocci	Giulia Tiberi
Corrado Caruso	Claudio Martinelli	Bruno Tonoletti
Stefano Catalano	Alberto Mattiacci	Emilio Tosi
Adolfo Cerretti	Alessandro Melchionda	Lara Trucco
Francesco Clementi	Massimiliano Mezzanotte	Luca Vanoni
Roberto Cornelli	Francesco Paolo Micozzi	Gianluca Varraso
Giovanna Corrias Lucente	Donatella Morana	Thomas Wischmeyer

---

**MediaLaws - Rivista di diritto dei media è una rivista quadrimestrale telematica, ad accesso libero, che si propone di pubblicare saggi, note e commenti attinenti al diritto dell'informazione italiano, comparato ed europeo.**

La rivista nasce per iniziativa di Oreste Pollicino, Giulio Enea Vigevani, Carlo Melzi d'Eril e Marco Bassini e raccoglie le riflessioni di studiosi, italiani e stranieri, di diritto dei media.

I contributi sono scritti e ceduti a titolo gratuito e senza oneri per gli autori. Essi sono attribuiti dagli autori con licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. 633/1941).

Il lettore può utilizzare i contenuti della rivista con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare menzionando la fonte e, laddove necessario a seconda dell'uso, conservando il logo e il formato grafico originale.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La qualità e il rigore scientifici dei saggi della Rivista sono garantiti da una procedura di *double-blind peer review* affidata a un comitato di esperti per la valutazione individuato secondo criteri di competenza e rotazione e aggiornato ogni anno.

---

## **MediaLaws - Rivista di diritto dei media**

### **Regolamento per la pubblicazione dei contributi**

1. “MediaLaws – Rivista di diritto dei media” è una rivista telematica e ad accesso aperto che pubblica con cadenza quadrimestrale contributi attinenti al diritto dell’informazione.
2. Gli organi della rivista sono il Comitato di direzione, il Comitato scientifico e il Comitato degli esperti per la valutazione. L’elenco dei componenti del Comitato di direzione e del Comitato scientifico della rivista è pubblicato sul sito della stessa ([www.medialaws.eu/rivista](http://www.medialaws.eu/rivista)). Il Comitato degli esperti per la valutazione è sottoposto ad aggiornamento una volta l’anno.
3. La rivista si compone delle seguenti sezioni: ”Saggi”, “Note a sentenza” (suddivisa in “Sezione Europa”, “Sezione Italia” e “Sezione straniera”), “Cronache e commenti” e “Recensioni e riletture”. I singoli numeri potranno altresì ospitare, in via d’eccezione, contributi afferenti a sezioni diverse.
4. La sezione “Saggi” ospita contributi che trattano in maniera estesa e approfondita un tema di ricerca, con taglio critico e supporto bibliografico.
5. La sezione “Note a sentenza” ospita commenti alle novità giurisprudenziali provenienti dalle corti italiane, europee e straniere.
6. La sezione “Cronache e commenti” ospita commenti a questioni e novità giuridiche di attualità nella dimensione nazionale, europea e comparata.
7. La sezione “Recensioni e riletture” ospita commenti di opere rispettivamente di recente o più risalente pubblicazione.
8. La richiesta di pubblicazione di un contributo è inviata all’indirizzo di posta elettronica [submissions@medialaws.eu](mailto:submissions@medialaws.eu), corredata dei dati, della qualifica e dei recapiti dell’autore, nonché della dichiarazione che il contributo sia esclusiva opera dell’autore e, nel caso in cui lo scritto sia già destinato a pubblicazione, l’indicazione della sede editoriale.
9. La direzione effettua un esame preliminare del contributo, verificando l’attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.
10. In caso di esito positivo, la direzione procede ad assegnare il contributo alla sezione opportuna.
11. I saggi sono inviati alla valutazione, secondo il metodo del doppio cieco, di revisori scelti dall’elenco degli esperti per la valutazione della rivista secondo il criterio della competenza, della conoscenza linguistica e della rotazione. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore. La direzione garantisce l’anonimato della valutazione.
12. La direzione comunica all’autore l’esito della valutazione.  
Se entrambe sono positive, il contributo è pubblicato.  
Se sono positive ma suggeriscono modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell’autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. La direzione si riserva la facoltà di sottoporre il contributo così come modificato a nuova valutazione, anche interna agli organi della rivista. Se solo una valutazione è positiva, con o senza modifiche, la direzione si riserva la facoltà di trasmettere il contributo a un terzo valutatore. Se entrambe le valutazioni sono negative, il contributo non viene pubblicato.
13. Per pubblicare il contributo, l’Autore deve inviare una versione definitiva corretta secondo le regole editoriali della rivista pubblicate sul sito della stessa, un abstract in lingua italiana e inglese e un elenco di cinque parole chiave. Il mancato rispetto dei criteri editoriali costituisce motivo di rigetto della proposta.
14. Le valutazioni vengono archiviate dalla direzione della rivista per almeno tre anni.
15. A discrezione della direzione, i saggi di autori di particolare autorevolezza o richiesti dalla direzione possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di referaggio a doppio cieco ovvero essere sottoposti a mero referaggio anonimo, previa segnalazione in nota.

## Saggi

- 11 Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni**  
Paolo Moro
- 23 Memoria ed oblio: due reali antagonisti?**  
Mirzia Bianca
- 37 La parabola delle sovvenzioni all'editoria, tra regole costituzionali e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine della sentenza n. 206/2019 della Corte costituzionale**  
Silvio Troilo
- 61 La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno**  
Daniele Butturini
- 92 La *par condicio* al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali**  
Ottavio Grandinetti
- 131 Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente**  
Shaira Thobani
- 148 Big data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo**  
Sara Gobbato
- 162 Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali**  
Francesco Foltran
- 177 ADR, ODR, claims, reputation: the quest for an effective justice model for online transactions**  
Valentina Morgante

## Note a sentenza Sezione Italia

- 187 "Continenza" à la carte in una TV sempre più barbara?**  
Maurizio Fumo
- 196 L'applicabilità della scriminante del diritto di cronaca a reati commessi prima (e in funzione) della pubblicazione di una notizia**  
Silvia Vimercati
- 203 Il difficile bilanciamento tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio: la soluzione delle sezioni unite**  
Sabrina Peron
- 214 *Linking* e violazione del diritto d'autore da parte degli ISP: la sentenza del Tribunale di Roma nel caso *RTI/Facebook***  
Alfredo De Felice
- 219 La diffusione 2.0 dell'opera dell'ingegno in assenza di menzione autorale. Riflessioni sul criterio di individuazione del foro competente e sul rapporto fra omessa indicazione ed illegittima attribuzione della paternità**  
Annalisa Pistilli
- 230 Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore online**  
Pasquale Pantalone
- 234 Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica**  
Gianluca Fasano

---

## **Note a sentenza**

### **Sezione Europa**

**243 La Corte di giustizia, la Direttiva E-Commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook**  
Matteo Monti

**251 Contitolarità e tasto “Like” di Facebook: “ben oltre il caso di specie”**  
Valerio Lubello

## **Commenti**

**262 Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni**  
Riccardo Borsari

## **Recensioni**

**270 Recensione a Marco Delmastro - Antonio Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, 2019**  
Massimiliano Trovato

## **Articles**

- 11 Algorithms and legal thinking. Antinomies and interactions**  
Paolo Moro
- 23 Memory and oblivion: two actual competitors?**  
Mirzia Bianca
- 37 Constitutional principles and legislative discretion on the public funding for the publishing industry. Comment on the Italian Constitutional Court ruling no. 206/2019**  
Silvio Troilo
- 61 Imprisonment for defamation as a restriction of freedom of information in Italy. Some thoughts in light of a recent question of constitutionality raised by the Criminal Court of Salerno**  
Daniele Butturini
- 92 Par condicio and social media: old and new issues**  
Ottavio Grandinetti
- 131 The market of personal data: protecting data subjects or protecting consumers?**  
Shaira Thobani
- 148 Big data and “concurrent legal remedies” on competition, GDPR and Consumer law**  
Sara Gobbato
- 162 Traders, consumers and online platforms: the protection of weaker parties in the new contract balances**  
Francesco Foltran
- 177 ADR, ODR, claims, reputation: the quest for an effective justice model for online transactions**  
Valentina Morgante

## **Notes and comments** **Italy**

- 187 The requirement of accuracy in a recent Italian Supreme Court stance**  
Maurizio Fumo
- 196 Italian Supreme Court rules on the extension of the freedom of press defense for defamatory statements**  
Silvia Vimercati
- 203 Italian Supreme Court delivers landmark judgment on the balance between freedom of information and right to be forgotten**  
Sabrina Peron
- 214 Linking and copyright infringement: Court of Rome rules on the RTI/Facebook case**  
Alfredo De Felice
- 219 “2.0” circulation of the original work without the name of the author. Thoughts about the criteria for identifying the competent court and the relationship between omitted mention and unlawful attribution of authorship**  
Annalisa Pistilli
- 230 Where the implied powers’ theory can’t dare: the case of Agcom’s sanctions in the context of online copyright enforcement**  
Pasquale Pantalone
- 234 Automated decisions in public administration: between the need for simplification and algorithmic transparency**  
Gianluca Fasano

---

## Notes and comments

### Europe

**243 The European Court of Justice rules on the E-Commerce Directive and online content moderation: implications of the decision C 18-18 for online public discourse and for the role of Facebook**  
Matteo Monti

**251 Profiling and the “Like” Button: “Such a Statement Would Indeed Have Wider Implications”**  
Valerio Lubello

## Debates

**262 A first look on Artificial Intelligence and criminal liability**  
Riccardo Borsari

## Book reviews

**270 Review to Marco Delmastro - Antonio Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, 2019**  
Massimiliano Trovato



---

*I saggi di Paolo Moro, Mirzia Bianca, Silvio Troilo, Daniele Butturini, Ottavio Grandinetti e Shaira Thobani sono stati sottoposti a referaggio a “doppio cieco” ai sensi dell’art. 15 del regolamento. Su determinazione della Direzione della Rivista, in conformità all’art. 15 del regolamento, i saggi di Sara Gobbato, Francesco Foltran e Valentina Morgante sono stati sottoposti a referaggio anonimo.*

---

# Saggi

---

# Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni\*

Paolo Moro

## Abstract

La riflessione metodologica sull'uso delle tecnologie digitali nel diritto ha natura filosofica ed appare tuttora il compito epistemologico degli studi di informatica giuridica (*legal informatics*) che, in una prospettiva processuale del diritto, è allo stesso tempo logica giudiziale e prassi forense.

La somiglianza procedurale delle nozioni d'uso comune di algoritmo e di diritto svela nell'idea che entrambi i concetti si riferiscano ad una sequenza logica unitaria, essenzialmente di matrice analitica. Ne deriva il pregiudizio che la logica giudiziale sia riconducibile al sillogismo analitico, che dovrebbe rappresentare lo schema ideale per ordinare il discorso forense.

Nel ragionamento giuridico, invece, le premesse sono sempre discutibili e il luogo privilegiato di interpretazione delle norme e dei fatti controversi è il processo, che non ha natura monologica e si sviluppa attraverso le reciproche contestazioni nel contraddittorio tra le parti.

Invero, in una prospettiva giudiziale che riconsidera il processo come modello di ragionamento, l'informatica giuridica diventa una tecnologia chiamata ad argomentare, cioè a spiegare le ragioni e le procedure utilizzate per raggiungere determinati risultati.

Methodological considerations concerning the use of digital technologies in law have a truly philosophical nature. They still constitute the epistemological task of legal informatics, which is, from a procedural law perspective, at the same time judicial logic and practice.

The procedural likeness of the notions of algorithm and law corresponds to the idea that both refer to a unitary logical sequence, which is essentially analytical. The resulting prejudice is that judicial logic may be brought under analytical syllogism, which should represent the ideal pattern for an orderly judicial discourse.

Instead, in legal reasoning, premises are always questionable, and the trial constitutes the privileged place to interpret both norms and disputed facts. In fact, trial is everything but monological and is based on mutual objections made by the concerned parties, according to the adversarial principle.

Indeed, from a judicial perspective which reconsiders trial as a reasoning model, legal informatics becomes a technology which is called upon to discuss, that is to explain reasons and procedures used to achieve certain results.

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

## Sommario

1. Informatica giuridica e logica giudiziale. - 2. Algoritmo informatico e pensiero giuridico. - 3. Oltre il sillogismo giudiziale. - 4. Algoritmi ingiusti e/o giustizia algoritmica. - 5. Argomentazione, processo e informatica giuridica.

## Keywords

Algoritmo; Informatica giuridica; Sillogismo; Giudizio; Argomentazione

---

## 1. Informatica giuridica e logica giudiziale

La riflessione metodologica sull'uso delle tecnologie digitali nel diritto ha natura filosofica ed appare tuttora il compito epistemologico degli studi di informatica giuridica (*legal informatics*) che, in una prospettiva processuale del diritto, è allo stesso tempo logica giudiziale e prassi forense<sup>1</sup>.

Eppure, nelle varie ed articolate forme nelle quali essa si manifesta, la consapevolezza digitale del giurista pratico appare superficiale se fosse ridotta ad una tecnica efficace ed utile per automatizzare le più varie operazioni che, come accade nei differenti ambiti della giustizia telematica, compiono i protagonisti della consulenza legale e dell'attività giudiziaria al più elevato livello, quali gli avvocati e i giudici.

In effetti, negli ultimi anni, l'informatica ha trovato e continua a trovare fecondi sviluppi non solo nelle applicazioni dell'intelligenza artificiale al lavoro stragiudiziale degli studi professionali o delle imprese, ma anche nelle procedure della pubblica amministrazione e soprattutto in sede giudiziaria, ove già da tempo sono state elaborate alcune tecniche fondamentali per compiere gli atti del processo con l'ausilio di strumenti informatici e telematici.

L'informatica e la robotica stanno già sostituendo i compiti esecutivi delle segretarie degli studi legali e dei tirocinanti, come le attività di deposito e notifica di atti o l'archiviazione di documenti, ma l'intelligenza artificiale appare già in grado di affiancare o sostituire anche alcune attività più specifiche, come la ricerca analitica di precedenti giurisprudenziali o altri dati normalmente utilizzati nelle controversie giuridiche<sup>2</sup>.

Nella prassi della giurisprudenza, che appare oggi la principale fonte del diritto anche nei Paesi di *civil law*<sup>3</sup>, l'informatica giuridica è una disciplina che continua ad essere confusa, piuttosto banalmente, non solo con il diritto dell'informatica o con il diritto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*ICT law*) ma anche, meno ingenuamente, con la tecnica operativa e strumentale di produzione, interpretazione e applicazione di regole prestabilite da un'autorità riconosciuta.

Tenendo ferma questa classificazione didascalica, ma utile a comprendere il problema del metodo, l'informatica giuridica appare una logica evidentemente debitrice del

---

<sup>1</sup> P. Moro, *L'informatica forense. Verità e metodo*, Cinisello Balsamo, 2006.

<sup>2</sup> J. Markoff, *Armies of Expensive Lawyers, Replaced by Cheaper Software*, in *The New York Times*, 4 marzo 2011.

<sup>3</sup> P. Moro, C. Sarra, *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, 2012.

pensiero computazionale e si presenta attraverso un insieme di pratiche multilivello, manifestandosi tutt'oggi come:

- a) una «giurimetria»<sup>4</sup>, diretta alla *produzione* di norme giuridiche particolari e concrete al fine di eseguire determinazioni quantitative discrezionali in modo automatico (per esempio, la misura della sanzione *ex art. 132 ss. c.p.*);
- b) una «giuritecnica»<sup>5</sup>, diretta all'*interpretazione* di norme giuridiche attraverso l'elaborazione di motori di ricerca o l'utilizzo di basi di dati dalle quali reperire la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza quali argomenti di soluzione dei casi giuridici;
- c) una «giuscibernetica»<sup>6</sup>, diretta all'*applicazione* di norme giuridiche attraverso l'uso di sistemi decisionali esperti basati sull'intelligenza artificiale e diretti alla formazione e alla modifica robotica di atti giurisdizionali.

In questa visuale dell'informatica giuridica, ricondotta alle sopra descritte tecniche automatiche di produzione, interpretazione ed applicazione di norme, si accolgono come assolutamente indiscussi due pregiudizi apodittici:

- 1) il processo è la semplice applicazione di un insieme ordinato di regole, formate prima della discussione della lite dal legislatore nel diritto vigente oppure dal giudice più autorevole nelle decisioni precedenti;
- 2) la presupposizione delle regole è l'applicazione della logica analitica, basata su inferenze (deduttive, induttive, abduitive) che consentono l'attività di produzione (giurimetria), interpretazione (giuritecnica) e applicazione (giuscibernetica) di norme giuridicamente rilevanti.

È importante notare che, forse non a caso, entrambi i punti appena descritti si riferiscono anche ad un'accettabile definizione di algoritmo, come quella proposta da Wikipedia, ossia «procedimento che risolve un determinato problema attraverso un numero finito di passi elementari, chiari e non ambigui, in un tempo ragionevole»<sup>7</sup>.

## 2. Algoritmo informatico e pensiero giuridico

La somiglianza procedurale delle nozioni d'uso comune di algoritmo e di diritto si svela nell'idea che entrambi i concetti si riferiscano ad una sequenza logica unitaria, essenzialmente di matrice analitica che, come è risaputo, appartiene alla tradizione culturale della scienza moderna.

In effetti, anche il diritto digitale conserva oggi il pregiudizio normocentrico del giuspositivismo formalistico del secolo scorso e, in una metafora postmoderna, appare simile ad un'infinita e ricchissima biblioteca multimediale di fonti virtuali (per esempio, le interminabili basi di dati rintracciabili tramite la rete) che contengono innumerevoli regole prodotte, modificate e abrogate da numerosi attori del diritto contempo-

---

<sup>4</sup> L. Loevinger, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Minnesota Law Review*, XXXIII, 1949, 455 ss.

<sup>5</sup> D.A. Limone (a cura di), *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica. Studi dedicati a Vittorio Frosini*, Milano, 1995.

<sup>6</sup> M.G. Losano, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.

<sup>7</sup> <https://it.wikipedia.org/wiki/Algoritmo>

raeano (giuristi, legislatori, giudici, periti, consulenti, etc.).

In questa prospettiva, quando non ha inteso sconfinare nel diritto dell'informatica o dell'innovazione tecnologica, l'informatica giuridica ha semplificato il proprio originario aspetto di ricerca documentaria delle fonti, riducendosi ad una funzione meramente strumentale di una tecnica di applicazione normativa.

Peraltro, considerando il pregiudizio computazionale, è opportuno osservare che lo sviluppo decisivo dell'informatica nella seconda metà del Novecento discende dagli studi e dalle applicazioni della logica formale e si manifesta nell'ambito privilegiato delle scienze matematiche. Per tale ragione, che è apparentemente elementare ma è essenziale per comprenderne lo statuto epistemologico e metodologico, l'informatica giuridica è il fondamento di qualunque sistema di intelligenza artificiale e appartiene al settore disciplinare degli studi accademici di logica e, dunque, di filosofia del diritto. Comunque, il concetto di algoritmo denota non tanto una formula astratta, quanto un processo efficiente che deve svolgersi in un numero finito di passi, da un insieme di dati iniziali fino a un risultato finale, nello spazio e nel tempo, secondo le modalità previste da una macchina<sup>8</sup>.

Questa prospettiva eredita nei primi decenni del Novecento il senso della realtà matematica, cioè di tutto ciò che i matematici avvertono come reale e effettivo: come è noto, Alan Turing contribuì a estendere l'idea di algoritmo come processo, già avanzata nel 1937, agli algoritmi numerici e all'esecuzione di operazioni per mezzo di un calcolatore digitale<sup>9</sup>.

Pertanto, è del tutto evidente che l'algoritmo «normocentrico» possa diventare facilmente il codice sorgente del ragionamento giudiziale, presupponendo che i discorsi delle parti e del giudice nel processo siano basati su inferenze di matrice analitica, tipiche di una logica della scomposizione o della divisione (dal greco *anályo*, scompongo o divido).

In particolare, il metodo analitico influisce espressamente sull'elaborazione di programmi di informatica giudiziaria o di sistemi esperti basati su algoritmi decisionali quando presuppone la dissociazione del discorso giuridico nel confronto tra una premessa data e un risultato ad essa logicamente coerente oppure empiricamente verificabile, secondo il tipico schema del metodo scientifico.

Da un lato, si presuppone che la sentenza del giudice conduca all'accertamento della verità formale (*ratio*) che, indipendentemente dall'esame delle tesi nel contraddittorio, appare il prodotto dell'applicazione deduttiva della norma al fatto attraverso un giudizio di corretta sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta.

Dall'altro lato, si ipotizza che il fine dell'attività giurisdizionale sia l'accertamento della verità materiale (*experimentum*), consistente nella possibilità di giungere nel corso del giudizio all'esatta descrizione dell'accadimento rappresentato dalle testimonianze o dalla documentazione allegata.

Con la repentina crescita esponenziale dei dati, verificatasi negli ultimi anni e resa

---

<sup>8</sup> P. Zellini, *La matematica degli dèi e gli algoritmi degli uomini*, Milano, 2016.

<sup>9</sup> A.M. Turing, *Rounding-off Errors in Matrix Processes* (1948), in *Collected Works of A.M. Turing*, vol. II, Amsterdam, 1992.

disponibile in modo sempre più diffuso dalla rete Internet, negli studi e nelle applicazioni dell'intelligenza artificiale il metodo deduttivo è stato sorpassato dall'approccio induttivo, che per facilitare l'analisi delle informazioni e ridurre la loro mole raggruppa gli oggetti in classi, il più possibile omogenee, predeterminandone il numero e le caratteristiche.

In tal modo, la rappresentazione informatizzata della conoscenza si realizza più efficacemente con l'apprendimento automatico, favorito dagli studi di statistica e delle neuroscienze, perché basato su molteplici esempi (denominati *big data*) tratti dal grande archivio di Internet e sull'elaborazione di sistemi di intelligenza artificiale (denominati reti neurali) simili al cervello umano.

Questo approccio statistico, basato sui dati elaborati con le tecnologie di *machine learning* e di ottimizzazione stocastica, ha sostituito la logica deduttiva, trasformando l'inferenza intelligente nel modello inverso, risolto dalla massimizzazione induttiva di una certa quantità probabilistica<sup>10</sup>.

Intelligenza artificiale e rete Internet sono così diventate le più importanti tecnologie convergenti dell'epoca contemporanea, aumentando il loro predominio in via esponenziale, perché interagiscono tra loro e si implicano reciprocamente, pur sempre in dipendenza di algoritmi di apprendimento automatico. La soggezione all'algoritmo in qualunque applicazione informatica e cibernetica rimane tale sia che si tratti di algoritmo supervisionato, ossia quando il sistema (per esempio, la rete neurale) apprende il nesso che unisce dati particolari e ipotesi generali, imparando a classificare esempi simili, sia che si tratti di algoritmo per rinforzo, ossia quando il sistema interagisce con l'ambiente ed esegue gli esempi di comportamenti più vicini e simili al risultato, che quindi migliorano l'azione da eseguire, evitando quelli più distanti e diversi, che sono considerati errati.

Il cambio di paradigma scientifico nell'intelligenza artificiale coinvolge anche l'informatica giuridica, che è una metodologia utilizzata dai giuristi ma che conserva la sua struttura analitica e computazionale. Infatti, la logica analitica presenta sia nel caso della dimostrazione deduttiva (prevalentemente utilizzata negli algoritmi di programmazione informatica) che in quello dell'inferenza induttiva (prevalentemente utilizzata negli algoritmi di apprendimento automatico) almeno due tratti tipici della logica analitica: il carattere ipotetico delle premesse e la natura monologica del ragionamento.

a) Da un primo punto di vista, la logica analitica è *ipotetica*, perché dipende da presupposizioni logiche sottratte per convenzione al controllo critico e assunte *a priori* per ragioni di utilità operativa.

Tali premesse sono le istruzioni fornite al *computer* e si costituiscono con la formulazione *ex ante* di un complesso di regole generali ed astratte che si ritrovano in un algoritmo («formalizzazione») e che costituiscono il programma applicativo (*software*) adatto a soddisfare determinate funzioni (come, per esempio, il calcolo automatico degli interessi secondo il saggio predeterminato dalla legge). Sistemi matematici e programmi informatici costituiscono la medesima «realtà algoritmica, che si manifesta in un caso mediante le dimostrazioni, nell'altro attraverso i calcoli»<sup>11</sup>, sicché la formalizzazione

---

<sup>10</sup> N. Cristianini, *On the current paradigm in artificial intelligence*, in *AI Communications*, 27, 2011, 37 ss.

<sup>11</sup> P. Odifreddi, *Le menzogne di Ulisse. L'avventura della logica da Parmenide ad Amartya Sen*, Milano, 2004,

informatica è la «trasformazione di un problema in algoritmo»<sup>12</sup>.

L'algoritmo consiste in un insieme di assiomi che rappresentano i dati in una sequenza ordinata di passi la cui esecuzione porta ad un risultato e, dunque, costituisce la formalizzazione di un procedimento logico di esecuzione automatica di regole prefissate in sede di programmazione o di regole stocastiche desunte dagli esempi acquisiti dal sistema.

b) Inoltre, la logica analitica è *monologica* (o *monotonica*), poiché il programma applicativo svolge un «discorso» unidirezionale e produce un risultato garantito soltanto dall'esattezza. Infatti, la formulazione di ipotesi predeterminate, che si attua nella formalizzazione operata dal *software*, e il procedimento dimostrativo, che si attua nella normalizzazione binaria, consentono il confronto deduttivo o induttivo tra le premesse note poste per ipotesi (gli assiomi o gli esempi) e le conclusioni ignote (giudizio).

Applicando il metodo analitico per eseguire velocemente ed automaticamente l'operazione deduttiva o induttiva, il sistema computante prescinde da un confronto con diverse premesse (che sono ipotetiche) e con sistemi o programmi eterogenei (che impedirebbero il flusso monotonicamente del giudizio inferenziale) e svolge un ragionamento artificiale di carattere sequenziale del tutto unilaterale. L'eventuale falsificazione del risultato, anche se derivante dalla presenza di obiezioni che inficiano la validità dei dati trattati, implica il fallimento dell'operazione e non ha un significato costruttivo, ma impone il mutamento del protocollo e, dunque, la revisione dell'algoritmo.

Nel ragionamento giuridico, invece, le premesse sono sempre discutibili e il luogo privilegiato di interpretazione delle norme e dei fatti controversi è il processo, che non ha natura monologica e si sviluppa attraverso le reciproche contestazioni nel contraddittorio tra le parti. È in quest'ambito metodologico che si mostra la maggiore difficoltà di informatizzare compiutamente il discorso giuridico, anche attraverso l'uso di sistemi esperti di intelligenza artificiale.

### **3. Oltre il sillogismo giudiziale**

Si è già notato che il pregiudizio che avvolge ancor oggi il ragionamento giuridico consiste nella convinzione che il diritto sia costituito soprattutto da un insieme di norme provenienti da un'autorità pubblica e dirette ad imporre un sistema ordinato di comportamenti conformi (*compliance*).

Questo preconcetto si riflette nella persuasione che le decisioni giudiziarie producano norme applicabili coerentemente a casi diversi e siano il semplice risultato della volontà del giudice: in proposito, per descrivere empiricamente il potere giudiziale di composizione della lite, è stata richiamata la massima latina *auctoritas non veritas facit legem*, ripresa da Hobbes nell'aurora del diritto moderno<sup>13</sup>.

Da questa presupposizione, molto diffusa nella dottrina giuridica, deriva la congettura

---

203.

<sup>12</sup> M.G. Losano, voce *Giuscibernetica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 1077 ss.

<sup>13</sup> U. Scarpelli, *Auctoritas non veritas facit legem*, in *Rivista di Filosofia*, 1, 1984, 29 ss.



che il giudizio sia definibile come plastica applicazione della regola prestabilita al fatto controverso (deduzione) oppure come verifica della «sussunzione» del caso concreto nella fattispecie astratta descritta dalla norma positiva (induzione). In questa mentalità, la sentenza è mera attuazione della legge ed è l'esito conclusivo del processo, nel quale si applicano le regole generali e astratte del diritto positivo e si istituiscono norme particolari (per le singole parti) e concrete (per la singola condotta).

Nel modello analitico, le premesse del ragionamento giudiziario giustificano correttamente la conclusione in quanto si presentano come norme generali o fattispecie astratte, nella stessa misura in cui i «protocolli» o le leggi naturali giustificano il procedimento scientifico sulla base dell'evidenza razionale.

Questa prospettiva si ritrova anche nel controllo logico delle sentenze di merito da parte della Corte di Cassazione, che individua il principio di diritto della propria decisione nell'esplicazione della propria funzione nomofilattica. In particolare, è stato osservato che la massima della sentenza, elaborata dall'Ufficio del Massimario istituito presso la Corte Suprema italiana e consistente essenzialmente nell'enunciazione del principio di diritto, è formata da un procedimento logico che può seguire un percorso ascendente, partendo dal caso ed operandone la sussunzione nella fattispecie astratta per specificarne il contenuto precettivo nella formulazione di un principio di diritto di specie, oppure un percorso discendente di tipo sillogistico che, muovendo da un assunto-premessa, perviene, attraverso una concatenazione logica, all'affermazione del principio di diritto in termini generali ed astratti<sup>14</sup>.

La procedura logica sopra descritta richiama la struttura del sillogismo giudiziale, rappresentata da tre elementi: una premessa maggiore, riguardante la norma; una premessa minore, riguardante il fatto; una conclusione, formata dalla qualificazione giuridica della fattispecie concreta. La figura non muta invertendo le premesse, come avviene nei sistemi di intelligenza artificiale che inducono le conclusioni qualificative da esempi casistici confrontati con regole prefissate.

Pur non negando che il sillogismo analitico possa ancora rappresentare uno schema per ordinare il discorso forense, è ormai incontestato che tale ragionamento non sia in grado di fornire né premesse né passaggi necessari, poiché la legge è soggetta ad interpretazione e il fatto può essere ricostruito riguardandolo da prospettive diverse<sup>15</sup>. Peraltro, anche nella più attenta dottrina dell'informatica giuridica è stato correttamente rimarcato che il modello sillogistico «non offre una soluzione a tutti i problemi del ragionamento giuridico»<sup>16</sup>. L'applicazione del sillogismo analitico-deduttivo al ragionamento giudiziale presuppone che il giurista pratico possa richiamare legittimamente nel processo un insieme di regole prevedibili ed incontroverse, facilmente rintracciabili e compiutamente adeguabili ai casi litigiosi proposti ogni giorno dall'esperienza.

Tale circostanza è in contrasto non solo con la realtà del processo, ma anche con la

---

<sup>14</sup> G. Amoroso, *Nomofilachia e Massimario*, in *L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, 12 aprile 2017, Corte di Cassazione, spec. 5.

<sup>15</sup> F. Cavalla, *La via retorica alla verità*, in Aa.Vv., *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004, 116.

<sup>16</sup> G. Sartor, *Una nuova logica giuridica per l'argomentazione telematica?*, in Aa.Vv., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 181.

struttura e la presenza delle stesse norme nella disputa giudiziaria.

Infatti, esaminando criticamente il problema di una nuova logica giuridica per l'argomentazione telematica, si è giustamente notato che:

- a) è possibile che non siano disponibili abbastanza regole e che vi sia una lacuna nell'ordinamento positivo, come accade frequentemente per i più importanti problemi di diritto dell'informatica, tra i quali quelli relativi all'uso della rete Internet;
- b) è possibile che vi siano regole simili tra loro confliggenti, con la conseguente esigenza di applicare la norma più forte e di disapplicare quella più debole, come nel caso di leggi particolari (spesso disciplinanti l'informatica) che derogano a leggi generali;
- c) è possibile che le regole siano indeterminate, con conseguente difficoltà di applicazione puntuale al caso concreto che, di frequente, si traduce in una disapplicazione, come nel caso delle norme costituzionali puramente programmatiche;
- d) è possibile che il giudizio costituisca attuazione non soltanto di regole, ma di altri elementi dell'ordinamento giuridico, tra i quali principi, valori, obiettivi sociali<sup>17</sup>.

In tutti questi casi, molto frequenti nelle controversie giudiziarie, appare certo che il procedimento logico di interpretazione e di composizione della lite non si costituisce attraverso l'inferenza deduttiva o induttiva tra premesse e conclusioni. Ed è stato anche autorevolmente dimostrato che, essendo per sua natura irriducibile alla logica formale, la motivazione della sentenza sfugge costantemente all'applicazione del sillogismo giudiziale<sup>18</sup>.

Come giurista capace di coniugare teoria e prassi, Piero Calamandrei denunciava esattamente questa insufficienza della rappresentazione sillogistica dell'attività giudiziale ricordando che «anche io, in un mio saggio giovanile, ho rappresentato la sentenza come una progressione di sillogismi a catena; ma poi l'esperienza del patrocinio forense mi ha dimostrato non dico che questa rappresentazione sia sbagliata, ma che essa è incompiuta e unilaterale»<sup>19</sup>.

#### **4. Algoritmi ingiusti e/o giustizia algoritmica**

La metodologia di risoluzione del caso giuridico, che, per sua stessa natura, è imprevedibile e spesso difficilmente omologabile ai precedenti, appare un fattore di indomabile resistenza non soltanto all'informatizzazione di una logica ipotetica e monotonica, tipica del sillogismo analitico. Infatti, il problema giuridico realmente controverso sfugge molto spesso ai tentativi, sempre più elaborati, dei sistemi giuridici esperti, fondati sull'intelligenza artificiale, di elaborare e organizzare le ricerche dei *big data* oppure di prevedere con metodo predittivo e statistico le decisioni dei giudici. Infatti, la soggezione a ipotesi precostituite di programmazione non è compatibile con la realtà giu-

---

<sup>17</sup> *Ivi*, 182-183.

<sup>18</sup> M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; Id., *Il controllo di razionalità tra logica, retorica, dialettica*, in M. Basciu (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Atti del XX Congresso della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica, Padova, 1998, 55 ss.

<sup>19</sup> P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 646.

diziaria, che implica la necessità di mettere in discussione le premesse del discorso sul fatto controverso<sup>20</sup>.

La natura ipotetica delle premesse, che caratterizza ogni procedura di calcolo, permane indubbiamente anche negli algoritmi di apprendimento automatico (*machine learning*), sia che si tratti di apprendimento supervisionato (quando l'utente fornisce esempi di ciò che si deve apprendere) sia che si tratti di algoritmo rinforzato (quando la procedura è influenzata dalle decisioni prese dal sistema stesso).

Dunque, le procedure formali di apprendimento automatico restano inferenze ipotetiche e non possono interpretare o risolvere problemi complessi della vita reale, come i conflitti di valore, che manifestano costante variabilità ed incertezza e che sono difficili da codificare attraverso misurazioni o funzioni numeriche<sup>21</sup>. Pertanto, le soluzioni normative dell'etica e del diritto, che nascono da problemi controversi e presuppongono la discussione di plurime prospettive, non possono essere ridotte agli obiettivi di ottimizzazione numerica di un algoritmo decisionale.

La possibilità di stabilire un'analogia tra stato mentale e logica della macchina avviene solo sul piano dell'accettabilità dei risultati e non della identità delle procedure di ragionamento e di decisione: tali metodologie sono riferibili propriamente soltanto all'uomo e sono radicalmente differenti nel calcolatore che, tuttavia, può arrivare ai medesimi esiti dimostrativi<sup>22</sup>.

Nel campo particolare dell'esperienza giudiziaria, è stato variamente sperimentato l'utilizzo analitico dell'apprendimento automatico per consentire al sistema di prevedere (anche se non di comprendere) il probabile orientamento del giudice in questioni ricorrenti e determinabili in senso alternativo (per esempio, sussistenza o meno della violazione della norma).

In un recente studio sistematico sull'esito dei casi giudicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, un gruppo di *computer scientists* dell'Università di Londra ha elaborato un modello predittivo in grado di prevedere le decisioni della Corte sull'eventuale violazione di un articolo della Convenzione europea dei diritti umani con una precisione elevata (il 79% in media).

In questa ricerca, la programmazione predittiva è stata fondata su una classificazione binaria, adottando come premessa la descrizione del caso (basato sul linguaggio naturale e sull'apprendimento automatico del contenuto testuale delle decisioni) e come conseguenza il giudizio effettivo sull'eventuale violazione di un articolo della Convenzione europea sui diritti dell'uomo<sup>23</sup>.

Rimarcando espressamente la prospettiva teorica del realismo giuridico e del metodo di *common law*, l'analisi empirica degli scienziati informatici inglesi ha confermato che il processo decisionale della Corte di Strasburgo è significativamente influenzato dal caso concreto e dalla sua ricorrente attualità, ma ha ribadito che le inferenze induttive

---

<sup>20</sup> P. Moro, *Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, Padova, 1, 2019, 24 ss.

<sup>21</sup> Z. Lipton, *The mythos of model interpretability*, in ICML Workshop on Human Interpretability, 2016.

<sup>22</sup> S. Crafa, *Artificial Intelligence and Human Dialogue*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 1, 2019, 44 ss.

<sup>23</sup> N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preoțiu-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science* 2:e93, 2016.

dipendono da ipotesi precostituite dai programmatori, come la frequenza degli esempi casistici (*input*) e la classificazione predefinita dei risultati (*output*).

In effetti, ogni indagine predittiva della giurisprudenza tramite intelligenza artificiale e *machine learning* continua a fondarsi sul modello analitico e ipotetico, che appare però inadatto a risolvere il caso giuridico, ove le premesse sono per loro natura soggette a contestazione e le connessioni logiche tra premesse e conclusioni dipendono dal contraddittorio dialogico che caratterizza la discussione organizzata della controversia<sup>24</sup>.

Da un lato, pensare il discorso giudiziale come un insieme di premesse stabili, pur individuate da autorevoli precedenti giurisprudenziali, significa separarlo dalla concretezza della discussione del singolo caso e, dunque, presumere che l'assistenza delle parti contrapposte si riduca ad una tecnica formale e automatica, utile esclusivamente per ottenere il provvedimento giurisdizionale richiesto.

Dall'altro lato, la controversia implica un'interazione reticolare che è inevitabile tra tutti i partecipanti alla discussione giuridica e produce un risultato sfumato e imprevedibile, che non dipende da un catalogo di fattispecie, ma dallo sviluppo di argomentazioni opposte e variabili del singolo caso dibattuto.

## **5. Argomentazione, processo e informatica giuridica**

La problematicità dell'automatismo nel ragionamento giuridico presuppone il superamento critico dei pregiudizi che influenzano il modo più diffuso di pensare la relazione metodologica tra informatica e diritto.

Invero, in una prospettiva giudiziale che riconsidera il processo come modello di ragionamento, l'informatica giuridica diventa una tecnologia chiamata ad argomentare, cioè a spiegare le ragioni e le procedure utilizzate per raggiungere determinati risultati. In questa visione, il modello dialogico e interdisciplinare del diritto come processo influisce sulle applicazioni delle principali tecnologie convergenti ed esponenziali dell'epoca contemporanea (come Internet, Blockchain e Artificial Intelligence) e rielabora l'informatica giuridica come una logica: *anipotetica*, non stipulativa, perché dipendente da premesse sottoposte al controllo critico del contraddittorio; *argomentativa*, non dimostrativa, perché si attua attraverso il riscontro intersoggettivo e irripetibile tra discorsi opposti; *dialogica*, poiché la disputa implica un «discorso» quantomeno bidirezionale o interattivo e produce un risultato sfumato e imprevedibile, che deriva dalle variabili di ogni singolo caso dibattuto<sup>25</sup>.

- a) È una logica *anipotetica*, perché le conclusioni della controversia giuridica discendono da premesse sempre obiettabili, sottoposte alla contestazione critica e assunte come introduzione qualificante del discorso in quanto luoghi comuni, maggiormente accettabili dall'ascoltatore e, dunque, maggiormente resistenti alle obiezioni del medesimo.
- b) È una logica *argomentativa*, perché si sviluppa attraverso ragionamenti sottoposti per la natura stessa del processo ad una contestazione, non prefiggendosi di raggiungere il

---

<sup>24</sup> P. Moro, *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo* in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012, 9 ss.

<sup>25</sup> P. Moro, *L'informatica forense*, cit.

risultato esatto della dimostrazione scientifica. Il vaglio delle argomentazioni, che sono destinate non solo a rafforzare la propria tesi ma anche e soprattutto a contrastare quella avversaria, non può basarsi esclusivamente sull'automazione algoritmica.

c) È una logica *dialogica*, poiché la disputa giuridica implica una discussione bidirezionale o interattiva e dipende da ogni singolo caso dibattuto. La formulazione di premesse criticabili e la necessità che il procedimento logico si svolga in contraddittorio rendono impossibile avvalersi di un programma algoritmico, come vorrebbero i sostenitori inconsapevoli del normocentrismo computazionale nell'informatica forense, e rendono necessario l'approccio telematico e interattivo tra i contrapposti partecipanti al processo.

Fondata sulla retorica, l'opera del giurista ripresenta nell'esigenza dell'argomentazione il fondamento classico della scienza giuridica e della professione forense nell'epoca dell'intersezione fra diritto e tecnologia, riproponendo l'esigenza di riunire teoria e prassi, ricerca scientifica e abilità intellettuale, cultura e tecnica.

È indubbio che la sfida tecnologica non possa fondarsi esclusivamente sul pensiero computazionale e richieda un recupero umanistico ed una chiara assunzione di responsabilità etica anche da parte del giurista, il quale può e deve ispirarsi alla sua antica e sempre attuale funzione di custode della libertà soggettiva e della pacificazione sociale nel processo<sup>26</sup>.

La possibilità della connessione in rete appare una persuasiva metafora della nuova etica della comunicazione digitale: infatti, la qualità fondamentale della rete (termine che allude propriamente ad un insieme articolato e organizzato di elementi che tra loro sono individuati da un «intreccio») è costituita dalla sua permanente funzione collegante, giacché lo scopo di Internet (un sistema informatico nato con il progetto Arpanet alla fine degli anni Sessanta per un'esigenza militare) è quello di conservare la comunicazione anche nel caso in cui uno dei nodi connessi debba cessare di funzionare o disconnettersi.

Nella seconda età delle macchine, infatti, l'argomentazione dialogica, che appare facoltà soggettiva tipicamente umana e che innerva il pensiero giuridico, può essere utilizzata (da esseri umani o da agenti virtuali) per giustificare significative operazioni implicanti la possibile compressione di diritti fondamentali, come per esempio nel caso eclatante del diritto alla riservatezza.

Nel diritto vigente in materia di *privacy*, ogni cittadino dell'Unione europea può proporre al titolare del trattamento dei propri dati personali una domanda di spiegazione delle ragioni tecniche e anche giustificative di decisioni automatiche basate sulla raccolta di tali informazioni, in base ad un'interpretazione estensiva dell'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati 27 aprile 2016, n. 679 (*General Data Protection Regulation*)<sup>27</sup>.

La questione è complessa e rimanda alla tutela della libertà dall'arbitrio e dalla violenza di ogni potere, individuale o collettivo, che sopprima, impedisca o condizioni l'atto della comunicazione e, dunque, la misura comune di ogni atto di connessione.

---

<sup>26</sup> S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968, 189.

<sup>27</sup> S. Wachter, B. Mittelstadt, C. Russell, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 31(2), 2018, 841 ss.

Chiunque ha diritto di utilizzare le tecnologie digitali e l'intelligenza artificiale, ma ha anche diritto di estraniarsi da esse, purché sia tutelato il principio dialogico della comunicazione reciproca, la cui inibizione deve considerarsi sottratta alla disponibilità di chiunque.

# Memoria ed oblio: due reali antagonisti?\*

Mirzia Bianca

## Abstract

Il principale obiettivo di questo saggio è mettere in discussione l'idea che il diritto all'oblio e il diritto alla memoria siano diritti antagonisti. Nel linguaggio comune ricordare e dimenticare identificano attività e risultati diversi. Così non è nel diritto europeo. Diritto all'oblio e diritto alla memoria identificano due sezioni temporali del diritto all'identità. Il diritto all'oblio è la proiezione nel futuro del diritto all'identità (per questo esso si attegga anche come diritto alla correzione dei propri dati personali). Il diritto alla memoria cristallizza l'identità del soggetto nel passato. In particolare il saggio è volto a dimostrare l'esistenza di un duplice diritto alla memoria: un diritto alla memoria individuale e un diritto alla memoria collettiva

The main goal of this paper is to demonstrate that the right to oblivion and the right to memory are not in conflict. Traditionally, forgetting and remembering indicate opposite activities and opposite purposes. Indeed, in European law these rights converge to the same purpose: the right to personal identity. The right to be forgotten identifies the right to protect personal identity in the future (right to modify personal data); the right to memory consists of the right to preserve the identity of the past. In particular, this paper aims to demonstrate the existence of a two-fold right to memory: a personal and a collective one.

## Sommario

1. La tradizionale contrapposizione tra memoria ed oblio. – 2. Il diritto all'oblio quale diritto all'identità personale dinamica. – 3. Il diritto alla memoria individuale quale diritto alla cristallizzazione nel tempo dell'identità personale: il diritto alla identità personale postuma. – 4. La memoria collettiva quale diritto alla identità di un popolo. – 5. Oblio e memoria quali diritti diacronici all'identità.

## Keywords

Diritto alla memoria; Diritto all'oblio; Identità personale; Memoria individuale; Memoria collettiva

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

## 1. La tradizionale contrapposizione tra memoria ed oblio

Dal punto di vista lessicale memoria ed oblio indicano due contrapposti concetti. La memoria evoca il ricordo, la cristallizzazione nel tempo di eventi e di persone, mentre l'oblio indica l'esatto contrapposto, ovvero la dimenticanza, la cancellazione di eventi e di dati riguardanti una determinata persona. Anche nel linguaggio comune appare evidente questa contrapposizione. Memoria, memorizzare, studi in memoria, identificano l'attività di conservazione del ricordo di qualcosa o di qualcuno, mentre al contrario, obliare, cadere nell'oblio, indicano l'attività opposta della cancellazione, della dimenticanza. La contrapposizione tra memoria e oblio è consacrata nelle opere letterarie classiche e fa parte della nostra tradizione culturale<sup>1</sup>. In particolare, a partire dalle opere greche classiche che distinguevano la memoria dei luoghi dalla memoria delle persone, poi nella dottrina del cristianesimo e nella dottrina della retorica, la memoria ha rivestito un ruolo importante ed è stata connotata da grande positività, tanto che nell'opera di Agostino viene addirittura considerata facoltà dell'anima, insieme alla intelligenza e alla provvidenza<sup>2</sup>. Al contrario l'oblio, simbolicamente rappresentato dalle acque del fiume Lete<sup>3</sup> che i morti devono evitare per assicurarsi l'immortalità, è sempre stato concepito come elemento contrapposto alla memoria e connotato da forte negatività. Basti considerare il significato simbolico della *damnatio memoriae*, in cui l'oblio e quindi la cancellazione del nome era la sanzione inflitta nei confronti degli indegni e dei traditori. Il decreto dell'oblio nella dottrina aristotelica era invece lo strumento per dimenticare le offese passate<sup>4</sup> e quindi era concepito quale strumento di riappacificazione tra i popoli<sup>5</sup>. L'orrore delle recenti guerre riaccende il mito della memoria e della verità e quindi fa pendere nuovamente l'ago della bilancia verso la memoria, quale strumento di verità. Appare quindi evidente che il rapporto oblio-memoria sia stato nel corso del tempo molto ondivago e caratterizzato da periodi di prevalenza e di esaltazione dell'oblio e periodi di prevalenza della memoria.

Il primo legame del diritto con l'oblio e con la memoria vede nel primo una *pena*, una sanzione, mentre nella seconda il collegamento con il principio di giustizia. Il *mnemon* era colui che nell'antichità era incaricato di custodire la memoria per tutelare il principio

---

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

<sup>1</sup> V. al riguardo J. Le Goff, *Memoria*, Torino, 1977, *passim*. Su questa contrapposizione si rinvia al bel saggio di L. Zani, *Memoria, oblio e storia tra simbiosi e conflitto*, in via di pubblicazione nel citato volume *Memoria versus oblio*.

<sup>2</sup> Per queste citazioni si rinvia all'opera di J. Le Goff, *op. cit.*

<sup>3</sup> V. J. Le Goff, *op. cit.*, 17: «La memoria ha perciò una funzione di primo piano nelle dottrine orfiche e pitagoriche: essa è l'antidoto dell'oblio. Nell'inferno orfico il morto deve evitare la fonte dell'oblio, non bere al Lete ma dissetarsi invece alla fontana di Memoria, che è fonte d'immortalità».

<sup>4</sup> Su queste citazioni v. S. Rodotà, *Il diritto alla verità*, in G. Resta – V. Zeno Zencovich (a cura di), *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 500 ss., il quale ricorda il patto a non ricordare di Aristotele.

<sup>5</sup> S. Rodotà, *op. cit.*, 501, il quale rileva che, a tal fine, quindi al fine della riappacificazione dei popoli, memoria e oblio, non fossero da considerare già allora come antagonisti. Significativamente l'A.: «La conclusione, allora, potrebbe essere quella che mette in evidenza come, in realtà, il risultato della riconciliazione, o della creazione di una memoria collettiva e condivisa venga realizzato utilizzando sia le risorse dell'oblio che quelle della memoria».



di giustizia<sup>6</sup>.

Nelle riflessioni giuridiche moderne, la contrapposizione tra memoria ed oblio rimane ma risulta connotata da un diverso paradigma. L'oblio, concepito talvolta nell'antichità come sanzione, diventa un diritto che deve essere bilanciato con altro diritto, il diritto alla memoria. Nelle decisioni della giurisprudenza, anche nell'ultima decisione a Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione<sup>7</sup>, il diritto all'oblio, anche forse troppo semplicisticamente<sup>8</sup>, si arresta quando occorre tutelare la memoria di qualche cosa che è ancora utile per la collettività. La dialettica di questa contrapposizione, confermata anche da altre decisioni giurisprudenziali<sup>9</sup>, sconta tuttavia l'inafferrabilità del concetto di memoria e la mancanza di una nozione univoca. La memoria si scompone in varie e diverse nozioni che tuttavia ne diluiscono i contorni. Si parla di memoria collettiva, di memoria individuale, di memoria storica, di memoria di Internet. In particolare, la memoria di Internet è nozione diversa e sicuramente non sovrapponibile alla memoria storica. Così l'interprete si trova a fronteggiare decisioni in cui l'oblio si contrappone alla confusa memoria di Internet<sup>10</sup> e decisioni in cui l'oblio viene contrapposto all'interesse per la memoria e la ricerca storica<sup>11</sup>. La distinzione tra le due nozioni identifica anche due diverse costruzioni della memoria che richiedono due differenti rimedi e che sollevano diversi piani di conflitti di interesse. Gli attori che accompagnano oblio e memoria sono vari e sono il principio della libera manifestazione del pensiero, la ricerca storica, il diritto alla identità personale, il principio di dignità, la verità<sup>12</sup>, il diritto di cronaca. Per la memoria di Internet, la caoticità ed al contempo l'imprevedibilità della memorizzazione dei dati, pone il problema concreto della ricerca di modalità sicure ed efficienti di contrasto. Al contrario nella memoria storica, che emerge in tutta la sua evidenza nella repressione del negazionismo<sup>13</sup>, si pone il problema dell'accertamento della verità di fatti della storia e della individuazione dei soggetti legittimati a custodirne la paternità<sup>14</sup>. A ciò si aggiunge l'innegabile natura soggettiva della memoria, la cui caratterizzazione fortemente emotiva fugge la tentazione di considerarla una mera cristallizzazione nel tempo del ricordo. Tutte queste riflessioni sono volte ad evidenziare la complessità della contrapposizione oblio-memoria, contrapposizione che non può essere ridotta

---

<sup>6</sup> Per questi riferimenti, v. J. Le Goff, *op. cit.*, 16.

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681.

<sup>8</sup> Condivido al riguardo le osservazioni critiche di R. Pardolesi, *Oblio e la storia (anonima)*, contributo che sta per essere pubblicato nel volume *Memoria versus oblio*.

<sup>9</sup> La medesima contrapposizione si rinviene in Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> A mero titolo esemplificativo, v. Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111. La medesima contrapposizione si rinviene nella citata decisione a S.U. in tema di oblio.

<sup>12</sup> Per questo collegamento, si rinvia per tutti a S. Rodotà, *op. cit.*

<sup>13</sup> Si rinvia al riguardo ai vari saggi destinati al volume *Memoria versus oblio*, in corso di pubblicazione. V. inoltre M. Castellaneta, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione: una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista*, 2, 2019, 311 ss.

<sup>14</sup> Sulla limitatezza di una repressione penale del negazionismo, è utile rinviare a S. Rodotà, *op. cit.*, 512: «[...] Lo sappiamo. “Ne uccide più la parola che la spada”, “le parole sono pietre”, “i cattivi maestri”. Ma il passaggio dalla saggezza popolare, dall'indignazione civile, dal rifiuto culturale alla norma penale è complicato, e può risultare distorto. Avevano ragione gli storici italiani quando scrissero un manifesto di critica alla proposta del ministro di Giustizia di far diventare reato la negazione della Shoah: un

alla semplicistica contrapposizione tra ricordo e disricordo. Si evidenzia in tal modo la difficoltà di costruire il contenuto di un diritto generico alla memoria da contrapporre al diritto all'oblio. La memoria non può infatti essere intesa come mero diritto al ricordo ma come diritto alla conservazione nel tempo di una notizia che, attuale al momento della cronaca, oggi appare ormai "dimenticata alla collettività". Appare evidente come per oblio, cronaca e memoria, determinante appare il fattore del tempo che misura e limita l'esercizio di questi diritti. La cronaca è la rappresentazione di fatti nel *tempo attuale*, la memoria è la rappresentazione e la conservazione di fatti *del tempo passato* ritenuti utili per la collettività, mentre nel caso dell'oblio il tempo è utile al fine di cancellare o aggiornare dati che non sono oggi più attuali. Al di là della diversa articolazione del fattore tempo in questi diritti, è chiaro che la *memoria*, soprattutto quella storica si pone come antagonista ad un corretto esercizio del diritto all'oblio, in quanto impedisce di aggiornare o di cancellare fatti ed eventi che, se pure veri, il soggetto vorrebbe dimenticare. La dimensione storica o la notorietà della persona o dell'evento impediscono la sua cancellazione e ne richiedono una memoria coatta. Come si è detto, questa contrapposizione tra oblio e memoria ha dovuto fare i conti con le diverse accezioni della memoria. Così si è evidenziata in dottrina la difficoltà di rimuovere e cancellare contenuti dalla memoria di Internet<sup>15</sup>, diversamente da quanto potrebbe avvenire per gli archivi storici e quindi per la memoria storica. Si è altresì evidenziata la dovuta distinzione tra la memoria destrutturata di Internet, qualificata come "mare di Internet", memoria perenne, e la memoria strutturata degli archivi storici, per sua natura selettiva e critica di eventi e persone. La diversità tra le due tipologie di memoria enfatizza il conflitto con la memoria di Internet, dato che l'automaticità ed incombenza della memorizzazione dei nostri dati personali, talvolta contro ogni scelta consapevole<sup>16</sup>, rende ancora più impellente una loro cancellazione o aggiornamento. La diversità dei mezzi utilizzati per la memorizzazione e la conservazione di dati non ha tuttavia alterato il rapporto di conflittualità tra oblio e memoria, in quanto in tutte le decisioni riguardanti l'esercizio del diritto all'oblio, il tema principale e ricorrente è stata la contrapposizione tra il diritto individuale del soggetto alla cancellazione e all'aggiornamento dei propri dati personali e un interesse contrapposto della collettività alla memoria e al ricordo.

Anche nella decisione del 2012 della Cassazione a sezioni semplici<sup>17</sup>, l'antagonista dell'oblio viene identificato nella memoria, pur operandosi una dovuta distinzione tra la memoria degli archivi storici e la memoria del "mare di Internet"<sup>18</sup>. Anche nel GDPR, il

---

problema sociale e culturale così grave non si affronta con la minaccia della galera. Servono una battaglia culturale, una pratica educativa, una tensione morale». Sempre interessanti le riflessioni di C. Camardi, *La giurisprudenza della Corte EDU sul negazionismo. Brevi note sulla libertà di espressione, tra storia, verità e dignità dei popoli*, bel saggio che sarà pubblicato nel volume *Memoria versus oblio*, la quale a proposito della repressione del negazionismo, si interroga sulla legittimità di una "verità di Stato".

<sup>15</sup> Così F. Di Ciommo, R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la rete, bellezza!*, in *Danno e responsabilità* 2012, 701 ss., in critica alla decisione Cass. civ., sez. III, sent. 5525/2012, cit.

<sup>16</sup> Si rinvia al mio scritto M. Bianca, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *questa Rivista*, 2, 2019, 39 ss.

<sup>17</sup> Cass. civ., sez. III, sent. 5525/2012, cit.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

diritto all'oblio, espressamente denominato come "diritto alla cancellazione" dei propri dati, non può essere esercitato quando sono in gioco interessi pubblici e in particolare l'interesse all'archivio di informazioni ai fini di ricerca storica (v. considerando 65 e art. 17, c. 2, lett. d). La contrapposizione si coglie in questo testo normativo tra l'interesse "individuale" del soggetto a cancellare i propri dati e l'interesse "collettivo" alla conservazione e alla memoria degli stessi.

La contrapposizione tra ricordo e cancellazione dello stesso ritorna nelle mani del legislatore nella dialettica tra leggi memoriali<sup>19</sup> e leggi che accordano l'amnistia. Nelle prime è lo Stato che impone attraverso un atto normativo il ricordo di eventi del passato che rappresentano profili di identità costituzionale<sup>20</sup> e quindi elementi ritenuti essenziali per l'identità di un popolo o di una nazione. Nelle seconde è sempre lo Stato che decide di far cadere nell'oblio fatti riprovevoli secondo una scelta di cancellazione degli stessi che si traduce nella giuridificazione del perdono.

La dialettica "oblio-memoria" fin qui tratteggiata sembra evidenziare che oblio e memoria, soprattutto quando ad essi si intende dare la veste di diritti, non sono riducibili al "diritto a dimenticare" e al "diritto a ricordare".

È ovvio e facilmente intuibile che oblio e memoria riguardano sempre fatti o persone e quindi la loro rilevanza non può essere limitata al fatto oggettivo del ricordo o dell'oblio, inteso come disricordo, ma alla rappresentazione di un fatto o di una data persona nella società, nella comunità familiare, nella comunità professionale. Così oblio e memoria, anche se apparentemente antagonisti, condividono la medesima problematica che è quella della corretta e quindi veritiera rappresentazione di fatti e di persone<sup>21</sup>. Con riferimento alla memoria individuale, quando si vuole ricordare la memoria di una persona, si percepisce il fastidio di una falsa rappresentazione. Così si capisce perché i familiari di una persona notoria defunta talvolta si oppongono alla falsa rappresentazione che viene data per esempio da un regista in un film. Come sarà evidenziato più ampiamente nel prosieguo di queste riflessioni, è questa la ragione per la quale oblio e memoria, da intendersi quest'ultima, sia come memoria collettiva<sup>22</sup> che come memoria individuale<sup>23</sup> condividono riflessioni approfondite sul concetto di verità e di identità personale. Le pagine che seguono sono dirette ad indagare un significato tecnico del diritto all'oblio e del diritto alla memoria. Anticipando quanto sarà più ampiamente esposto, essi possono essere classificati quali "diritti diacronici all'identità". Se si accoglie questo significato, si capisce come essi si presentano come facce della medesima medaglia<sup>24</sup>, o se si vuole diritti che perseguono il medesimo obiettivo che è quello della tutela dell'uomo nella sua identità e dignità. Si attenua pertanto la contrapposizione tra

---

<sup>19</sup> Per una critica alle leggi memoriali, v. il bel saggio di A. Ruggeri, *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, che sarà pubblicato nel volume *Memoria versus oblio*.

<sup>20</sup> Sul fondamento costituzionale della memoria, si rinvia al saggio di A. Ruggeri, *op. cit.*

<sup>21</sup> Sul collegamento tra oblio, memoria e verità, si rinvia a S. Rodotà, *op. cit.*

<sup>22</sup> V. il par. 4 del testo.

<sup>23</sup> V. il par. 3 del testo.

<sup>24</sup> Si rinvia alle suggestive parole di L. Zani, *op. cit.*: «Dunque *Lete*, il fiume dell'oblio, ci accompagna coi meandri del suo corso per tutta la nostra esistenza, insieme al fiume della memoria. Entrambe le acque ci sono necessarie, perché entrambe generano identità; entrambe sono fonte di pena, entrambe sono fonte di sollievo».

memoria e oblio in quanto si tratta in entrambi i casi di strumenti per tutelare la verità della identità della persona. Il tema offre lo spunto per l'emersione di una serie interessante di quesiti. Occorre chiedersi, per esempio, se la memoria individuale possa essere amministrata dal soggetto titolare attraverso atti di autonomia negoziale o se, invece, essa sia affidata unicamente ai soggetti familiari o agli stretti congiunti, quali fiduciari e tutori della sua personalità anche *post mortem*. Quali sono gli strumenti più efficienti al fine della trasmissione dell'eredità digitale e chi sono i soggetti volti a preservarla? Al tentativo di rispondere ad alcuni di questi quesiti sono dedicate le pagine che seguono.

## **2. Il diritto all'oblio quale diritto all'identità personale dinamica**

Come si è anticipato, il diritto all'oblio nella sua formulazione giurisprudenziale non è stato individuato semplicisticamente come diritto a dimenticare, ma come diritto alla cancellazione o all'aggiornamento dei propri dati personali che, analizzati complessivamente, identificano il soggetto. Il vero convitato di pietra<sup>25</sup> del diritto all'oblio è stato ed è nel diritto giurisprudenziale il diritto all'identità personale<sup>26</sup>, che, proiettato nella sua dimensione dinamica, consente al soggetto di aggiornare o cancellare dati oggi non più attuali. L'identità si collega al principio di dignità umana<sup>27</sup>, diritto di tutti i diritti e fondamento della tutela costituzionale della persona umana. L'oblio si identifica quindi nella attuale e corretta rappresentazione del soggetto oggi e nell'aggiornamento o nella cancellazione di dati del passato. Il fattore tempo appare essenziale per ritenere superflui e quindi dimenticare dati o eventi non più utili per la persona o addirittura dannosi, anche se in passato veritieri. Talvolta l'oblio importa la cancellazione o l'aggiornamento di dati non più veritieri, come il caso della reiterazione della notizia della condanna di una persona che invece ha ricevuto piena assoluzione<sup>28</sup>. Ciò che appare determinante

---

<sup>25</sup> Utilizza questa espressione proprio con riferimento all'oblio, G. Finocchiaro, *Il convitato di pietra nella recente sentenza Google della CGUE del 13 maggio 2014: il diritto all'identità personale*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 22 maggio 2014.

<sup>26</sup> V. così testualmente in Cass. civ., sent. 5525/2012, cit.: «il diritto all'oblio salvaguarda in realtà la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse, sicché' il relativo trattamento viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità». In dottrina molti hanno rilevato il legame tra oblio e identità personale: G. Finocchiaro, *op. cit.*; Id., *La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità*, in G. Finocchiaro, F. Delfini (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, 159. T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e «droit a l'oubli»*, in G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127; R. Senigaglia, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 1026 ss., il quale, ricordando la dottrina di Busnelli, rivendica all'identità il ruolo di principio. A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 429 ss., la quale rileva il legame con il principio di dignità e il diritto alla identità personale.

<sup>27</sup> Il collegamento con la dignità umana viene sottolineato da tutti gli autori citati alla nota precedente del testo.

<sup>28</sup> Caso che è stato oggetto della decisione della Cass. civ., sez. III, sent. 5525/2012, cit.

nell'esercizio di questo diritto è la rappresentazione attuale di sé che richiede che siano rimossi o cancellati dati del passato che la possano offuscare, alterare, danneggiare, simulare. Come è evidente, quindi, il diritto all'oblio non è altro che il diritto alla rappresentazione attuale di sé e quindi non è altro che un diritto all'identità personale aggiornata e attualizzata nel tempo. L'aggiornamento o la cancellazione di propri dati personali si ferma davanti all'opposta esigenza di ricordare eventi o fatti personali. Qui, come si è detto, la giurisprudenza contrappone oblio e memoria, memoria che talvolta è esclusivamente la memoria di Internet, talaltra è la memoria storica. Nella citata decisione della Corte di Cassazione a sezioni unite<sup>29</sup> era stato sollevato per la verità il problema del bilanciamento tra cronaca e oblio<sup>30</sup>, in quanto il problema pratico era quello di un soggetto che voleva rimuovere notizie che, pubblicate in passato, erano state ripubblicate. La corte ritiene che la ripubblicazione di una notizia rivesta valore storiografico<sup>31</sup> e quindi affronta il tema della contrapposizione tra cronaca e storia. Nel tentativo di spiegare questa contrapposizione, vi sono tuttavia affermazioni discutibili, come quella in ordine al presunto anonimato delle persone che sono coinvolte in fatti di rilevanza storica<sup>32</sup>. Se infatti in linea di principio può ammettersi, per esempio, che la perdita o la vincita di una guerra viene ricordata come fatto, a prescindere dal nome dei soldati che l'hanno combattuta, non può escludersi che il nome di soldati valorosi sia importante per la ricostruzione dei fatti storici. Ancora oggi ricordiamo per esempio il nome di Garibaldi e la menzione del suo nome, oltre ad essere necessaria, identifica correttamente un pezzo della nostra storia.

Ciò che in questa sede preme sottolineare è il rapporto servente che il diritto all'oblio

<sup>29</sup> Cass. civ, sez. un., sent. 19681/2019.

<sup>30</sup> Cass. civ., sez. III, ord. 5 novembre 2018, n. 28084.

<sup>31</sup> V. così testualmente dal testo della decisione: «La corretta premessa dalla quale bisogna muovere è che quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata - la quale, all'epoca, rivestiva un interesse pubblico - egli non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto il diritto alla rievocazione storica (storiografica) di quei fatti. Lo stesso termine "diritto di cronaca", infatti, trae la propria etimologia dalla parola greca Κρόνος, che significa, appunto, tempo; il che vuoi dire che si tratta di un diritto avente ad oggetto il racconto, con la stampa o altri mezzi di diffusione, di un qualcosa che attiene a quel tempo ed è, perciò, collegato con un determinato contesto. Ciò non esclude, naturalmente, che in relazione ad un evento del passato possano intervenire elementi nuovi tali per cui la notizia ritorni di attualità, di modo che diffonderla nel momento presente rappresenti ancora una manifestazione del diritto di cronaca (in tal senso già la citata sentenza n. 3679 del 1998); in assenza di questi elementi, però, tornare a diffondere una notizia del passato, anche se di sicura importanza in allora, costituisce esplicitazione di un'attività storiografica che non può godere della stessa garanzia costituzionale che è prevista per il diritto di cronaca».

<sup>32</sup> Così testualmente nel testo della decisione: «Va detto subito, per evitare fraintendimenti, che l'attività storiografica, intesa appunto come rievocazione di fatti ed eventi che hanno segnato la vita di una collettività, fa parte della storia di un popolo, ne rappresenta l'anima ed è, perciò, un'attività preziosa. Ma proprio perché essa è «storia», non può essere considerata "cronaca". Ne deriva che simile rievocazione, a meno che non riguardi personaggi che hanno rivestito o rivestono tuttora un ruolo pubblico, ovvero fatti che per il loro stesso concreto svolgersi implicano il richiamo necessario ai nomi dei protagonisti, deve svolgersi in forma anonima, perché nessuna particolare utilità può trarre chi fruisce di quell'informazione dalla circostanza che siano individuati in modo preciso coloro i quali tali atti hanno compiuto. In altre parole, l'interesse alla conoscenza di un fatto, che costituisce manifestazione del diritto ad informare e ad essere informati e che rappresenta la spinta ideale che muove ogni ricostruzione storica, non necessariamente implica la sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto».

svolge rispetto al diritto all'identità personale. In dottrina tale rapporto di sudditanza è stato declamato sia attraverso l'utilizzazione di formule simboliche ed enfatiche come la considerazione del diritto all'oblio quale diritto alla identità personale aggiornata, dinamica, sia riconoscendo nell'oblio nobili origini nella dignità e nell'identità personale<sup>33</sup>. Diverso lo sfondo concettuale che ha accompagnato queste riflessioni. Taluno ha rivendicato l'importanza di rievocare l'esistenza di un unico diritto della personalità in ragione della unicità della persona umana e del suo essere<sup>34</sup>, altri hanno privilegiato la considerazione della identità quale principio<sup>35</sup>.

Qualunque sia stata la ragione che ha supportato ciascuna di queste affermazioni, occorre rilevare che il diritto all'oblio non è stato concepito come mero diritto alla cancellazione di propri dati personali, ma come diritto alla rappresentazione corretta di sé nel tempo, cui la cancellazione è chiaramente funzionale. In parole povere la cancellazione e l'aggiornamento non rivestono valore autonomo ma solo in funzione della tutela del diritto all'identità personale. Ciò significa che non esiste un diritto a cancellare fine a sé stesso ma solo al fine di cogliere l'essenza attuale della persona.

Questo rapporto di strumentalità dell'oblio rispetto alla identità personale è testimoniato dalla utilizzazione giurisprudenziale di tale diritto al fine di tutelare diverse espressioni del diritto alla identità personale, come per esempio il diritto del soggetto adottato a conoscere le proprie origini<sup>36</sup>.

### **3. Il diritto alla memoria individuale quale diritto alla cristallizzazione nel tempo dell'identità personale: il diritto alla identità personale postuma**

Della memoria come si è detto esistono diverse e distinte nozioni che rendono difficile individuarne gli esatti contorni. Ciò forse ha contribuito ad impedire la costruzione e il riconoscimento di un diritto alla memoria<sup>37</sup>, a differenza del diritto all'oblio che ha trovato formale riconoscimento normativo nel GDPR. Anticipando quanto sarà più diffusamente esposto, il diritto alla memoria presenta una duplice connotazione. Esso può essere inteso sia come "diritto alla memoria collettiva", da intendersi come diritto alla identità di un popolo<sup>38</sup>, sia come "diritto alla memoria individuale"<sup>39</sup>, da intendersi

---

<sup>33</sup> V.A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, cit., 429.

<sup>34</sup> V.A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, cit., passim; Id., *I diritti morali d'autore*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2018, 1522 ss., la quale utilizza la medesima impostazione con riferimento al diritto morale d'autore.

<sup>35</sup> In questo senso v. R. Senigaglia, *op. cit.*, 1026 ss.

<sup>36</sup> V.A. Thiene, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, cit., 432, la quale rileva l'utilizzazione dell'oblio anche oltre il confine tradizionale, come per esempio in tema di convinzioni religiose.

<sup>37</sup> Riflessioni giuridiche sulla memoria si trovano nel volume G. Resta – V. Zeno-Zencovich (a cura di), *op. cit.*

<sup>38</sup> V. il paragrafo successivo del testo.

<sup>39</sup> V. al riguardo il presente paragrafo del testo.

come diritto alla cristallizzazione nel tempo della identità personale<sup>40</sup>.

Partiremo dal tentativo di ricostruzione della memoria individuale. Tale diritto non emerge dalla giurisprudenza in tema di diritto di oblio che, come si è visto, è portata a contrapporre l'oblio alla memoria storica e quindi alla memoria collettiva. Inteso come diritto al mero ricordo, la memoria individuale non viene riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale ne nega addirittura l'esistenza. In una recente decisione della Corte di Cassazione, si è negato il risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di mancata consegna del materiale fotografico commissionato in occasione del matrimonio proprio affermando che «l'interesse a conservare memoria di un evento di particolare importanza della propria vita come il giorno delle nozze non è oggetto di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito»<sup>41</sup>. Addirittura, in motivazione il diritto alla memoria, inteso in questa particolare fattispecie come diritto al ricordo viene etichettato come “diritto immaginario” e quindi privo di alcuna tutela. In realtà può essere interessante rilevare che la richiesta di risarcimento era stata motivata affermando che «il ricordo è componente del diritto all'identità personale riconosciuto dall'art. 2 della Cost.». Si tratta in questo caso, come si è detto, della memoria intesa come memoria individuale. Sempre in tema di memoria individuale e di conservazione e di accesso alle foto, il problema si complica nel mondo digitale quando le foto sono contenute in *smartphone*, account di Facebook, etc. In questi casi emerge la complessa problematica dell'eredità digitale<sup>42</sup> e degli strumenti volti in generale a preservare la “persona elettronica”<sup>43</sup> anche dopo la morte. Si profila al riguardo un conflitto tra l'interesse personale dei familiari ad accedere ai dati del defunto al fine di custodirne la memoria e l'interesse alla commercializzazione dei dati postumi<sup>44</sup>. Emblematico al riguardo il caso di un genitore che voleva accedere allo *smartphone* del figlio minore deceduto per una malattia tumorale<sup>45</sup> al fine di conservare le foto e quindi la sua memoria. In un altro caso giurisprudenziale affrontato e risolto dalla *Bundesgerichtshof* tedesca nel 2018<sup>46</sup> i genitori di una ragazza minore deceduta in un incidente nella metro di Berlino chiedevano

---

<sup>40</sup> Individua nella identità il filo rosso comune che accomuna memoria “individuale” e memoria storica “collettiva”, C.M. Bianca, *La memoria storica collettiva come bene giuridico*, che sarà pubblicato nel citato volume *Memoria versus oblio: «Il diritto alla memoria storica individuale è un diritto che tutela l'interesse della propria identità manifestata nella realtà della sua vita vissuta. Il diritto alla memoria collettiva tutela invece l'identità storica di una collettività, la realtà del suo passato»*.

<sup>41</sup> Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2018, n. 13370.

<sup>42</sup> In tema di eredità digitale, v. G. Resta, *Personal data and digital assets after death: a comparative law perspective on the BGH Facebook ruling*, in *EuCML*, 2018, 201 ss.; Id., *La morte digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 891; Id., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr e impresa*, 2019, 85 ss.; C. Camardi, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 65.

<sup>43</sup> Sulla utilizzazione della suggestiva formula della “persona elettronica”, v. C. Camardi, *op. cit.*

<sup>44</sup> Su questa tematica, v. le importanti riflessioni in C. Öhman, L. Floridi, *The Political Economy of Death in the Age of Information: A critical Approach to the Digital Afterlife Industry*, in *Minds & Machines*, 27, 2017, 639 ss.

<sup>45</sup> Ho ricordato questo caso nella mia relazione *Il diritto alla memoria familiare ed internet* al Convegno organizzato dalla Prof.ssa Lucilla Gatt a Napoli il 24 ottobre 2017: “Il diritto di famiglia nell'era digitale”, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>46</sup> V. BGH, 12 luglio 2018. Decisione esposta e commentata da G. Resta, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit., 85 ss.

alla piattaforma di accedere al contenuto dell'*account* della figlia anche al fine di capire le ragioni della morte (supposto suicidio), accesso reso impossibile a seguito della memorializzazione del profilo ad opera della piattaforma. L'accesso all'*account* è stato risolto dalla Corte tedesca riconoscendo nei familiari gli eredi dei dati personali, attraverso l'applicazione del paradigma successorio. Lo stesso risultato poteva essere raggiunto attraverso l'applicazione del modello personalistico volto a riconoscere nei familiari e negli stretti congiunti un diritto *iure proprio* alla *fortwirkung* del familiare defunto<sup>47</sup>. Confesso che prediligo il modello personalistico. Esso, oltre ad essere supportato da un complesso di indici normativi, disvela la suggestione di individuare nei familiari i soggetti volti a continuare a preservare la personalità del familiare anche dopo la morte nella veste di suoi fiduciari<sup>48</sup>. Inoltre, l'individuazione di un diritto *iure proprio* dei familiari si attaglia di più alla costruzione di un diritto alla memoria, che difficilmente potrebbe riconoscersi già in capo al soggetto titolare, tale da poter essere oggetto di successione ereditaria, radicandosi invece più propriamente nei familiari o stretti congiunti che sono interessati a preservare la sua immagine e la sua identità anche dopo la morte. Il tema del diritto alla memoria, come quello del diritto all'oblio si configura più propriamente come il diritto alla cristallizzazione dell'identità personale nel tempo, irradiandosi a ricomprendere la complessa problematica della tutela dei diritti della personalità *post mortem*<sup>49</sup>. Al riguardo l'ordinamento italiano, a differenza dell'ordinamento americano che individua nella morte l'elemento di definitiva cessazione dei diritti della personalità, mostra di riconoscere una sopravvivenza dei diritti della persona anche dopo la morte. La mancanza di una specifica menzione della morte quale causa di perdita della capacità giuridica in una interpretazione letterale dell'art. 1 c.c., insieme ad un complesso di disposizioni che testimoniano la sopravvivenza di alcuni diritti della personalità nella persona dei familiari e degli stretti congiunti, sembra confermare questa tesi. Tra gli importanti indici normativi può essere citato il diritto all'immagine che nella formulazione dell'art. 10 c.c. e dell'art. 96 della legge sul diritto di autore attribuisce l'esercizio dell'azione in caso di abuso dell'immagine anche ai familiari e agli stretti congiunti anche dopo la morte del soggetto titolare. Sempre la legge sul diritto di autore prevede all'art. 93<sup>50</sup> una specifica tutela delle "memorie familiari" (termine espressamente utilizzato nella formulazione della norma) e della memoria epistolare e ne affida l'esercizio ai familiari. In tema di

---

<sup>47</sup> Sull'alternativa dei due modelli, si rinvia al bel saggio di G. Resta, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, cit.

<sup>48</sup> Il richiamo è alle belle pagine di P. Rescigno, *L'individuo e la comunità familiare*, in *Persona e comunità*, II (1967-1987), Padova, 246: «La dottrina tedesca parla dei superstiti come di fiduciari della volontà del defunto: il generale 'diritto della personalità' del defunto viene rimesso, attraverso una sorta di investitura fiduciaria, ai soggetti che a lui succedono, chiamati a raccogliere un'eredità che non è soltanto patrimoniale; la buona fama goduta in vita si converte così in rispetto che continua al di là della morte».

<sup>49</sup> Si rinvia al riguardo a G. Resta, *I diritti della personalità*, in *Trattato Bonilini sulle successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 729 ss.

<sup>50</sup> Così testualmente v. art. 93, c. 1, l. 633/1941: «Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario».



diffamazione l'art. 597 c.p.<sup>51</sup> prevede in caso di morte del soggetto offeso che l'azione possa essere esercitata dai familiari e dagli stretti congiunti facendo un esplicito riferimento anche al caso di lesione della "memoria familiare". È interessante come la giurisprudenza, in applicazione di questa disposizione abbia riconosciuto i soggetti passivi dell'offesa nei familiari e non nel *de cuius* in quanto «essi sono i soggetti passivi dell'offesa, in quanto titolari dell'interesse a difendere la memoria del loro defunto»<sup>52</sup>. Anche in materia di diritto al trattamento dei dati personali, il GDPR, pur escludendo il trattamento dei dati personali delle persone defunte, ha previsto una clausola di salvaguardia che prevede la facoltà di tutela dei dati delle persone defunte. L'art. 2-terdecies del d.lgs. 101/2018 specificamente dedicato al tema dei dati personali delle persone defunte, prevede che i diritti delle persone decedute (diritto al trattamento dei dati personali, diritto all'accesso, diritto all'oblio) «possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione». La formula riproduce quella dell'art. 9, c. 3, del d. lgs. 196/2003<sup>53</sup>, norma abrogata, con un'aggiunta importante relativa alla possibilità del titolare dei dati personali di indicare in vita un soggetto mandatario, che quindi può essere diverso dai familiari e dagli stretti congiunti.

Il complesso delle disposizioni normative qui riportato mostra un orientamento del nostro ordinamento verso una sopravvivenza di alcuni diritti della personalità dopo la morte del titolare. Il modello personalistico, rifiutando la prospettiva patrimoniale della successione ereditaria, individua nei soggetti familiari e negli stretti congiunti i titolari di un interesse proprio alla tutela dei diritti della personalità via via interessati.

Se si condivide l'idea di fondo che il diritto alla memoria individuale non sia semplicemente un diritto al ricordo, ma un diritto all'identità personale postuma, ovvero il diritto alla cristallizzazione nel tempo dell'identità personale della persona defunta, anche in mancanza di espressa disposizione normativa, può ritenersi che esso trovi piena tutela anche dopo la morte. Deve infatti ritenersi che la tutela della personalità del defunto non sia frammentabile in distinti diritti della personalità, ma sia oggetto di un unico diritto della personalità che trova espressione in singole manifestazioni (nome, immagine, onore, oblio, autore)<sup>54</sup>. D'altra parte, lo stesso concetto di memoria evoca una persona o un fatto nella sua integralità e rinvia necessariamente al concetto di veridicità.

Per questo motivo la ricostruzione del significato tecnico del diritto alla memoria individuale si complica quando l'identità di una persona è affidata al mondo digitale. L'am-

---

<sup>51</sup> Così testualmente l'art. 597, c. 3, c.p.: «Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla *memoria di un defunto*, possono proporre querela i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo avere proposto la querela, la facoltà indicata nel capoverso dell'articolo precedente spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato» (corsivo aggiunto).

<sup>52</sup> Così testualmente Cass. pen., sez. V, 3 maggio 2017, n. 21209.

<sup>53</sup> V. la formulazione testuale dell'art. 9, c. 3, poi abrogato: «I diritti riferiti a dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione».

<sup>54</sup> V.A. Thiene, nei contributi citati alla nota 34 del contributo in corso di pubblicazione in *Memoria versus oblio*, cit.

bigua formula della identità digitale<sup>55</sup> rinvia ad una nozione di identità spesso simulata e alterata dagli strumenti elettronici, con la conseguente alterazione della memoria, intesa come diritto alla identità personale postuma. Inoltre, spesso la memoria è il risultato di un'operazione automatica di conservazione coatta dei dati di una persona, a prescindere dalla sua conoscenza e dalla sua volontà. Significativa al riguardo è la memorizzazione coatta dell'*account* di una persona defunta ad opera delle piattaforme che, anziché essere strumento di tutela della memoria di quel soggetto, ne rappresenta il principale strumento di contrasto, dato che congela i dati rendendo impossibile l'accesso ai familiari<sup>56</sup>. Queste controversie fanno emergere un dato particolare. Nel mondo digitale queste problematiche della tutela *post mortem* dei dati di una persona risultano complicate da prassi riguardanti questi strumenti elettronici, per lo più elaborate in paesi d'oltralpe, che impediscono o rendono impossibile la tutela dei diritti della persona, sia perché vietano l'accesso a soggetti terzi dopo la morte del soggetto, sia perché in caso di decesso del titolare dei dati attivano automaticamente profili memoriali che, cristallizzando il profilo del titolare, impediscono l'accesso a soggetti terzi<sup>57</sup>.

Queste considerazioni portano a ritenere che non esiste pertanto una nozione di memoria digitale, ma esiste unicamente il problema di individuare pezzi di memoria della persona che sono custoditi attraverso il mondo digitale.

#### **4. La memoria collettiva quale diritto alla identità di un popolo**

Quanto alla memoria collettiva, essa, al pari della memoria individuale è il “diritto all'identità di un popolo”. Come la memoria individuale, la memoria collettiva è volta alla custodia della verità e della dignità, valori che diversamente dalla memoria individuale, non riguardano una singola persona ma una collettività di persone. È stato affermato in dottrina con suggestione che il diritto alla memoria collettiva protegge e tutela non solo la dignità delle vittime e dei loro familiari ma l'umanità intera attraverso la ricostruzione della verità<sup>58</sup>. La dimensione collettiva è quindi molto importante, ma accanto ad essa vi è una non meno importante componente individuale. Sicuramente dietro ogni fatto increscioso della storia vi sono le vite e le storie di singole persone, quali vittime individuali di quelle vicende<sup>59</sup>. Questo dato assume non solo un significato sociale immediatamente percepibile, ma anche uno specifico significato tecnico. Riguardo alle

---

<sup>55</sup> Si rinvia al riguardo al mio saggio *La filter Bubble e il problema della identità digitale*, *op. cit.*

<sup>56</sup> Su tale questione si rinvia ad una interessante decisione della Corte brasiliana citata nel bel saggio di G. Resta, *I diritti della personalità*, *cit.*

<sup>57</sup> Si rinvia alle riflessioni di G. Resta, *ibidem*.

<sup>58</sup> Sempre suggestive le parole di S. Rodotà, *op. cit.*, 498: «[...] L'enfasi sulla verità, dunque, non nasce soltanto dall'esigenza di restituire la dignità delle vittime. È l'umanità intera, senza confini spaziali e temporali, che compare sulla scena, ed è proprio essa a dover essere traghettata verso tempi illuminati e redenti dalla forza della verità».

<sup>59</sup> V. il bel saggio di L. Avitabile, *Giorgio Del Vecchio, la colpa e la memoria*, in via di pubblicazione nel citato volume *Memoria versus oblio*, la quale ripercorre la vicenda umana e accademica di questo docente nell'epoca delle persecuzioni razziali.

collettività non soggettivizzate, in cui il problema è quello della individuazione di un soggetto cui imputare tale diritto, sono i singoli componenti della collettività i portatori di tale interesse<sup>60</sup>. Queste affermazioni conducono ad affermare che la memoria storica collettiva, al pari della memoria individuale, è un bene giuridico<sup>61</sup>, la cui lesione richiede l'apprestamento di appositi rimedi giuridici. La memoria collettiva, qualificata non a caso quale "memoria storica", presenta stretti collegamenti con la storia anche se naturalmente si tratta di concetti diversi<sup>62</sup>. La contrapposizione tra memoria e storia tuttavia, se trova un riscontro effettivo quando la memoria viene intesa come mero ricordo, risulta notevolmente attenuata quando la memoria viene intesa come diritto alla identità di un popolo. Mentre è chiaro che la memoria e il ricordo sono attività cognitive aventi una veste eminentemente soggettiva ed emotiva, la ricostruzione della identità di un popolo è affidata alla oggettività della storia. Solo la storia e la ricerca storica possono fare luce su fatti ed eventi del passato per illuminarne la verità. Memoria e storia sono quindi strumenti complementari per la tutela della dignità di un popolo e quindi per consentire la custodia di valori e di principi della odierna democrazia. La memoria non è infatti solo quella di fatti nefasti della storia, ma anche di vittorie, di trionfi. Una società senza storia sarebbe così una società senza cultura<sup>63</sup>. Sulla rilevanza della memoria collettiva e sul collegamento con la verità e la dignità, non credo che ci siano elementi di discussione. Il punto è se si possa riconoscere come diritto soggettivo. Il diritto alla memoria collettiva importa il problema di individuare i soggetti portatori e i rimedi in caso di lesione. Come si è prima accennato, parte della dottrina, individua quali soggetti portatori di tale diritto o l'ente nel caso di collettività organizzate, o gli stessi componenti nel caso di collettività non organizzate<sup>64</sup>. In una prospettiva diversa di tipo pubblicistico la memoria collettiva ha poi trovato riconoscimento nelle leggi memoriali. Le leggi memoriali impongono il ricordo di determinati eventi. Qui emerge più propriamente il profilo della memoria come ricordo, anche se naturalmente l'imposizione del ricordo di determinati eventi importa una indiretta tutela della identità. Un'altra prospettiva di tutela è quella offerta dal diritto penale attraverso la repressione del negazionismo. Quanto al negazionismo, quale repressione di dichiarazioni volte a negare la verità di fatti storici di una certa gravità, se pure strumento giuridico volto astrattamente all'obiettivo della tutela della dignità di un popolo, esso può rivelarsi un attentato alla ricerca storica e alla

<sup>60</sup> Per queste importanti riflessioni v. il saggio di C.M. Bianca, *op. cit.*: «L'interesse alla memoria storica della collettività è pertanto l'interesse di tutti i singoli che ne sono parte».

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Per questa distinzione si rinvia alle belle parole di L. Zani, *op. cit.*: «Che la memoria possa essere condivisa è una pia illusione. La memoria è una fonte empirica, eminentemente soggettiva, è un punto di vista interno di cui è depositario l'individuo, o una collettività di individui, a formare una memoria collettiva, che può divenire memoria pubblica, se riconosciuta da un'istituzione, ma è sempre altro rispetto alla storia, che è invece eminentemente intersoggettiva, è un punto di vista esterno, non si basa mai su un singolo ricordo, né su più ricordi collettivi, ma su un intreccio e vaglio critico di fonti molteplici e diverse. La memoria, per sua natura, è fallace, emotiva, affettiva, equivoca, ambigua, parziale, incompleta, selettiva, proiettiva, generalizzante, assolutizzante, fallibile, incontrollata. Se idolatrata, è foriera di conflitti, di scontri di civiltà, di muri. Può trasformarsi in un'arma impropria e va quindi maneggiata con cura e con totale consapevolezza dei suoi limiti».

<sup>63</sup> Si rinvia al riguardo alle riflessioni di L. Zani, *op. cit.*

<sup>64</sup> V. C.M. Bianca, *op. cit.*

libera manifestazione del pensiero. Infatti, fatta eccezione per eventi in cui può dirsi esaurita la ricerca storica, come la Shoah, è evidente che la repressione penale ingabbia la ricerca e la libera manifestazione del pensiero, imponendo una memoria coatta che sarebbe l'antidoto della democrazia. Inoltre, c'è da chiedersi se la configurazione in termini di reato sia lo strumento più idoneo<sup>65</sup> al fine di paralizzare la recrudescenza di fenomeni di razzismo e incitamento all'odio.

Occorrerebbe poi sganciare il tema della tutela della memoria collettiva dalla nozione patologica di genocidio, per farle assumere rilevanza in tutti i fatti della storia in cui emerge l'identità di un popolo, anche in una connotazione positiva e non patologica. La memoria collettiva potrebbe quindi trovare strumenti di tutela diversi dalla repressione penale, come il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>66</sup>.

### **5. Oblio e memoria quali diritti diacronici all'identità**

Se si condivide questa impostazione può dirsi che memoria e oblio non sono antagonisti ma sono diritti diacronici alla identità. La memoria, nella sua duplice connotazione individuale e collettiva, è diritto alla cristallizzazione nel tempo della identità di una persona o di un popolo e quindi è "diritto alla identità postuma". La costruzione di tale identità richiede il rinvio ai canoni della verità, in quanto è chiaro che la ricostruzione della memoria alterata di una persona equivarrebbe alla lesione della sua persona. La persona e la sua memoria sono considerati nella loro integralità che rinvia al principio della dignità umana. Il tempo in questo caso è il tempo "passato" e quindi involge il problema della tutela della persona dopo la sua morte. A fronte di un modello patrimonialistico che vede come strumento prediletto la successione, il nostro ordinamento mostra di preferire un modello personalistico che individua nei familiari e negli stretti congiunti i depositari della memoria del proprio caro. Tuttavia, nella nuova disciplina del trattamento dei dati personali, l'aggiunto della indicazione da parte del titolare di un soggetto "mandatario", apre lo spiraglio verso strumenti di gestione anticipata della propria memoria, che siano il risultato di atti di autonomia privata.

Quanto al diritto all'oblio, anche se tradizionalmente contrapposto alla memoria, esso ne è l'altra faccia. Il diritto all'oblio, in quanto diritto all'identità aggiornata, è un "diritto all'identità attuale della persona". La diversa articolazione del tempo nei due diritti non è tale da offuscare il filo rosso comune che è l'esigenza del soggetto di avere una fedele rappresentazione di sé. Intesa in questi termini la memoria non può essere intesa come antagonista del diritto all'oblio ma come il medesimo diritto che riceve una diversa connotazione diacronica.

---

<sup>65</sup> Per queste riflessioni si rinvia alle riflessioni sul negazionismo di S. Rodotà, *op. cit.*

<sup>66</sup> V. in questo senso C.M. Bianca, *op. cit.*, il quale avverte tuttavia della difficoltà di applicare il rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale con riferimento alle collettività non organizzate. Sul diverso e interessante problema dell'utilizzazione del rimedio risarcitorio per le vittime dei crimini nazisti, si rinvia al saggio di G. Resta, *Preservare la memoria attraverso il processo? Il caso dei risarcimenti per i crimini nazifascisti*, in via di pubblicazione nel citato volume *Memoria versus oblio*.

---

# **La parabola delle sovvenzioni all'editoria, tra regole costituzionali e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine della sentenza n. 206/2019 della Corte costituzionale\***

Silvio Troilo

## **Abstract**

L'articolo tratta delle forme di sostegno pubblico alle imprese editoriali, non previste ma ammesse dalla Costituzione per favorire il pluralismo dell'informazione (senza che, peraltro, «esista in via generale un diritto soggettivo» a riceverle, come ha ricordato anche la Corte costituzionale nella recente sentenza n. 206/2019).

Nel corso del tempo sono state previste svariate provvidenze dirette e indirette: dapprima integrazioni al prezzo della carta e poi, con la l. 416/1981, misure assai più variegate. Dal 1990, mentre gli ausili indiretti sono stati estesi a pressoché tutti gli operatori del settore, i contributi diretti sono stati mantenuti per le sole imprese considerate più deboli e meritevoli.

A seguito della crisi economica scoppiata nel 2008, tali ultimi contributi sono stati ridotti e configurati come interessi legittimi, con la loro conseguente corresponsione solo entro i limiti di quanto stanziato nell'apposita voce del bilancio della Presidenza del Consiglio. Ne è derivato uno specifico contenzioso, che ha investito anche la legittimità costituzionale delle scelte normative effettuate tra il 2008 e il 2012. Nonostante la riconosciuta incoerenza interna di queste ultime, «che prima creano aspettative e poi autorizzano a negarle», la Corte costituzionale ha affermato di dover «prendere atto della impossibilità di sostituire o integrare la disciplina in questione, riservata alla discrezionalità del legislatore».

La conclusione raggiunta dalla Consulta è opinabile, ma, anche ove fosse stata diversa, non avrebbe potuto modificare un quadro complessivo di scarsa incidenza degli interventi di sostegno disposti nel corso del tempo, soprattutto nell'odierno contesto di profondo e rapido mutamento del settore editoriale.

The article deals with forms of public support to publishing companies, not provided for but allowed by the Constitution to promote pluralism of information (without, however, «generally existing a subjective right» to receive them, as recalled also by the Constitutional Court in its recent ruling no. 206/2019).

Over time, a number of direct and indirect measures have been provided for: first supplement to the price of paper and then, with law no. 416/1981, much more varied measures. Since 1990, while indirect aids have been extended to almost all operators in

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio “a doppio cieco”

the sector, direct contributions have been maintained only for those companies considered to be weaker and more deserving.

Following the economic crisis that broke out in 2008, the latter contributions were reduced and configured as legitimate interests, with their consequent payment only within the limits of what was allocated in the specific item of the budget of the Presidency of the Council. This led to a specific dispute, which also affected the constitutional legitimacy of the law choices made between 2008 and 2012. Despite the acknowledged internal inconsistency of these ones, «which first create expectations and then authorize them to be denied», the Constitutional Court stated that it had to «take note of the impossibility of replacing or supplementing the discipline in question, which is reserved to the discretion of the legislator».

The conclusion reached by the Court is questionable, but, even if it had been different, it would not have been able to change an overall picture of low incidence of support measures arranged over time, especially in today's context of deep and rapid change in the publishing sector.

## **Sommario**

1. Libert  della stampa e sovvenzioni pubbliche all'editoria nel quadro costituzionale. – 2. Le forme di sostegno concretamente previste nel corso del tempo. – 3. I contributi erogati negli anni novanta e duemila. – 4. La progressiva riduzione degli aiuti diretti. – 5. L'incoerenza della normativa vigente, riconosciuta ma non corretta dalla sentenza n. 206 del 2019. – 6. Considerazioni conclusive: la limitata incidenza delle provvidenze erogate in un contesto editoriale in profonda trasformazione.

## **Keywords**

Sostegno all'editoria; Libert  di stampa; Finanziamento pubblico; Pluralismo; Corte costituzionale

---

## **1. Libert  della stampa e sovvenzioni pubbliche all'editoria nel quadro costituzionale**

Nell'Italia repubblicana   sempre stato vivo l'interesse per la libert  *di* stampa, relativa ai contenuti dell'informazione ed all'autonomia dei suoi operatori, mentre, per lungo tempo,   stata dedicata minore attenzione ai profili attinenti alla libert  *della* stampa, ovvero alla disponibilit  degli strumenti e delle strutture organizzative e professionali necessari alla produzione editoriale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla distinzione tra libert  *di* stampa e libert  *della* stampa v., *ex plurimis*, F. Schiavetti, *Libert  di stampa e libert  della stampa nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, *Le libert  civili e politiche*, Firenze, 1969, 442 ss.; U. De Siervo, *Recenti linee di tendenza degli interventi legislativi e governativi in materia di stampa*, in P. Barile, E. Cheli (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, Bologna 1976, 51; L. Paladin, *Problemi e vicende della libert  d'informazione nell'ordinamento giuridico*

I due profili sono, comunque, strettamente connessi tra di loro<sup>2</sup> e su entrambi si riflette la circostanza che l'attività di stampa assume ad oggetto e a ragion d'essere l'informazione<sup>3</sup>: quest'ultima, sul piano attivo, «è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle anzi che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale» (come sottolineato dalla Corte costituzionale già nella sent. 9/1965), mentre, sul piano passivo, implica il «diritto ... a conoscere liberamente le manifestazioni di pensiero che circolano nella società» (sent. 122/2017, richiamata dalla recentissima sent. 206/2019).

Il «diritto all'informazione», garantito (sia pure senza essere oggetto di una specifica disciplina) dall'art. 21 Cost., «deve essere caratterizzato dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso del massimo numero possibile di voci diverse – in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti» (sent. 112/1993, richiamata dalle sentt. 155/2002 e 206/2019)<sup>4</sup>.

Alla luce dei principi costituzionali ricavabili dall'art. 21<sup>5</sup>, gli interventi del legislatore in

---

italiano, in Id. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979, 7.

Anche in sede costituente sono stati tenuti assai più presenti i problemi relativi al primo profilo che non al secondo: cfr., in particolare, la discussione sull'attuale quinto comma dell'art. 21, svoltasi il 14 aprile 1947 (*Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970, V, 848 ss.). Per una puntuale ricostruzione del dibattito cfr. F. Schiavetti, *op. cit.*, 442 ss., nonché A. Console, *I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente in tema di stampa periodica*, in P. Barile, E. Cheli (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., 33 ss.

<sup>2</sup> Sul punto v., per tutti, U. De Siervo, *op. cit.*, 52, il quale rileva che, «al di là dell'ipotesi limite che non può certo configurarsi un caso, nel quale uno dei tipi di libertà possa sussistere in presenza dell'annullamento dell'altro, stanno tutti quei casi intermedi nei quali una disciplina più o meno restrittiva in materia di contenuto influisce, seppure mediatamente, sul tipo di strutture organizzative e viceversa».

<sup>3</sup> Circostanza da cui conseguono la possibilità di ricondurre l'attività di stampa tra le forme attuative della libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 Cost., la potenziale configurabilità dell'informazione – compatibilmente con la sua natura sociale – come bene di consumo e, dunque, commerciabile, nonché il suo caratterizzarsi come polo di riferimento della professionalità degli operatori del settore (cfr. A. Brighina, *La stampa*, in A. Loiodice, A. Brighina, G. Corasaniti, *I servizi dell'informazione*, I, *Editoria e stampa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XV, Padova, 1990, 362).

<sup>4</sup> La strumentalità del pluralismo esterno al diritto all'informazione (inteso appunto come diritto al pluralismo informativo), a garanzia dell'obiettività e completezza dell'informazione stessa, è comunemente affermata anche in dottrina: cfr. V. Crisafulli, *Problematica della libertà d'informazione*, in *Il Politico*, 1964, 300; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969, 456; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973, 72 ss.; A. Pace, *Stampa-giornalismo-radio televisione*, Padova, 1983, 61 ss.; L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà d'informazione*, cit., 29 ss. e Id., *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 22 ss.; M. Pedrazza Gorlero, *Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 937 ss.; P. Barile, S. Grassi, voce *Informazione (Libertà di)*, in *Noviss. Dig. It.*, App. IV, 1983, 206 ss.

<sup>5</sup> Il cui primo comma, sancendo che sia garantita a tutti la libertà di manifestazione del pensiero con ogni mezzo di diffusione, consente di dare vita ad un'impresa editoriale e di utilizzarla come strumento della propria ed altrui libertà di diffusione del pensiero (v., per tutti, M. Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, 938). Il secondo comma, vietando autorizzazioni o censure per la stampa, sembra volerla collocare nell'area della libertà economica e della concorrenza, con ciò escludendo la possibilità di nazionalizzazione delle imprese editoriali (in tal senso v., per tutti, G. Cuomo, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 1955, 286 ss.; cfr. anche C. Chiola, *op. cit.*, 60; L. Paladin, *Problemi e vicende della libertà d'informazione*, cit., 52, nonché M. Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, 939). Il quinto

materia devono perseguire due obiettivi: da un lato, assicurare la trasparenza delle fonti di finanziamento, per garantire un sufficiente livello interno di obiettività informativa, senza indebite pressioni dei finanziatori; dall'altro, mantenere condizioni di concorrenza fra le imprese giornalistiche, agevolandone l'ingresso e la permanenza sul mercato (con misure, però, che non ne annullino la responsabilità della gestione economica), affinché risulti conservato un adeguato livello esterno di obiettività dell'informazione<sup>6</sup>. Pertanto, eventuali provvidenze pubbliche all'editoria, se erogate in modo da rispettare le condizioni anzidette, costituiscono uno strumento ammesso dalla Costituzione per garantire il pluralismo dell'informazione, rappresentando un sostegno non indifferente soprattutto nella fase iniziale dell'attività editoriale e nei periodi di crisi economica.

Tuttavia, in proposito, va fatta una serie di precisazioni, che sono state di recente riprese anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 25 luglio 2019, n. 206<sup>7</sup>.

In primo luogo, la rilevanza costituzionale della libertà di informazione «non comporta ... che esista in via generale un diritto soggettivo delle imprese editrici a misure di sostegno dell'editoria» (sent. 206/2019, cit., § 7 *cons. dir.*). Il legislatore può naturalmente attribuire, nella sua discrezionalità, un diritto di tal genere alle imprese editoriali, ma non è obbligato a farlo dalla Costituzione, perché «i presidi offerti dall'ordinamento a tutela del pluralismo informativo e del mercato risultano idonei ad assicurare tale valore, cosicché la garanzia del pur fondamentale diritto in questione non impone l'intervento finanziario dello Stato» (§ 7.1 *cons. dir.*)<sup>8</sup>.

In tale contesto, rientra nella discrezionalità del legislatore non solo decidere se concedere forme di sostegno, ma anche se «affidare al Governo la determinazione della misura dei contributi all'editoria». In tale ipotesi, tuttavia, devono esserci «criteri certi e obiettivi», la cui mancanza «non è ragionevole»<sup>9</sup>.

---

comma, infine, permettendo al legislatore di disporre che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica, consente che sia rivelato il fine di pressione extra-editoriale sotteso ai finanziamenti che essa riceve: sembra, perciò, implicitamente negare per le imprese editoriali la legittimità delle forme di mercato oligopolistiche: cfr. G. Lucatello, *Sul comma 5 dell'art. 21 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, 689, nonché L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione*, cit., 23.

<sup>6</sup> M. Pedrazza Gorlero, *op. cit.*, 944. In questo senso cfr. anche L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione*, cit., 21 ss. In tale contesto si inserisce anche il principio di equilibrio delle risorse tra i diversi settori della comunicazione (a fini di garanzia dei settori più deboli, a cominciare dall'editoria, rispetto a quelli più forti, come la radiotelevisione), enucleato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 225/1974, seguita dalle sentt. 231/1985 e 826/1988, fino alla sent. 420/1994 (su questo profilo v., *ex plurimis*, R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2002, 172 ss.).

<sup>7</sup> Sul complessivo orientamento della Consulta in materia, v. E. Cheli, *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in A. Pisaneschi, L. Violini (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, I, 1405 ss.

<sup>8</sup> La pretesa di godere di un diritto vero e proprio rispetto alle libertà garantite dalla Carta fondamentale si deve fondare, infatti, sulla «combinazione fra l'articolo della Costituzione che definisce il diritto di volta in volta preso in esame e l'art. 2 Cost., ma anche e soprattutto con il secondo comma dell'art. 3 Cost., il quale impone di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"» (sent. 206/2019, cit., § 7.1. *cons. dir.*).

<sup>9</sup> Come testualmente affermato nel comunicato stampa della Consulta del 25 luglio 2019, che ha accompagnato il deposito in cancelleria della sentenza n. 206.



Senonché, per lungo tempo gli interventi pubblici si sono limitati a disporre contributi “a pioggia”, prevalentemente legati al consumo di carta, che si sono risolti in un aiuto economico essenzialmente per i produttori di tale materia prima, senza giovare in modo sostanziale alla solidità economica delle imprese editoriali<sup>10</sup>. E, dopo un periodo di regole certe – anche se non necessariamente efficaci – fissate dalle ll. 416/1981 e 250/1990, nel pieno della crisi economica intervenuta a partire dal 2008 molte imprese editrici si sono ritrovate ad essere, «da un lato, ... destinatarie di norme che le vedono come titolari di diritti rispetto all’allocazione delle risorse in questione; dall’altro, ... esposte al rischio di un parziale o addirittura totale taglio delle risorse stesse». Un sistema «affetto da una incoerenza interna, dovuta a scelte normative che prima creano aspettative e poi autorizzano a negarle» (§ 12 *cons. dir.*).

«È allora evidente che in un settore come quello in esame, caratterizzato dalla presenza di un diritto fondamentale, vi è l’esigenza che il quadro normativo sia ricondotto a trasparenza e chiarezza, e in particolare che l’attribuzione delle risorse risponda a criteri certi e obiettivi» (§ 12 *cons. dir.*). Tuttavia, la Corte costituzionale «ha dovuto prendere atto della impossibilità di sostituire o integrare la disciplina in questione, riservata alla discrezionalità del legislatore»<sup>11</sup>.

## 2. Le forme di sostegno concretamente previste nel corso del tempo

Per comprendere come si sia potuti pervenire ad un quadro normativo privo di sufficiente trasparenza e chiarezza – che perciò «non è ragionevole» – è opportuno ripercorrere le tappe dell’intervento del legislatore in materia.

Dopo la l. 1063/1971, espressamente intitolata «Provvidenze a favore dell’editoria giornalistica per il 1971», e la l. 172/1975, in cui si trova l’anticipazione di alcuni istituti che sono stati sviluppati successivamente, la l. 416/1981 ha cercato di dare organica attuazione al principio della trasparenza delle fonti di finanziamento (e degli assetti proprietari) delle imprese editoriali, nonché al principio del pluralismo esterno del settore, sia attraverso misure “negative”, come le disposizioni impeditive di posizioni dominanti, sia attraverso interventi “positivi”, diretti ad integrare il prezzo della carta e ad agevolare programmi di ristrutturazione e riconversione tecnologica.

<sup>10</sup> Tali interventi – inaugurati con la legge di epoca fascista n. 1453/1935, istitutiva dell’Ente nazionale per la cellulosa e la carta (ENCC) – si erano limitati a disporre, in modo disorganico e non coordinato, provvidenze diverse quanto a tipologia e modalità di erogazione: integrazioni del prezzo della carta, erogate dall’ENCC (le cui risorse derivavano dai contributi versati dalle categorie produttrici interessate), mutui a tasso agevolato, agevolazioni fiscali e tariffarie, previste dalla l. 482/1949. La frammentarietà dell’intervento statale si era riflessa anche sulle strutture pubbliche preposte al settore, con una proliferazione di organismi, formati in modo da rispecchiare interessi settoriali, spesso contrapposti, che facevano capo a due distinti centri direttivi: la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell’Industria, che per lo più operavano in totale autonomia reciproca e senza il minimo coordinamento (v. F. Gobbo, *L’industria italiana della carta: un oligopolio imperfetto*, Bologna, 1974 e Id., *Ente nazionale cellulosa e carta e intervento pubblico a favore della stampa*, in *Probl. inform.*, 1976, 289 ss., nonché R. Lupo, S. Troilo, *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all’editoria (1935-1987)*, I parte, in *Dir. inf.*, 1988, 517 ss.).

<sup>11</sup> Come precisato nel comunicato stampa della Consulta del 25 luglio 2019, cit.

Sono state, così, previste svariate provvidenze dirette e indirette<sup>12</sup>.

Le prime – di carattere transitorio e collegate al mantenimento per un ulteriore quinquennio del prezzo amministrato dei quotidiani<sup>13</sup> – consistevano, per la stampa quotidiana, in un contributo sul prezzo della carta per ogni copia stampata, che decresceva con il crescere della tiratura; per la stampa periodica, in un contributo commisurato, in misura decrescente, alla quantità di carta utilizzata mensilmente, cui si aggiungeva un ulteriore contributo a favore delle pubblicazioni di «elevato valore culturale»<sup>14</sup>; per i quotidiani e i periodici pubblicati all'estero, ovvero editi in Italia ma diffusi prevalentemente all'estero, in un ausilio finanziario ripartito tra gli interessati sulla base di criteri determinati dal Governo; per le agenzie di stampa, sia a diffusione nazionale che locale, in un contributo decrescente a seconda della loro dimensione operativa.

Le provvidenze indirette – che costituivano la parte più innovativa delle forme di sostegno disposte dalla l. 416/1981 – erano rappresentate innanzitutto da finanziamenti a tasso agevolato da parte di istituti di credito a medio termine a ciò autorizzati, nonché da contributi statali in conto interessi (in caso di mutui) o in conto canoni (in caso di *leasing*) su tali finanziamenti, collegati alla presentazione di specifici programmi di ristrutturazione economico-produttiva delle imprese editrici, od anche distributrici, di quotidiani e periodici, nonché delle agenzie di stampa e, a seguito della l. 67/1987, pure degli editori e stampatori di libri<sup>15</sup>.

Poteva inoltre essere concessa, da parte di un apposito Fondo centrale istituito presso la Presidenza del Consiglio, una garanzia sussidiaria sui finanziamenti accordati dagli istituti di credito e dalle società di *leasing* (purché di importo non superiore a 1,5 miliardi di lire), su richiesta degli operatori finanziari interessati o degli stessi beneficiari delle forme di sostegno<sup>16</sup>.

Erano infine disposte agevolazioni sulle tariffe telefoniche, telegrafiche, postali e dei

---

<sup>12</sup> V. *amplius* R. Lupo, S. Troilo, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., III parte, in *Dir. inf.*, 1989, 246 ss.; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 73 ss.; S. Troilo, *Le provvidenze all'editoria: un contributo effettivo alla libertà della stampa e al pluralismo informativo?*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, II, Napoli, 2014, spec. 586 ss.

<sup>13</sup> Il prezzo amministrato, introdotto dal d.lgs. C.P.S. n. 1484/1947, è stato definitivamente abolito a partire dal 1988, in concomitanza con la cessazione dei contributi diretti generalizzati, che erano stati prorogati per altri due anni dalla l. 67/1987.

<sup>14</sup> La cui assegnazione era rimessa ad un'apposita Commissione, secondo criteri determinati dal Governo alla luce di un parere espresso dalle Commissioni parlamentari competenti per materia. Doveva trattarsi, comunque, di pubblicazioni di attualità e di taglio informativo, e non meramente culturale (come poteva essere una rivista che riproduceva articoli di periodici del passato, esclusa, quindi, dal beneficio: v. Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 1991, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1635 ss.).

<sup>15</sup> I contributi in conto interessi o in conto canoni – di ammontare pari al 50% del tasso di interesse agevolato praticato dagli istituti di credito o dalle società di *leasing* – venivano tratti da un apposito Fondo speciale istituito presso la Presidenza del Consiglio (distinto dall'ulteriore Fondo di garanzia, di cui si dirà tra poco) e venivano accordati, su una quota delle spese complessive finanziate non superiore al 70% (elevata all'80% nei confronti delle cooperative giornalistiche), su deliberazione di un Comitato di nomina governativa, tra i cui membri vi erano anche tre esperti in materia di editoria. Per le modalità di concessione v. R. Lupo, S. Troilo, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., III parte, 256 ss.

<sup>16</sup> Va segnalata anche l'estensione, operata dall'art. 35 della l. 416/1981, del trattamento straordinario di integrazione salariale previsto dalla l. 675/1977, a favore dei giornalisti dipendenti da imprese editrici di giornali quotidiani (e poi anche di periodici) e da agenzie di stampa a diffusione nazionale, sospesi dal lavoro a causa di crisi aziendali.

trasporti<sup>17</sup>, nonché forme di mutuo agevolato a favore delle imprese editrici di opere di elevato valore culturale.

Con successive disposizioni legislative, a beneficio della stampa quotidiana e periodica, sono stati introdotti nel settore radiotelevisivo un tetto massimo degli introiti pubblicitari (prima per la sola concessionaria pubblica e successivamente anche per le emittenti private)<sup>18</sup>, nonché limiti quantitativi alle trasmissioni pubblicitarie rapportati alla programmazione oraria e giornaliera<sup>19</sup>, mentre è stata dettata una specifica disciplina per la pubblicità promossa dalle pubbliche amministrazioni<sup>20</sup>.

Si trattava, dunque, di un sistema di aiuti cospicuo e articolato, la cui corresponsione era talora oggetto di obbligazione pubblica *ex lege*<sup>21</sup>, assumendo la consistenza di diritto soggettivo perfetto riguardo all'integrazione del prezzo della carta per i quotidiani<sup>22</sup>, e talora oggetto di valutazione e di ripartizione discrezionali, con la configurazione in termini di interesse legittimo della pretesa ai contributi per i periodici, le pubblicazioni di elevato valore culturale, la stampa italiana all'estero<sup>23</sup>. Conseguentemente, le relative controversie si radicavano nel primo caso presso la giurisdizione ordinaria – salvo che venisse in considerazione, anziché la pretesa all'erogazione dei contributi, il modo di esercizio del potere amministrativo in materia<sup>24</sup> –, nel secondo caso presso la giurisdizione amministrativa.

---

<sup>17</sup> Era previsto un abbattimento del 50% delle tariffe telefoniche ordinarie per le imprese editrici di quotidiani, nonché di periodici che pubblicassero almeno 9 numeri all'anno. Le riduzioni sulle tariffe postali, inizialmente limitate ad alcune categorie di imprese editoriali (principalmente quelle editrici di quotidiani e periodici che non contenessero inserzioni pubblicitarie, su base annua, per un'area superiore al 45% di quella dello stampato, e quelle facenti capo ad associazioni, fondazioni, comitati senza scopo di lucro in relazione alle pubblicazioni legate alle loro specifiche finalità associative), vennero successivamente estese dalla l. 662/1996 ad altre categorie di imprese (ossia a quelle editrici di libri, di quotidiani e periodici in genere). Tale ultima legge ha provveduto ad istituire un ulteriore e apposito Fondo per le integrazioni tariffarie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria.

<sup>18</sup> Ad opera, rispettivamente, della l. 103/1975 e della l. 10/1985, di conversione del d.l. 807/1984.

<sup>19</sup> V. l. art. 8, c. 6-9, l. 223/1990.

<sup>20</sup> V. l. art. 5, l. 67/1987.

<sup>21</sup> Le obbligazioni pubbliche, peraltro, non rappresentano una categoria distinta dalle obbligazioni di diritto comune, ma rispondono ad una funzione meramente descrittiva, volta ad evidenziarne la particolarità della fonte, e sono anch'esse disciplinate dalle disposizioni del codice civile, se non derogate da norme speciali (come può avvenire anche per le obbligazioni di diritto comune).

<sup>22</sup> Al proposito, infatti, la normativa non attribuiva all'amministrazione poteri discrezionali, ma soltanto compiti di accertamento della sussistenza delle condizioni predeterminate dalla legge per la corresponsione dell'ausilio finanziario, per cui l'attività del Servizio (poi del Dipartimento) per l'editoria aveva carattere dichiarativo ed era volta alla mera liquidazione del contributo.

<sup>23</sup> Stante anche l'importo globale prefissato delle sovvenzioni, da distribuire tra un numero di aspiranti indefinito.

<sup>24</sup> V. Cass. civ., sez. un., 5 novembre 1984, n. 5585, in *Foro it.*, I, 1984, 2696 ss., nonché più recentemente, in riferimento alle sovvenzioni pubbliche in generale, Cass. civ., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19806, *ivi*, Rep. 2008, voce *Giurisdizione civile*, n. 185; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1603, *ivi*, Rep. 2008, voce *Economia nazionale*, n. 62. La giurisdizione spetta, invece, al giudice amministrativo tutte le volte in cui le norme affidano all'amministrazione l'apprezzamento discrezionale circa l'erogazione di un contributo ovvero nell'ipotesi di esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione per vizi di legittimità del provvedimento (v. Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2007, n. 9356, in *Foro it.*, 2008, I, 582 ss., nonché Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2919, *ivi*, Rep. 2008, voce *Economia nazionale*, n. 61).

Il sistema di provvidenze pubbliche, nell'arco di cinque anni dall'entrata in vigore della l. 416/1981, avrebbe dovuto consentire al settore editoriale «di rendersi autosufficiente e, quindi, in tutti i sensi autonomo»<sup>25</sup>. Senonché, l'applicazione della normativa è risultata assai difficoltosa, anche per la mancanza di personale e mezzi adeguati, tanto che si è parlato di “mancata copertura amministrativa” della riforma<sup>26</sup>. Inoltre, il tentativo di conciliare le esigenze delle imprese editoriali di maggiore consistenza con la sopravvivenza e lo sviluppo di quelle minori, in modo da mantenere un adeguato livello di pluralismo nel settore, non è in sostanza riuscito, per la scarsa incidenza che i criteri perequativi previsti dalla legge sono stati in grado di esercitare sul livello dei contributi pubblici erogati<sup>27</sup>.

### **3. I contributi erogati negli anni novanta e duemila**

La legislazione successiva, e in particolare la l. 250/1990, ha reso permanenti le provvidenze dirette per un novero ristretto di destinatari<sup>28</sup>, pur confermandone la cessazione per tutti gli altri, mentre ha incrementato quelle indirette, allargando la sfera dei beneficiari<sup>29</sup>.

Quanto ai contributi diretti, sono stati previsti essenzialmente a favore delle imprese editoriali “di particolare valore”, categoria eterogenea introdotta dalla legge n. 67/1987 e mantenuta dalla legge n. 250/1990 – e, in definitiva, identificabile in termini residuali rispetto alle altre categorie<sup>30</sup> – che ricomprende quelle costituite come cooperative<sup>31</sup>, quelle che editano quotidiani in lingua francese, tedesca e slovena nelle Regioni abitate dalle rispettive minoranze linguistiche<sup>32</sup>, quelle che pubblicano quotidiani o periodici che risultino essere organi o giornali di forze politiche<sup>33</sup>. Ad esse si aggiungono le imprese che editano giornali o riviste pubblicati all'estero o pubblicazioni edite in Italia e

<sup>25</sup> *Relazione del Garante dell'editoria al Parlamento al 30 novembre 1983*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri (a cura di), *Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria*, Roma, 1984, 249.

<sup>26</sup> Cfr. R. Lupo, S. Troilo, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., II parte, in *Dir. inf.*, 1988, 902 ss.

<sup>27</sup> P. Caretti, *op. cit.*, 74.

<sup>28</sup> Modificando anche i parametri per il calcolo dell'importo dei contributi: al criterio basato essenzialmente sulla tiratura media giornaliera se ne è aggiunto, infatti, un altro collegato al costo medio di gestione della singola impresa, che assicurava alla medesima un contributo variabile dal 30% al 40% di tale costo, consentendole di vivere largamente al di fuori delle logiche di mercato.

<sup>29</sup> V. *amplius* P. Caretti, *op. cit.*, 75 ss.; S. Troilo, *op. cit.*, 589 ss.

<sup>30</sup> L. Bianchi, *Nuove dimensioni della libertà di stampa nel settore dell'editoria*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 102.

<sup>31</sup> Per l'esattezza, in forma di cooperative giornalistiche oppure in forma di società, le cui azioni siano detenute in maggioranza da cooperative, fondazioni o enti morali privi di scopo di lucro, costituite da almeno tre anni ovvero che abbiano editato o diffuso la testata per cui è richiesta l'erogazione dei contributi per almeno cinque anni, termine ridotto a tre anni per le cooperative giornalistiche editrici di giornali quotidiani (che divengono, quindi, una sorta di imprese editrici di valore molto particolare) (art. 3, c. 2, l. 250/1990, come modificato dalla l. 650/1996).

<sup>32</sup> Purché siano costituite da almeno tre anni o pubblicazioni testate diffuse da almeno cinque anni.

<sup>33</sup> Tali forze dovevano avere almeno due rappresentanti eletti in Parlamento, ovvero uno in una Camera e uno nel Parlamento europeo, ma, a seguito della l. 248/2006, questo requisito non è stato più richiesto alle imprese editrici che avessero già maturato il diritto ai contributi alla data del 31 dicembre 2005.

diffuse prevalentemente all'estero, le imprese che editano pubblicazioni di particolare valore culturale<sup>34</sup>, le imprese editrici, gli enti e associazioni che pubblicano periodici per non vedenti e ipovedenti, nonché, ai sensi dell'art. 6, l. 281/1998 (e poi dell'art. 138, d.lgs. 206/2005), le associazioni di tutela dei consumatori riguardo alle attività editoriali da loro realizzate<sup>35</sup>.

La pur apprezzabile volontà di concentrare gli aiuti diretti a favore degli operatori editoriali più deboli e meritevoli non è riuscita, però, ad evitare insufficienze e lacune: sono rimaste, infatti, escluse dai benefici le imprese locali di piccole dimensioni aventi fini di lucro, non ricomprese tra quelle esercitate da cooperative, fondazioni o enti morali senza scopo di lucro (anche se a loro favore potevano intervenire le Regioni, alle quali, dagli anni '90, è stata riconosciuta tale possibilità<sup>36</sup>); il criterio della periodicità si è dimostrato incapace di tenere conto delle peculiarità dei periodici con bassa tiratura; riguardo alle pubblicazioni di elevato valore culturale il dettato legislativo è risultato generico, rinviando alla sede regolamentare (d.P.R. 254/1983) la determinazione dei criteri e dei requisiti per l'erogazione dei contributi<sup>37</sup>. Per altri versi, le sovvenzioni alla stampa di partito – che potevano giungere a coprire fino al 70% dei costi – parevano rappresentare, più che una forma di sostegno all'editoria, una surrettizia modalità di finanziamento dei partiti politici<sup>38</sup>.

Infine, uno degli aspetti che avrebbe dovuto caratterizzare in senso innovativo la nuova disciplina della materia, ossia la sostituzione, ai fini dell'accesso alle provvidenze dirette, del criterio della tiratura con quello della diffusione non è stato introdotto (se non, parzialmente, dal 2010 e, integralmente, dal d.lgs. 70/2017), per motivi collegati anche

<sup>34</sup> Ai sensi dell'art. 25, l. 416/1981, come modificato dall'art. 18, l. 67/1987 (e successivamente dall'art. 1, c. 384, l. 147/2013). Si tratta di quelle «pubblicazioni periodiche le cui pagine pubblicitarie siano state nell'anno precedente inferiori al 50% delle pagine complessivamente pubblicate e che vengano riconosciute di elevato valore culturale per il rigore scientifico con il quale viene svolta la trattazione degli argomenti»

<sup>35</sup> Peraltro, in base al citato art. 6, l. 281/1998 (recante «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»), ed al d.P.C.M. 218/1999, per poter accedere al contributo annuale occorre una relazione diretta tra l'associazione e il periodico e quest'ultimo deve essere direttamente imputabile all'attività della prima. Infatti, le associazioni stesse, nella misura in cui pubblicano periodici, vengono definite dall'art. 3, c. 4, D.P.C.M. cit. «imprese editrici», attraverso una non casuale assimilazione alla nozione prevista dalla l. 416/1981 (v. Tar Lazio, sez. I, 21 giugno 2002, n. 5669, in *Foro amm. - Tar*, 2002, 2050 ss., con nota di A. Parisi, *Associazioni di tutela dei consumatori, diritto di informazione e presupposti per le sovvenzioni pubbliche alle attività editoriali*).

<sup>36</sup> Come si illustrerà meglio nella parte finale del par. 4.

<sup>37</sup> Sicché si sono avuti «troppi casi di imprese che hanno semplicemente “indossato il vestitino” voluto dalla legge per accedere ai contributi» (A.M. Muolo, *Il sostegno dello stato alla stampa e all'editoria*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e comunicazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., XXVIII, Padova, 1999, 1019).

<sup>38</sup> Cfr., per tutti, U. De Siervo, voce *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 622; L. Bianchi, *op. cit.*, 105 ss. D'altra parte, dal punto di vista industriale i quotidiani politici sono testate assai deboli, più che per la loro caratterizzazione ideologica, perché non hanno una precisa focalizzazione territoriale, né un pubblico omogeneo sotto il profilo demografico e pubblicitario: ciò li penalizza sia sul piano della diffusione (dove incontrano costi più elevati), sia su quello pubblicitario, rivestendo un interesse residuale per gli inserzionisti. Nello stesso tempo, l'ampiezza dei finanziamenti pubblici ha consentito la sopravvivenza di numerose testate, ma ha sottratto lettori e risorse ai giornali “di opinione” aventi un orientamento politico non troppo distante (v. M. Gambaro, *La difficile partita dei quotidiani politici*, in *Probl. inform.*, 2010, 91 ss.).

alla difficoltà di precisare la nozione di diffusione<sup>39</sup>.

D'altra parte, nella normativa successiva alla l. 416/1981 vi è stata un'ulteriore accentuazione delle forme di ausilio indiretto, con l'aumento del loro importo quantitativo globale, l'inserimento tra di esse dei crediti d'imposta per l'acquisto di macchinari o impianti e l'ampliamento della sfera dei destinatari, operato attraverso l'ammissione ai finanziamenti anche dell'editoria libraria, senza più alcuna distinzione tra le imprese editrici di opere di elevato valore culturale e le altre<sup>40</sup>. È stato altresì previsto l'assoggettamento all'IVA, nella misura agevolata del 4%, di una parte soltanto della tiratura dei giornali e periodici (dapprima il 40%, poi il 20%) e dei libri (prima il 50%, poi il 30%)<sup>41</sup>. È stato, infine, ridisciplinato il sistema di agevolazioni relativo alle tariffe postali dei prodotti editoriali<sup>42</sup> superando la farraginosità della normativa precedente.

Inoltre, l'amministrazione pubblica a cui fare riferimento è (finalmente) divenuta il solo Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio e, al suo interno, l'Ufficio per il sostegno all'editoria<sup>43</sup>. Con d.l. 513/1994, convertito nella

---

<sup>39</sup> La scelta del parametro della tiratura invece di quello della vendita come base per il calcolo dei contributi, operata da tutte le leggi succedutesi nel corso del tempo fino al 2017, è derivata dalla forza delle prassi consolidate e dal fatto che, in definitiva, il contributo diretto era comunque considerato un'integrazione del costo della carta consumata dall'editore (anche perché la carta da giornale continuava ad essere piuttosto costosa in Italia). Invece, nel resto d'Europa, per quantificare le copie di un giornale – non solo ai fini di eventuali contributi pubblici – si preferisce generalmente fare riferimento alle copie vendute. In Italia le discussioni sulla preferibilità dell'uno o dell'altro criterio si sono trascinate per lungo tempo, coinvolgendo studiosi ed operatori del settore. Vi è infatti chi sottolinea che il criterio della tiratura ha portato a notevoli distorsioni nell'erogazione delle sovvenzioni (ad esempio, L. Bianchi, *op. cit.*, 110) e chi sostiene che «questo parametro assicura in realtà l'imparzialità dello Stato nell'attività di sostegno in favore dei giornali ed è assimilabile alle provvidenze cosiddette indirette: altri parametri, come quello delle vendite, rischiano di far svolgere all'intervento dello Stato un ruolo condizionante del mercato e quindi, in definitiva, contrario al fine del perseguimento del pluralismo delle testate e dell'informazione». Inoltre «il numero delle copie vendute risente di elementi perturbatori quali i gadget e supplementi vari, per non citare altri parametri che non possono comunque essere considerati misuratori certi» (così A.M. Muolo, *op. cit.*, 1013 ss.).

<sup>40</sup> La l. 62/2001 ha, infatti, sostituito la disciplina dettata dagli artt. 29, 30, 31 e 33, l. 416/1981 (che sono stati abrogati), istituendo, al posto dei due precedenti, un nuovo Fondo per le agevolazioni di credito presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio, attraverso il quale vengono concessi contributi in conto interessi su finanziamenti di durata massima decennale, destinati alla realizzazione di progetti di ristrutturazione economico-produttiva, con particolare riferimento al potenziamento della rete informatica. Si prevede che una quota del 5% del Fondo sia riservata ad imprese che non abbiano avuto, nell'anno precedente, un fatturato superiore a 2,5 milioni di euro; che un'ulteriore quota del 5% sia riservata ad imprese impegnate in progetti relativi alla diffusione della lettura in Italia o alla diffusione di prodotti editoriali in lingua italiana all'estero; che una quota del 10% sia riservata a progetti volti a sostenere spese di gestione o di esercizio delle imprese costituite in forma cooperativa. La legge prevede, poi, un credito di imposta, pari al 3% dei costi sostenuti per investimenti diretti alla ristrutturazione economico-produttiva. Inoltre, presso il Ministero per i Beni e le Attività culturali è stato istituito un Fondo finalizzato all'assegnazione di contributi sui mutui accesi per lo sviluppo dell'attività di produzione, distribuzione e vendita dei libri e dei prodotti editoriali di elevato valore culturale, nonché per la loro diffusione all'estero.

<sup>41</sup> L'imposta, infatti, può essere determinata in relazione al numero, anziché delle copie vendute, di quelle consegnate o spedite, diminuito di una percentuale di forfetizzazione della resa pari all'80% (inizialmente al 60%) per i quotidiani e i periodici, ovvero al 70% (inizialmente al 50%) per i libri, ai sensi dell'art. 74, c. 1, lett. c), d.P.R. 633/1972 e successive modifiche.

<sup>42</sup> Con d.l. 353/2003, convertito, con modificazioni, nella l. 46/2004.

<sup>43</sup> L'Ufficio, articolato in due Servizi (il [Servizio per il sostegno diretto alla stampa](#) e il [Servizio per il sostegno alle emittenti radiotelevisive e agli investimenti](#)), svolge anche attività di raccordo generale con

l. 595/1994, è stato infatti posto in liquidazione l'Ente nazionale cellulosa e carta, assegnando direttamente allo Stato il compito di versare i contributi da esso precedentemente erogati. Per quanto riguarda le pubblicazioni di elevato valore culturale e l'editoria libraria, invece, la competenza a concedere il sostegno finanziario continua a spettare al Ministero per i Beni e le Attività culturali.

Infine, la l. 62/2001, prendendo atto della sempre maggiore diffusione dell'editoria telematica, ne ha disposto l'equiparazione con quella cartacea, pur se non a tutti gli effetti<sup>44</sup>. Pertanto, le provvidenze previste dalla l. 416/1981 e dalle norme ad essa collegate, nate per la carta stampata, non possono essere estese *tout court*, in via interpretativa, alle testate *on line*, se non quando sia espressamente previsto, come ha precisato la giurisprudenza amministrativa<sup>45</sup>. Infatti, la l. 62 – dopo aver incluso nella nozione di «prodotto editoriale» non soltanto il supporto cartaceo, ma anche quello informatico, preordinato alla propria pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico<sup>46</sup> – ha ridisciplinato i finanziamenti agevolati a favore delle imprese editoriali, ricomprendendo chiaramente fra quelle beneficiarie anche le imprese che si occupano di divulgazione *on line* e a tal fine abrogando espressamente (nel proprio art. 21) gli artt. 29, 30, 31 e 33 della l. 416/1981, ma non altre sue disposizioni (come quella di cui all'art. 28 sulle agevolazioni indirette di tipo tariffario), che quindi devono essere applicate, nel rispetto dell'intenzione legislativa originaria, a favore dell'editoria così com'era nota allora, ossia di quella esclusivamente cartacea<sup>47</sup>.

#### 4. La progressiva riduzione degli aiuti diretti

La l. 250/1990 non prevedeva un termine per la cessazione dei contributi da essa disposti. Tuttavia, negli anni duemila l'entità dei finanziamenti diretti è stata progressivamente ridotta, dapprima ad opera dell'art. 20 d.l. 223/2006 (c.d. “decreto Bersani”),

---

gli altri soggetti pubblici coinvolti negli interventi di supporto al settore: assicura, così, il coordinamento delle attività inerenti al sostegno dei prodotti editoriali svolte dalle diverse amministrazioni dello Stato e cura le relazioni con le autorità di garanzia, con le Regioni e gli enti locali, nonché con le istituzioni europee e gli organismi internazionali.

<sup>44</sup> Tale legge è stata successivamente modificata in più punti, in particolare dal d.P.R. di delegificazione n. 223/2010 e dalla l. 198/2016. Su alcuni aspetti rimasti a lungo poco chiari v. P. Costanzo, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in Aa. Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 519 ss.

<sup>45</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 5 dicembre 2007, n. 1095, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, 174 ss.

<sup>46</sup> A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 3, c. 4, l. 198/2016, la l. 62 contiene oggi, all'art. 1, c. 3-bis, anche la definizione di “quotidiano *on line*”, che non deve essere «esclusivamente una mera trasposizione telematica di una testata cartacea» né un «aggregatore di notizie». Ulteriori regole sono state dettate dall'art. 3, d.l. 63/2012 (su cui v. la successiva nota 57).

<sup>47</sup> Né sarebbe possibile interpretare in combinato disposto tra loro l'art. 1, l. 62/2001 e l'art. 28, l. 416/1981, perché ciò contrasterebbe con il principio di tassatività dei precetti che presiedono ad un'azione amministrativa da ritenersi fortemente vincolata nei suoi presupposti e nei suoi contenuti, com'è quella in materia di sostegno economico alle imprese che si occupano di informazione e, più in generale, quella in tema di libertà di manifestazione del pensiero (cfr. A. Bertoldini, *Il Consiglio di giustizia amministrativa assoggetta al principio di stretta interpretazione l'applicazione delle norme in materia di aiuti pubblici all'editoria*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, 179).

convertito, con modificazioni, nella l. 248/2006, e poi dell'art. 44, d.l. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. 133/2008<sup>48</sup>.

Nel contempo, si è proceduto, con regolamento di delegificazione (il d.P.R. 223/2010), alla «semplificazione e [al] riordino della disciplina di erogazione dei contributi all'editoria», superando anche la loro configurazione – nel caso dell'integrazione del prezzo della carta – come diritti soggettivi<sup>49</sup>. Pertanto, in caso di insufficienza delle risorse, i contributi dovevano essere ripartiti in maniera proporzionalmente ridotta tra tutti coloro che ne avevano titolo<sup>50</sup>. È stato anche disposto che i dati circa la tiratura, la distribuzione complessiva nelle sue diverse modalità, nonché la vendita di quotidiani e periodici dovessero essere analiticamente certificati da una società di revisione iscritta nell'apposito albo tenuto dalla Consob.

Molte previsioni del d.P.R. 223, però, sono state rapidamente superate, in particolare riguardo ai contributi diretti (nonché alle agevolazioni postali, sospese per mancanza di fondi a partire dal 1° aprile 2010)<sup>51</sup>.

Infatti, inizialmente l'art. 29, c. 3, d.l. 201/2011 (c.d. “Salva Italia”, convertito, con modificazioni, nella l. 214/2011), allo scopo di contribuire all'obiettivo del pareggio di bilancio entro la fine del 2013, aveva disposto la cessazione, alla data del 31 dicembre 2014 (con riferimento alla gestione 2013), del sistema di ausilio diretto di cui alla l. 250/1990.

Nel contempo aveva previsto che il Governo provvedesse, entro il 1° gennaio 2012,

---

<sup>48</sup> Tali provvedimenti hanno disposto la riduzione dell'autorizzazione di spesa relativa alle provvidenze per l'editoria in misura pari ad 1 milione di euro per l'anno 2006, a 50 milioni di euro per ciascuno degli anni 2007 e 2008, a circa 87 milioni di euro per il 2009 e a 100 milioni di euro per il 2010.

<sup>49</sup> Infatti, l'art. 44, d.l. 112/2008 ha sancito che la loro corresponsione debba sempre tenere «conto delle somme complessivamente stanziare nel bilancio dello Stato per il settore dell'editoria, che costituiscono limite massimo di spesa», disponendo altresì che le erogazioni siano da destinarsi prioritariamente ai contributi diretti e, per le residue disponibilità, alle altre tipologie di agevolazioni (così il c. 1-*bis*, introdotto dal d.l. 207/2008, convertito, con modificazioni, nella l. 14/2009). Già in precedenza l'art. 2, c. 117, d.l. 262/2006, convertito nella l. 286/2006 (collegato alla legge finanziaria 2007), aveva previsto che, con regolamenti di delegificazione, si procedesse al riordino ed alla semplificazione delle disposizioni relative alle provvidenze per le imprese editrici di quotidiani e periodici, radiofoniche e televisive, in coerenza con gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica, ma anche al fine di far sì che le imprese editoriali perseguissero «obiettivi di maggiore efficienza, occupazione e qualificazione, utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, effettiva diffusione del prodotto editoriale sul territorio, con particolare riguardo a: 1) occupazione; 2) tutela del prodotto editoriale primario; 3) livelli ottimali di costi di produzione e di diffusione riferiti al mercato editoriale». Ma tale precedente previsione non aveva avuto seguito.

<sup>50</sup> I contributi, inoltre, potevano ora essere erogati solo a condizione che la pubblicazione fosse venduta, per le testate nazionali, nella misura di almeno il 15% delle copie “distribuite” (ossia poste in vendita in edicola o presso punti vendita non esclusivi, tramite contratti con società di distribuzione esterne, ovvero distribuite in abbonamento a titolo oneroso, escluse quelle oggetto di vendita in blocco ad un prezzo inferiore a quello indicato sulla pubblicazione, nonché quelle cedute in concessione con il versamento di quote associative e quelle diffuse tramite lo strillonaggio).

<sup>51</sup> In applicazione dapprima dell'art. 10-*sexies*, c. 1 e 2, d.l. 194/2009, convertito, con modificazioni, nella l. 25/2010, poi dell'art. 2, c. 1-*bis*, d.l. 125/2010, convertito, con modificazioni, nella l. 163/2010, infine dell'art. 1, c. 336, l. 147/2013 (legge di stabilità per il 2014). In compenso, è stato previsto che l'entità massima delle tariffe postali applicabili sia determinata, senza oneri a carico del bilancio dello Stato, con decreto del Ministro dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Peraltro, il regime di agevolazioni è stato reintrodotta, per il triennio 2017-2019, dalla l. 19/2017, di conversione del d.l. “Milleproroghe” 2016.



a rivedere il d.P.R. 223, «al fine di conseguire il risanamento della contribuzione pubblica, una più rigorosa selezione dell'accesso alle risorse, nonché [ulteriori] risparmi nella spesa pubblica» (che, compatibilmente con le esigenze di pareggio di bilancio, sarebbero stati indirizzati a favore della ristrutturazione delle aziende già beneficiarie della contribuzione diretta, dell'innovazione tecnologica del settore, del contenimento dell'aumento del costo delle materie prime, dell'informatizzazione della rete distributiva).

Decorso inutilmente il termine di cui sopra, il d.l. 63/2012 (recante “Disposizioni urgenti in materia di riordino dei contributi alle imprese editrici, nonché di vendita della stampa quotidiana e periodica e di pubblicità istituzionale”), convertito, con modificazioni, nella l. 103/2012, ha superato le previsioni del decreto-legge “Salva Italia”, adottando comunque alcune misure per razionalizzare l'utilizzo delle risorse nell'ambito del transitorio sistema vigente, «in conformità con le finalità» del succitato art. 29, c. 3, d.l. 201<sup>52</sup>. Più in particolare, per accedere ai contributi diretti, a decorrere da quelli relativi al 2013, occorre una percentuale minima di vendita delle pubblicazioni<sup>53</sup> e un numero minimo di dipendenti delle imprese editoriali<sup>54</sup>.

Sono stati rivisti anche i criteri di calcolo e di liquidazione dei contributi<sup>55</sup> (stabilendosi altresì che il loro importo non potesse comunque superare quello riferito all'anno 2010) ed è stata introdotta una nuova disciplina per le sovvenzioni a favore dei perio-

---

<sup>52</sup> Quasi contestualmente all'adozione del d.l. 63/2012 il Governo ha presentato alle Camere il disegno di legge A.C. n. 5270, volto a conferirgli la delega per la ridefinizione delle forme di sostegno all'editoria e per lo sviluppo del mercato editoriale, ma l'esame del provvedimento non è stato concluso entro la fine della XVI legislatura.

<sup>53</sup> Per ottenere le sovvenzioni, le testate nazionali – che, per essere considerate tali, devono essere distribuite in almeno cinque Regioni e con una percentuale di distribuzione in ciascuna Regione non inferiore al 5% della propria distribuzione totale – devono essere vendute nella misura di almeno il 30% e le testate locali nella misura di almeno il 35% delle copie “distribuite” (nel senso indicato nella nota 50).

<sup>54</sup> In particolare, le cooperative editrici devono essere composte esclusivamente da giornalisti, poligrafici, grafici editoriali, con prevalenza di giornalisti, e la maggioranza dei soci deve essere dipendente della cooperativa con contratto di lavoro a tempo indeterminato (art. 1, c. 4, lett. a), d.l. 63/2012). Le imprese editrici di quotidiani, invece, devono aver impiegato, nell'intero anno di riferimento del contributo, almeno 5 dipendenti, con prevalenza di giornalisti, regolarmente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato; quelle editrici di periodici devono aver impiegato, sempre nell'intero anno di riferimento del contributo, almeno 3 dipendenti con le stesse caratteristiche (art. 1, c. 4, lett. b).

<sup>55</sup> Tali contributi sono ora determinati sommando (*ex* art. 2, d.l. 63/2012, come modificato dalla legge di conversione n. 103): a) una quota fino al 50% dei costi sostenuti per il personale dipendente – calcolati in un importo massimo, rispettivamente, di 120.000 e di 50.000 euro annui per ogni giornalista e per ogni poligrafico assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato – volta a coprire una parte dei costi di acquisto della carta, di stampa e di distribuzione; b) una quota fino a 0,25 euro per ogni copia venduta per i quotidiani nazionali, a 0,20 euro per i quotidiani locali e a 0,40 euro per i periodici. Tale ultima quota, comunque, non può essere superiore all'effettivo prezzo di vendita di ciascuna copia e il suo importo complessivo non può superare 3.500.000 euro per ciascun quotidiano e 200.000 euro per ogni periodico.

dici stampati o diffusi all'estero<sup>56</sup> e dell'editoria elettronica<sup>57</sup>.

Nel frattempo, gli stanziamenti complessivi a disposizione per i contributi diretti all'editoria sono diminuiti di anno in anno e, benché la larga maggioranza dei quotidiani (che rappresentano il 90% delle copie diffuse in Italia) non abbia avuto accesso ad essi, anche quelli assegnati alle restanti testate hanno dovuto essere decurtati<sup>58</sup>. Di qui il ricorso giudiziario esperito dalla società Ediservice, editrice de *Il Quotidiano di Sicilia*, nell'ambito del quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale conclusasi con la sentenza n. 206/2019, già menzionata.

D'altra parte, alle forme di sostegno statali<sup>59</sup> si aggiungono ormai ulteriori, pur se più ridotti, aiuti erogati dalle Regioni. Infatti, a seguito delle sentenze n. 348/1990 e n. 29/1996 della Corte costituzionale, l'informazione non è stata più concepita come una "materia", ma come un presupposto per il corretto esercizio delle funzioni politi-

<sup>56</sup> In applicazione dei criteri indicati dall'art. 1-*bis*, d.l. 63/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 103/2012, il d.P.R. 138/2014 ha dettato nuove regole al riguardo, stabilendo tra l'altro la misura massima del contributo per ogni periodico, nonché la suddivisione dello stanziamento complessivo disponibile fra le pubblicazioni edite all'estero (70%) e quelle in Italia, pur se diffuse all'estero (30%). In precedenza, l'art. 1, c. 294, lett. *f*), l. 147/2013, aveva disposto l'integrazione dello stanziamento previsto per tali pubblicazioni (pari a 2 milioni di euro annui) con un ulteriore milione di euro per il 2014.

<sup>57</sup> Riguardo a quest'ultima, è stato chiarito che, per testate in formato digitale, si intendono quelle migrate a un sistema digitale di gestione di contenuti unico, dotate di un sistema di gestione di spazi pubblicitari digitali, di un sistema che consenta l'inserimento di commenti da parte del pubblico (con facoltà di prevedere registrazione e moderazione), nonché di un sistema di distribuzione di contenuti attraverso dispositivi mobili (art. 3, c. 4, d.l. 63/2012). Tali testate, per accedere ai contributi pubblici, devono essere accessibili *on line*, anche a titolo non oneroso, in formato non inferiore a quattro pagine per numero, e devono essere editate esclusivamente in formato digitale e accessibile *on line* per almeno 240 uscite per i quotidiani, 45 per i settimanali e plurisettemanali, 18 per i quindicinali e 9 per i mensili (art. 3, c. 1). Quanto alla liquidazione del beneficio, la norma prevede che, fermi restando i tetti massimi previsti, il contributo per la pubblicazione esclusivamente in formato digitale sia composto da una quota pari, per i primi due anni, al 70% dei costi sostenuti e da una quota calcolata sulla base di 0,10 euro per ogni copia digitale, ove venduta in abbonamento (art. 3, c. 3).

<sup>58</sup> V. le tabelle relative agli anni dal 2003 in poi, pubblicate sul sito *internet* del Dipartimento per l'informazione e l'editoria ([www.informazioneeditoria.gov.it](http://www.informazioneeditoria.gov.it), sub "Contributi al sistema editoriale" e "Contributi erogati"), dalle quali risulta che per il 2013 – oggetto del giudizio di legittimità costituzionale conclusosi con la sent. 206/2019, cit. – tali finanziamenti sono stati assegnati, in misura pari al 56,75% di quanto richiesto, a 72 testate, tra cui *Avvenire* (euro 3.400.075,41), *Italia Oggi* (euro 3.048.343,47), *L'Unità* (euro 2.664.633,13), *Il Manifesto* (euro 1.956.090,97), *La Padania* (euro 1.358.494,01), *Conquista del Lavoro* (euro 1.314.267,10), *Il Foglio* (euro 1.201.463,75), *Il Cittadino* (euro 1.107.864,19), *Europa* (euro 717.301,81), nonché *Il Quotidiano di Sicilia* (euro 734.461,24), promotore del giudizio a quo. Tra le imprese editrici di periodici che risultano esercitate da cooperative, fondazioni o enti morali, ci sono 143 testate: quelle che hanno ricevuto i contributi più consistenti sono *Famiglia Cristiana* (euro 88.389,60), *Quaderni di Milano* (euro 88.389,60), *Il Tiraccio* (euro 88.389,60), *Tribuna Economica* (euro 88.389,60), *Il Giornalino* (euro 85.060,15), *Il Biellese* (euro 76.851,58), *Rbo Settegiorni* (euro 75.420,69), *L'Eco del Chisone* (euro 70.898,76).

<sup>59</sup> Tra le quali è stato previsto anche uno stanziamento straordinario: infatti, l'art. 1, c. 261, della legge di stabilità per il 2014 (l. 147/2013) ha introdotto un «Fondo straordinario per gli interventi di sostegno all'editoria», dell'ammontare di 120 milioni di euro: 50 milioni per il 2014, 40 milioni per il 2015 e 30 milioni per il 2016, per «incentivare gli investimenti delle imprese editoriali, anche di nuova costituzione, orientati all'innovazione tecnologica e digitale, all'ingresso di giovani professionisti qualificati nel campo dei nuovi media» e «sostenere le ristrutturazioni aziendali e gli ammortizzatori sociali». Tali somme, peraltro, sono state successivamente decurtate per coprire gli oneri derivanti dal rifinanziamento dell'accesso alla pensione di vecchiaia anticipata per i giornalisti, ai sensi dell'art. 1-*bis*, d.l. 90/2014, convertito, con modificazioni, nella l. 114/2014: così, per il 2014 la dotazione disponibile del Fondo si è ridotta a poco meno di 21 milioni di euro.

che (in senso lato) da parte dei soggetti che ne sono istituzionalmente investiti: da ciò consegue che a curare l'interesse allo sviluppo di un sistema informativo diffuso e pluralistico sono chiamati tutti i soggetti titolari di funzioni politiche, incluse le Regioni<sup>60</sup>. Questa responsabilità trova ora esplicito riconoscimento nell'art. 117, c. 3, Cost, come riformato nel 2001, che ricomprende tra le materie di competenza concorrente l'«ordinamento della comunicazione», pur se restano sfuggenti gli esatti confini di tale competenza, risultata di fatto poco esercitata – ed esercitabile – da parte delle Regioni al di fuori dell'ambito del sostegno economico o della disciplina della comunicazione istituzionale e dei Comitati regionali per le comunicazioni (Co.re.com.)<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Svariate Regioni hanno, quindi, approvato leggi che – ispirandosi ai principi sanciti nei propri statuti a favore di un sistema informativo pluralistico e teso ad assicurare una partecipazione consapevole dei cittadini alle scelte regionali – hanno previsto varie forme di sostegno economico (nel rispetto della normativa europea in materia di aiuti pubblici c.d. “*de minimis*”) per le imprese editoriali che operano nell'ambito del proprio territorio e che forniscono notizie sui problemi della comunità regionale e sull'attività svolta dagli organi della Regione: ad esempio, la Campania ha adottato dapprima la l.r. 30/1990 (“Iniziativa di promozione culturale nell'ambito dell'editoria campana”), quindi la l.r. 13/2013 (“Promozione e sostegno dell'editoria libraria regionale e dell'informazione”) e infine la l.r. 1/2018 (“Norme in materia di informazione e comunicazione”); il Lazio dapprima la l.r. 36/1998 (“Interventi della Regione per il pluralismo culturale dell'informazione e per il sostegno all'editoria e alla distribuzione locale, ai punti vendita della stampa quotidiana e periodica”), quindi la l.r. 16/2008 (“Iniziativa ed interventi regionali in favore della promozione del libro, della lettura e delle piccole e medie imprese editoriali del Lazio”), infine la l.r. 13/2016 (“Disposizioni di riordino in materia di informazione e comunicazione”); il Piemonte dapprima la l.r. 52/1990 (“Interventi per l'informazione locale”) e poi la l.r. 18 del 2008 (“Interventi a sostegno dell'editoria piemontese e dell'informazione locale”); la Sicilia dapprima la l.r. 16/2007 (“Interventi in favore del cinema e dell'audiovisivo”) e poi la l.r. 24/2013 (“Norme per la promozione ed il sostegno delle imprese dell'informazione locale”); la Toscana dapprima la l.r. 22/2002 (“Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del comitato regionale per le comunicazioni”) e poi la l.r. 34/2013 (“Disciplina del sostegno regionale alle imprese di informazione”); il Veneto dapprima la l.r. 49/1987 (“Interventi regionali ai sensi della legge 5 agosto 1981, n. 416 concernente la disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria”) e poi la l.r. 12/2015 (“Norme in materia di sostegno al sistema radiotelevisivo ed editoriale locale e per la equa retribuzione della professione giornalistica”). Dal panorama spicca l'assenza della Lombardia, dovuta probabilmente alla complessità ed alla numerosità dei *mass media* presenti nel suo territorio: in essa – come pure nelle altre Regioni ancora prive di simili normative – sono state comunque presentate diverse proposte di legge, da consiglieri di maggioranza e di opposizione e sono stati disciplinati i rispettivi Comitati regionali per le comunicazioni.

Riguardo alla tipologia degli aiuti previsti a livello regionale, rappresenta un valido esempio la legislazione piemontese, che prevede l'erogazione, a favore di imprese editrici di periodici con sede legale ed attività produttiva nella Regione, di contributi in conto corrente per l'acquisto della carta, contributi in conto interessi per consentire l'accesso a mutui bancari a tasso agevolato a sostegno di investimenti per la ristrutturazione aziendale e l'ammodernamento tecnologico anche finalizzato alla fruizione della stampa periodica locale da parte dei soggetti disabili sensoriali; contributi per l'abbonamento ad un massimo di due agenzie di stampa ad informazione regionale; riduzione dell'aliquota IRAP; nonché l'ulteriore erogazione di contributi finanziari, fino al 20% del costo complessivo di produzione.

<sup>61</sup> In proposito v., *ex plurimis*, P. Caretti, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione*, in Id., *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 127 ss.; E. Lamarque, *Ordinamento della comunicazione*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, II, Milano, 2006, 50 ss.; N. Signori, *Esercizio da parte delle Regioni delle competenze in materia di ordinamento della comunicazione*, in A. Pace, R. Zaccaria, G. De Minico (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Napoli, 2008, 51 ss.

## 5. L'incoerenza della normativa vigente, riconosciuta ma non corretta dalla sentenza n. 206 del 2019

Oltre a ridurre i fondi stanziati per il sostegno all'editoria, il legislatore degli anni duemila ha affidato al Governo la determinazione dell'entità dei contributi, e non più soltanto la verifica dei requisiti per accedervi e la distribuzione degli stessi.

Infatti, come ha evidenziato anche la Corte costituzionale, «nel bilancio della Presidenza del Consiglio dei ministri, in corrispondenza con il bilancio dello Stato (capitoli MEF), è prevista una missione "Comunicazioni", comprensiva di una pluralità di interventi, fra i quali quelli a favore dell'editoria. Il riparto delle disponibilità finanziarie fra tali interventi è rimesso alla stessa Presidenza, cosicché l'assegnazione dei fondi al settore in questione rimane subordinato a scelte discrezionali circa la distribuzione delle risorse» (sent. 206/2019, § 11.2 *cons. dir.*)<sup>62</sup>.

Se «ciò, evidentemente, rientra nella logica dell'attuale sistema di bilancio e non è incoerente con l'assetto generale della finanza pubblica delineato dalla normativa dettata nel tempo», si pongono fondati dubbi riguardo alla «violazione del principio di ragionevolezza in combinazione con gli artt. 21 e 97 Cost., in quanto la determinazione dell'ammontare del contributo affidata alla discrezionalità del Governo, senza l'indicazione di criteri oggettivi, contrasterebbe con il principio di imparzialità e trasparenza della pubblica amministrazione, non garantendo l'attribuzione di contributi significativi e adeguati e rendendo così difficoltosa l'indipendenza e la pluralità dell'informazione» (§10 *cons. dir.*).

Infatti, mentre l'art. 3, c. 3, della l. 250/1990, come già ricordato, riconosce «alle imprese editrici di periodici che risultino esercitate da cooperative, fondazioni o enti morali, ovvero da società la maggioranza del capitale sociale delle quali sia detenuta da cooperative, fondazioni o enti morali che non abbiano scopo di lucro» un contributo annuo stabilito in un ammontare per ogni copia stampata, fino ad un determinato numero di copie, indipendentemente dal numero delle testate, l'art. 44, d.l. 112/2008 – ribadito dall'art. 2, c. 1, d.l. 63/2012 – ha sancito che la loro corresponsione debba sempre tenere «conto delle somme complessivamente stanziare nel bilancio dello Stato per il settore dell'editoria, che costituiscono limite massimo di spesa», disponendo altresì che le erogazioni siano da destinarsi prioritariamente ai contributi diretti e, per le residue disponibilità, alle altre tipologie di agevolazioni.

Così, come già evidenziato, «le imprese editrici, da un lato, sono destinatarie di norme che le vedono come titolari di diritti rispetto all'allocazione delle risorse in questione; dall'altro, sono esposte al rischio di un parziale o addirittura totale taglio delle risorse stesse. Il sistema è dunque affetto da una incoerenza interna, dovuta a scelte normative che prima creano aspettative e poi autorizzano a negarle» (§ 12 *cons. dir.*).

Tale conclusione non ha condotto, tuttavia, ad una dichiarazione di illegittimità delle

<sup>62</sup> Infatti, alla luce della nuova struttura contabile del bilancio dello Stato e ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. 303/1999, «la Presidenza provvede all'autonoma gestione delle spese nei limiti delle disponibilità iscritte in apposita unità previsionale di base dello stato di previsione della spesa del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Con propri decreti il Presidente stabilisce, in coerenza con i criteri di classificazione della spesa del bilancio statale, la struttura dei bilanci e la disciplina della gestione delle spese» (sent. 206/2019, cit., §11.2 *cons. dir.*).

norme che autorizzano a negare i contributi pubblici, né ad una loro interpretazione costituzionalmente corretta. Infatti, di fronte alle questioni relative all'art. 44, c. 1, d.l. 112/2008 (convertito, con modificazioni, nella l. 133/2008), all'art. 2, c. 62, l. 191/2009 (legge finanziaria 2010) ed all'art. 2, c. 1, d.l. 63/2012 (convertito, con modificazioni, nella l. 103/2012), sollevate dal Tribunale ordinario di Catania in relazione agli artt. 3 (sotto il profilo del principio di ragionevolezza), 21 e 97 Cost., la Consulta ha concluso che «devono essere dichiarate inammissibili», in quanto l'«armonizzazione del sistema non impone una soluzione costituzionalmente obbligata, e quindi non può essere oggetto di intervento di questa Corte, restando affidata alla scelta del legislatore» (§§ 12.1 e 12.2 *cons. dir.*).

La pronuncia sembra in linea con il consolidato rispetto, nella giurisprudenza costituzionale, della discrezionalità del legislatore.

Certo, nel caso di specie, non sarebbe «percorribile la strada della semplice cancellazione delle norme censurate: ciò si tradurrebbe in un danno per la stessa parte del giudizio a quo, che si vedrebbe del tutto negato il contributo, sia pure ridotto» (§ 12.1 *cons. dir.*). Inoltre, ad avviso della Corte, «non può ritenersi che costituisca una soluzione implicita nell'ordinamento l'indicazione quantitativa, prevista, per l'anno 2010, dall'art. 2, comma 2, del d.l. 63 del 2012. Si tratta, infatti, di un limite massimo e non certo minimo, come pretende[va] il rimettente per superare il problema del vuoto legislativo conseguente all'eventuale accoglimento della questione» (§ 12.1 *cons. dir.*).

Probabilmente, nel pervenire alla sua decisione, il Giudice della Legge è stata rassicurata dal fatto che, nel frattempo, il legislatore è finalmente intervenuto in materia<sup>63</sup>: infatti, «l'art. 8 del decreto legislativo 15 maggio 2017, n. 70 (Ridefinizione della disciplina dei contributi diretti alle imprese editrici di quotidiani e periodici, in attuazione dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 26 ottobre 2016, n. 198), anche se non regola la fattispecie del giudizio principale, stabilisce, tra l'altro, che il contributo comprende una quota di rimborso dei costi direttamente connessi alla produzione della testata e una quota per le copie vendute, e indica i criteri e le modalità in presenza dei quali sussiste il diritto a percepirlo da parte delle imprese editrici ammesse a fruire dello stesso, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettere a), b) e c), del medesimo decreto legislativo» (§ 12 *cons. dir.*).

Tuttavia, per alcuni anni le erogazioni pubbliche a favore dell'editoria sono rimaste prive – per ammissione dello stesso giudice delle leggi – di coerenza, e quindi di ragionevolezza intrinseca.

Pertanto, suscita perplessità l'assenza di un monito al legislatore, affinché rimuova l'incoerenza interna al sistema anche in riferimento a tali anni, ed appare sbrigativo il rifiuto della Corte di ritenere applicabile al caso l'art. 2, c. 2, del d.l. 63/2012, in quanto stabilisce limiti massimi e non minimi di contribuzione pubblica.

Infatti, l'assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata vale per la definizione puntuale della misura delle singole voci su cui va calcolato il contributo pubblico<sup>64</sup> ma

<sup>63</sup> Al dichiarato scopo di garantire «la *coerenza*, la *trasparenza* e l'*efficacia* del sostegno pubblico all'editoria per la piena attuazione dei principi di cui all'articolo 21 della Costituzione in materia di diritti, libertà, indipendenza e pluralismo dell'informazione» (art. 1, c. 1, d.lgs. 70/2017) [corsivi aggiunti].

<sup>64</sup> Limitandosi la legge a stabilire il limite massimo di ciascuna voce: fino a 120.000 euro annui per giornalista ed a 50.000 per poligrafico assunti dall'impresa editoriale, nonché fino a 0,25 euro per copia venduta dei quotidiani nazionali, a 0,20 dei quotidiani locali, a 0,40 dei periodici.

non sembra valere per l'imposizione di un tetto complessivo di spesa<sup>65</sup>, ove si ritenga che tale tetto – pur coerente con l'esigenza di garantire l'equilibrio del bilancio pubblico – incida negativamente sull'osservanza del già ricordato «imperativo costituzionale che il “diritto all'informazione” garantito dall'art. 21 Cost. sia qualificato e caratterizzato dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso del massimo numero possibile di voci diverse →» (§ 5.2 *cons. dir.*) e che è tale da «giustificare e anzi imporre al legislatore interventi idonei a garantirne il rispetto» (§ 6 *cons. dir.*).

In quest'ottica, il *tertium comparationis* evocato dal giudice a quo – costituito dal trasporto e dall'assistenza scolastici dei disabili – potrebbe risultare meno “im-pertinente” e incomparabile di quanto possa sembrare in generale e di quanto sia sembrato, in particolare, alla Consulta, secondo la quale «il servizio di trasporto scolastico e di assistenza rientr[a] nel nucleo indefettibile di garanzie» del diritto all'istruzione dei disabili perché «costituisce una componente essenziale per assicurarne l'effettività» (§ 7.2 *cons. dir.*)<sup>66</sup>. Tenendo conto che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sent. 275/2016, §11 *cons. dir.*), ci si può chiedere, infatti, se e in che misura i contributi pubblici rappresentino una componente essenziale delle risorse necessarie alle imprese editoriali più deboli per rimanere sul mercato e assicurare così l'effettività del pluralismo (esterno) dell'informazione.

È vero che nella normativa successiva al 2008 «è sempre dichiarato il carattere discrezionale dell'elargizione e la sua subordinazione alle disponibilità di bilancio, cosicché risulta evidente che l'iniziativa editoriale non può contare sull'esistenza di contributi,

---

<sup>65</sup> Sancito dalle seguenti norme: «I contributi di cui al presente decreto spettano nei limiti delle risorse stanziare sul pertinente capitolo del bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, salvo quanto disposto dal comma 4 del presente articolo. In caso di insufficienza delle risorse stanziare, agli aventi titolo spettano contributi ridotti mediante riparto proporzionale» (art. 2, c. 1, d.l. 63/2012). Inoltre, «il contributo ... non può comunque superare quello riferito all'anno 2010» (art. 2, c. 2, d.l. 63/2012).

<sup>66</sup> Nella sent. 275/2016 richiamata dal giudice *a quo* – con cui è stato dichiarato incostituzionale il limite fissato dal legislatore regionale abruzzese agli stanziamenti necessari ad assicurare l'effettività del diritto allora in questione – è stato precisato che non può dirsi che tutti i «diritt[i], anche quelli incomprimibili della fattispecie in esame, debbano essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili. Innanzitutto, la sostenibilità non può essere verificata all'interno di risorse promiscuamente stanziare attraverso complessivi riferimenti numerici. Se ciò può essere consentito in relazione a spese correnti di natura facoltativa, diverso è il caso di servizi che influiscono direttamente sulla condizione giuridica di soggetti particolarmente deboli, come i disabili. «In secondo luogo, è proprio la legge di cui fa parte la norma impugnata a conformare in concreto le situazioni soggettive oggetto di assistenza (senza poi farne conseguire il necessario finanziamento ...)» (§ 7 *cons. dir.*).

Inoltre, «sebbene il legislatore goda di discrezionalità nell'individuazione delle misure per la tutela dei diritti delle persone disabili» e, più in generale, dei soggetti più deboli, «detto potere discrezionale trova un limite invalicabile nella necessità di coerenza intrinseca della stessa legge regionale contenente la disposizione impugnata, con la quale viene specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati. Dunque il livello delle prestazioni dovute, mentre appare salvaguardato dalla legge regionale nel suo complesso ed in particolare nella parte che prevede una pianificazione del fabbisogno degli interventi, nonché un preciso rendiconto degli oneri sostenuti, risulta poi vanificato dalla prescrizione contraddittoria che subordina il finanziamento (da parte regionale) degli interventi alle politiche ed alle gestioni ordinarie del bilancio dell'ente» (§ 10 *cons. dir.*).

né su di un loro determinato ammontare» (sent. 206/2019, § 9.1 *cons. dir.*), ma è altrettanto vero che le sovvenzioni pubbliche per tali imprese sono state disposte ed erogate ininterrottamente dal dopoguerra (per quanto riguarda l'integrazione del costo della carta) o dagli anni '70-'80 del Novecento (per ciò che concerne le altre tipologie) e, contando su di esse, le imprese più deboli hanno basato la propria attività editoriale, funzionale alla realizzazione del pluralismo informativo.

D'altra parte, il giudice delle leggi richiede ormai alla normativa ordinaria anche una ragionevolezza intrinseca, che prescinde dal confronto con il *tertium comparationis* e «comporta via via considerazioni di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità, coerenza» (senza per questo incidere sul merito)<sup>67</sup>. E, nel caso di specie, la Corte ha riscontrato che «il sistema è dunque affetto da una incoerenza interna, dovuta a scelte normative che prima creano aspettative e poi autorizzano a negarle» (§ 12 *cons. dir.*).

Considerato, poi, che il d.l. 63/2012 fissava comunque un limite di contribuzione a favore della singola testata<sup>68</sup> e che, con effetto dal 2019, la disciplina delle sovvenzioni è stata riformulata in modo organico e, sperabilmente, coerente<sup>69</sup>, l'eliminazione del tetto di spesa per l'anno 2013 poteva produrre effetti circoscritti sulla finanza pubblica, anche se forse poteva costituire un precedente per (alcuni de)gli anni successivi<sup>70</sup> e se, in concreto, l'applicazione di quel limite non sembra aver prodotto effetti dirompenti sulle imprese destinatarie dei benefici<sup>71</sup>.

Si può dunque osservare che il caso de quo rientra fra quelli in cui – come è stato brillantemente notato – «la Corte usa ... con discrezionalità, si spera ragionevole, lo strumento del rinvio alla discrezionalità del legislatore»<sup>72</sup>, alla luce della propria percezione della rilevanza delle erogazioni pubbliche per l'effettiva garanzia del diritto o

<sup>67</sup> Come rilevato dallo stesso Presidente della Corte, Franco Bile, nella sua relazione annuale del 2007, cit. da A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 145 ss., testo a cui si rinvia anche per una più approfondita illustrazione dell'esigenza di ragionevolezza intrinseca della normativa.

<sup>68</sup> Pari «a 2.500.000 euro per i quotidiani nazionali, a 1.500.000 euro per i quotidiani locali e per le imprese editrici di giornali quotidiani di cui all'articolo 3, comma 2-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 250, ed a 300.000 euro per i periodici» (per la quota calcolata sui costi dei dipendenti) (art. 2, c. 2, lett. a), penultimo periodo) ed a «3.500.000 euro per i quotidiani e a 200.000 euro per i periodici» (per la quota calcolata sulle singole copie vendute) (art. 2, c. 2, lett. b), penultimo periodo).

<sup>69</sup> Dal d.lgs. 15 maggio 2017, n. 70, in attuazione della delega di cui all'art. 2, c. 1, della l. 26 ottobre 2016, n. 198, che pure ha riconfermato che i «contributi all'editoria» spettano nei limiti delle risorse a ciò destinate, per ciascuna tipologia di contributi all'editoria, dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri con il quale viene ripartita, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, della legge 26 ottobre 2016, n. 198, la quota del Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione spettante alla Presidenza del Consiglio dei ministri» (art. 1, c. 2).

<sup>70</sup> In particolare per il 2014 e il 2015. Infatti, dal 2016 non è più disposto che «il contributo ... non può comunque superare quello riferito all'anno 2010» ma è stabilito che «il contributo ... non può comunque superare il 50 per cento dell'ammontare complessivo dei proventi dell'impresa editrice, riferiti alla testata per cui è chiesto il contributo, al netto del contributo medesimo» (art. 3, c. 1, l. 198/2016), anche se continua a spettare nei limiti delle risorse stanziato.

<sup>71</sup> Infatti, negli anni successivi al 2013 l'importo complessivamente liquidato ad ogni impresa avente titolo è cresciuto: dal 56,75% di quanto richiesto si è passati al 65,40% (nel 2014), al 77,20% (nel 2015), e così via. Ad esempio, *Il Quotidiano di Sicilia*, promotore del giudizio a quo, ha ricevuto nel 2013 euro 734.461,24, nel 2014 euro 828.362,26, nel 2015 euro 794.785,70, nel 2016 euro 1.053.287,03, salvo poi ricevere nel 2017 soltanto la rata di anticipo, pari ad euro 442.907,20.

<sup>72</sup> A. Ruggeri, A. Spadaro, *op. cit.*, 124.

dell'interesse di volta in volta costituzionalmente protetto.

Infatti, se pure la Consulta riconosce al legislatore *stesso* ampi margini di valutazione delle esigenze di finanza pubblica, tuttavia non ritiene che «sussista in materia un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi» (sent. 260/1990, § 3 *cons. dir.*) e conferisce all'eventuale carenza – o anche solo alla «carente illustrazione» – di tali esigenze «il rilievo di un indice sintomatico dell'irragionevolezza del bilanciamento di volta in volta attuato» (sent. 70/2015, § 10 *cons. dir.*). Nondimeno, «la valenza significativa di tale dato si inquadra ... nell'ambito di uno scrutinio più ampio, diretto a ponderare ogni elemento rivelatore dell'arbitrarietà e della sproporzione del sacrificio imposto agli interessi costituzionali rilevanti.

Nel sindacato demandato a questa Corte rivestono rilievo cruciale l'arco temporale delle misure restrittive, l'incidenza sul nucleo essenziale dei diritti coinvolti, la portata generale degli interventi, la pluralità di variabili e la complessità delle implicazioni, che possono anche precludere una stima ponderata e credibile dei risparmi» (sent. 124/2017, § 8.4 *cons. dir.*; sent. 20/2018, § 3.1 *cons. dir.*).

## **6. Considerazioni conclusive: la limitata incidenza delle provvidenze erogate in un contesto editoriale in profonda trasformazione**

In conclusione, può dirsi che l'intervento pubblico nel settore editoriale, almeno dalla fine degli anni '80 ad oggi, ha seguito – pur se in modo non sempre lineare e coerente<sup>73</sup> – una logica di progressiva limitazione dell'ausilio diretto, di natura sostanzialmente assistenziale, a favore di un intervento indiretto, mirato ad agevolare il processo di modernizzazione tecnologica e produttiva in atto nel settore editoriale<sup>74</sup>.

Tuttavia, soltanto negli ultimi anni i contributi diretti, ancora concessi alle imprese (considerate) più deboli e meritevoli, sono stati razionalizzati e collegati a parametri oggettivi<sup>75</sup>, quali, dapprima, un numero minimo di dipendenti e una percentuale minima di vendita delle pubblicazioni e, oggi, i costi sostenuti e le copie cartacee o digitali vendute.

Senonché, la loro configurazione in ogni caso come interessi legittimi alla corresponsione delle provvidenze (ora erogate nei limiti degli stanziamenti previsti) e la riduzione della loro entità sono stati decisi non in un'ottica di riordino della disciplina in materia

---

<sup>73</sup> La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in un'indagine del 2007 – antecedente quindi agli interventi normativi succedutisi dal 2008 in avanti, di cui si è trattato *supra* –, ha rilevato che «non è agevole individuarvi un disegno organico orientato alla tutela del pluralismo» (cfr. G. Mastellarini, *L'editoria italiana nell'indagine dell'Autorità per la concorrenza*, in *Probl. inform.*, 2007, 397).

<sup>74</sup> Nello stesso senso cfr. A.M. Muolo, *op. cit.*, 1019 e P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 73.

<sup>75</sup> Ad opera dapprima del d.l. 63/2012, quindi dell'art. 3, c. 1, l. 198/2016 e infine, in modo più organico, del d.lgs. 15 maggio 2017, n. 70, emanato in attuazione della delega di cui all'art. 2, c. 1, della predetta l. 198/2016, che, fra l'altro, ha previsto che i contributi diretti possano essere richiesti per una sola delle testate editate dall'impresa (salvo che per le imprese e gli enti che pubblicano periodici per non vedenti e ipovedenti).



– come pure era previsto che si facesse<sup>76</sup> – ma al fine di limitare l’impegno finanziario statale. A tutto ciò, comunque, ha corrisposto un incremento dei contributi indiretti, per lo meno riguardo alla loro tipologia ed ai costi sovvenzionati.

In definitiva, la politica di sostegno pubblico all’editoria, superata la fase di intervento massiccio degli anni ’80, ha cercato di perseguire due esigenze contrapposte: da un lato, far sopravvivere un certo pluralismo in un settore sempre più in crisi – utilizzando a tal fine, peraltro, strumenti in larga parte tradizionali e spesso inadeguati – e, dall’altro, contenere le spese dello Stato<sup>77</sup>.

Ad impedire un sostegno indiscriminato al settore editoriale contribuisce oggi anche la disciplina europea sul divieto degli aiuti di Stato.

Infatti, la Commissione europea – dopo che in un primo momento aveva ritenuto legittime le provvidenze concesse alla stampa, in considerazione del fatto che in questo settore non era presente una concorrenza tra produttori di differenti Stati membri<sup>78</sup> – in seguito, in assenza di una espressa esenzione dal divieto generale di cui all’art. 87, par. 1, TCE (ora art. 107, par. 1, TFUE), ha ritenuto che anche il settore editoriale sia soggetto a tale divieto, valutando poi, di volta in volta, l’eventuale applicabilità della deroga relativa agli aiuti di Stato «destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse» (art. 87 – ora 107 – par. 3, lett. c). Così, in una serie di decisioni adottate tra il 2004 e il 2006, relative a sovvenzioni concesse rispettivamente dall’Italia, dal Belgio e dalla Slovacchia, la Commissione, dopo aver ricordato che la deroga in parola deve essere letta in termini restrittivi<sup>79</sup>, ne ha operato una interpretazione orientata, giustificandone l’applicazione ai casi di specie in quanto gli aiuti avevano la finalità di «agevolare lo sviluppo di ... attività» editoriali ed erano finalizzati alla tutela del pluralismo, così come riconosciuto dall’art. 11, par. 2, della Carta di Nizza<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Una tale previsione era stata sancita, dapprima, dall’art. 2, c. 117, d.l. 262/2006, convertito, con modificazioni, nella l. 286/2006 (collegato alla legge finanziaria 2007) – mentre l’art. 1, c. 1245, della medesima legge finanziaria per il 2007 aveva incaricato il Governo di elaborare una proposta di riforma complessiva della disciplina del settore editoriale –, poi dal già citato art. 44, d.l. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. 133/2008, infine dall’art. 29, c. 3, d.l. 201/2011, convertito, con modificazioni, nella l. 214/2011 (che aveva anche fissato il termine del 1° gennaio 2012 per il riordino della materia). Tuttavia, soltanto con il d.lgs. 70/2017 si è proceduto a tale riordino. In merito v. *supra* il par. 4.

<sup>77</sup> Cfr. S. Troilo, *op. cit.*, 599.

<sup>78</sup> V. il VI *Rapporto sulla politica di concorrenza* della Commissione europea (1976), § 239.

<sup>79</sup> Con particolare riferimento alla decisione 2006/320/CE del 30 giugno 2006 (in *G.U.U.E.* n. L118 del 3 maggio 2006), relativa alle provvidenze concesse dalla Repubblica italiana, l’autorità comunitaria ha sostenuto che «le esigenze educative e democratiche di uno Stato membro», tra cui rientra la tutela del pluralismo dei *mass media*, «sono da considerarsi distinte dalla promozione della cultura» (§ 54). Pertanto, non ha accolto la richiesta dell’Italia (né quelle analoghe di Belgio e Slovacchia) di dichiarare che il divieto di aiuti di Stato, nel caso specifico, doveva considerarsi derogato ai sensi della previsione del par. 3, lett. d), dell’art. 87 TCE (ora dell’art. 107 TFUE), che ammette gli ausili «destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all’interesse comune».

<sup>80</sup> Cfr. L.F. Pace, *Unione europea e pluralismo nei «media», con particolare riferimento alla stampa*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, cit., 366. Nella sopra citata decisione relativa alle provvidenze concesse dall’Italia «la Commissione riconosce che ai fini della valutazione della tipologia di misure in esame non esistono discipline od orientamenti applicabili. Pertanto non sembra che ai regimi notificati, quali attualmente descritti, possa essere applicata alcuna clausola di compatibilità a prescindere

La situazione italiana, comunque, non è, in sé, anomala rispetto agli altri Paesi occidentali, dove sono frequenti le forme di sostegno alle imprese editoriali: così, ad esempio, in Francia, Paesi Bassi, Svezia, Portogallo sono previsti aiuti diretti ed indiretti, in Gran Bretagna e in Irlanda soltanto indiretti, mentre in Germania e in Spagna i contributi sono corrisposti al livello dei *Länder* o delle Comunità Autonome. In particolare, la Francia – che rappresenta lo Stato che spende di più per finanziare i propri *media* – eroga ausili diretti, che comprendono agevolazioni nelle tariffe di trasporto ferroviario dei quotidiani, forme di sostegno alla modernizzazione della rete di vendita, fondi specifici per favorire la diffusione mondiale della stampa francese, oltre ad aiuti indiretti, tramite tariffe postali e un'aliquota dell'IVA agevolate<sup>81</sup>.

Se si confrontano, poi, i dati ufficiali sul finanziamento pubblico all'editoria, risulta che il nostro Paese, rispetto a Francia, Germania, Gran Bretagna, Stati Uniti, era penultimo come stanziamento pubblico complessivo a sostegno della stampa (nonché della televisione pubblica), e ultimo come spesa *pro capite*<sup>82</sup>.

Tuttavia, non trova riscontro nell'esperienza di altri ordinamenti occidentali la delimitazione di un ambito protetto – quello in cui hanno trovato applicazione, a partire dal 1990, i contributi diretti dello Stato) – nel quale sono ricomprese soltanto alcune iniziative editoriali, oltretutto non sempre annoverabili tra le più deboli o le più meritevoli: esso, infatti, mal si concilia con le esigenze del pluralismo informativo, al cui interno si dovrebbero evitare scelte di merito operate *a priori*<sup>83</sup>.

Tanto è vero che la legge di bilancio per il 2019 (l. 145/2018) ha previsto la progressiva riduzione, fino all'abolizione, dei (soli) contributi diretti a favore delle imprese editrici di quotidiani e periodici (nonché l'abolizione dei contributi diretti alle imprese radiofoniche private che svolgano attività di informazione di interesse generale)<sup>84</sup>.

---

dall'applicazione generica, sempre possibile, dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera c), del trattato CE secondo cui possono considerarsi compatibili con il mercato comune “gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempreché non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse”... Del resto, l'obiettivo dichiarato dell'aiuto è la preservazione del pluralismo dell'informazione, che è un obiettivo sancito dall'articolo 11, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (§§58 e 62).

<sup>81</sup> V. *Contributi all'editoria di partito nei principali paesi europei*, Appunto 3/2013, Camera dei deputati, XVII Legislatura, Biblioteca - legislazione straniera, in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>82</sup> Come risulta dalla ricerca *Ten Years that Shook the Media*, a cura di R. Kleis Nielsen, del *Reuters Institute for the Study of Journalism* dell'Università di Oxford, 2012, sui sistemi di finanziamento pubblico all'editoria in sei Paesi: Francia (che spendeva 1,2 miliardi di euro all'anno), Germania (dove gli aiuti superavano i 560 milioni di euro annui), Gran Bretagna (dove ammontavano a 594 milioni di sterline all'anno), Italia, Stati Uniti (nei quali i *media* ricevevano ogni anno 2,3 miliardi di dollari tra aiuti federali e statali), nonché Finlandia (la quale risultava lo Stato con la maggiore spesa *pro capite*: 130 euro contro i 43 euro dell'Italia). Poiché dal 2012 ad oggi le risorse pubbliche destinate all'editoria italiana si sono ulteriormente ridotte, i dati sopra riportati, anche al netto di una contrazione degli aiuti erogati negli altri Paesi, risultano tuttora significativi.

<sup>83</sup> Cfr. P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 98.

<sup>84</sup> Infatti, l'art. 1, c. 810, lett. b) e c) l. 145 ha previsto la progressiva riduzione, fino alla totale abolizione dal 1° gennaio 2022, dei contributi concessi, ai sensi del d.lgs. 70/2017, alle seguenti categorie di imprese editrici di quotidiani e periodici: cooperative giornalistiche che pubblicano quotidiani e periodici; imprese editrici di quotidiani e periodici il cui capitale sia detenuto in misura maggioritaria da cooperative, fondazioni o enti morali non aventi fini di lucro; enti senza fini di lucro, ovvero imprese editrici di quotidiani e periodici il cui capitale sia da essi interamente detenuto.

In compenso, la medesima legge ha previsto forme di sostegno, a valere sul Fondo per il pluralismo

Ma il problema maggiore – prescindendo dagli abusi, pure presenti<sup>85</sup> – è probabilmente la dubbia incidenza degli interventi disposti in Italia, in un contesto in profondo e rapido mutamento<sup>86</sup>.

Ad esempio, un'indagine dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 2007 ha sottolineato come le agevolazioni postali non abbiano «costituito una misura efficace per sviluppare gli abbonamenti» ai giornali e come siano servite, in realtà, a «favorire Poste Italiane, unico soggetto presso cui è possibile ottenere i benefici, ostacolando lo sviluppo di una piena concorrenza» nell'ambito della distribuzione dei quotidiani e dei periodici<sup>87</sup>. Inoltre, la quota maggiore di tali agevolazioni è andata alla stampa con più elevata tiratura, di proprietà di grandi gruppi editoriali, sui quali il sostegno pubblico non incide in modo significativo<sup>88</sup>.

Per altro verso, i fondi per le pubblicazioni italiane all'estero sono stati a lungo erogati sulla base di regole sommarie e con scarsa trasparenza<sup>89</sup>.

Così, anche se il declino della carta stampata caratterizza tutto il mondo occidentale, in Italia l'editoria tradizionale si dibatte in una crisi decisamente più acuta e sempre più profonda, avendo registrato un incisivo calo sia del fatturato che delle copie vendute e degli investimenti pubblicitari. A fronte di ciò, si registra invero una crescita del volume di vendite dell'editoria *on line*, che, però, incide in misura ancora oggettivamente ridotta sui ricavi delle imprese editoriali<sup>90</sup>.

---

e l'innovazione dell'informazione – al quale continua ad affluire parte delle eventuali maggiori entrate versate a titolo di canone RAI – di progetti finalizzati, tra l'altro, a diffondere la cultura della libera informazione plurale e dell'innovazione digitale e sociale, nonché a sostenere il settore della distribuzione editoriale. Essa ha poi precisato che gli incentivi agli investimenti pubblicitari su quotidiani e periodici, nonché sulle emittenti televisive e radiofoniche locali, sono concessi entro i limiti consentiti dalle specifiche disposizioni dell'Unione europea in materia di aiuti c.d. *de minimis*. Tale intervento è stato in seguito reso strutturale con il d.l. 59/2019, convertito in l. 81/2019.

<sup>85</sup> Infatti, dall'incrocio tra i dati relativi ai contributi erogati ed ai contributi annullati, ad esempio, nel periodo 2006-2011, emerge che i fenomeni patologici hanno interessato circa il 10% delle risorse erogate (v. il sito *internet* del Dipartimento per l'informazione e l'editoria, cit., *sub* “Approfondimenti” e “Le attività di controllo” e “Controlli effettuati”).

<sup>86</sup> Su tale profondo mutamento v., per tutti, G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *questa Rivista*, 1, 2018, 20 ss.

<sup>87</sup> Cfr. G. Colarusso, *Soldi pubblici*, in [www.lettera43.it](http://www.lettera43.it).

<sup>88</sup> Nel 2006 tre gruppi editoriali hanno assorbito quasi un terzo delle agevolazioni complessive, mentre altre 19 imprese hanno ottenuto un ulteriore 25% dei contributi a disposizione. Invece, i piccoli e medi editori e le organizzazioni *non profit* (che pubblicano gran parte delle testate beneficiarie, pari a ben 7.124 nel 2006) hanno ricevuto somme nell'ordine dei 16mila euro (cfr. G. Mastellarini, *op. cit.*, 398).

<sup>89</sup> Solo ad opera dell'art. 1-*bis*, d.l. 63/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 103/2012, si è stabilito che la misura dei contributi per tali pubblicazioni «è determinata tenendo conto della loro diffusione presso le comunità italiane all'estero, del loro apporto alla diffusione della lingua e della cultura italiane, del loro contributo alla promozione del sistema Italia all'estero, della loro consistenza informativa ... tenendo conto del numero di uscite annue, del numero di pagine pubblicate, del numero di copie vendute anche in formato digitale, e riservando una apposita quota parte dell'importo complessivo ... alle testate che esprimono specifiche appartenenze politiche, culturali e religiose», rinviandosi ad un successivo regolamento (rappresentato dal d.P.R. 138/2014) la definizione degli specifici criteri e modalità per la concessione dei contributi. In precedenza, però, più copie si stampavano, più contributi si incassavano.

<sup>90</sup> V. i dati complessivi (in percentuale) riportati in [Senato della Repubblica, Servizio Studi, Ridefinizione della disciplina dei contributi diretti alle imprese editrici di quotidiani e periodici – Schede di lettura](#), aprile 2017, spec. 3.

Non sembra, dunque, che il sistema di provvidenze all'editoria realizzato in Italia sia stato in grado di garantire efficacemente il pluralismo esterno dell'informazione, anche se ha comunque favorito la permanenza sul mercato almeno di alcune delle imprese più deboli.

In questo quadro, dunque, neppure la Corte costituzionale, con la sentenza n. 206/2019, poteva incidere – in un senso o nell'altro – in modo realmente significativo.

---

## **La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno\***

Daniele Butturini

### **Abstract**

Il saggio è incentrato sui presunti profili di illegittimità costituzionale della pena detentiva prevista dalla legislazione nazionale per la diffamazione a mezzo stampa. L'analisi, che prende le mosse da una recente ordinanza del Tribunale di Salerno (9 aprile 2019) con la quale viene sollevata questione di costituzionalità, è condotta alla luce di due parametri normativi: l'art. 21 Cost. e l'art. 10 CEDU, quest'ultimo come interpretato dalla Corte EDU. Le riflessioni si concentrano sul grado di protezione offerto alla libertà di informazione da parte della Corte EDU, che viene disegnato nel senso di confinare il ricorso al carcere ad ipotesi eccezionali quali i discorsi di odio e l'attività informativa che istiga alla violenza. In particolare, emergono alcuni interrogativi costituzionalmente rilevanti. La pena detentiva costituisce in sé e per sé mezzo sproporzionato ed eccessivamente invasivo della libertà di stampa? La reclusione è ostacolo di natura legale alla libertà di informazione, ostacolo suscettibile di produrre un effetto dissuasivo nei confronti del giornalismo di inchiesta? La previsione, anche astratta, della pena detentiva comprime la libertà di formazione delle opinioni, presupposto logico e giuridico della libertà di manifestazione del pensiero?

The article deals with the alleged unconstitutionality of the Italian law criminalizing defamation by the press to the extent it provides for a custodial punishment. The analysis moves from a recent order dated 9th April 2019 through which the Court of Salerno raised a question of constitutionality on this issue, and is carried out in relation to both Article 21 of the Italian Constitution and Article 10 of the ECHR.

The article recalls that according to the well-established jurisprudence of the European Court of Human Rights, the custodial punishment for this kind of crimes is compatible with the ECHR only in exceptional cases (such as hate speech and incitement to violence). Therefore, the key issue is the following one: to what extent can the provision of imprisonment limit journalists' freedom of information, also by causing both a deterrence effect on investigative journalism and a limitation to freedom of opinion

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

(which is the precondition of freedom of thought)?

## **Sommario**

1. Introduzione. - 2. La relazione diritto-limite. - 3. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale penale di Salerno il 9 aprile 2019. - 4. La libertà di manifestazione del pensiero nel rapporto Costituzione-CEDU: la funzione della Corte EDU. - 5. Le condizioni di vincolatività della CEDU così come interpretata dalla Corte EDU. - 6. Il rapporto tra libertà di informazione e democrazia. - 7. La giurisprudenza della Corte EDU nei confronti dell'Italia avente ad oggetto la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa. - 8. La relazione fra parametri di legittimità costituzionale: l'art. 21 Cost. e l'art. 10 CEDU sono realmente speculari? - 9. Il conflitto tra Corte di Cassazione e Corte EDU sulla vicenda Sallusti: due diversi modi di intendere "le situazioni eccezionali" che possono giustificare il ricorso alla pena detentiva. - 10. Le considerazioni del giudice *a quo* in ordine alla costituzionalità dell'art. 595, c. 3, c.p. - 11. La l. 47/1948 come tentativo di istituire un coordinamento costituzionalmente orientato fra diritti confliggenti: riflessioni sul pensiero di Guido Gonella. - 12. L'implementazione da parte della giurisprudenza ordinaria della l. 47/1948 alla luce dei principi costituzionali. - 13. La soluzione prospettata dal giudice *a quo* introduce un equilibrio ragionevole fra Costituzione e CEDU?

## **Keywords**

Pena detentiva; Libertà di informazione; Diritto di cronaca; Diffamazione; Libertà di formazione del pensiero.

---

## **1. Introduzione**

Il presente contributo intende esaminare una serie di problematiche attinenti alla sfera di applicazione del diritto di manifestare liberamente il pensiero mediante il mezzo stampa, ai molteplici profili giuridici che la compongono, alle sue implicazioni sulla tenuta democratica della società politica, ai suoi rapporti con gli altri diritti facenti parte del sistema costituzionale e, soprattutto, alla legittimità/illegittimità della sanzione detentiva per i casi nei quali la libertà di informazione leda gravemente i diritti altrui (diffamazione a mezzo stampa).

Le riflessioni verranno operate seguendo una prospettiva interpretativa di natura intersistemica, che interroga le relazioni, in ordine al grado di tutela della libertà di stampa e ai margini per l'apposizione di limiti verso quest'ultima, fra ordinamento costituzionale e CEDU.

In particolare, emerge l'importanza del contributo giurisprudenziale della Corte EDU nel delineare il perimetro interpretativo all'interno del quale si innesta l'equilibrato rapporto tra libertà di informare e tutela della dignità e della reputazione.

Le considerazioni prendono spunto da una vicenda di stringente attualità, consistente

nella promozione nell'aprile 2019 di una questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto il richiamo, da parte dell'ordinamento giuridico nazionale, alla pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa.

L'analisi si incarica di contribuire alla riflessione su quando possa dirsi legittima e su quando, invece, sia illegittima la pena detentiva predisposta dalla legge nazionale e collegata a quegli abusi nell'esercizio della libertà di informazioni tendenti ad aggredire il contenuto essenziale dei diritti fondamentali altrui.

Infatti, la previsione della pena detentiva deve essere indagata nel senso di appurare se rappresenti, in determinate situazioni, una sanzione costituente limitazione legittima della libertà di informazione a tutela dei diritti dei soggetti diffamati, oppure si configuri, sempre e *in re ipsa*, come ostacolo incostituzionale nei confronti dell'attitudine della libertà medesima ad esercitare la propria funzione di baluardo dell'espressione della personalità individuale e dell'ordine costituzionale democratico.

## 2. La relazione diritto-limite

L'ambito di applicazione e, quindi, di estensione di un diritto di libertà, contemplato dalla Costituzione, e la sua equilibrata relazione con altri diritti-beni ritenuti di pari rango costituzionale suscettibili di entrare in conflitto con esso e di comprimerlo, sono materie insidiose, in ragione del fatto che all'ampliamento della sfera di operatività di un diritto corrisponde una riduzione della sfera di applicazione di altri diritti: es. un'espansione della libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa è suscettibile di limitare diritti fondamentali quali quelli all'onore, alla reputazione, alla riservatezza ecc.<sup>1</sup>.

Il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità è fra i più delicati, in quanto coinvolge la relazione fra una libertà essenziale sotto l'aspetto sociale, politico e democratico, la prima, e le libertà più collegate alle sfere intime della personalità umana, le seconde.

L'ottica del sistema costituzionale dei diritti fondamentali è, pertanto, al centro del rapporto diritto-limite e della soluzione dei conseguenti conflitti, dal momento che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e [...] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»<sup>2</sup>.

## 3. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale penale di Salerno il 9 aprile 2019

Ciò detto, la questione di legittimità costituzionale promossa dalla Seconda Sezione

---

<sup>1</sup> Cfr. C. Cost., 14 giugno 1956, n. 56: «Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe [...] da considerare di per sé violazione o negazione del diritto».

<sup>2</sup> *Ibidem*.

penale del Tribunale di Salerno (Ufficio del Giudice monocratico) del 9 aprile 2019 è di notevole interesse, dal momento che ad essere oggetto della predetta questione sono due disposizioni concernenti la disciplina delle modalità di esercizio del diritto di manifestazione del pensiero mediante stampa:

- 1) la previsione dell'art. 13, l. 47/1948, secondo la quale in caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa;
- 2) la disposizione di cui all'art. 595, c. 3, c.p., per il quale quando «l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516». La questione di legittimità costituzionale trae origine da un procedimento penale a carico di imputati per il reato di diffamazione a mezzo stampa di cui agli artt. 595 c.p. e 13, l. 47/1948, «la cui condotta è richiamata, per *relationem*, per contestare al direttore responsabile della testata giornalistica il corrispondente reato omissivo ai sensi dell'art. 57 c.p.»<sup>3</sup>.

In particolare, il contenuto dell'articolo di giornale contestato, nel quale verrebbe attribuita alle persone offese una condotta determinata (aggravante di cui all'art. 13, l. 47/1948), sarebbe risultato non vero in forza di accertamenti investigativi successivi<sup>4</sup>.

Il richiamo alla pena detentiva pone i seguenti problemi di costituzionalità: il rapporto tra detta pena e due parametri normativi, l'art. 21 Cost. e l'art. 10 CEDU.

L'efficacia di quest'ultimo nell'ordinamento giuridico nazionale viene mediata dall'art. 117, c. 1, Cost. secondo il quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli *obblighi internazionali*».

Pertanto, il contenuto del diritto di manifestazione del pensiero tramite stampa viene, per Costituzione, implementato e sviluppato anche in forza delle norme internazionali pattizie e delle interpretazioni sulle stesse.

#### **4. La libertà di manifestazione del pensiero nel rapporto Costituzione-CEDU: la funzione della Corte EDU**

La libertà di manifestazione del pensiero, categoria giuridica generale alla quale *ictu oculi* è ascrivibile, come *species*, la libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa, è situazione giuridica soggettiva principalmente negativa, giacché la sua area di garanzia consta nell'astensione dalla apposizione di restrizioni da parte del legislatore ordinario diverse da quelle indicate espressamente in Costituzione.

---

<sup>3</sup> Ord. Trib. Salerno, Ufficio del Giudice monocratico, sez. II pen., 9 aprile 2019, n. 2690/2014 R.G.T., n. 12950/2012 R.G.N.R., 9 aprile 2019, 2.4

<sup>4</sup> *Ivi*, 2. In particolare, nel procedimento penale viene contestato ad un giornalista di avere pubblicato sull'inserto "Il Giornale di Napoli" del quotidiano "Il Roma" un articolo dal contenuto lesivo della reputazione altrui, nel quale si riportava la notizia del provvedimento di sequestro di un'area di 300 metri quadri appartenente a due soggetti ritenuti collegati a cosche camorristiche. Il procedimento si estende anche al Direttore responsabile del quotidiano per avere omesso colposamente di esercitare il necessario controllo ai sensi dell'art. 57 c.p.



Si tratta di un'astensione invocabile e nei confronti dei poteri pubblici e nei confronti dei poteri privati.

Più precisamente, si può evidenziare, pertanto, come l'area della garanzia si espanda «dalla massima possibilità di esternazione [...] alla massima possibile astensione da limitazioni, eccezion fatta per il “buon costume”<sup>5</sup> che è previsto come limite» *specifico* «alla libertà dalla stessa norma dell'art. 21 Cost.»<sup>6</sup> c. 6.

Naturalmente, la possibile astensione da limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa incontra ulteriori eccezioni consistenti negli altri diritti riconosciuti dalla Costituzione al di fuori dell'art. 21 della medesima: i c.d. limiti *generali* per l'appunto.

Inoltre, uno degli attributi della rigidità costituzionale consiste proprio nel postulato secondo il quale le uniche limitazioni legittime dei diritti costituzionali siano quelle sorrette dalla necessità di sviluppare diritti e beni di altrettanto rango costituzionale.

Certamente, la pena detentiva e le ragioni che la sorreggono costituiscono limitazioni di un diritto o, per meglio dire, conseguenze sfavorevoli applicabili quando vi sia un esercizio abusivo del diritto di libertà.

Per quanto riguarda il merito della questione, per stabilire se l'art. 13, l. 47/1948, nella parte in cui stabilisce la pena della detenzione per la diffamazione a mezzo stampa, sia costituzionalmente legittimo, è necessario individuare una interpretazione dell'art. 21 Cost. che, a sua volta, tenga conto delle acquisizioni interpretative fornite dalla Corte EDU relativamente all'ambito di applicazione dell'art. 10 CEDU, le quali costituiscono un parametro interposto di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, c. 1<sup>7</sup>.

L'area di garanzia coperta dall'art. 21 Cost. viene così ad essere *arricchita* dalle interpretazioni che la Corte EDU fa proprie nei momenti nei quali si consolida il diritto vivente avente ad oggetto la libertà di espressione del pensiero e la libertà di informazione secondo il dettato dell'art. 10 CEDU: tutto questo in forza della formulazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in base alla quale le leggi, statali e regionali, dell'ordinamento interno sono tenute ad osservare gli obblighi internazionali.

Prima di esaminare le interpretazioni sulla questione prospettate dalla Corte EDU sono opportune alcune sintetiche considerazioni di ordine metodologico.

Il tema della legittimità costituzionale della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa deve essere analizzato secondo due prospettive costituzionali:

- 1) da un lato, attingendo alla giurisprudenza sul punto della Corte EDU, la quale è suscettibile di fungere da parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., nei confronti della l. 47/1948;
- 2) dall'altro, a prescindere dalle risultanze della giurisprudenza della Corte EDU, facendo leva in modo 'autosufficiente' sulla Costituzione e, soprattutto, sul contenuto e sulle

<sup>5</sup> M. Manetti, *Ordine pubblico e democrazie pluralistiche*, in A. Pace, M. Manetti, *Art. 21*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, 226 ss.

<sup>6</sup> Così M. Pedrazza Gorlero, *La costruzione della norma parametro attraverso la definizione per accerchiamento (Nel caso della manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata)*, in Id., *Congetture costituzionali*, Napoli, 2015, 89. Cfr. E. Lamarque, *La tutela costituzionale della libertà di stampa*, in Aa.Vv., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 13 ss.

<sup>7</sup> Cfr. V. Sciarabba, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 6 ss.

potenzialità interpretative dell'art. 21 Cost. proprio per stabilire se il richiamo da parte della norma legislativa ordinaria alla pena detentiva sia passibile di incostituzionalità. Rispetto alla prima prospettiva occorre puntualizzare alcuni profili inerenti ai rapporti tra Costituzione e CEDU.

Come noto, secondo le sentenze costituzionali n. 348 e 349/2007 la Corte EDU va considerata organo custode della interpretazione e dell'applicazione della Convenzione e, pertanto, titolare di una «funzione interpretativa eminente»<sup>8</sup>.

Tale funzione si esplica nella seguente modalità: ricavare dalla disposizione convenzionale una interpretazione del diritto di libertà che assicuri certezza del diritto e uniformità per gli Stati parte attorno ad un livello 'minimo' di protezione del diritto soggettivo medesimo.

Ciò, però, non comporta che i giudici nazionali siano «passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove»<sup>9</sup> nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato.

La giurisprudenza costituzionale sul punto ha assunto la seguente posizione: «il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata»<sup>10</sup>. Al di fuori, invece, della condizione di cui sopra, «l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri»<sup>11</sup>, eccetto la circostanza rappresentata dall'esistenza di una interpretazione consolidata su una data materia da parte della Corte EDU.

La ragione consiste nella «primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo»<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2007, 3475 ss., con note di C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti* e A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*. Cfr. C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2007, 3535 ss., con note di M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": i diritti fondamentali, fonti, giudici*; A. Guazzarotti, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*; V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*.

<sup>9</sup> C. Cost., 26 marzo 2015, n. 49, *cons. dir.* § 7: «il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento».

<sup>10</sup> *Ibidem*, *cons. dir.* § 7. Cfr. anche C. Cost., 18 luglio 2013, n. 210.

<sup>11</sup> C. Cost., sent. 49/2015, cit., *cons. dir.* § 7. Cfr. anche C. Cost., sent. 349/2007, cit.

<sup>12</sup> C. Cost., sent. 49/2015, cit., *cons. dir.* § 7: «tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera». Cfr. le seguenti precedenti decisioni: sentt. 22 luglio 2011, n. 236; 26 novembre

Si suole dire che per contenuto la CEDU abbia una «vocazione costituzionale»<sup>13</sup>, avendo ad oggetto la tutela dei diritti.

Tuttavia, «l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU – le cui prescrizioni e principi appartengono [...] ai vincoli derivanti da obblighi internazionali con impronta costituzionale [...] non implica [...] necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della CEDU, quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo c., Cost.»<sup>14</sup>.

Infatti, gli stessi principi, valori e diritti sono riscontrabili nella Costituzione e nella CEDU, questo comportando una sorta di concorrenza negli *standard* di protezione che certamente possono non essere simmetrici e sovrapponibili<sup>15</sup>.

La concorrenza sopra evidenziata può determinare differenze anche consistenti circa il rapporto che lo stesso diritto di libertà intrattiene con i diritti suscettibili di poterlo limitare a seconda del fatto che la tutela sia quella costituzionale o quella convenzionale. La Corte costituzionale in ordine al suddetto punto ha concluso nel senso che l'obbligo internazionale pattizio, avente ad oggetto il rispetto dei diritti fondamentali, e la giurisprudenza internazionale che lo interpreta, disegnandone una determinata sfera di operatività nei confronti degli ordinamenti giuridici nazionali, debbano innanzitutto costituire mezzi di estensione della garanzia del diritto fondamentale<sup>16</sup>.

La disciplina internazionale pattizia sui diritti soggettivi è allora suscettibile di fungere da «*fattore condizionante di sviluppo dei diritti di libertà fondamentali riconosciuti negli ordinamenti nazionali, e della loro tutela*»<sup>17</sup>.

---

2009, n. 311; 11 novembre 2011, n. 303.

<sup>13</sup> C. Cost., 8 novembre 2018, n. 194, *cons. dir.* § 5.4.

<sup>14</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 4.

<sup>15</sup> C. Cost., sent. 194/2018, cit., *cons. dir.* § 5.4.

<sup>16</sup> C. Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, *cons. dir.* § 7: «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali». Cfr. A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di C. Cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2009; O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, *ivi*, 22 dicembre 2009.

<sup>17</sup> M. Patrono, *Lezione n. 16. La «fontana di Bucket»*, in *Studiando i diritti. Il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del (nostro) tempo. Lezioni*, Torino, 2009, 177. Inoltre, l'A. afferma quanto segue: «è possibile [...] considerare la normativa dei trattati internazionali in materia di diritti umani, assistita [...] da *modalità di presidio* circa l'attuazione della normativa stessa, nonché dalla

La CEDU, pertanto, costituendo fattore normativo che partecipa della «comunicazione come interdipendenza fra ordinamenti a più livelli» e della «comunicazione fra giudici di ordinamenti diversi»<sup>18</sup>, può essere in grado di operare come modalità di riconoscimento e di attuazione dei diritti previsti dalla Costituzione nazionale, nella misura in cui, attraverso la Corte EDU, si assegni a questi ultimi contenuti *in melius*.

Siamo dinanzi ad una modalità atta «ad arricchire la tavola dei diritti umani e a migliorare la qualità della loro protezione, in una prospettiva multilivello»<sup>19</sup>.

In questo senso, assume rilievo inter-ordinamentale l'art. 53 CEDU<sup>20</sup>, secondo il quale l'interpretazione delle disposizioni della CEDU non può implicare gradi di protezione inferiori a quelli offerti dalle fonti degli ordinamenti nazionali.

## **5. Le condizioni di vincolatività della CEDU così come interpretata dalla Corte EDU**

Il problema sta nel fatto di stabilire che cosa significhi concretamente estensione del diritto fondamentale, ovvero quando si dia tale estensione e soprattutto sulla base di quali parametri e criteri si misuri: in altre parole, il diritto soggettivo è più tutelato quando un uso della libertà di informazione, oltrepassante i limiti dell'onore e della reputazione, non sia soggetto alla pena detentiva, oppure quando a tutela dei beni limite dell'onore e della reputazione un ordinamento giuridico stabilisca la necessità di sanzionare anche con la detenzione un esercizio del diritto di cronaca gravemente lesivo del requisito della continenza espositiva?

Un diritto diventa tanto più ampio rispetto ad un altro diritto con il quale confligge, quanto più si ammette la restrizione di quest'ultimo per fare prevalere o per estendere l'area di garanzia del primo.

È la relazione diritto-limite e, quindi, fra diritti confliggenti e meritevoli tutti di protezione, il nocciolo della questione in esame: relazione che ingloba in sé anche la legittimità dell'intensità delle sanzioni predisposte dagli ordinamenti in caso di violazione di uno dei diritti in gioco.

Comunque, l'adeguamento della legislazione nazionale agli obblighi internazionali, sanzionata dall'art. 117, c. 1, Cost., non pregiudica la superiorità giuridico-assiologica della Costituzione rispetto alla CEDU.

Va ricordato che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU è subordinato al prioritario compito ermeneutico di adottare una

---

facoltà data ai privati di avanzare *ricorsi individuali* agli organismi di garanzia, come un dato a sé stante, come un qualcosa di preesistente che si cala negli ordinamenti interni, per l'esattezza negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, e produce, come fosse un reagente chimico, determinate conseguenze».

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai Diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o ad altri Accordi internazionali di cui tale Stato sia parte».

lettura costituzionalmente conforme, poiché ciò riflette la superiorità nel sistema delle fonti della Costituzione rispetto alla CEDU, da ciò conseguendo che il giudice comune ha l'obbligo di interpretare» sì «il diritto interno in senso conforme alla CEDU», fermo restando che il suo «prioritario compito» è «di adottare una lettura costituzionalmente conforme»<sup>21</sup> della norma interna anche interpretata e implementata dalla Corte EDU. La Costituzione permane, naturalmente, come prioritario filtro vincolante tramite il quale le interpretazioni sui diritti fornite dai giudici internazionali in base alle convenzioni trovano riconoscimento nell'ordinamento nazionale.

Ciò significa che l'interpretazione vivente dell'art. 10 CEDU ad opera della Corte EDU conforma l'interpretazione delle leggi nazionali solo se rispetta il dettato e le potenzialità ermeneutiche del sistema costituzionale dei diritti fondamentali.

Del resto, si deve evidenziare la differenza 'strutturale' intercorrente tra Costituzione e CEDU che riflette, a sua volta, le diverse tecniche argomentative adoperate dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU.

Mentre, infatti, la Corte costituzionale è sempre chiamata ad esercitare «una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata»<sup>22</sup> e, pertanto, un giudizio assai articolato del rapporto fra diritti e limiti, la Corte EDU, al contrario, compie un accertamento 'concreto', individuale e casistico sulla violazione di un diritto contemplato dalla Convenzione, violazione causata da un atto di un potere pubblico dello Stato.

Il che implica una serie di conseguenze sul rapporto Costituzione-CEDU.

Si deve, comunque, premettere che la Corte EDU, quando accerta la violazione della CEDU a carico di uno Stato, nella maggior parte delle situazioni non ascrive detta violazione ad atti legislativi statali, essendo, in larga parte, le lesioni della Convenzione riconducibili a singoli casi concreti relativi ad atti amministrativi, sentenze ecc. che risultano anticonvenzionali.

Si può, inoltre, evidenziare come il sindacato della Corte EDU sull'applicazione sproporzionata delle pene detentive nei confronti dei giornalisti, che eccedono rispetto ai limiti apponibili all'attività informativa ai sensi dell'art. 10, par. 2, CEDU, vada ad incidere sul margine nazionale di apprezzamento dello Stato contraente.

In primo luogo, non è affatto scontato che una legge interna non conforme alla CEDU o, per meglio dire, non collimante con una data interpretazione fornita dalla Corte EDU, comporti la sua illegittimità costituzionale *ex art. 117, c. 1, Cost.*, dal momento che vi potrebbe essere, almeno teoricamente, una disposizione costituzionale inerente ad uno stesso diritto, avente contenuto o diverso o non conforme o superiore, in termini di qualità della garanzia, alla CEDU e alla sua interpretazione giurisprudenziale. Potrebbe essere il caso nel quale il grado di tutela offerto dalla CEDU e dai giudici di Strasburgo sia inferiore a quello proveniente dalla fonte costituzionale interna.

In secondo luogo, il vincolo di cui sopra non opera automaticamente, attraverso l'ap-

---

<sup>21</sup> C. Cost., sent. 49/2015, cit., *cons. dir.* § 4.

<sup>22</sup> C. Cost., 28 novembre 2012, n. 264., *cons. dir.* § 5.4. Cfr. A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale* ("a prima lettura" di C. Cost. n. 264 del 2012), in *Consulta online*, 17 dicembre 2012.

plicazione dell'art. 117, c. 1, Cost., dal momento che è condizionato, affinché possa operare, dalla presenza di un orientamento giurisprudenziale stabile da parte della Corte EDU.

Quindi, la CEDU e, più concretamente l'interpretazione della stessa ad opera della Corte EDU divengono "vincolanti" per l'ordinamento nazionale quando risultino soddisfatte due condizioni:

- 1) che l'interpretazione dei giudici di Strasburgo sia istitutiva di una sfera di tutela del diritto soggettivo più elevata rispetto a quella proveniente dalla disciplina nazionale;
- 2) che la giurisprudenza della Corte EDU su quel diritto sia, per l'appunto, stabile e consolidata<sup>23</sup>.

In altri termini CEDU e Corte EDU rappresentano mezzi, rispettivamente istituzionale e giurisdizionale, di estensione delle stesse garanzie predisposte per i diritti dalla Costituzione.

Rispetto al caso in esame, si tratta di valutare se le interpretazioni che i giudici di Strasburgo utilizzano in ordine al rapporto libertà di informazione-limite e, quindi, libertà di stampa-pena detentiva siano o meno introduttive di tutele, per la libertà di cronaca, più ampie rispetto a quelle desumibili dall'art. 21 Cost., dal quadro costituzionale interno sui diritti letto in prospettiva sistematica e dalla giurisprudenza costituzionale.

Inoltre, bisogna stabilire se sulla liceità della pena detentiva riferita alla diffamazione a mezzo stampa e, pertanto, sulla trama dei rapporti fra tutela della libertà di informazione e diritti-valori limite sui quali si sorregge il ricorso alla pena detentiva, vi sia da parte della Corte EDU una posizione consolidata in merito alla legislazione italiana.

Quest'ultimo aspetto è di notevole rilevanza, dal momento che solo in presenza di un diritto convenzionale consolidato, prodotto dalla giurisprudenza della Corte EDU, i giudici nazionali sono tenuti ad una interpretazione della legge nazionale conforme alla CEDU, laddove, invece, nessun obbligo interpretativo sussiste dinanzi a decisioni giurisprudenziali internazionali non espressive di orientamenti collaudati.

Si potrebbe, altresì, obiettare nel seguente senso: cosa significa posizione consolidata? Si tratta di un orientamento giurisprudenziale consolidato dalla quantità di pronunce emesse sull'argomento oppure si fa riferimento alla qualità delle motivazioni sulle quali la posizione si viene a innestare?

Inoltre, si potrebbe anche discutere se il vincolo derivante dall'orientamento giurisprudenziale consolidato si riferisca prioritariamente ad una data quantità di decisioni della Corte EDU che riguardano specificamente l'ordinamento statale, in questa vicenda l'Italia, al quale sono ascrivibili sul punto prassi, atti e leggi non conformi alla CEDU<sup>24</sup>. Oppure, si può riflettere nel senso di ritenere cogenti anche verso l'ordinamento italiano pronunce della Corte EDU dichiaranti la violazione dell'art. 10 CEDU da parte

---

<sup>23</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 6.

<sup>24</sup> Cfr. R. Conti, *La CEDU assediata? (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 10 aprile 2015; D. Russo, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2, 2015; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2015; G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, *ivi*, 7 dicembre 2015.

di altri Stati.

Secondo il giudice *a quo* vi è omogeneità di tutela della libertà di espressione del pensiero fra Costituzione e CEDU<sup>25</sup>, sebbene il medesimo riconosca come la giurisprudenza della Corte EDU vada «utilizzata quale strumento di ampliamento e di adeguamento del diritto interno, in quanto con essa si riconosce una forma di tutela assai ampia, e certamente più favorevole, del diritto di manifestazione del pensiero»<sup>26</sup>.

Qui l'ordinanza afferma due profili importanti in ordine alla garanzia del diritto come stabilita dalla CEDU: 1) un giudizio deontico secondo il quale la CEDU *deve essere* strumento di ampliamento del diritto costituzionale interno; 2) un giudizio di merito secondo il quale la CEDU, in ordine al diritto di manifestazione del pensiero e al diritto di libertà di stampa, è, in base al diritto vivente, più favorevole rispetto alla formulazione dell'art. 21 Cost. e alla disciplina nazionale dei diritti suddetti.

Rispetto al punto 2 si ricordi che la maggiore ampiezza della protezione dettata dalla CEDU è attestata proprio dal fatto che nello stesso sistema CEDU di protezione dei diritti si «esclude la possibilità di prevedere – anche solo in astratto – l'applicazione di una pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa realizzata dai giornalisti, fatti salvi “i casi eccezionali”»<sup>27</sup>.

La consolidata giurisprudenza della Corte EDU sulla diffamazione a mezzo stampa si basa secondo il giudice *a quo* sui seguenti assunti:

1) la previsione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa costituisce misura illegittima ai sensi dell'art. 10 CEDU, in quanto lesiva del contenuto essenziale del diritto alla libertà di informare, quando è contemplata al di fuori di situazioni eccezionali;

2) quando, infatti, la sanzione detentiva viene predisposta e, eventualmente, applicata al di fuori delle suddette eccezioni, è da considerarsi sproporzionata e non necessaria, in quanto inidonea a perseguire gli interessi per i quali è contemplata (ad. es. tutela dell'onore e della reputazione eventualmente violati dalla diffamazione a mezzo stampa)<sup>28</sup>.

Pertanto, il legislatore nazionale non opera in un campo integralmente caratterizzato dal margine nazionale di apprezzamento.

In altri termini, la legge interna, *rectius* la norma penale, non è abilitata ad individuare in senso pienamente discrezionale le fattispecie ritenute eccezionali e, quindi, suscettibili di venire sanzionate da pene detentive.

Tutt'altro, la legge nazionale e i provvedimenti giurisdizionali applicativi di essa sono sindacabili nel merito dalla Corte EDU in ordine alla ragionevolezza o meno con la quale sono individuate le situazioni eccezionali<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit. 6.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ivi*, 8 ss.

<sup>29</sup> *Ivi*, 7.

## 6. Il rapporto tra libertà di informazione e democrazia

In termini generali, la Corte EDU tende a garantire un'ampia sfera di operatività alla libertà di informazione, intesa quale strumento essenziale di circolazione di notizie aventi rilevanza sociale per i cittadini.

Emerge un quadro giurisprudenziale contrassegnato dal legame stretto informazione-democrazia, dal momento che attraverso l'informazione i cittadini assumono conoscenze su fatti di interesse collettivo, le quali sono, a loro volta, presupposto per la formazione di opinioni aventi ad oggetto i fatti medesimi.

Si deve, tuttavia, ricordare che anche la Corte costituzionale ha colto il legame strategico fra informazione e sistema politico fin dalla sentenza n. 84 del 1969 nella quale si qualificava la libertà di manifestazione del pensiero come «pietra angolare dell'ordine democratico»<sup>30</sup>.

Del resto, l'essenza dell'art. 21 Cost. è nella tutela del bene della massima diffusione alla società dei pensieri, delle informazioni e delle critiche. Da ciò si evince come la libertà di cui all'art. 21 Cost. rappresenti il mezzo principale di partecipazione politico-democratica, mezzo teso, inoltre, a «rendere effettivo il principio pluralistico-confittuale», a «tutelare i presupposti culturali, extra-statali, dello Stato» e a «realizzare la lotta politica disarmata che conduca [...] all'adozione di regole che accolgano i contenuti materiali che sono riusciti – provvisoriamente – a raccogliere il consenso della maggioranza»<sup>31</sup>.

Come la letteratura ha sottolineato, il rapporto fra media e democrazia dà luogo o dovrebbe dare luogo ad una «successione “virtuosa” e “ascendente”»<sup>32</sup>, per la quale «il popolo titolare della sovranità, art. 1, c. 2, Cost., elegge liberamente i rappresentanti che in concreto esercitano la sovranità, dopo che ciascun cittadino si è liberamente informato ed espresso»<sup>33</sup>.

Da tale successione si evince come pressoché tutte le libertà civili, innanzitutto quelle di opinione e di voto, contribuiscano alla formazione del consenso sul quale viene legittimato il potere politico, consenso che, però, è *ex ante* prodotto soprattutto dall'informazione e, in concreto, dall'acquisizione delle conoscenze da parte del corpo politico<sup>34</sup>: «il consenso costituisce [...] la cifra delle libertà civili e politiche e della rap-

<sup>30</sup> C. Cost., 17 aprile 1969, n. 84, *cons. dir.* § 5. Cfr. C. Cost., 19 febbraio 1965, n. 9, secondo cui «la libertà di manifestazione del pensiero è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle anzi che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale. Ne consegue che limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvercano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica».

<sup>31</sup> Così M. Dogliani, I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2017, 213.

<sup>32</sup> Così M. Pedrazza Gorlero, *Saggi per un corso di diritto costituzionale dell'informazione giornalistica*, Padova, 2006, 84.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*. L'Autore sottolinea peraltro che «il compito delle costituzioni moderne è di mantenere la regolarità e la scorrevolezza di questa successione virtuosa».



presentanza democratica»<sup>35</sup>.

Non può esservi libertà del consenso senza libertà di informazione, poiché il consenso è il frutto della diffusione delle notizie.

È un caso nel quale le libertà del *consenso*, che sono in primo luogo le libertà politiche individuali e collettive (di manifestazione del pensiero, di voto, di riunione, di corteo, di associazione ecc.) ma anche i diritti sociali (il diritto alla salute in primo luogo), si esprimono e si concretizzano in quanto, a monte, vi è un'attività informativa che raggiungendo il corpo politico, permette, per l'appunto, che i cittadini esercitino i diritti in modo libero e consapevole: una libertà, quella avente ad oggetto l'informazione, che attiva tutte le altre.

Si comprende, allora, come la libertà di informazione e la libertà di manifestazione del pensiero siano strumenti «nelle mani di coloro che avanzano domande di riconoscimento di pretese che non hanno trovato ancora accoglimento nell'ordinamento giuridico»<sup>36</sup>.

In altri termini, la diffusione delle informazioni e, di conseguenza, l'espressione del pensiero aprono e attivano spazi nei quali può concretizzarsi il dissenso contro le maggioranze contingenti<sup>37</sup> e l'eventuale superamento degli attuali rapporti di forza in funzione di trasformazioni sociali, politiche ed economiche.

La sequenza informazione-conoscenza-opinione innesca poi il controllo che le società politiche democratiche esercitano sul funzionamento dei pubblici poteri.

Pertanto, l'informazione giornalistica può dirsi infrastruttura strategica della democrazia, da qui la visione, fatta propria dalla Corte EDU, della stampa come *watchdog* pubblico del potere<sup>38</sup>.

## **7. La giurisprudenza della Corte EDU nei confronti dell'Italia avente ad oggetto la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa**

La giurisprudenza della Corte EDU sull'Italia offre interessanti spunti di riflessione in ordine ai margini di legittimità delle pene detentive per la diffamazione a mezzo stampa.

Si pensi, *in primis*, alla sentenza *Belpietro c. Italia* del 2013<sup>39</sup> nella quale i giudici della Corte EDU fissano importanti direttive ermeneutiche.

In primo luogo, si afferma che la legge nazionale è tenuta a disciplinare le modalità di esercizio della libertà di cronaca in modo da osservare le seguenti condizioni:

- a) la tutela della dignità, dell'onore e della reputazione dei soggetti attinti dalle notizie;
- b) il divieto di introdurre misure atte a dissuadere i mezzi di informazione dal compito

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> M. Dogliani, I. Massa Pinto, *op. cit.*, 213.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> CEDU, *Sunday Times c. The United Kingdom*, ric. 13166/87 (1991); *von Hannover v. Germany* (No. 2), ricc. 40660/2008 e 60641/2008 (2012).

<sup>39</sup> CEDU, *Belpietro c. Italia*, ric. 43612/10 (2013).

strategico di notiziare costantemente la comunità sui fatti aventi rilevanza sociale e, soprattutto, sulle condotte abusive dei pubblici poteri;

c) la garanzia che sia prestata attenzione alla necessità democratica di proteggere i giornalisti d'inchiesta, i quali, se esposti al rischio di essere assoggettati a sanzioni detentive, potrebbero essere gravemente limitati nell'esercizio di una professione tanto essenziale<sup>40</sup> e disincentivati dallo svolgere un'attività così essenziale dal punto di vista democratico e sociale.

Nella pronuncia i giudici della Corte EDU, richiamando gli orientamenti della decisione *Cumpănă e Mazăre c. Romania*<sup>41</sup>, pongono l'accento sul fatto che la previsione di pene detentive, essendo astrattamente suscettibile di essere 'nociva' per la società nel suo complesso e per la libertà di informazione, in particolare, «fa [...] parte degli elementi da prendere in considerazione in sede di valutazione della proporzionalità – e dunque della giustificazione – delle sanzioni inflitte»<sup>42</sup>.

In ultimo, la Corte EDU profila il perimetro all'interno del quale è legittimato ad operare il margine nazionale di apprezzamento, ove stabilisce che la fissazione e l'applicazione delle pene detentive, per quanto siano competenza, rispettivamente, del legislatore e dei giudici nazionali, per reati commessi nell'esercizio dell'informazione giornalistica, risultano compatibili con l'art. 10 CEDU esclusivamente in circostanze eccezionali che nello specifico sussistono solo se e quando altri diritti fondamentali siano gravemente lesi nel loro contenuto essenziale<sup>43</sup>.

Esempi di circostanze eccezionali, delineate dalla Corte EDU, sono la diffusione di discorsi di odio o di istigazione o di incitazione alla violenza attraverso l'uso della stampa periodica<sup>44</sup>.

Da ciò si evince come la legittimità della pena detentiva secondo i parametri della giurisprudenza convenzionale sia, per l'appunto, una *eccezione assoluta* per il sistema CEDU. Tale considerazione implica quanto segue: la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di informazione giornalistica sono legittime e, di conseguenza, non possono dare luogo alla fissazione da parte delle leggi nazionali e all'applicazione da parte dei giudici di pene detentive, non solo quando attengono a notizie di fatti o ad opinioni accolte dalla maggioranza dei cittadini, ma anche e soprattutto, potremmo dire, quando turbano e/o scioccano le comunità di lettori.

Questo in ragione del fatto che l'informazione giornalistica e la libera circolazione di notizie e opinioni trasmettono alla società importanti contributi di conoscenza su tutto quanto abbia rilevanza sociale<sup>45</sup>: questo, in quanto si ha rilevanza sociale e/o interesse

---

<sup>40</sup> *Ivi*, § 113.

<sup>41</sup> CEDU, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, ric. 33348/96 (2004).

<sup>42</sup> *Ivi*, § 114.

<sup>43</sup> *Ivi*, § 115.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Cfr. CEDU, *Kydonis c. Grecia*, ric. 2444/07 (2009).

<sup>45</sup> G.E. Vigevani, *I diritti della persona e la libertà di manifestazione del pensiero*, in C. Malavenda, C. Melzi d'Eril, G.E. Vigevani (a cura di), *Le regole dei giornalisti. Istruzione per un mestiere pericoloso*, Bologna, 2012, 36, il quale ricorda che l'interesse pubblico «costituisce il parametro che orienta le scelte del legislatore – a volte utilizzato per delineare i confini del lecito, altre richiamato espressamente nel testo delle disposizioni – nonché quelle della giurisprudenza, laddove il Parlamento non abbia creato una regola precisa ad hoc». Cfr. G.E. Vigevani, *Informazione e democrazia*, in M. Cuniberti – E. Lamarque,

pubblico della notizia quando la sua ricezione e conoscenza costituisce «il presupposto del consapevole e ottimale esercizio, da parte dei cittadini, dei diritti civili, politici, economici ed etico-sociali loro spettanti»<sup>46</sup>.

Inoltre, si deve rimarcare un punto assai importante: tale ambito di legittimità del giornalismo prescinde totalmente dall'oggetto dell'informazione che può consistere sia nella descrizione di fatti sia nella elaborazione di opinioni e, quindi, di giudizi di valore. Pertanto, le medesime considerazioni operano per le notizie e per le opinioni, essendo entrambe connotati del giornalismo.

L'indifferenza tra fatti e giudizi ha una ulteriore implicazione: la legittimità del giudizio di valore è indipendente, anche, dalla verità o dalla falsità del fatto sul presupposto del quale viene espressa l'opinione<sup>47</sup>.

La libertà di espressione del pensiero a mezzo stampa, *rectius* la libertà di manifestazione delle opinioni, non potrebbe, allora, essere assoggettata in sé e per sé a pena detentiva, sempre che non si sia di fronte alle circostanze eccezionali prima evocate.

La falsità in tale caso non può essere oggetto di per sé stessa della fissazione della pena detentiva da parte della disciplina legislativa nazionale.

Inoltre, si deve evidenziare che perfino il provvedimento di sospensione condizionale dell'esecuzione della sanzione detentiva è atto configgente con l'art. 10 CEDU, proprio in ragione del fatto che l'infissione stessa della pena detentiva, a prescindere dalle sue concrete modalità di applicazione, produce *in re ipsa* un effetto deterrente notevole e sproporzionato in considerazione del corretto e ragionevole equilibrio fra libertà di informazione e suoi valori limite<sup>48</sup>.

In altre parole, anche il provvedimento di sospensione condizionale della pena detentiva è suscettibile di arrecare concretamente un effetto dissuasivo sul diritto alla libertà di informazione.

Pertanto, si può convenire sul seguente assunto: la Corte EDU tende a considerare illegittima la pena detentiva in sé e per sé per la diffamazione a mezzo stampa a meno che, come evidenziato sopra, non sussistano situazioni eccezionali consistenti nelle gravi violazioni di diritti fondamentali di pari rango, le quali, tuttavia, devono estrinsecarsi in modalità e contenuti altrettanto gravi e 'specifici' come, per l'appunto, «i discorsi d'odio e di istigazione alla violenza»<sup>49</sup>.

Quindi, i giudici nazionali per adeguarsi ai dettami interpretativi dei giudici di Strasburgo dovrebbero effettuare un controllo avente la seguente sequenza: la diffamazione a mezzo stampa ha determinato la violazione grave di diritti fondamentali di pari grado rispetto alla libertà di espressione e di cronaca? Tale violazione si è manifestata in

---

B. Tonoletti, G.E. Vigevani, M.P. Viviani Schlein (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 1 ss.; A. Pace, *La libertà di manifestazione del pensiero come situazione giuridica soggettiva*, in *Art. 21*, cit., 120. Cfr. P. Nuvoletti, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 424 ss.; U. De Siervo, voce *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, 632 ss.; S. Fois, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost.*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 1985, 156 ss.

<sup>46</sup> A. Pace, *La libertà di manifestazione del pensiero come situazione giuridica soggettiva*, cit., 120.

<sup>47</sup> A. Gullo, *Diffamazione e pena detentiva. Riflessioni su Cass. Pen., Sez., 11.12.2013 (13 marzo 2014) n. 12203*, Pres. Marasca, Rel. Lapalorcia, Ric. Strazzacapa, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2014, 8.

<sup>48</sup> CEDU, *Belpietro c. Italia*, cit., § 61.

<sup>49</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 8.

contenuti istiganti alla violenza? O in discorsi di odio? O comunque in manifestazioni gravemente lesive del contenuto essenziale di diritti fondamentali?

Non è allora sufficiente la mera violazione dell'altrui onore o reputazione, affinché la giurisprudenza convenzionale qualifichi come legittima la pena detentiva.

È, comunque, opportuno un chiarimento sui margini di intervento che sono consentiti dalla Corte EDU.

In questo senso risulta ancora paradigmatica la pronuncia *Belpietro c. Italia*.

Ad esempio, quando è in gioco la responsabilità del Direttore responsabile di un quotidiano secondo la disposizione dell'art. 57 c.p.<sup>50</sup>, fuoriesce dagli ambiti di controllo della Corte EDU la valutazione *in sé e per sé* della disposizione di cui sopra.

In altre parole, la Corte afferma che la legge nazionale è pienamente autorizzata a stabilire che «il direttore di un giornale» sia «responsabile del modo in cui un articolo viene presentato e dell'importanza che ad esso viene attribuita nella pubblicazione»<sup>51</sup>.

Ciò implica che i giudici di Strasburgo nell'ambito del loro giudizio possano ritenere conforme all'art. 10 CEDU le sentenze dei giudici nazionali secondo le quali il contenuto e la modalità di presentazione grafica di un articolo, traducendosi in una lesione della reputazione altrui, determinano le conseguenze sfavorevoli previste dall'ordinamento nazionale e per l'articolaista e per il Direttore responsabile<sup>52</sup>.

Lo spazio nel quale la giurisdizione della Corte EDU si muove è, invece, solo quello relativo alla valutazione circa la natura e l'entità della sanzione, perché solo ed esclusivamente su dette condizioni opera il controllo di proporzionalità sulle ingerenze nel diritto alla libertà di cronaca<sup>53</sup>: il controllo di convenzionalità, quindi, non inerisce alla qualificazione giuridica del fatto (diffamazione o meno), bensì all'entità pratica delle conseguenze sfavorevoli conseguenti all'accertamento giudiziale del fatto.

In base a ciò, la Corte EDU ha sancito che il mancato o incompleto controllo sul contenuto della pubblicazione non costituisca una condotta di eccezionale gravità tale da giustificare, in termini di necessità e di proporzionalità, il ricorso alla pena detentiva<sup>54</sup>.

La sentenza *Sallusti c. Italia*<sup>55</sup> del 2019, per quanto faccia riferimento ad un caso concreto peculiare, avendo il ricorrente subito una condanna penale a 14 mesi<sup>56</sup>, per essere

---

<sup>50</sup> CEDU, *Belpietro c. Italia*, cit., § 59. L'art. 57 c.p. prevede che «salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati [528, 565, 596bis, 683, 684, 685], è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo».

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ivi*, § 61: «nella fattispecie, oltre alla riparazione dei danni (per un importo totale di 110.000 EUR), il ricorrente è stato condannato a quattro mesi di reclusione [...] Benché sia stata applicata la sospensione condizionale dell'esecuzione di tale sanzione, la Corte considera che il fatto di infliggere una pena detentiva abbia potuto avere un effetto deterrente notevole. Peraltro, il caso di specie, avendo ad oggetto un mancato controllo nell'ambito di una diffamazione, non era caratterizzato da alcuna circostanza eccezionale che giustificasse il ricorso a una sanzione così severa».

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> CEDU, *Sallusti c. Italia*, ric. 22350/13 (2019).

<sup>56</sup> Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 949, CED 253753.

stato ritenuto responsabile di diffamazione a mezzo stampa nei confronti di un magistrato<sup>57</sup>, e trascorso 21 giorni agli arresti domiciliari, si attesta sempre sulle posizioni prima richiamate.

Infatti, la commutazione della pena detentiva in ammenda in forza dell'intervento del Presidente della Repubblica, non estinguendo la condanna alla sanzione detentiva, non esonera la Corte EDU dallo svolgere un controllo di convenzionalità sull'entità della sanzione comminata.

Il controllo si esercita in base al criterio della «necessità in una società democratica» che impone che l'ingerenza nella libertà di informazione sia da ritenere legittima solo ove operino i seguenti presupposti: *a)* la presenza di una pressante esigenza sociale; *b)* il fatto che «i motivi addotti dalle autorità nazionali» siano «pertinenti e sufficienti»; *c)* la valutazione in ordine al fatto che la sanzione inflitta sia «proporzionata al fine legittimo perseguito»<sup>58</sup>; *d)* la considerazione secondo la quale la lesione degli altrui diritti prodotta dalla pubblicazione sia, come esposto, di eccezionale gravità o, per meglio dire, che le modalità di diffusione e i contenuti della pubblicazione siano di eccezionale gravità. Stante la carenza di quest'ultima circostanza i giudici di Strasburgo convengono sul fatto che la sanzione detentiva configge con l'art. 10 CEDU, essendo sproporzionata e non necessaria<sup>59</sup>.

Del resto, è la non eccezionalità della fattispecie concreta, *rectius* dei contenuti della pubblicazione, ad essere assorbente rispetto agli altri criteri menzionati: se, quindi, la pubblicazione non contiene discorsi di odio e/o di istigazione alla violenza, l'applicazione della pena detentiva risulterà non necessaria e sproporzionata e, di conseguenza, contraria alla CEDU.

Si deve, poi, ricordare come la Corte EDU evochi un argomento che, lungi dal partecipare alla formazione della *ratio decidendi*, assume, comunque, una funzione interpretativa *ad adiuvandum* rispetto alla motivazione complessiva.

Si tratta di un argomento ascrivibile alle proposte aventi ad oggetto le strategie di politica criminale nazionale.

Infatti, la Corte EDU «rileva le recenti iniziative legislative da parte delle autorità italiane finalizzate, in linea con le recenti pronunce della Corte contro l'Italia, a limitare il ricorso a sanzioni penali per il reato di diffamazione, e a introdurre un'importante misura positiva, ovvero l'abolizione della pena della reclusione per il reato di diffamazione»<sup>60</sup>, iniziative che denoterebbero, secondo l'avviso dei giudici, la volontà dell'ordinamento interno di attivare una discussione politica per l'espunzione della pena detentiva

---

<sup>57</sup> Alessandro Sallusti, all'epoca dei fatti Direttore di *Libero*, più precisamente, è stato ritenuto responsabile per *culpa in vigilando* rispetto ad un articolo anonimo pubblicato sulla testata da lui diretta e, soprattutto per concorso nel reato di diffamazione a mezzo stampa avendo egli approvato e modificato il testo dell'articolo oggetto di contestazione.

<sup>58</sup> CEDU, *Sallusti c. Italia*, cit., § 52.

<sup>59</sup> *Ivi*, § 59: «Although sentencing is in principle a matter for the national courts, the Court considers the imposition of a custodial sentence for a mediarelated offence, albeit suspended, compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention can only be in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence (see, *Cumpăna and Mazăre v. Romania*, [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI)».

<sup>60</sup> *Ibidem*.

dalle misure sanzionatorie previste per la diffamazione a mezzo stampa.

## **8. La relazione fra parametri di illegittimità costituzionale: l'art. 21 Cost. e l'art. 10 CEDU sono realmente speculari?**

In merito poi alla relazione fra i due parametri di costituzionalità invocati, art. 21 Cost. e art. 10 CEDU, l'ordinanza del giudice *a quo* opera una serie di considerazioni sulle quali è opportuno soffermarsi.

Innanzitutto, si parla di una specularità fra le due norme parametro che, pertanto, avrebbero contenuti e tutele omogenei<sup>61</sup>.

In ordine al suddetto punto è necessario osservare come, dal punto di vista formale-letterale, in realtà vi sia una differenza fra le due garanzie.

L'art. 10 CEDU, infatti, prevede limiti specifici ed espressi della libertà di espressione del pensiero che nell'ordinamento costituzionale italiano non solo non sono previsti ma, addirittura, sarebbero inammissibili anche come limiti impliciti.

Si pensi al par. 2 dell'art. 10 CEDU, il quale prevede che l'esercizio delle libertà di opinione, di ricevere o di comunicare informazioni senza ingerenza da parte delle autorità pubbliche possa essere oggetto da parte della legge nazionale delle restrizioni necessarie in una società democratica per i seguenti motivi: «per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

Se si eccettuano la protezione della salute, la tutela della reputazione e i limiti a garanzia dell'esercizio della funzione giurisdizionale, tutte le altre circostanze indicate dalla CEDU non sono nell'ordinamento costituzionale italiano configurate come limitazioni legittime del diritto di cronaca.

Ad esempio, si evochi l'ordine pubblico che per la CEDU è limite legittimo del diritto di cronaca e, che invece, per la Costituzione italiana non rileva<sup>62</sup> stante l'assenza, in

---

<sup>61</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 10: «il nostro ordinamento interno prevede una disposizione analoga all'art. 10 CEDU, in particolare, l'art. 21 Cost., che, al pari della disposizione convenzionale, garantisce un ruolo primario ed essenziale nella vita democratica del paese alla libertà di manifestazione del pensiero, in tutte le sue forme, quindi anche in quella giornalistica, tanto è vero che, al secondo comma, la disposizione costituzionale tutela espressamente anche la libertà di stampa».

<sup>62</sup> Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Padova, 1984, 43, il quale osservava, alla luce dei principi di imperatività e di tassatività delle norme costituzionali che assicurano la tutela delle libertà, come «l'ordine pubblici» delimiti «de libertà nelle quali, sia pure perifrasticamente, esso è richiamato; né può ritenersi esistente una “clausola generale” di ordine pubblico; né giova l'aggiunta dell'aggettivo “costituzionale”, proprio ed anzitutto per il fatto che lo stesso testo costituzionale non ne fa menzione (del tutto bizzarro è questo “battesimo” nella vasca della costituzione di un essere scacciato dalla stessa!). Esso è in sostanza una mera “nozione di comodo”, che può indicare riassuntivamente i casi in cui la costituzione pone limiti *particolari* a *singole* libertà: che sono poi quelli che figurano nell'art. 17 (pacificità e non presenza di armi nelle riunioni) nell'art. 18 II co. (illiceità delle associazioni militari e paramilitari) e nell'art. 21 III co. (sequestro della stampa clandestina). Altrimenti [...] tale “riflesso immanente dell'ordinamento giuridico” diverrebbe, con l'introduzione di “rottture” al sistema delle libertà, una “ragione potenziale di rottura del principio di legalità”».

Costituzione, di una clausola generale «avente un effetto paralizzante della componente garantistica dei diritti fondamentali, basata sulla prevalenza “assoluta” di un valore sociale di rango più alto»<sup>63</sup>.

*Eadem res* per la sicurezza pubblica, la quale «costituisce un limite alle libertà solo laddove sia richiamata» espressamente «dalla Costituzione»<sup>64</sup>.

Anzi, si potrebbe dire, sempre in ordine alla formulazione letterale della norma, che l'art. 21 Cost. prevede una più ampia tutela della libertà di manifestazione del pensiero a mezzo stampa, rispetto all'art. 10 CEDU, non prevedendo tutte quelle limitazioni che, al contrario, quest'ultimo appone in via formale.

Si evidenzia, infatti, che l'unico limite specifico ed espresso che l'art. 21, c. 6, Cost., istituisce per le pubblicazioni a stampa è rappresentato dal buon costume.

Il buon costume, come la letteratura ha puntualizzato, è stato introdotto dai costituenti proprio come bene collettivo non «contaminabile dalle istanze politiche» e, soprattutto, al fine di impedire che il diritto di manifestare il pensiero attraverso la stampa fosse subordinato «alle ragioni di conservazione del potere»<sup>65</sup>.

Il buon costume *ex* art. 21, c. 6, Cost. è a presidio solamente della «protezione della sensibilità collettiva»<sup>66</sup>, in quanto dal suddetto concetto viene espunto «qualsiasi riferimento all'ordine pubblico, inteso come clausola diretta al mantenimento della pace sociale e alla prevenzione dei reati»<sup>67</sup>.

In questo si ravvisa una consistente differenza, proprio rispetto all'individuazione dei beni-limite del diritto di libertà, fra Costituzione e CEDU.

Quindi, è l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 10 CEDU ad opera dei giudici di Strasburgo, interpretazione molto garantistica per il diritto alla libertà di informare, come abbiamo appurato, l'elemento principale che funge da parametro e da punto di riferimento nei rapporti con l'art. 21 Cost.

Poi il giudice *a quo* si concentra sul sistema costituzionale interno dei diritti, affermando che nell'ordinamento nazionale non sarebbero ricavabili «valori e/o principi costituzionali superiori che assumano, in via generale, prevalenza assoluta rispetto al diritto di cui all'art. 21 Cost. e, quindi, anche rispetto al fondamentale diritto convenzionale di cui all'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo»<sup>68</sup>.

È opportuno soffermarsi sul senso da attribuire al concetto di «prevalenza assoluta» nell'ordinamento costituzionale di un diritto, principio o valore sugli altri diritti, principi o valori.

La Costituzione, quando tratta la tutela dei diritti, non edifica un sistema per il quale vi è «un interesse così rilevante per la società e il suo ordinamento costituzionale da giustificare comunque e sempre»<sup>69</sup>, in via formale e astratta, il *sacrificio* imposto ad altri interessi e/o diritti.

<sup>63</sup> *Ivi*, 44.

<sup>64</sup> *Ivi*, 45.

<sup>65</sup> M. Manetti, *op. cit.*, 232.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ivi*, 209.

<sup>68</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 10.

<sup>69</sup> Così R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 39.

La letteratura rifiuta astratte e predefinite gerarchie fra diritti e perviene a sostenere che «come l'ombrello garantisce la massima protezione al capo di chi lo impugna, così la norma costituzionale protegge in massima misura il “bene” pensando al quale è stata scritta. Man mano ci si allontani da quel centro, la protezione si indebolisce e subisce i compromessi che derivano dalla necessità di proteggere altre situazioni: situazioni che possono essere dovute all'esigenza di tutelare altri diritti così come dalla necessità di tener conto di altri interessi»<sup>70</sup>.

Pertanto, non si può ricavare dalla Costituzione una supremazia gerarchica prestabilita della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di informazione su altri diritti. Inoltre, la giurisprudenza costituzionale smentisce l'assunto incidentalmente operato dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione degli atti.

Infatti, i giudici costituzionali più volte hanno puntualizzato come «l'interesse protetto dall'art. 21 della Costituzione» non debba ritenersi «in astratto superiore» ad altri<sup>71</sup>.

Gli eventuali conflitti fra interessi/diritti costituzionali devono essere ponderati dal legislatore, il quale nella sua discrezionalità è tenuto alla realizzazione della ragionevole ed equilibrata composizione dei diritti<sup>72</sup>

Sono poi il caso concreto e le sue esigenze regolative il campo sul quale opera il giudizio di bilanciamento fra diritti confliggenti.

Sono le concrete modalità di esercizio dei diritti l'asse attorno al quale si compie la valutazione se vi sia stata o meno violazione di un diritto.

Rispetto al caso di specie sono, in particolare, la non necessità e la sproporzionalità del ricorso alla pena detentiva il fattore che porta a riscontrare una violazione casistica della libertà di espressione.

Infatti, la giurisprudenza della Corte EDU sull'argomento potrebbe essere declinata nel seguente senso: la disposizione di cui all'art. 13, l. 8 febbraio 1948, n. 47, che sanziona con la pena detentiva – unitamente alla pena pecuniaria – le condotte diffamatorie, consistenti nella descrizione e nell'attribuzione di fatti determinati, è da ritenersi conforme all'art. 10 CEDU solo quando le condotte diffamatorie a mezzo stampa attengono ai casi eccezionali esposti nella trattazione.

Pertanto, si prospetta l'ipotesi di una violazione sistemica della CEDU ad opera non di un'applicazione concreta di una legge, bensì di una legge nazionale.

## **9. Il conflitto tra Corte di Cassazione e Corte EDU sulla vicenda Sallusti: due diversi modi di intendere “le situazioni eccezionali” che possono giustificare il ricorso alla pena detentiva**

È evidente che la Corte EDU, non potendo integrare la norma nazionale incriminatrice, pone alle autorità dell'ordinamento giuridico nazionale, *in primis* il potere legislativo,

---

<sup>70</sup> *Ivi*, 43.

<sup>71</sup> C. Cost., 28 gennaio 1981, n. 1, *cons. dir.* § 6. Cfr. anche sentt. 14 aprile 1965, n. 14 e 10 marzo 1966, n. 18.

<sup>72</sup> C. Cost., sent. 1/1981, cit., *cons. dir.* § 6.



un problema giuridico: la violazione da parte dell'art. 13 summenzionato della CEDU, perché tale articolo giustifica prassi, atti e sentenze anticonvenzionali.

Si registra, comunque, una discrasia in ordine alla legittimità della pena detentiva tra sistema CEDU di tutela dei diritti e ordinamento giuridico interno.

Si tratta, più precisamente, di un conflitto giurisprudenziale fra giurisdizioni, da un lato, la Corte EDU, dall'altro, la Corte di Cassazione.

Proprio la vicenda giudiziaria *Sallusti* è stata un terreno di contrasto. Infatti, la Corte di Cassazione<sup>73</sup> in ordine al suddetto caso ha adottato tecniche argomentative e di bilanciamento assai differenti rispetto a quelle impiegate dai giudici di Strasburgo.

In sintesi, i giudici di legittimità, in adesione ad una giurisprudenza consolidata nel nostro ordinamento, hanno posto l'accento sulle seguenti circostanze: 1) la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di cronaca, riconosciute a livello nazionale dall'art. 21 Cost. e a livello internazionale regionale dall'art. 10 CEDU, hanno un limite costituzionale legittimo nella protezione dell'onore e della reputazione individuale, beni-diritti questi ultimi costituzionalmente garantiti ai sensi degli artt. 2 e 3, c. 1, e convenzionalmente protetti dall'art. 8 CEDU, secondo criteri e condizioni frutto delle interpretazioni giurisprudenziali interne e internazionali; 2) gli articoli sui quali si è affermata la responsabilità penale di Sallusti sono da ritenersi, secondo l'avviso dei giudici nazionali, gravemente lesivi della reputazione altrui<sup>74</sup>; 3) la consapevolezza della falsità della notizia pubblicata negli articoli non può fare venire in rilievo la scriminante, ai sensi dell'art. 51 c.p. del diritto di manifestazione del pensiero, neppure in forma putativa.

In ordine poi alla legittimità della pena detentiva la Corte di Cassazione ha assunto una posizione integralmente confliggente con la giurisprudenza della Corte EDU, in quanto ha sostenuto che il ricorso alla pena detentiva sia stato legittimamente motivato, trattandosi di ipotesi, per gravità, eccezionali consistenti in condotte lesive di diritti fondamentali.

In particolare, l'eccezionalità dei fatti atterrebbe, in termini di gravità, al pregiudizio ca-

---

<sup>73</sup> Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, CED 253753.

<sup>74</sup> Si tratta di due articoli oggetto di imputazione, pubblicati su *Liberò* il 18 febbraio 2012, che violavano gravemente la reputazione di un giudice tutelare, il quale veniva falsamente accusato di avere obbligato una minore ad abortire, e dunque di un fatto costitutivo di reato ai sensi dell'art. 18 l. 194/1978. Si deve ricordare che il giorno precedente alla pubblicazione dei due articoli l'ANSA e numerose testate giornalistiche avevano già provveduto a ricostruire il fatto, smentendo così la notizia della costrizione della minore ad abortire. Si deve poi evidenziare che il direttore di *Liberò* Alessandro Sallusti deve ritenersi responsabile non già per omesso impedimento della pubblicazione diffamatoria, bensì come concorrente, ex artt. 110 e 595 c.p., nel delitto di diffamazione commesso dall'autore dell'articolo "*La vita cancellata in nome della legge*", pubblicato all'interno del quotidiano e firmato con lo pseudonimo *Dreyfus* in una pagina nella quale compariva l'immagine di "*sei splendidi neonati*". L'interpretazione suddetta è basata sul consolidato orientamento interpretativo secondo il quale la pubblicazione di un articolo diffamatorio anonimo (o comunque scritto sotto pseudonimo) è attribuibile, a titolo di concorso, a chi con consapevolezza e volontà ha deciso di permettere la pubblicazione dell'articolo. Inoltre, la sentenza afferma la responsabilità di Alessandro Sallusti anche per avere omesso nella propria qualità di direttore, ex art. 57 c.p., il controllo necessario ad impedire che per mezzo della pubblicazione venissero consumati reati. Inoltre, il titolo ("*Costretta ad abortire da genitori e giudice*") non va ritenuto come opera del giornalista autore dell'articolo, in quanto è l'effetto di una scelta redazionale, nella quale il direttore è coinvolto nel quadro della fattispecie dell'omesso controllo.

gionato dalla pubblicazione ad un giudice tutelare, ai genitori di una ragazza minore e alla sfera giuridica di quest'ultima<sup>75</sup>. La Corte di Cassazione, infatti, nel giustificare la propria decisione fa riferimento proprio a quelle interferenze legittime della libertà di espressione del pensiero contemplate dall'art. 10, par. 2, CEDU, interferenze che nel caso di specie vanno applicate: la protezione della reputazione altrui, il divieto di divulgare informazioni riservate e le restrizioni, previste dagli ordinamenti nazionali, necessarie ad assicurare l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario<sup>76</sup>. Del resto, persino la non concessione della sospensione condizionale della pena detentiva, oggetto di censura da parte dei giudici di Strasburgo, è ritenuta congruente dalla Corte di Cassazione, per due ragioni: 1) il fatto che non sia prospettabile una prognosi positiva relativamente ai comportamenti futuri della persona condannata; 2) il fatto che il soggetto condannato sia stato già precedentemente condannato per diffamazione a mezzo stampa<sup>77</sup>.

L'interpretazione sul punto fornita dalla Corte di Cassazione italiana può essere così sintetizzata: 1) l'applicazione della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa consistente nell'attribuzione di fatti determinati è costituzionalmente e convenzionalmente legittima, qualora la diffusione di una pubblicazione arrechi la violazione dei diritti altrui della personalità; 2) per la CEDU la pena detentiva sarebbe legittima quando la pubblicazione leda uno qualsiasi dei limiti che l'art. 10 della medesima appone alla libertà di espressione del pensiero e di informazione; 3) la conseguenza di tale visione è che il margine nazionale di apprezzamento circa il potere di stabilire pene detentive in capo allo Stato è fortemente dilatato; 4) non è possibile circoscrivere il ricorso alla pena detentiva alle sole ipotesi eccezionali previste dalla Corte EDU, in ragione del fatto che il margine statale di apprezzamento ben potrebbe sancire che molte altre circostanze siano da ascrivere ai casi di eccezionale gravità.

Potremmo allora dire che la Corte EDU e la Corte di Cassazione configgono sulle modalità di interpretazione e di applicazione delle clausole di limitazione della libertà ai sensi dell'art. 10 CEDU.

Vi è allora un conflitto fra due giurisdizioni, ascrivibili a sistemi giuridici diversi, in ordine alla lettura di una fonte: la CEDU.

Per la Corte di Cassazione il caso *Sallusti* rappresenta una vicenda nella quale sussistendo i limiti di cui all'art. 10, par. 2, CEDU, sia la pena detentiva, sia la non concessione della sospensione condizionale della pena sono misure concrete legittimamente volte a contrastare condotte di eccezionale gravità.

Al contrario, la Corte EDU, limitando le condotte di eccezionale gravità ai discorsi di

---

<sup>75</sup> Cass. pen., sez. V, sent. 41249/2012, cit.

<sup>76</sup> *Ibidem*. I giudici di legittimità poi (§ 25) affermano quanto segue: «la giurisprudenza interna di legittimità e di merito e quella della Corte di Strasburgo concordano nel ritenere che la libertà di opinione, nella dimensione del diritto di informazione, pur in presenza di ampia tutela costituzionale, non può travalicare lo scopo di informazione della collettività e tradursi in una divulgazione – indipendente dalla legalità – di notizie non vere o tendenzialmente rappresentate, limitando così i diritti della persona, costituenti patrimonio morale di ogni essere umano. Nel caso di offesa ingiustificata a un magistrato, viene inoltre affievolita la fiducia della collettività, che deve costituire schermo e incentivo a un corretto svolgimento di una fondamentale funzione nello Stato di diritto».

<sup>77</sup> Cass. pen., sez. V, sent. 41249/2012, cit.

odio e all'istigazione alla violenza, non ritiene legittime le misure di cui sopra in quanto eccedenti rispetto alle fattispecie meritevoli di pena detentiva.

Sul punto, l'ordinanza del giudice *a quo* compie, tuttavia, una riflessione di natura intersistemica di rilievo.

L'orientamento della Corte di Cassazione non può essere preso in considerazione in qualità di «parametro di interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente»<sup>78</sup> orientato, dal momento che la Corte «si è poi rivelata, *a posteriori*, contraria all'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte EDU in materia, che [...] non ha [...] riconosciuto la sussistenza di alcuna "ipotesi eccezionale"»<sup>79</sup>.

Si potrebbe sintetizzare così: la Corte EDU considera necessaria e proporzionata la pena detentiva in ipotesi eccezionali, da essa tassativamente stabilite; la Corte di Cassazione no, perché mira ad estendere l'operatività delle ipotesi eccezionali. Pertanto, la Cassazione sul punto non può fungere da parametro di interpretazione in quanto introduttiva di orientamenti giurisprudenziali non conformi a quelli consolidati della Corte EDU e, di conseguenza, non conformi, neppure, alla Costituzione, stante il filtro di cui all'art. 117, c. 1.

Inoltre, la posizione della Corte di Cassazione non potrebbe neppure essere, nel rapporto con la CEDU, ancorata all'art. 21 Cost., perché se così fosse si dovrebbe dimostrare che l'interpretazione dei giudici di Strasburgo dell'art. 10 CEDU sarebbe incompatibile con la norma costituzionale, l'art. 21 per l'appunto, sul diritto di manifestazione del pensiero, orientamento che i giudici nazionali di legittimità non hanno fatto proprio.

Oppure, si dovrebbe dimostrare che l'interpretazione della Corte EDU in merito all'art. 10 CEDU, se trasposta nell'ordinamento nazionale, determinerebbe una riduzione della sfera di tutela del diritto limitato dalla libertà di informazione: la reputazione.

Se così fosse, si dovrebbe convenire sul fatto che l'applicazione della pena detentiva deve essere salvaguardata come strumento essenziale per tutelare il diritto alla reputazione aggredito da pubblicazioni a mezzo stampa.

I giudici interni, infatti, in base al ruolo che nel sistema delle fonti è conferito alla legge di autorizzazione alla ratifica della CEDU, così come interpretata dalla Corte EDU, possono non adeguarsi alla giurisprudenza di quest'ultima, se dimostrino che quest'ultima non è compatibile con la Costituzione e, quindi, produca una compressione delle garanzie costituzionali nazionali.

Si osservi che tale situazione non si configura con la giurisprudenza internazionale fino a qui indagata che ha accertato la violazione della CEDU per l'applicazione della pena detentiva.

Infatti, il divieto di ricorso alla sanzione penale detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, fatti salvi casi eccezionali, non lede la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di cronaca come non è suscettibile di ledere il diritto al rispetto dell'onore e della reputazione, la cui violazione può essere ben dichiarata ricorrendo ad altre tipologie di sanzioni.

Si potrebbe allora dire quanto segue: l'interpretazione consolidata della Corte EDU,

---

<sup>78</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 12.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

da un lato, parrebbe allargare l'ambito di garanzia della libertà di cronaca, attraverso il 'monito' trasmesso all'ordinamento giuridico nazionale (sgravando la garanzia della libertà di cronaca da una sanzione eccessivamente affittiva della libertà personale), dall'altro, non confligge con la tutela dei diritti che possono essere aggrediti dal diritto di informare, dal momento che sussistono altre sanzioni atte a ripristinare la tutela della reputazione altrui.

Inoltre, il giudice *a quo* richiama, *ad abundantiam*, i contenuti del parere n. 715/2013 della Commissione di Venezia «sulla legislazione italiana in materia di diffamazione» in ordine ai progetti di legge sul punto i quali prevedevano «la limitazione del ricorso a disposizioni penali, l'abolizione della reclusione quale possibile pena e un importo massimo per le sanzioni pecuniarie» misure volte a modificare l'art. 595 c.p.

Sui tali proposte la Commissione di Venezia, ai cui argomenti aderisce il giudice *a quo*<sup>80</sup>, conclude che malgrado anche le sanzioni pecuniarie di importo elevato costituiscono «una minaccia avente un effetto dissuasivo quasi pari alla reclusione» le suddette proposte rappresentano, pur sempre, «un notevole miglioramento, in conformità agli inviti del Consiglio d'Europa a sanzioni più miti per il reato di diffamazione».

Come noto, le modificazioni profilate dai progetti di legge, depositati in Parlamento, non sono entrate in vigore, permanendo l'impianto sanzionatorio oggetto delle presenti riflessioni<sup>81</sup>.

L'inerzia, pertanto, del potere legislativo italiano rende la violazione a carico dello Stato italiano dell'art. 10 CEDU un fatto sistemico riconducibile, per l'appunto, al contenuto della legislazione nazionale.

---

<sup>80</sup> *Ivi*, 10 ss.

<sup>81</sup> Si pensi al disegno di legge d'iniziativa del deputato On. Costa, approvato dalla Camera dei deputati il 17 ottobre 2013, modificato dal Senato della Repubblica il 29 ottobre 2014 e nuovamente modificato dalla Camera dei deputati il 24 giugno 2015. Il disegno di legge interveniva sia sull'art. 595 c.p. sia sull'art. 13, della l. 47/1948. La proposta di modificazione dell'art. 595 c.p. era la seguente: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 594, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la multa da euro 3.000 a euro 10.000. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della multa fino a euro 15.000. Se l'offesa è arrecata con un qualsiasi mezzo di pubblicità, in via telematica ovvero in atto pubblico, la pena è aumentata della metà». La proposta di modificazione dell'art. 13, l. 47/1948 era la seguente: «- 1. Nel caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, di testate giornalisti-*che on line* registrate ai sensi dell'articolo 5 o della radiotelevisione, si applica la pena della multa da 5.000 euro a 10.000 euro. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità, si applica la pena della multa da 10.000 euro a 50.000 euro. 2. Alla condanna per il delitto di cui al comma 1 consegue la pena accessoria della pubblicazione della sentenza nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale e, nell'ipotesi di cui all'articolo 99, secondo comma, numero 1), del medesimo codice, la pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da un mese a sei mesi. 3. Le stesse pene di cui al comma 1 si applicano anche al direttore o al vicedirettore responsabile del quotidiano, del periodico o della testata giornalistica, radiofonica o tele-visiva o della testata giornalistica *on line* registrata ai sensi dell'articolo 5 che, a seguito di richiesta dell'autore della pubblicazione, abbia rifiutato di pubblicare le dichiarazioni o le rettifiche secondo le modalità definite dall'articolo 8. 4. L'autore dell'offesa nonché il direttore responsabile della testata giornalistica, anche *on line*, registrata ai sensi dell'articolo 5 della presente legge o della testata radiofonica o televisiva e i soggetti di cui all'articolo 57-*bis* del codice penale non sono punibili se, con le modalità previste dall'articolo 8 della presente legge, anche spontaneamente, siano state pubblicate o diffuse dichiarazioni o rettifiche. L'autore dell'offesa è, altresì, non punibile quando abbia chiesto, a norma dell'ottavo comma dell'articolo 8, la pubblicazione della smentita o della rettifica richiesta dalla parte offesa ed essa sia stata rifiutata».

## 10. Le considerazioni del giudice *a quo* in ordine alla costituzionalità dell'art. 595, c. 3, c.p.

Tutte le considerazioni sull'incostituzionalità della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa operate per l'art. 13, l. 47/1948 sono dal giudice *a quo* integralmente estese anche all'art. 595, c. 3, c.p., dal momento che il richiamo alla pena detentiva come alternativa alla pena pecuniaria (art. 13 della legge stampa) o come congiunta (art. 595, c. 3, c.p.) non giustificerebbe alcuna differenziazione normativa di trattamento.

Ciò perché secondo l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale «a prescindere dalla scelta di voler irrogare la sanzione pecuniaria piuttosto che la pena detentiva, rimessa alla discrezionalità del singolo giudice, tenuto conto di tutte le contingenze del caso di specie e bilanciate tutte le circostanze (aggravanti ed attenuanti) eventualmente ritenute sussistenti, è [...] la stessa previsione astratta di una pena detentiva – quindi la commutazione legislativa della stessa – ad essere eccessivamente limitativa del fondamentale diritto di manifestazione del pensiero, come tale in evidente violazione degli artt. 10 CEDU e 21 Cost.»<sup>82</sup>.

Si deve sottolineare che anche l'entità della sanzione pecuniaria, qualora diventi per l'ordinamento giuridico nazionale l'unica conseguenza sfavorevole derivante dalla diffamazione a mezzo stampa, potrà pur sempre essere oggetto da parte della Corte di Strasburgo dei giudizi di necessità e di proporzionalità ai sensi dell'art.10 CEDU.

L'entità della sanzione pecuniaria può, infatti, costituire un'ingerenza illegittima nella libertà di espressione del pensiero e nella libertà di informazione e produrre quell'effetto dissuasivo sulla libertà di informare dei cronisti e sulla libertà dei cittadini di non essere impediti legalmente dal ricevere notizie, tale da conculcare il contenuto essenziale del diritto di cui all'art. 10 CEDU e all'art. 21 Cost.

I criteri di necessità e di proporzionalità sono, infatti, frequentemente utilizzati dalla Corte EDU anche per valutare la convenzionalità delle sanzioni pecuniarie comminate dai giudici nazionali e contemplate dalle leggi dello Stato<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, cit., 13.

<sup>83</sup> CEDU, *Riolo c. Italia*, ric. 42211/07 (2008), § 71, secondo la quale l'importo dei danni morali e del risarcimento deve, in primo luogo, non alterare il giusto equilibrio richiesto in materia. Inoltre, un criterio fattuale del quale è necessario sempre tenere conto è rappresentato dalla situazione finanziaria del soggetto ricorrente. I fattori evidenziali devono essere valutati al fine di rispondere al quesito seguente: l'entità della sanzione pecuniaria è tale da dissuadere il ricorrente dall'esercitare l'attività informativa sui temi di interesse sociale? Il che può venire declinato nel seguente senso: l'ingerenza nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione è necessaria, riferendosi all'entità della sanzione pecuniaria in una società democratica? I mezzi impiegati sono sproporzionati rispetto al fine perseguito consistente nella tutela della reputazione e dei diritti della personalità altrui? Cfr. anche CEDU, *Steel e Morris c. Regno Unito*, ric. 68416/01 (2005), §§ 96-97; *Ormanni c. Italia*, ric. 30278/04 (2007), § 76.

## 11. La l. 47/1948 come tentativo di istituire un coordinamento costituzionalmente orientato fra diritti confliggenti: riflessioni sul pensiero di Guido Gonella

La materia sulla quale la Corte costituzionale si pronuncerà è complessa, dal momento che coinvolge il dato costituzionale nazionale implementato dalle acquisizioni giurisprudenziali internazionali.

A livello pre-giuridico, forse, a molti pare oggi non condivisibile che un esercizio non continentale della libertà di cronaca che culmini nella lesione di altrui diritti possa dare luogo a sanzioni penali detentive.

Tale concezione tende a ritenere *in re ipsa* intrinsecamente irragionevole, non necessaria e sproporzionata l'applicazione della pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa.

Si deve, allora, ricordare che la legge sulla stampa, n. 47/1948, oggetto di questione di legittimità costituzionale, è fondata sulla XVII disposizione transitoria e finale, la quale al c. 1 prevede che «l'Assemblea Costituente sarà convocata dal Suo Presidente per deliberare, entro il 31 gennaio 1948, sulla legge per l'elezione del Senato della Repubblica, sugli statuti regionali speciali e *sulla legge sulla stampa*».

Pertanto, fu l'Assemblea Costituente la sede dell'approvazione della l. 47/1948 e, quindi, delle previsioni concernenti la pena detentiva da uno a sei anni per la diffamazione a mezzo stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, l'obbligo di pubblicazione della relativa sentenza e l'introduzione dell'istituto della rettifica.

Il sistema del rapporto fra diritti così costruito da una legge ordinaria approvata dall'Assemblea Costituente è improntato «a tutelare in ogni modo la libertà di manifestazione del pensiero, creando però un equilibrio fra questa e i diritti della persona, che hanno il medesimo rango costituzionale» secondo l'assunto per il quale «non si può ledere l'onore o la reputazione di una persona, non si può “diffamare” così non si può ingiuriare»<sup>84</sup>.

Questo è lo spirito di una legge sì ordinaria ma costituzionalmente orientata, in ragione della natura del legislatore che l'ha elaborata e della tematica trattata e regolamentata.

La stessa legge professionale sui giornalisti poi consolida la concezione della libertà di stampa affermata dalla l. 47/1948.

Infatti, l'art. 2, c. 1, l. 69/1963 introduce una disposizione che, richiamando una tecnica di formulazione tipica delle norme costituzionali, traccia un perimetro di liceità della libertà di informazione nel quale entrano sia limiti sostantivi sia limiti metodologici.

La disposizione prevede, infatti, che sia «diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà di informazione e di critica, limitata dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità altrui ed è loro obbligo inderogabile il rispetto della verità sostanziale dei fatti, osservati sempre i doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede».

I limiti sostantivi attengono ai diritti fondamentali non aggredibili dalla libertà di informazione.

I limiti metodologici (o modali) afferiscono alle modalità legittime di esercizio della

<sup>84</sup> Così L. Boneschi, «Hard cases make bad law». *Note a margine del caso Sallusti*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2013, 472.

suddetta libertà, consistenti, per l'appunto, nell'obbligo di verità e nei doveri di lealtà e buona fede.

I limiti di cui sopra sono poi assicurati dalla garanzia della rettifica, introdotta dal c. 2 dell'art. 2<sup>85</sup>.

La concezione che permea, *ab origine*, la libertà di cronaca risulta debitrice della cultura politico-giuridica di Guido Gonella che assegna alla libertà di informazione compiti etici e pedagogici.

Le linee essenziali poggiano sul fatto che il conflitto fra libertà deve tradursi in coesistenza fra le medesime nel senso che l'ordinamento giuridico, essendo tenuto ad apprestare gli istituti tesi ad impedire e/o a reprimere che l'esercizio di un diritto conduca alla violazione di un altro diritto, si incarica di assicurare le condizioni di esercizio delle libertà per tutti<sup>86</sup>.

Ciò implica che lo Stato costituzionale di diritto debba conciliare le molteplici libertà *in primis* coordinandole e, poi, impedendo abusi delle libertà e violazione degli altrui diritti<sup>87</sup>.

Pertanto, «il diritto di cronaca [...] è condizionato ai doveri imposti dalla esigenza della tutela della libertà di ciascuno»<sup>88</sup>.

Tuttavia, la posizione di Gonella, che ha ispirato il bilanciamento fra libertà di cronaca e diritti altrui così come edificato dalla legislazione nazionale, non aderisce alla teoria funzionale della libertà di informazione.

Infatti, secondo la visione di Gonella l'«informazione giornalistica, oltre che essere oggetto di un diritto, è anche oggetto di un dovere morale e civico» ma non è oggetto di un servizio pubblico che ne condiziona modi e fini.

Tuttavia, la libertà di manifestazione del pensiero tramite l'informazione giornalistica non attiene solo al singolo individuo, ma soprattutto alla relazione tra individui<sup>89</sup>.

Pertanto, la libertà incontra i «limiti posti dalla relazione [...] ed il bene di ciascuno è tale in quanto è combinato con il bene di tutti»<sup>90</sup>.

La conseguenza è che alla violazione del diritto debba corrispondere la facoltà «di respingere l'invasione, dovendo essere cooperanti, ma non interferenti, le sfere giuridiche dei soggetti coesistenti»<sup>91</sup>.

Il che significa che si ha abuso del diritto di libertà quando il suo esercizio comporti almeno uno fra i tre effetti: 1) o lesione del diritto altrui; 2) violazione dei limiti imposti dal diritto altrui; 3) violazione dei limiti imposti dal dovere che inibisce determinate

---

<sup>85</sup> «Devono essere rettificare le notizie che risultino inesatte, e riparati gli eventuali errori».

<sup>86</sup> Cfr. G. Capograssi, *Introduzione alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Padova, 1957, 14.

<sup>87</sup> Così G. Gonella, *La libertà di stampa e i diritti individuali di libertà*, in M. Bellinetti (a cura di), *Guido Gonella, giornalista e politico*, Brescia, 2013, 165: «la tutela della coesistenza delle libertà esige che, mentre si garantisce all'individuo il diritto di manifestare liberamente le proprie idee per mezzo della stampa, impedendo ogni limitazione di questa libertà, si assicuri pure la libertà del cittadino dalle offese che ai propri diritti possono derivare dall'abuso della manifestazione del pensiero altrui».

<sup>88</sup> *Ivi*, 163.

<sup>89</sup> *Ivi*, 165.

<sup>90</sup> *Ibidem*. Cfr. N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, 1 ss.

<sup>91</sup> G. Gonella, *op. cit.*, 165.

condotte<sup>92</sup>.

## **12. L'implementazione da parte della giurisprudenza ordinaria della l. 47/1948 alla luce dei principi costituzionali.**

Anche la giurisprudenza ordinaria ha ulteriormente implementato il perimetro all'interno del quale si inquadra il ragionevole rapporto tra diritto di cronaca e diritti della personalità.

Si pensi, *ab origine*, alla sentenza *decalogo* del 1984 pronunciata dalla Corte di Cassazione<sup>93</sup>, la quale ha sancito che la libertà di stampa, ai sensi dell'art. 21 Cost., della l. 47/1948 e dell'art. 2, l. 69/1963, è esercitata legittimamente quanto operino le tre condizioni consistenti nell'utilità sociale della notizia, «nella verità (oggettiva o anche soltanto putativa purché, in quest'ultimo caso, frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti e della forma “civile”», la c.d. continenza, «della esposizione dei fatti e della loro valutazione: cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti».

Si tratta di una giurisprudenza che opera un coordinamento ragionevole fra i diritti di libertà contemplati dal dettato costituzionale.

## **13. La soluzione prospettata dal giudice *a quo* introduce un equilibrio ragionevole fra Costituzione e CEDU?**

Posto, allora, che nessun diritto è munito di incondizionata assolutezza, il diritto alla libertà di informazione si deve bilanciare con il divieto di abuso dell'esercizio del diritto a protezione dei diritti altrui.

Il problema sta nel fatto che la misura scelta dallo Stato per la repressione atta a proteggere il bene e il diritto violati dall'abuso suddetto dovrà tenere conto della giurisprudenza consolidata dei giudici di Strasburgo in forza dall'art. 117, c. 1, Cost.

Si è dinanzi ad una giurisprudenza internazionale che comunque pare disegnare una relazione ragionevole fra diritti anche sotto l'aspetto costituzionale, relazione nella quale:

- a) il ricorso alla pena detentiva, al di fuori di ipotesi tassativamente ritenute eccezionali, è ritenuto non necessario e sproporzionato, perché, ove sussista, produrrebbe una restrizione abusiva della libertà personale;
- b) la pena detentiva diviene legittima quando è atta a reprimere un esercizio del diritto di cronaca che, sconfinando gravemente dall'obbligo di continenza, pervenga a violare il contenuto essenziale dei beni della dignità, dell'onore e della reputazione, producen-

---

<sup>92</sup> *Ivi*, 167.

<sup>93</sup> Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, 1985, 1100 ss.



do così la circolazione di discorsi di odio e di istigazione alla violenza;

c) è affermata la legittimità di una sanzione pecuniaria come unica misura repressiva nei confronti degli abusi della libertà di stampa di non eccezionale gravità;

d) residua pur sempre in capo ai giudici il potere di sindacare, proprio a garanzia della libertà di informazione, anche l'entità delle sanzioni pecuniarie connesse alle condanne per diffamazione a mezzo stampa, in modo che queste ultime non siano applicate con l'effetto di dissuadere gli operatori della comunicazione dallo svolgere un'attività informativa di controllo sui pubblici poteri.

In base alle considerazioni compiute si evidenzia come l'impianto argomentativo della giurisprudenza della Corte EDU, sostenuto dal Tribunale penale di Salerno, sia ispirato, quando viene interpretato l'art. 10 CEDU, alla difesa del legame strategico fra stampa e democrazia costituzionale e, di conseguenza, anche alla concretizzazione delle forme di esercizio della sovranità di cui all'art. 1, c. 2, Cost.<sup>94</sup>, sovranità che comporta controllo da parte dei cittadini sui poteri mediante le conoscenze recepite grazie alla diffusione delle informazioni<sup>95</sup>.

È una difesa che connette così il profilo giuridico-individuale, il diritto libertà contemplato dalla CEDU e ampliato in forza dell'affermazione della non congruenza della sanzione della restrizione della libertà personale, con le garanzie sistemiche che la stessa Costituzione nazionale appresta per realizzare compiutamente la democrazia.

Tale legame, pertanto, dovrebbe tradursi nella illegittimità costituzionale della previsione legislativa del carcere, anche qualora quest'ultimo non abbia un'applicazione diffusa. Il problema è, principalmente, ascrivibile proprio all'incidenza che il diritto di cronaca produce sulla democraticità complessiva della società politica.

Questo significa che la sola istituzione della misura detentiva, a prescindere dalla sua applicazione, è concretamente suscettibile di ostacolare l'attività informativa dei giornalisti e, di conseguenza, di impedire e/o di ostruire l'accesso e la partecipazione delle persone alla discussione sugli argomenti muniti di rilevanza sociale, argomenti diffusi soprattutto in forza dell'attenzione prestata dal giornalismo, che deve essere costante e mai esposta a misure di così rilevante portata deterrente.

In tale situazione sarebbero i diritti di partecipazione politica e, quindi, la democrazia a subire un intollerabile sacrificio.

La sequenza delle norme internazionali e costituzionali violate potrebbe essere la seguente: i diritti individuali di manifestazione del pensiero mediante stampa di cui agli artt. 10 CEDU e 21 Cost. sistemicamente collegati con l'art. 1, c. 2 Cost., norma-principio che sostanzia la democrazia costituzionale come forma di Stato, mediante il richiamo agli strumenti concreti di esercizio della sovranità popolare che, per l'appunto, sono, in via prioritaria, le libertà.

Infatti, si deve sottolineare come «la democrazia, prima ancora di caratterizzare la forma di governo secondo la diversa specie e grado della partecipazione dei cittadini alla

---

<sup>94</sup> «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

<sup>95</sup> Cfr. G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018, 13 ss. Cfr. L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1987, 5 ss.; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969, 1 ss.

gestione del potere autoritario, entra come elemento costitutivo della forma di Stato, quale ordine complessivo di vita associata, in quanto compendia in sé i presupposti e le condizioni, cioè l'insieme dei fattori spirituali, economici, sociali, le convinzioni, le strutture, i fini che informano di sé un ordinamento, e rendono possibile ed efficiente quella partecipazione. Condizioni che richiedono [...] il riconoscimento ad ognuno di una larga sfera di autonomia, qual è necessaria all'acquisto della consapevolezza della propria posizione nella società, ed alla formazione di libere opinioni in ordine ai modi di soddisfare il bene comune»<sup>96</sup>.

Se, allora, la *cifra materiale* del giornalismo sta nella libera diffusione di tutto ciò che il potere non vorrebbe che si sapesse<sup>97</sup>, sarebbe irragionevole, oltretutto lesivo del nocciolo duro del diritto di informare, prevedere anche in situazioni non dotate di eccezionale gravità persino il teorico richiamo legislativo alla pena detentiva.

Infatti, la pena detentiva, senza l'individuazione di situazioni tassativamente statuite alle quali è ricollegabile, è, come detto prima, una minaccia atta a restringere arbitrariamente sia la libertà di informare, intesa come diritto del giornalista a non subire impedimenti legali nei confronti della propria attività consistente in libertà, sia la libertà della persona a non vedersi opposte limitazioni legali alla ricezione di notizie di rilevanza sociale<sup>98</sup>.

In particolare, la minaccia comprime l'oggetto della libertà consistente nella facoltà di scegliere, da parte del cronista, di informare su una determinata notizia.

La compressione deriva dal fatto che l'oggetto del diritto di informare in capo al giornalista è intralciato proprio nella libertà di scegliere il *se*, il *come* e il *quando* esercitarlo, vulnerando il contenuto essenziale del diritto di libertà<sup>99</sup>.

Il cronista, così, si può vedere eccessivamente e irragionevolmente condizionato nell'esercizio della propria libertà.

Il problema è che se si ostacola la libertà di diffondere informazioni con sanzioni così gravose e dotate di efficacia tanto deterrente viene ad essere limitata in modo consistente la stessa libertà di ricevere le notizie.

Quindi, anche il terminale, la società, della circolazione informativa viene ad essere conculcato nel proprio interesse a sapere.

Inoltre, è il complessivo flusso informativo a subire gravi alterazioni.

---

<sup>96</sup> C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *op. cit.*, 6 ss.:

<sup>97</sup> H. Verbitsky. *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, 1997.

<sup>98</sup> G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2012, 612.

<sup>99</sup> A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, 2 ss. In particolare l'A. puntualizza che «da un punto di vista tecnico-giuridico, le libertà (*rectius*, i diritti di libertà) costituiscono una "sottospecie" dei diritti della persona, e questi a loro volta costituiscono una "specie" dell'amplessimo "genere" diritti individuali nel quale vengono ricompresi diritti aventi la più disparata struttura (vi si rinviengono, oltre ai diritti della persona, i diritti ad una prestazione positiva da parte dello Stato e/o di soggetti privati, i diritti ad un'omissione da parte dello Stato e/o di soggetti privati, i diritti di godimento di beni mobili, immobili e immateriali, i diritti di pari trattamento, i diritti potestativi, i diritti di partecipazione ecc.). Ciò premesso può dirsi che i diritti di libertà si distinguono dagli altri diritti poiché il loro contenuto consiste, per definizione, nel libero esercizio di comportamenti materiali e/o di attività giuridiche [...] Il che però può avvenire ad una condizione, e cioè che l'ordinamento nell'ambito del quale siano riconosciuti quei dati diritti di libertà (di cui si postula questo amplessimo contenuto) presupponga una forma di Stato liberaldemocratica».

Questo, infatti, indipendentemente da quanto e come sia applicata la pena detentiva, determina una dilatazione dell'area sottratta alla pubblica conoscenza e, quindi, una compressione illegittima della sfera democratica, in favore delle ragioni del potere e dei poteri e a scapito dell'interesse a conoscere e ad essere informata della società.

Vengono così a crearsi le condizioni giuridiche per le quali i motivi dell'occultamento farebbero premio su quelli dell'interesse pubblico.

Pertanto, si può sintetizzare nel seguente senso: una pena detentiva non delimitata nelle fattispecie, come, invece, la Corte EDU prospetta, sbilancia in senso contrario a Costituzione il rapporto democraticamente orientato fra diritto di informare – tutela dei diritti altrui – interesse ad essere informati su ciò che sia munito di rilevanza sociale, rapporto basato proprio sul flusso informativo.

Se, infatti, la pena detentiva risulta eccessivamente gravosa, in quanto non necessaria ai fini della tutela dei diritti della personalità, stante il ricorso alle sanzioni pecuniarie, e, di conseguenza, lesiva della libertà di informare, il rapporto sopra richiamato risulterà tanto compromesso da limitare ingiustificatamente anche tutti quei diritti di libertà di cui l'informazione è presupposto.

Il *vulnus* più profondo è arrecato alla libertà di manifestazione del pensiero dei cittadini e, in particolare, al suo antecedente logico-giuridico, ovvero alla *libertà di formazione del pensiero* che, come rilevato, sta soprattutto nella «possibilità di maturare opinioni sui disparati problemi, che si presentano all'individuo nella vita personale e sociale, con completezza di informazioni e senza condizionamenti»<sup>100</sup>.

Infatti, la illegittima limitazione della libertà di informare ostruisce gravemente «la pretesa ad avere, per la maturazione delle proprie opinioni, il massimo di informazioni, con la minor distorsione informativa possibile e il minimo possibile di condizionamento non razionale»<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Così G. Gemma, *La libertà di formazione del pensiero quale autonomo e specifico diritto costituzionale*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. Volume II. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, Napoli, 2014, 337.

<sup>101</sup> *Ibidem*, B. Spinoza, *Etica e Trattato teologico-politico*, Torino, 2005, 722: «il fine dell'organizzazione politica è la libertà [...] Poiché i giudizi degli uomini, liberamente espressi, sono estremamente vari, poiché ciascun individuo si ritiene il solo a saper tutto, e poiché infine non è possibile che tutti concordino nei pensieri e nelle parole, gli uomini non avrebbero avuto la possibilità di una vita pacifica se ciascuno non avesse rinunciato al diritto di agire in base alla propria privata decisione. Si ebbe dunque questa rinuncia, non già però la rinuncia al diritto di ragionare e di pensare in proprio. Perciò nessuno può operare contro le deliberazioni dell'autorità sovrana senza intaccarne il diritto; ma gli sarà ben lecito avere sentimenti e opinioni propri e di conseguenza esternarli, purché si limiti semplicemente ad esporre e a insegnare sostenendo le proprie tesi con l'argomentazione e non con la frode, l'ira, l'odio e con l'intento di introdurre mutamenti nella cosa pubblica in forza della sua sola volontà».

---

## **La *par condicio* al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali\***

Ottavio Grandinetti

### **Abstract**

Il lavoro affronta il tema della disciplina della parità di trattamento dei soggetti politici (la c.d. *par condicio*) da parte dei “vecchi” e “nuovi” media, alla luce in particolare delle differenze “strutturali” riscontrabili tra la televisione e Internet. L’analisi, svolta prendendo in considerazione la normativa UE, la disciplina vigente in altri Paesi UE e gli standard del Consiglio d’Europa, conclude nel senso che sia necessaria una tutela della *par condicio* anche per Internet, individuando le possibili tecniche di tutela, che comunque devono essere connotate da un approccio multidisciplinare (diritto anti-trust; normativa a tutela della privacy; disciplina *sector-specific*, ecc.), alla luce della natura “trasversale” di Internet.

The article focuses on the Italian provisions aimed at guaranteeing equal time and access for all political forces (the so-called “*par condicio*” law) to media – both “old” and “new” ones – in the light of “structural” differences between television broadcasting and the Internet. The analysis, which gives particular reference to the relevant EU law as well as to the legislation in force in some EU countries and to the Council of Europe’s standards, concludes in the sense that the equal time should be applied also to the Internet and suggests that the methods to enforce it in the new media ecosystem should be multidisciplinary (dealing with measures based on antitrust and privacy laws, sector-specific provisions, etc.), due to the “transversal” nature of the Internet.

### **Sommario**

1. Premessa. - 2. Qualche dato sui mezzi di informazione utilizzati dagli italiani. - 3. “Vecchi” problemi di sistema: pluralismo politico e mancata realizzazione in Italia del pluralismo interno ed esterno nella televisione. - 4. Un “vecchio” problema applicativo: la *par condicio* nei programmi informativi - 5. Similarità e differenze tra Internet e televisione. - 5.1. Internet come “mezzo” e come “mondo”. - 5.2. L’apparente gratuità dei servizi offerti su Internet. - 5.3. Lo sviluppo di Internet: il passaggio da strumento di libertà a elemento di potenziale ostacolo all’esercizio delle libertà. - 5.4. Idoneità di Internet a supportare un discorso pubblico razionale. - 5.5. Stretto intreccio tra disciplina della privacy e tutela del pluralismo politico. - 5.6. Disintermediazione professionale o nuovi intermediari imprenditoriali? - 6. Problemi “nuovi”: principali tematiche relative alla comunicazione politica su Internet. - 6.1 Fonti editoriali. - 6.2. Fonti al-

\* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio “a doppio cieco”

goritmiche. – 7. La posizione del Consiglio d'Europa sulla comunicazione politica via Internet. – 8. Un rapido sguardo ad altri Paesi europei. – 9. Possibili tecniche di tutela della *par condicio* su Internet. - 10. Considerazioni conclusive.

## **Keywords**

Par condicio; Social network; Internet; Televisione; Pluralismo.

---

## **1. Premessa**

Affrontare oggi il tema della comunicazione politica richiede inevitabilmente di confrontarsi con una serie di interrogativi dovuti in gran parte alla rivoluzione tecnologica ancora in pieno svolgimento nel campo della comunicazione sociale, quali ad esempio: il pluralismo politico, individuato dalla nostra Corte costituzionale come una specifica declinazione del pluralismo informativo bisognevole di apposita e specifica tutela, è ancora un tema attuale a seguito dell'affiancamento ai media tradizionali (affissioni, stampa, cinema, radio e, soprattutto, televisione) dei nuovi modi di comunicazione resi possibili da Internet? Posto che la disciplina positiva della comunicazione politica (la c.d. *par condicio*) ha sinora avuto ad oggetto quasi esclusivamente i media tradizionali e, in particolar modo, la televisione, ha ancora senso dedicarvi tempo e attenzione o è invece necessario dare per definitivamente esaurita la riflessione sulle problematiche sin qui affrontate per occuparsi semmai dei problemi suscitati da Internet e dai social media? È necessario o comunque opportuno dettare una disciplina simile (o estendere quella pensata per la televisione) alle nuove forme di comunicazione rese possibili da Internet? E, in caso di risposta positiva a quest'ultimo quesito, quale disciplina è più appropriata per affrontare le nuove sfide poste dalla rivoluzione tecnologica?

Si tratta, all'evidenza, di domande ardue, alle quali certamente non bastano né lo spazio qui a disposizione né le capacità di chi scrive, ma che, ciò nondimeno, richiedono di essere affrontate, poiché altrimenti ogni riflessione sul tema rischia di risultare o irrimediabilmente inattuale o del tutto astratta.

Pertanto, pur nella consapevolezza dell'impossibilità di fornire una risposta esauriente a questi quesiti, di seguito si tenterà di fornire almeno qualche elemento di riflessione in merito a queste tematiche, ancorché, per ragioni di ordine espositivo, non nell'ordine seguito più sopra.

## **2. Qualche dato sui mezzi di informazione utilizzati dagli italiani**

Da uno studio pubblicato nel febbraio 2018 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (in prosieguo anche solo "Autorità" o "Agcom") emerge che la quasi totalità della popolazione italiana utilizza i mezzi di comunicazione di massa<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Solo un cinque per cento dei cittadini non si informa attraverso i mezzi di comunicazione di massa;

Di questi cittadini, oltre il 90 per cento utilizza la televisione per informarsi (si tenga conto, al riguardo, che l'utilizzo della televisione può essere motivato anche da altri fini, come il puro intrattenimento). In particolare, la televisione rappresenta il principale mezzo di informazione per il 42 per cento degli italiani. Inoltre, se si prescinde dalle finalità specificamente informative, la televisione è il mezzo in assoluto più utilizzato con punte superiori al 90 per cento nel giorno medio<sup>2</sup>.

Per Internet si registrano valori di utilizzo significativi, ma per ora inferiori: pari, rispettivamente, a circa il 60 per cento in termini assoluti ed a quasi il 42 per cento su base giornaliera; percentuali tali, comunque, da far collocare Internet al secondo posto nella dieta mediatica degli italiani, rappresentando le fonti di informazione accessibili via Internet la seconda principale tipologia di canale informativo per il 26 per cento circa della popolazione. In tale ambito, gli italiani utilizzano in prevalenza le c.d. fonti algoritmiche (come i motori di ricerca ed i social network<sup>3</sup>), rispetto alle fonti c.d. editoriali (siti di media tradizionali o nativi digitali)<sup>4</sup>. Peraltro, ove si prescinda dalla finalità informativa, Internet raggiunge un tasso di utilizzo nel giorno medio pari al 50 per cento circa (quindi pari a quasi la metà della televisione e, addirittura, inferiore alla radio, rispetto alla quale Internet risulta invece, come si vedrà, molto più usata a fini informativi).

La radio rappresenta il secondo mezzo più utilizzato in generale dagli italiani dopo la televisione (51,8 per cento), ma, come detto, scende al terzo posto (dopo la televisione ed Internet) allorché si tratti di utilizzo con finalità informative e si colloca addirittura al quarto posto (dopo la stampa) come fonte principale di informazione (rappresentandolo solo per l'8,4 per cento della popolazione).

Infine, i quotidiani, sebbene siano la terza fonte principale di informazione, si collocano al quarto posto quanto ad utilizzo giornaliero (appena il 17,3 per cento).

È tuttavia sempre maggiormente diffuso il ricorso a più mezzi informativi (c.d. cross-medialità): oltre il 40 per cento degli italiani si informa con tutti i mezzi disponibili (televisione, radio, quotidiani ed Internet) e oltre il 26 per cento si informa mediante almeno un mezzo tradizionale più Internet.

Ma, in quest'ultimo caso, il mezzo tradizionale sempre presente è la televisione.

Inoltre, esaminando i dati dal punto di vista opposto al fenomeno della cross-medialità (quello, cioè, dell'utilizzo di un unico mezzo di informazione), è sempre la televisione a poter vantare la maggiore – e comunque cospicua anche in termini assoluti – percen-

---

si v. Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, studio pubblicato sul sito web istituzionale dell'Autorità nel febbraio 2018. I dati che si forniranno nel presente paragrafo sono tratti dallo studio citato, ma dati sostanzialmente equivalenti si traggono anche dai precedenti studi della stessa Agcom, *Il consumo di informazione e la comunicazione politica in campagna elettorale*, pubblicato nel febbraio 2016, e Id., *Indagine conoscitiva su informazione e Internet in Italia. Modelli di business, costumi, professioni*, pubblicato nell'aprile 2015.

<sup>2</sup> *Ivi*, 6.

<sup>3</sup> I social network sono piattaforme online che consentono agli utenti di costruire un profilo pubblico o semi-pubblico all'interno di un sistema predefinito, creando una propria rete di contatti (tra gli utenti collegati e iscritti alla medesima piattaforma), nonché di visualizzare e scorrere liste di utenti presenti negli altri profili (Agcom, *Big data - Interim Report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 8 giugno 2018, 27).

<sup>4</sup> Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit.; le fonti algoritmiche sono infatti consultate dal 54,5% degli italiani, a fronte del 39,4% delle fonti editoriali.

tuale di cittadini (8,5 per cento) che accede all'informazione esclusivamente attraverso questo mezzo (c.d. *captive audience*), contro il 3,2 per cento di Internet e addirittura l'1 per cento della radio e lo 0,6 dei quotidiani.

Ove si restringa ancora di più l'esame dei dati concentrandosi sull'informazione specificamente politica (oggetto principale del presente lavoro), i dati risultano sostanzialmente confermati per ciò che riguarda la televisione, che si colloca ancora al primo posto come il canale di informazione privilegiato da oltre la metà degli italiani (50,5 per cento). Al secondo posto si colloca Internet con il 34 per cento, con una netta prevalenza delle fonti algoritmiche (28 per cento) quasi equamente suddivise tra social network e motori di ricerca; le altre fonti online (ivi compresi i siti o i blog dei partiti politici) raccolgono molto meno (8 per cento circa). I quotidiani risultano terzi con circa un quarto degli italiani che li utilizza per informarsi sui temi politico-elettorali. La radio si colloca al quarto posto, in linea con i dati relativi all'informazione in generale. Ma, qualora dai dati quantitativi si voglia passare a quelli qualitativi, la televisione riscuote la più alta percentuale di affidabilità sia nell'intera popolazione che tra coloro i quali effettivamente ne fruiscono (rispettivamente, il 40 ed il 42 per cento).

Al contrario, l'affidabilità delle fonti fruibili via Internet risulta molto più bassa per quanto riguarda i social network (il 18,7 per cento nell'intera popolazione ed il 23,6 per cento tra coloro che effettivamente ne fruiscono); Internet recupera un po' il *gap* con la televisione ove si prendano in considerazione i motori di ricerca (cui viene attribuita un'affidabilità pari, rispettivamente, dal 29,3 e dal 36,6 per cento degli utilizzatori) e nel caso dei siti web degli editori di quotidiani (con affidabilità pari, rispettivamente, al 30 ed al 36,4 per cento).

Traendo allora una conclusione da questi dati, può senz'altro dirsi che il mezzo televisivo "tiene", come principale strumento di informazione dei cittadini, nonostante l'avanzamento di Internet. E, aspetto ancor più rilevante, si tratta di un fenomeno che si osserva non soltanto in Italia ma anche in molti altri Paesi economicamente avanzati<sup>5</sup>. Peraltro, se questa è, per così dire, l'"istantanea" che fotografa le attuali abitudini di accesso all'informazione degli italiani, non può certamente trascurarsi che Internet è entrata con forza nella dieta mediatica di molti italiani e che il suo tasso di crescita è tale da poter effettivamente rendere ben presto superati i dati appena riferiti<sup>6</sup>.

### **3. "Vecchi" problemi di sistema: pluralismo politico e mancata realizzazione in Italia del pluralismo interno ed esterno nella televisione**

È ricorrente tra gli studiosi dei media il quesito se valga ancora la pena studiare la

<sup>5</sup> *Ibidem*. Nello studio viene citato anche il rapporto annuale elaborato dal Reuters Institute for the Study of Journalism, *Digital News-Report 2017*, 10-11.

<sup>6</sup> Nell'indagine *Il consumo di informazione e la comunicazione politica in campagna elettorale*, cit., 25, l'Agcom notava come l'uso dei social network per l'informazione politica sia passato dal 12 per cento del 2013 al 30 per cento del 2015.

televisione<sup>7</sup>, ma i dati appena sintetizzati consentono di dare una risposta positiva al quesito nonché di spiegare la ragione del titolo del presente lavoro.

E ciò non solo per la sostanziale “tenuta”, in termini assoluti, della televisione quale mezzo informativo, ma soprattutto per ciò che emerge dai dati relativi alle varie fasce di età.

Andando infatti a raffinare l’analisi degli stessi dati in base alle abitudini informative nelle varie fasce d’età, si ha conferma di qualcosa che si poteva agevolmente immaginare anche senza l’ausilio di specifiche ricerche, ma che le indagini demoscopiche dimostrano al di là di ogni eventuale pregiudizio: mentre per gli *under* 65 Internet rappresenta uno strumento informativo assolutamente rilevante (che peraltro vede progressivamente ridursi il suo ruolo, anche se di poco, passando dalla fascia degli *under* 35 a quella degli *under* 45 ed infine degli *under* 65), per gli *over* 65 Internet rappresenta una fonte di informazione del tutto residuale<sup>8</sup>.

In altri termini, per una fascia numericamente (ed elettoralmente) influente di cittadini la rivoluzione tecnologica risulta poco rilevante, perlomeno nell’ambito dell’informazione politica.

Abbassare l’attenzione sulla disciplina della *par condicio* nella televisione risulterebbe pertanto ingiustificato, almeno per ora.

Occorre tuttavia guardarsi dall’isolare il tema del pluralismo politico dalle altre due nozioni di pluralismo che una giurisprudenza ultracinquantennale della nostra Corte costituzionale ha elaborato con specifico riferimento alla televisione.

Esiste infatti un rapporto di stretta complementarità tra la disciplina della *par condicio* – volta a tutelare il pluralismo c.d. “politico” o, secondo altra terminologia, “sostanziale” – e le normative volte a tutelare il pluralismo c.d. interno (che dovrebbe garantire obiettività, indipendenza e presenza delle diverse “voci” culturali, politiche, sociali, sindacali, religiose, appunto, all’interno della programmazione della Rai, quale concessionaria del servizio pubblico) e il pluralismo c.d. esterno (ovvero la presenza di una molteplicità e diversità di voci nell’ambito dell’emittenza televisiva privata, anche attraverso l’indipendenza dei soggetti controllanti le varie emittenti).

Come sottolineato in passato anche da chi scrive<sup>9</sup>, ove il pluralismo interno e quello esterno non siano singolarmente – o ancor peggio – entrambi effettivamente garantiti, sulla disciplina *par condicio* finisce con lo scaricarsi un peso (quello di riequilibrare il sistema nel suo complesso) che questa disciplina non è in grado, da sola, di sopportare. È, quindi, opportuno interrogarsi preliminarmente sull’effettiva attuazione in Italia delle previsioni finalizzate a tutelare il pluralismo interno e quello esterno.

---

<sup>7</sup> È il quesito che formula, ad esempio, A. Grasso, *Perché studiare (ancora) la televisione?*, nella prefazione al volume M. Scaglioni, A. Sfaridini (a cura di), *La televisione. Modelli teorici e percorsi di analisi*, Roma, 2017, 13 ss.

<sup>8</sup> Dall’indagine Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 64, emerge che solo il 37 per cento di *over* 65 accede all’informazione online, contro percentuali oscillanti, rispettivamente tra l’86,9 per cento, l’84,5 per cento ed il 75,1 per cento degli altri tre *cluster* citati nel testo.

<sup>9</sup> *Par condicio e programmi informativi nella prassi dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in F. Lanchester, R. Zaccaria (a cura di), *La “par condicio” in Italia: un bilancio dopo le votazioni amministrative e referendarie*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 giugno 2011, Università di Roma, La Sapienza; e Id., *La par condicio nei programmi di informazione: alcuni sviluppi recenti*, in M. Manetti, R. Borrello (a cura di), *Diritto dell’informazione. Temi e problemi*, Modena, 2019, 201 ss.



Ebbene, con riferimento alla Rai, è significativo riscontrare come - in un'indagine indipendente svolta dopo la recente riforma della governance della Rai (legge n. 220/2015), in merito ai rischi che il pluralismo informativo corre in Italia - il deficit di indipendenza del servizio pubblico riguardo alla governance e al sistema di finanziamento registri il valore in assoluto più alto di rischio<sup>10</sup>. Un giudizio non soltanto confermato da coloro che si sono occupati della riforma del 2015<sup>11</sup>, ma che ha trovato conferma in concreto nelle cronache più recenti, relative alla nomina con il nuovo sistema del presidente della Rai. In quest'ultima occasione sono stati addirittura i leader dei due partiti di maggioranza (nonché vicepresidenti del Consiglio dei ministri) ad indicare direttamente il nome del prescelto, ancor prima che il CdA della stessa Rai (cui spetta per legge tale potere) potesse pronunciarsi<sup>12</sup>. Secondo alcune ricostruzioni, la nomina del Presidente sarebbe stata addirittura trattata a livello politico assieme a quella dei direttori dei telegiornali<sup>13</sup>.

Sul fronte del pluralismo esterno, se dal punto di vista del fatturato si registra ormai da qualche tempo la rottura del duopolio Mediaset/Rai (a causa della presenza di Sky, alle volte al primo, altre volte al secondo posto)<sup>14</sup>, dal punto di vista dell'*audience share* la situazione è invece ben diversa. Mediaset e Rai continuano infatti a detenere congiuntamente una percentuale degli ascolti complessivi superiore ai due terzi (con singole quote quasi paritarie), laddove gli altri operatori risultano di gran lunga distanziati con *audience share* a una sola cifra<sup>15</sup>.

Qualora si voglia guardare specificamente ai programmi informativi per eccellenza (i notiziari) i telegiornali della Rai raccolgono tra il 46,2% ed il 42,4% dell'*audience share*; quelli di Mediaset tra il 37% ed il 27,7%; e, quindi, complessivamente tra l'83,2% ed il 70,1%. Sky TG24 raccoglie appena lo 0,59% di *audience share*, raggiungendo circa 65 mila persone<sup>16</sup>. Equiparare posizioni così diverse, ai fini della tutela del pluralismo, non sembra perciò sostenibile<sup>17</sup>.

Ne consegue che il pluralismo esterno non può dirsi realizzato neppure dopo la c.d.

---

<sup>10</sup> Cfr. E. Brogi, *Media Pluralism Monitor 2016 - Monitoring Risks for Media Pluralism in the EU and Beyond - Country report: Italy*, indagine svolta dal CMPE, *Centre for Media Pluralism and Media Freedom*.

<sup>11</sup> Per un'analisi critica della riforma della governance della Rai approvata con questa legge, si v. G.E. Vigevani, *Fondamento costituzionale e autonomia nei media di servizio pubblico nell'era della rete*, Torino, 2017 (spec. 229 ss.) e, se si vuole, O. Grandinetti, *La governance della Rai e la riforma del 2015*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, 833 ss.

<sup>12</sup> Sulla necessità che l'organo di amministrazione dell'organismo di servizio pubblico debba poter agire in autonomia dalla politica si v., da ultimo, il § 2.9 dell'Appendice allegata alla Risoluzione CM/Rec. (2018)1, adottata il 7 marzo 2018 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa *on media pluralism and transparency of media ownership*.

<sup>13</sup> Si v. ad es. i lanci in argomento sul sito [ansa.it](http://ansa.it) dal 27 al 31 luglio 2018.

<sup>14</sup> Si v. Agcom, *Relazione annuale* per gli anni dal 2008 al 2018.

<sup>15</sup> Si v. Agcom, *Relazione annuale 2018*, 119-20.

<sup>16</sup> *Ini*, 121-122. Per una sottolineatura riguardo al fatto che sono i canali televisivi - appunto - «gratuiti» nazionali a detenere la prima posizione quale fonte principale di informazione politica, v. Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 75.

<sup>17</sup> Né mi pare che l'elevato grado di affidabilità riconosciuto dai cittadini alle fonti informative della pay tv possa giustificare l'obliterazione del divario quantitativo (così invece sembra aver ritenuto nel 2010 l'Agcom nell'allegato A alla delibera n. 555/10/CONS, recante «Procedimento per l'individuazione dei mercati rilevanti nell'ambito del sistema integrato delle comunicazioni»).

moltiplicazione dei palinsesti (*alias*, canali) televisivi diffondibili a seguito del passaggio alle trasmissioni digitali nella televisione via etere terrestre, specialmente ove si condida l'opinione avanzata da tempo sia in sede internazionale<sup>18</sup> che da una parte della dottrina<sup>19</sup>, secondo cui, tra i vari strumenti utilizzabili per individuare la detenzione di una posizione dominante (titolarità di azioni/quote di un'emittente; titolarità di diritti di voto; fatturati; quote di *audience share*, ecc.), la quota di *audience share* "raggiunta" da ciascun gruppo televisivo con i propri canali dovrebbe costituire il criterio più appropriato, così come avvenuto in molti Paesi europei aventi peraltro caratteristiche (demografiche, di dimensione dei mercati, ecc.) assimilabili a quelle italiane.

Del resto, proprio la cd. moltiplicazione dei canali riscontrabile in ambiente digitale rende certamente obsoleta l'esclusiva applicazione del numero della titolarità di canali digitali, utilizzato solo in Italia<sup>20</sup>.

Ove poi si consideri che il socio di riferimento di uno dei due gruppi televisivi che raccolgono la maggiore *audience share* è stato e ancora è il leader di una delle maggiori forze politiche del Paese e che la titolarità di media da parte di soggetti politici è internazionalmente considerata uno dei più gravi ostacoli alla tutela del pluralismo informativo<sup>21</sup>, risulterà chiaro che l'"anomalia italiana" non è affatto superata.

In un quadro in cui sia il pluralismo esterno che quello interno appaiono perciò ben lungi dall'essere effettivamente garantiti, è evidente che la sola disciplina della *par condicio* non potrebbe in ogni caso impedire l'indebito condizionamento dell'opinione pubblica da parte di gruppi che detengano, per dirla con la dottrina tedesca, un "potere dominante nella formazione delle opinioni"<sup>22</sup> (più che nel "mercato" televisivo, in cui vengono presi in considerazione soprattutto i fatturati).

<sup>18</sup> Si v., tra le altre, la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa Rec (99)1 del 19 gennaio 1999; nonché il *Rapporto Media Diversity in Europe*, preparato dall'Advisory Panel incaricato dalla Divisione Media del Directorate General of Human Rights del Consiglio d'Europa, Strasburgo, dicembre 2002, 4 e 11.

<sup>19</sup> Si v., tra i primi, R. Mastroianni, *Telecomunicazioni e televisioni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M. P. Chiti e G. Greco), p.s., Tomo II, Milano, 1997, 1215 ss.; G. Mazzoleni, G.E. Vigevani, nel *Rapporto sull'Italia*, in Open Society Institute, *La televisione in Europa*, 2005, 243; e, se si vuole, O. Grandinetti, *Forme e tecniche di tutela del pluralismo informativo, con particolare riferimento alla televisione*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, 2101 ss. Nell'audizione tenutasi presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati il 7 febbraio 2007, in merito al d.d.l. n. 1825 (cd. d.d.l. Gentiloni) della XV Legislatura, anche l'allora Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha definito la quota di ascolti l'indicatore più fine del pluralismo dell'informazione».

<sup>20</sup> Art. 43, c. 8, d.lgs. 177/2005.

<sup>21</sup> In tal senso si esprime, ad es., *l'Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach*, svolto, da K.U. Leuven-ICRI, Jönköping International Business School – MMTC, Central European University-CRCS, Ernst Young Consultancy Belgium, per la Commissione europea-Direzione Società dell'informazione e Media, presentato nel luglio 2009. In argomento si cfr. da ultimo, il § 3.6 dell'Appendice allegata alla Risoluzione CM/Rec. (2018)1, adottata il 7 marzo 2018 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa *on media pluralism and transparency of media ownership*, cit.

<sup>22</sup> Si veda, ad es., D. Dörr, in *Handbuch Medienrecht-Recht der elektronischen Massenmedien* (Heransgegeben von D. Dörr, J. Kreile, M. D. Cole), Frankfurt am Main, 2008.

#### 4. Un “vecchio” problema applicativo: la *par condicio* nei programmi informativi

Passando a un tema più specifico, tra le “vecchie” problematiche ancora attuali relative attinenti la televisione, si segnala soprattutto quella relativa alla disciplina dei programmi informativi.

Com'è noto, la legge sulla *par condicio* (la legge 22 febbraio 2000, n. 28) disciplina l'attività delle emittenti radiotelesive innanzitutto tipizzando alcuni generi di trasmissioni: la «comunicazione politica» (cioè i programmi, come le tribune politiche, i dibattiti e simili, che si svolgono di norma in contraddittorio e in cui è preponderante l'esposizione di opinioni e valutazioni politiche); i «messaggi politici autogestiti» (che realizzano una propaganda unilaterale, avente precise caratteristiche previste dalla stessa legge); i «programmi di informazione» (come i notiziari ed i programmi di approfondimento ricondotti sotto la responsabilità di una testata giornalistica registrata, relativi a temi di attualità e di cronaca); tutte le «altre trasmissioni» (genericamente individuate con criterio residuale).

Mentre la partecipazione ai programmi di «comunicazione politica» deve essere rigorosamente gratuita e deve assicurare a tutti i soggetti assoluta parità di accesso, per quanto attiene invece ai «programmi di informazione», la l. 28/2000 richiama i principi di parità di trattamento, obiettività, completezza e imparzialità solo per il periodo elettorale, affidandone la concreta declinazione, per la Rai, alla Commissione parlamentare di indirizzo e di vigilanza dei servizi radiotelevisivi (in prosieguo, solo “Cpiw”) e all'Agcom per tutte le altre emittenti.

Va peraltro ricordato come la stessa legge preveda che, durante tutta la campagna elettorale, nelle trasmissioni informative «la presenza di candidati, esponenti di partiti e movimenti politici, membri del Governo, delle giunte e Consigli regionali e degli enti locali deve essere limitata esclusivamente alla esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Tale presenza è vietata in tutte le altre trasmissioni»<sup>23</sup>. Il tenore testuale della l. 28/2000 ha fatto sorgere dubbi – specie tra i primi commentatori<sup>24</sup> – in merito all'intervenuto riconoscimento di un diritto alla parità di accesso ai media, da parte dei soggetti politici, non solo in relazione ai programmi di «comunicazione politica» ed ai «messaggi politici autogestiti», ma anche in relazione ai «programmi di informazione».

Tuttavia, al riguardo un importante contributo alla risoluzione dei maggiori dubbi suscitati sul punto dall'ambigua formulazione della legge del 2000 è venuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 155/2002<sup>25</sup>. In tale decisione, la Consulta ha escluso che la l. 28/2000 abbia dato luogo alla «funzionalizzazione» del *medium* radiotelevisivo

<sup>23</sup> Art. 5, c. 4, che modifica l'art. 1, c. 5 della legge 10 dicembre 1995, n. 515.

<sup>24</sup> V., ad esempio, A. Besi, *Commento all'art. 2 l. n. 28/2000*, in *Riv. radiodiff. – DRT*, 1, 2000 (numero dedicato monograficamente al commento della stessa legge), 44 ss.

<sup>25</sup> A commento della sentenza, si v., tra gli altri, G. Vespignani, *La disciplina sulla par condicio al vaglio della Corte costituzionale: una funzionalizzazione della libertà d'antenna?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, 763 ss.; O. Grandinetti, *Par condicio, pluralismo e sistema televisivo, tra conferme e novità giurisprudenziali, in un quadro comunitario e tecnologico in evoluzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 1315 ss.; E. Lamarque, *La comunicazione politica*, in *Aa.Vv., Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, 355 ss.

anche quando sia esercitato da emittenti private (come paventato dal Tar rimettente) tracciando, in via di interpretazione costituzionalmente adeguata, una netta distinzione tra programmi di «comunicazione politica», costituenti «specifiche e assai limitate nel tempo tipologie di trasmissioni» (§ 2.1 del *considerato in diritto*), e programmi informativi che realizzano «diffusioni di notizie», intendendo però quest'ultima espressione nella sua più ampia portata, come «comprensiva quindi della possibilità di trasmettere notizie in un contesto narrativo-argomentativo ovviamente risalente alle esclusiva responsabilità della testata» (ivi, § 2.2)<sup>26</sup>. A quest'ultima tipologia di programmi, secondo la Corte, non si possono applicare «limiti connessi alla comunicazione politica», consentendosi così alle emittenti radiotelesive private di «far emergere, anche attraverso le proprie analisi, e considerazioni di ordine politico, l'immagine propria di un'impresa di tendenza» (ivi). La stessa Consulta ha poi riconosciuto che, durante le campagne elettorali, l'art. 5 della l. 28/2000 prevede l'individuazione – da parte dell'Agcom e della Cpir – di «criteri specifici» al fine di garantire la parità di trattamento, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione, ma ne propone una lettura rigorosa, finalizzata a evitare influenze «anche in forma surrettizia» sulle libere scelte degli elettori. Peraltro, la sopravvenuta definizione normativa dell'attività di informazione radiotelesiva, da qualsiasi emittente esercitata, quale «servizio di interesse generale»<sup>27</sup> e la contestuale previsione secondo cui la disciplina dell'informazione radiotelesiva garantisce comunque «l'accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione e di propaganda elettorale e politica in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme e secondo le modalità indicate nella legge»<sup>28</sup> sono sembrate all'Autorità idonee a poter riaprire la questione.

Ne è seguita una prassi dell'Autorità tutt'altro che coerente e solo in parte giustificabile in base alle ambiguità contenute nella legge e alla stratificazione di successive disposizioni normative<sup>29</sup>.

Uno dei punti più critici si è rivelato l'obbligo imposto alle emittenti televisive di garantire nei programmi informativi la presenza dei soggetti politici.

Per quanto riguarda il periodo elettorale, dopo alcune prime applicazioni sostanzialmente in linea con la l. 28/2000 (secondo la quale la presenza dei soggetti politici nei telegiornali e negli altri programmi informativi deve rappresentare un'eccezione, giustificabile solo in presenza dell'esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione<sup>30</sup>), le delibere adottate dall'Autorità a partire dalle elezioni politiche

<sup>26</sup> Sul punto, v. anche M. Manetti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 815.

<sup>27</sup> Così l'art. 6, c. 1, l. 112/2004 (c.d. legge Gasparri); le previsioni contenute nell'art. 6 sono poi state trasfuse nell'art. 7 del Testo unico della radiotelevisione (d.lgs. 177/2005, poi divenuto il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici; indicato in prosieguo solo come «Tusmar»).

<sup>28</sup> Art. 7, c. 2, del Tusmar.

<sup>29</sup> Come riconosciuto dalla stessa Autorità, ad esempio, nella delibera Agcom n. 73/08/CSP, in cui vengono richiamate «le disposizioni non del tutto univoche della legge e quelle di rinvio alla legge stessa contenute nei regolamenti attuativi dalla Commissione parlamentare di vigilanza e di questa Autorità» (§ 5).

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 5, c. 4, l. 28/2000, che modifica l'art. 1, c. 5, l. 515/1995.

dal 2008 hanno previsto, ancorché in termini talvolta diversi<sup>31</sup>, che nei telegiornali e notiziari debba essere garantita proprio «la presenza dei soggetti politici»<sup>32</sup>.

Anche in un provvedimento generale adottato nel 2010 e volto a disciplinare la vigilanza sul rispetto della *par condicio* nei telegiornali nazionali in periodo sia elettorale che ordinario, l'Autorità ha sostanzialmente imposto alle emittenti di assicurare nei telegiornali l'«equa rappresentazione di tutte le opinioni politiche», specificando che, ai fini della verifica del rispetto del pluralismo politico, si debba assegnare peso prevalente al «tempo di parola»<sup>33</sup> attribuito a ciascun soggetto politico<sup>34</sup>, in quanto considerato l'«indicatore più sintomatico del grado di pluralismo»<sup>35</sup>.

È tuttavia evidente che, in tal modo, la differenza tra programmi di informazione (anzi, tra i notiziari) e i programmi di comunicazione politica viene a ridursi sino a quasi annullarsi. Attraverso l'indicazione del tempo di parola (che richiede la presenza del politico) come criterio prevalente e privilegiato per la verifica del rispetto della *par condicio* e il concomitante obbligo di rappresentare «equamente» «tutte le opinioni politiche» (senza neppure un necessario nesso con i temi dell'attualità e della cronaca), si assimilano l'informazione per antonomasia – i notiziari – alla comunicazione politica, in quanto nei telegiornali dovrebbero assicurarsi la presenza e le dichiarazioni dirette dei soggetti politici «al fine di far conoscere le posizioni politiche espresse»<sup>36</sup> da questi ultimi, di fatto trasformando sempre più i telegiornali in programmi «dei» politici (e non solo, eventualmente, «sui» politici)<sup>37</sup>.

Quanto al criterio quantitativo da applicare per verificare se la rappresentazione dei vari soggetti politici sia stata «equa», l'Autorità, pur escludendo che si richieda la «ripartizione matematicamente paritaria» che connota invece la comunicazione politica, ha indicato il «criterio della parità di trattamento, il quale va inteso propriamente, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, nel senso che situazioni analoghe debbano essere trattate in maniera analoga...»<sup>38</sup>.

Con riferimento al periodo ordinario, nel 2006 l'Autorità, facendo leva sulla qualificazione *ex art. 7* del Tusmar dell'attività informativa (da qualunque emittente esercitata) in termini di «servizio di interesse generale», è intervenuta a disciplinare anche i programmi di informazione (telegiornali e programmi di approfondimento) e le altre trasmissioni<sup>39</sup>.

<sup>31</sup> Per approfondimenti sia consentito rinviare a O. Grandinetti, *La par condicio nei programmi di informazione: alcuni sviluppi recenti*, in M. Manetti, R. Borrello (a cura di), *Diritto dell'informazione. Temi e problemi*, cit.

<sup>32</sup> Si v. ad es. l'art. 5, c. 2, delibera Agcom n. 33/08/CP ed art. 7, c. 2, delibera Agcom n. 42/08/CSP.

<sup>33</sup> Si ricorda che per «tempo di parola» si intende quello in cui il soggetto politico istituzionale parla direttamente in voce; per «tempo di notizia» il tempo dedicato dal giornalista all'illustrazione di un argomento o di un evento relativo ad un soggetto politico o istituzionale; per «tempo di antenna» la somma del tempo di parola e del tempo di notizia.

<sup>34</sup> Art. 2, c. 1, cit. delibera.

<sup>35</sup> Delibera n. 243/10/CONS, cit., 3.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Su tale distinzione si v. R. Borello, A. Frosini, *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisive di rilievo politico in Italia*, cit., 27 ss.

<sup>38</sup> Delibera n. 243/10/CONS, cit., 3.

<sup>39</sup> Delibera 22/06/CSP, in *G.U.R.I.* 4 febbraio 2006, n. 29.

In particolare, la delibera stabilisce per un verso che nel periodo ordinario le emittenti debbano rispettare i principi di completezza e correttezza dell'informazione, obiettività, equità, lealtà, imparzialità, pluralità dei punti di vista e parità di trattamento; per altro verso, che l'equilibrio delle presenze debba essere assicurato durante il ciclo di una stessa trasmissione.

Le previsioni regolamentari hanno suscitato forti perplessità nella dottrina, che ha sottolineato come sia difficilmente conciliabile con la sentenza della Corte costituzionale n. 155 del 2002 una lettura dell'art. 7 del Tusmar che conduca all'equiparazione tra la Rai e le emittenti private, pervenendo così alla «funzionalizzazione» dell'attività informativa delle emittenti private, invece esclusa dalla Consulta<sup>40</sup>.

Al contrario, la giurisprudenza amministrativa ha mandato esente da rilievi di legittimità la delibera n. 22/06/CSP<sup>41</sup>. In particolare, i giudici amministrativi non hanno riscontrato alcuna contraddizione tra la richiamata affermazione della Corte costituzionale in merito all'impossibilità di applicare all'informazione le regole proprie della comunicazione politica e la successiva definizione (legislativa) dell'informazione in termini di servizio di interesse generale, né con la sua concreta disciplina, da parte dell'Agcom, secondo moduli propri della Rai. Anzi, i giudici amministrativi sembrano aver privilegiato una lettura della l. 28/2000 che, in sostanza, assimila le regole applicabili ai «programmi di informazione» a quelle proprie della «comunicazione politica», mostrando così di accedere ad un'interpretazione «funzionalistica» dell'art. 2, c. 2, l. 28/2000<sup>42</sup>, nonostante il diverso avviso espresso dalla Consulta nella citata sentenza n. 155 del 2002.

Tuttavia, di recente, i criteri che hanno guidato l'attività istituzionale dell'Agcom nell'integrazione (a livello regolamentare) e nell'applicazione (a livello di specifici provvedimenti) della disciplina sulla *par condicio* nei programmi informativi sono stati oggetto di un'importante rivisitazione critica da parte degli stessi giudici amministrativi, i quali hanno da ultimo adottato quattro decisioni (due di primo grado<sup>43</sup> e due, confermativa, di secondo grado<sup>44</sup>), che hanno inciso<sup>45</sup> e sembrano ancora destinate a incidere profondamente sulla materia, sebbene non siano state curiosamente oggetto di molta

<sup>40</sup> A. Pace, *op. cit.*; G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009, 298; O. Grandinetti, *Par condicio e programmi di informazione*, cit., 1160 ss.

<sup>41</sup> Tar Lazio, sez. III, 22 giugno 2006, n. 5038; 2 agosto 2006, n. 6832; Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1709.

<sup>42</sup> Si veda, ad esempio, il punto in cui il Tar sostiene che l'art. 2, c. 1, l. 28/2000 risponderebbe agli stessi principi contenuti nell'art. 7 Tusmar, là dove prevede con espresso riguardo «alla “informazione” – oltre che alla comunicazione – politica, ... [che] ... “le emittenti televisive devono assicurare a tutti i soggetti politici con imparzialità ed equità l'accesso all'informazione e alla comunicazione politica”»; norma questa, che non trova limitazioni di carattere temporale, mentre è il comma seguente che esenta i programmi di informazione dall'osservanza delle disposizioni sulla comunicazione politica di cui ai successivi commi» (sent. n. 6832/2006, cit., § 9).

<sup>43</sup> Tar Lazio, sez. I, 4 febbraio 2014, nn. 1392 e 1394.

<sup>44</sup> Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2014, nn. 6066 e 6067.

<sup>45</sup> Ad esempio, dopo le citate sentenze di primo grado l'Autorità, rendendosi probabilmente conto delle conseguenze di carattere sistematico di queste decisioni, non ha ulteriormente portato avanti la consultazione avviata nel dicembre 2013 per sistematizzare le previsioni regolamentari dettate per i periodi ordinari.

attenzione da parte della dottrina<sup>46</sup>.

Con dette sentenze i giudici si sono pronunciati sulle impugnazioni di due provvedimenti dell'Agcom<sup>47</sup> che avevano ordinato alla Rai di riequilibrare la presenza di politici dello schieramento di centro-destra in due popolari trasmissioni informative<sup>48</sup> (*Che tempo che fa* ed *In 1/2 ora*) andate in onda in periodo ordinario e in cui il maggior partito della coalizione di centro-sinistra aveva registrato presenze significativamente superiori<sup>49</sup>.

Secondo i giudici amministrativi, però, il dato numerico non è idoneo a decretare la violazione della *par condicio*, innanzitutto perché le trasmissioni in esame pacificamente non sono programmi di comunicazione politica, bensì di informazione, come tali caratterizzati dalla «correlazione ai temi dell'attualità della cronaca».

Né nella l. 28/2000, né nell'art. 7 del Tusmar – sottolineano i giudici – si rinvergono previsioni che assoggettino i programmi di informazione trasmessi in periodo ordinario a una parità di tempi e/o di presenze; ciò che si richiede è, piuttosto, il rispetto di principi generali come quelli di «parità di trattamento e di imparzialità». E, a ben vedere, anche i provvedimenti regolamentari dell'Autorità – rilevano ancora i giudici – richiamano principi generali come «completezza, e correttezza dell'informazione, obiettività, equità, lealtà, imparzialità, pluralità dei punti di vista, e parità di trattamento» (art. 2, c. 1, delibera Agcom n. 22/06/CSP). A parere degli stessi giudici, il criterio dell'«equilibrio delle presenze», che pure sarebbe astrattamente suscettibile di essere interpretato/applicato sia «in senso quantitativo» che «in senso qualitativo», va necessariamente interpretato solo in senso qualitativo, poiché altrimenti – ove si facessero prevalere «i “dati del monitoraggio”, i “tempi di parola”, le “volte” in cui ogni esponente politico è stato in trasmissione» – la disciplina dei programmi di informazione verrebbe «a coincidere con quella dettata dalla legge 28/2000 per le trasmissioni di comunicazione politica e/o per i periodi elettorali». Persino un'eventuale «sproporzione oggettiva tra gli schieramenti politici» non può risultare assorbente rispetto al criterio qualitativo<sup>50</sup>.

E il rispetto del criterio qualitativo va svolto «analizzando il tipo di programma, le modalità di confezionamento dell'informazione, la condotta dei giornalisti, l'apertura della trasmissione alla discussione dei diversi punti di vista e alla rappresentazione di plurali opinioni politiche, il carattere veritiero e completo delle informazioni fornite». Al contrario, il criterio quantitativo non soltanto non tiene in debito conto tali aspetti, ma rende «problematica la stretta attinenza del format alla notizia di attualità»<sup>51</sup> e «irri-

<sup>46</sup> Tra i manuali di diritto dell'informazione consultati, ne dà conto solo R. Zaccaria - A. Valastro - E. Albanesi, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, 2016, 328-29.

<sup>47</sup> Delibere n. 476/13/CSP (relativa alla trasmissione *In 1/2 ora*, condotta da Lucia Annunziata) e n. 476/13/CONS (relativa alla trasmissione *Che tempo che fa*, condotta da Fabio Fazio).

<sup>48</sup> *Rectius*, di “*infotainment*”, secondo la classificazione della Rai.

<sup>49</sup> Pari: al 61,96% il PD, a fronte del 5,17% del PdL, in *Che tempo che fa*; al 51,48%, a fronte del 20,28% del PdL, nella trasmissione *In 1/2 ora*.

<sup>50</sup> Le citazioni riportate nel testo sono tratte dalle citate sentenze del Consiglio di Stato.

<sup>51</sup> A questo riguardo il Consiglio di Stato ricorda, ad es., che «nel periodo temporale in questione dominato dalle vicende interne al PD, particolarmente discusse, spesso con coloriture o accenti negativi, con riferimento alle dimissioni del segretario del partito ed alle polemiche seguite al risultato elettorale» (Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2014, n. 6067).

levanti le modalità di conduzione dei programmi»<sup>52</sup>.

In conclusione, anche sul “vecchio” fronte dei programmi televisivi informativi la disciplina della *par condicio* nei programmi informativi è ben lungi dall’aver trovato un assetto stabile e definitivo.

## 5. Similarità e differenze tra Internet e televisione

Per rispondere al quesito in merito all’opportunità di estendere una disciplina pensata per la televisione alle fonti informative disponibili attraverso Internet, sembra utile tentare di instaurare, in estrema sintesi, un confronto tra alcune caratteristiche di questi due media (beninteso solo quelle più strettamente funzionali al tema del presente lavoro), peraltro – com’è inevitabile – non tutte pacificamente condivise tra gli studiosi e con l’ulteriore avvertenza che alcune caratteristiche di Internet sono talmente tra loro interconnesse che una loro separata trattazione si giustifica soprattutto per ragioni di ordine espositivo.

### 5.1. Internet come “mezzo” e come “mondo”

Una delle prime riflessioni da svolgere riguarda il carattere riduttivo di considerare Internet come un mero mezzo di comunicazione al pari di quelli classici: questo potrà essere vero (peraltro, con le precisazioni che si effettueranno *infra*) per la popolazione appartenente alla fascia d’età più alta (perlopiù gli *over 65*), ma è del tutto inadeguato a rappresentare il fenomeno per la gran parte degli appartenenti alle altre fasce d’età, per i quali Internet è piuttosto un “mondo”<sup>53</sup>.

Non è che siano mancate in passato costruzioni teoriche, anche autorevoli, che proponevano la stessa qualificazione anche per la televisione<sup>54</sup> preconizzando una vera e propria trasformazione antropologica dell’Uomo a seguito dell’ingresso sempre più prepotente dei mezzi di comunicazione di massa (che ora definiremmo tradizionali) nella nostra vita<sup>55</sup>. E, guardando allo specifico tema degli effetti sugli equilibri politici

---

<sup>52</sup> In proposito viene fatto l’esempio del conduttore che, «pur invitando un maggior numero di esponenti di un certo partito, avesse rivolto loro pesanti critiche, osservazioni sarcastiche, domande scomode, così peggiorando la percezione di essi e del partito da parte dell’opinione pubblica» (ivi).

<sup>53</sup> Così, ad es., U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009, 228 ss.; ma già Idem, *Psiche e technè. L’uomo nell’età della tecnica*, Milano, 1999, 626. Ciò peraltro non deve indurre a trarre affrettate conclusioni in merito alla possibilità di esercitare attraverso Internet diritti costituzionalmente tutelati, come la libertà di riunione, la libertà di associazione e simili, come avverte M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2015, 284.

<sup>54</sup> Si v. ad es. G. Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen*, München, 1956 (trad. it. *L’uomo è antiquato*, Torino, 2003, vol. I, 95 ss.). Ed è significativo che le visioni talvolta definite “apocalittiche” di alcune più risalenti analisi quali quella della Scuola di Francoforte (soprattutto Adorno, Marcuse, Horkheimer) siano state rivalutate anche in recenti analisi teoriche svolte da “uomini di televisione” come C. Freccero, *Televisione*, Torino, 2013, 37 ss. Sull’attualità del pensiero di Adorno si v., A. Punzi, *Il dominio della comunicazione e la comunità assente*, Torino, 1998. In tema si v. anche 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 e nota 22.

<sup>55</sup> Al riguardo è d’obbligo la citazione dell’opera di M. McLuhan, *Understanding the media. The extensions*



potrebbe persino dirsi che queste tesi non sbagliavano poi di molto, se studi scientifici empirici svolti a diverse latitudini hanno dimostrato che l'esposizione a determinati canali televisivi ideologicamente molto connotati (come Fox News<sup>56</sup>) o alle televisioni commerciali del gruppo Fininvest/Mediaset<sup>57</sup> ha condizionato le tendenze di voto dei telespettatori-elettori.

Peraltro, l'impatto di Internet non ha riguardato solo il (pur fondamentale) campo informativo, ma si è esteso a tutta una serie di attività quotidiane ed essenziali che si realizzano sempre di più esclusivamente in rete (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla prenotazione di un viaggio o ad un'operazione bancaria, ma anche all'esercizio di molti diritti di cittadinanza). Il blackout delle trasmissioni televisive negli anni '80 del secolo scorso avrebbe senz'altro destato scalpore e disappunto tra i cittadini, ma non avrebbe comunque impedito loro di evadere le proprie occupazioni giornaliere, così come invece avviene oggi quando la rete va in tilt: Internet è un mondo virtuale da cui tutti sono condizionati nel modo reale, persino coloro i quali non la usano direttamente<sup>58</sup>.

Per chi poi utilizza Internet per instaurare relazioni sociali<sup>59</sup> – come appunto avviene nel caso dei social network – il mondo virtuale può addirittura affiancarsi a quello reale, sino a divenire di gran lunga più importante (a questo proposito è sufficiente osservare la vita dei nostri figli o leggere gli articoli di cronaca relativi a suicidi di adolescenti o preadolescenti, e talvolta anche di adulti, colpiti da marginalizzazioni sui social network, ancor prima che nella vita reale); sempre che a questo “dualismo” voglia ancora darsi credito<sup>60</sup>.

E si tratta di caratteristiche che sembrano differenziare profondamente Internet dalla televisione, così come da qualsiasi altro mezzo di comunicazione di massa “tradizio-

---

*of Man*, 1964 (trad. it. *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967).

<sup>56</sup> Si v., ad es., lo studio svolto da S. Della Vigna, E. Kaplan, *The Fox News Effect: Media Bias and Voting*, in *Quarterly Journal of Economics*, 122, 2007, 1187 ss.

<sup>57</sup> R. Durante, P. Pinotti, A. Tesei, *The Political Legacy of Entertainment TV*, in *Discussion Papers, Centre for Economic Performance*, 2017, dp 1475, secondo i quali le persone esposte per prime ai programmi diffusi dalle reti commerciali Fininvest/Mediaset hanno avuto più probabilità di votare per Forza Italia sia nelle elezioni del 1994, sia per tutte le successive cinque tornate elettorali (e si trattava all'epoca di programmi di intrattenimento e non di programmi informativi). A conclusioni del tutto sovrapponibili era giunto, ancorché in mancanza di evidenze empiriche, Norberto Bobbio, in N. Bobbio, G. Bosetti, G. Vattimo, *La sinistra nell'era del karaoke*, Milano, 1994, 36: «Non ha vinto Berlusconi in quanto tale, ha vinto la società che i suoi mass media, la sua pubblicità hanno creato». Nello stesso senso di recente C. Freccero, *Televisione*, cit., «Trent'anni di televisione commerciale hanno formato il gusto del paese, la sua ideologia politica, l'adesione e il consenso al berlusconismo» (60).

<sup>58</sup> Si v., da ultimo, la Dichiarazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 13 febbraio 2019 *on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, in cui si legge che i servizi digitali «are fundamental for a growing number of users for news consumption, education, entertainment, commercial transactions and multiple other forms of everyday activities» (§ 2).

<sup>59</sup> Ovviamente affermare che attraverso Internet - ed in particolare sui social network - i singoli instaurano relazioni sociali, è ben diverso dall'attribuire ad Internet e/o a sue determinate applicazioni social la qualifica di “formazioni sociali” in senso giuridico: qualifica proposta, ad es., da P. Passaglia, *Le formazioni sociali e Internet*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 50 ss., e invece esclusa da M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, cit., 282 ss.

<sup>60</sup> S. Calzolaio, voce *Protezione dei dati personali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Milano, 2017, 603, osserva che «l'avvento della società dei dati comporta – concettualmente – la fine del dualismo fra “spazio” e “cyberspazio”, fra “identità personale” e “identità virtuale o (elettronica)”, fra vita “online” e vita “offline”, fra mondo virtuale e reale».

nale”.

Ma, se Internet è un “mondo” (che si è dotato persino di proprie monete<sup>61</sup>), allora la regola tendenzialmente più adatta per disciplinarne i vari fenomeni dovrebbe effettivamente essere che nel mondo virtuale dev’essere vietato quel che è vietato nel mondo reale<sup>62</sup> (a patto peraltro di tenere ben presenti le diverse modalità di funzionamento del mondo virtuale rispetto a quello reale) in relazione alle specifiche attività svolte in rete<sup>63</sup> e quindi – naturalmente - anche quando le attività svolte attraverso Internet sono di natura informativa (ivi compresa la materia politico-elettorale).

### 5.2. L'apparente gratuità dei servizi informativi offerti su Internet

Un punto di contatto tra televisione e Internet, almeno dal punto di vista dell’utente, è senz’altro l’apparente gratuità della fruizione della gran parte dei servizi offerti via Internet; essa rappresenta infatti un evidente elemento di continuità con la tradizionale forma di televisione commerciale (la *free tv*, che si finanzia con la pubblicità). Com’è noto, dal punto di vista economico il mercato della televisione è un c.d. mercato a due versanti (sia pure con particolari caratteristiche) in cui le emittenti finanziano le proprie attività vendendo i “contatti raggiunti” - cioè, noi telespettatori - agli inserzionisti pubblicitari, che comprano gli spazi nei quali pubblicizzare i propri servizi e prodotti presso i telespettatori<sup>64</sup>. Se è pertanto vero che, nel classico modello di business della *free tv* commerciale, le emittenti vendono, come dicono icasticamente gli inglesi, gli “occhi” del pubblico (la loro attenzione), Internet nel suo modello *free* non soltanto vende (come avviene per la televisione) gli utenti, ma anche i loro dati. In entrambi i casi, però, la sensazione per il fruitore dei servizi è la gratuità del consumo, anche se in realtà un costo viene pagato, benché in termini non monetari ma quantomeno di tempo e di privacy.

Ciò è talmente evidente che, di recente, la nuova direttiva UE recante il Codice europeo

---

<sup>61</sup> Pur essendo ormai numerose le cripto-valute in circolazione, particolare scalpore ha destato la recente dichiarazione del noto social network Facebook di voler dar vita a “Libra”, la sua moneta digitale.

<sup>62</sup> Con riferimento al rispetto dei diritti umani si v., ad es., la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, CM/Rec (2014) 6, *Guide to human rights for internet users*, in cui si individua come priorità che «*human rights and fundamental freedoms apply equally offline and online ...*», § 5; nonché le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani dello stesso Consiglio d’Europa, *The rule of law in the Internet and in the wider digital world*, dicembre 2014, 19: «*The basic requirements of the rule of law apply, and should be made to apply in practice, equally online and offline*». E, da ultimo, la citata Dichiarazione del Comitato dei ministri del 13 febbraio 2019 *on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, cit., nella quale si ricorda che «*Member States must ensure the rights and freedom enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom to everyone within their jurisdiction, equally offline and online, in an environment of unprecedented political, economic and cultural globalization and connectedness*» (§ 1). Si v. anche il documento redatto nel giugno 2018 dalla Commissione elettorale inglese (l’organismo indipendente che vigila sulle spese relative alle campagne elettorali e referendarie nel Regno Unito), *Digital campaigning*, 5.

<sup>63</sup> P. Marsocci, *op. cit.*, 11, segnala che i fondamenti costituzionali della cittadinanza digitale andranno ricercati osservando volta per volta la natura e la finalità degli atti e delle attività compiute tramite la Rete.

<sup>64</sup> Si v. per tutti *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria*, IC23, novembre 2004.

delle comunicazioni elettroniche<sup>65</sup> ha anche normativamente sancito tale dato di comune esperienza rilevando come nell'economia digitale «i partecipanti al mercato sempre più spesso ritengono che le informazioni sugli utenti abbiano un valore monetario. I servizi di comunicazione elettronica sono spesso forniti all'utente finale non solo in cambio di denaro, ma in misura sempre maggiore e in particolare in cambio della comunicazione di dati personali o di altri dati. Il concetto di remunerazione dovrebbe pertanto ricomprendere situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all'utente finale dati personali ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 o di altri dati, e questi glieli trasmette consapevolmente per via diretta o indiretta»; la stessa direttiva aggiunge poi che il concetto di remunerazione dovrebbe «ricomprendere anche le situazioni in cui l'utente finale è esposto a messaggi pubblicitari come condizione per l'accesso al servizio»<sup>66</sup>.

Dunque, se da un lato può estendersi anche a Internet la constatazione che il modello di business *free*, finanziato dalla pubblicità e in sostanza basato sui “contatti” (quello di gran lunga prevalente anche sulla rete<sup>67</sup>), rende il cittadino-utente sempre più “oggetto” e, correlativamente, sempre meno “soggetto” delle attività svolte su Internet - con le ben note conseguenze in merito al c.d. *advertisers bias* e alle esigenze prioritarie da soddisfare da parte dell'impresa (che tenderà inevitabilmente a privilegiare gli interessi del suo cliente inserzionista pubblicitario rispetto a quelle del cittadino-utente) -; dall'altro lato bisogna registrare il vero e proprio salto di qualità tra la televisione (in cui a essere venduti sono solo gli “occhi” del telespettatore) e Internet in cui oggetto di transazione commerciale sono i dati personali (e non) attraverso i quali è possibile risalire ad aspetti molto intimi e caratterizzanti della personalità del cittadino/utente<sup>68</sup>. Al contempo, così come la misurazione dell'audience attraverso sistemi come l'Auditel consentiva al proprietario di emittenti televisive di conoscere meglio dei partiti tradizionali i gusti veri dei cittadini-utenti-elettori<sup>69</sup>, la disponibilità di enormi quantità di dati personali (i c.d. *Big Data*<sup>70</sup>) rappresenta un'altra volta un salto di qualità rispetto alle

<sup>65</sup> Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018.

<sup>66</sup> Considerando 16 della citata direttiva (UE) 1972/2018; ma, con specifico riferimento ai social network, si v. anche l'art. 3, par. 1, n. 2, ed il considerando 57 della direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, del 20 maggio 2019.

<sup>67</sup> V. M. Gambaro, *Concorrenza e pluralismo nel mercato di Internet: la prospettiva economica*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 268. Agcom, *Big data - Interim Report*, cit., 28.

<sup>68</sup> Come osserva lo storico Y. N. Harari, *21 Lezioni per il XXI Secolo*, Firenze – Milano, 2018, «giganti high-tech come Google, Facebook, Baidu e Tencent [...] sembrano aver adottato il modello di business dei “mercanti dell'attenzione”. Catturano la nostra attenzione fornendoci informazioni gratuite, servizi e intrattenimento, e rivendono poi la nostra attenzione alle aziende inserzioniste. È però probabile che i giganti dei dati coltivino obiettivi assai più ambiziosi di ogni precedente mercante dell'attenzione. Il loro vero business non è affatto vendere spazi pubblicitari. In realtà, catturando la nostra attenzione, sono in grado di accumulare una immensa quantità di dati su di noi, un fatto che vale molto più di qualunque incasso pubblicitario. Non siamo i loro clienti – siamo i loro prodotti» (125).

<sup>69</sup> Lo ricorda M. Ferraris, *Ecco il “populismo informatico”: come gli algoritmi uccidono la democrazia*, in *AgendaDigitale.eu*, 7 dicembre 2018.

<sup>70</sup> Pur non essendovi concordia sulla definizione di Big Data, può dirsi che si tratta di dati che per il loro enorme volume, velocità di produzione e raccolta ed ampiezza e varietà che consentono, attraverso

tematiche poste in proposito dalla televisione.

Si tornerà più avanti sulle notevoli conseguenze che derivano da questi rilevanti cambiamenti.

### **5.3. Lo sviluppo di Internet: il passaggio da strumento di libertà ad elemento di potenziale ostacolo all'esercizio delle libertà**

Ove si guardi alla traiettoria percorsa da Internet, sembra difficile non condividere il giudizio di chi nello sviluppo della rete individua sostanzialmente due fasi: una prima, connotata dall'apertura della rete e dal potenziamento delle libertà dei singoli; la seconda, in cui iniziano ad apparire soggetti mossi da un intento economico-commerciale<sup>71</sup>. E su queste basi sarebbe forte la tentazione di assimilare la parabola di Internet allo sviluppo della televisione privata<sup>72</sup> - nata in Italia come un fattore di potenziamento della libertà di espressione ad opera di associazioni culturali e di tante iniziative spontanee (le c.d. radio e televisioni libere) desiderose di trovare uno spazio di pubblico confronto anche relativamente a posizioni eterodosse o minoritarie<sup>73</sup>, che con grande difficoltà avrebbero potuto trovarlo nella ortodossa programmazione della Rai -, ma che poi è divenuta un fenomeno spiccatamente commerciale ed infine è approdata ad una concentrazione mediatica senza eguali nelle c.d. democrazie occidentali (posta nelle mani di un solo gruppo privato, il cui socio di riferimento è ben presto entrato nell'agone politico sfruttando la posizione di vantaggio acquisita proprio grazie a quella abnorme concentrazione)<sup>74</sup>. Sennonché, a differenza della parabola della nostra televisione commerciale che – come detto – rappresenta un *unicum* nel panorama europeo,

---

forme completamente nuove di elaborazione e di ottimizzazione dei processi, di prendere e prevedere decisioni nonché di analizzare le preferenze più profonde degli individui. Sui Big Data si v. [Agcom, Big Data - Interim Report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS](#). Per approfondimenti si v. M. Delmastro, A. Nicita, *Big Data*, Bologna, 2019.

<sup>71</sup> A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 32 ss., il quale sottolinea peraltro che la «traiettoria non è inedita. Altri poteri di natura politica, economica o tecnica sono nati come espressione della libertà creativa dell'uomo e poi sono diventati strumenti di oppressione».

<sup>72</sup> Ed è significativo che il parallelo sia stato evocato anche da Antonio Patuelli, presidente dell'ABI (Associazione Bancaria Italiana), il quale, in occasione dell'intervista rilasciata al giornalista Eugenio Occorsio sull'inserito *Affari & Finanza* de *la Repubblica* del 21 gennaio 2019 in relazione al tentativo dei colossi di Internet (Amazon, Google, Facebook) di entrare nel settore bancario, ha affermato: «Lo sa cosa mi ricorda questo momento? L'esplosione delle tv private in Italia, trent'anni o più fa. Ci fu un momento di grande confusione, diversi tentativi di sopraffazione e di rincorsa a occupare spazi non regolamentati».

<sup>73</sup> Se ne veda una sintetica ricostruzione in F. Monteleone, *La storia della radio e della televisione in Italia*, Venezia, 2005, 392 ss.

<sup>74</sup> Per la puntuale analisi di questa parabola, v. A. Pace, M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), Bologna-Roma, 2006, 575 ss. Per una severa valutazione della situazione creatasi in Italia alla luce degli standard europei, si v. Commissione Europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), *Parere sulla compatibilità delle leggi italiane "Gasparri" e "Frattini" con gli standard del Consiglio d'Europa in materia di libertà di espressione e pluralismo dei media*, 13 giugno 2005, parere n. 309/2004, CDL-AD (2005).

la traiettoria di Internet riguarda tutti i Paesi, anche quelli che in passato hanno disciplinato tempestivamente ed efficacemente (al contrario dell'Italia) la materia televisiva. Sembra allora questa una caratteristica intrinseca ad Internet, che la pone su un piano qualitativamente diverso dai media tradizionali.

#### 5.4. Idoneità di Internet a supportare un discorso pubblico razionale

Quando si affronta il problema della comunicazione politica è pressoché inevitabile porsi il problema della capacità persuasiva del mezzo oggetto di esame. Com'è noto, alla parola scritta si suole attribuire l'intrinseca qualità di sviluppare nel lettore una capacità critica che conseguirebbe spontaneamente alle attività cerebrali richieste ad una persona per leggere e comprendere il contenuto di un testo scritto. Com'è altrettanto noto, gli studiosi della comunicazione ed i giuristi, oltre che le corti costituzionali di molti Paesi<sup>75</sup>, ritengono che, nel passaggio dall'informazione scritta a quella verbale (radiofonia) e poi a quella audiovisiva (ad es., televisione), le funzioni cerebrali impegnate non attiverebbero gli stessi meccanismi di attenzione e consapevolezza, sicché l'informazione realizzata attraverso l'utilizzo combinato delle parole e delle immagini avrebbe una capacità suggestiva di gran lunga superiore rispetto a quella scritta.

Si pone in altri termini il tema della genuinità del pubblico dibattito, il quale richiede, almeno secondo una delle più classiche teorie<sup>76</sup>, che idealmente esso debba svolgersi secondo una procedura argomentativa imparziale, in cui i partecipanti si trovano in condizione di parità e si impegnano a giustificare le proprie affermazioni, ad ascoltare le ragioni degli altri partecipanti e a far infine prevalere l'argomento migliore. Viene per tale via evocata la differenza tra "convinzione" e "persuasione" che, in base a una impostazione risalente nella cultura occidentale, dovrebbe rinvenirsi nella capacità della convinzione di suscitare nell'altro un convincimento basato su fondamenti oggettivi e suscettibile di essere condivisa da parte di tutti i soggetti razionali<sup>77</sup>, laddove la persuasione produrrebbe nell'individuo un convincimento privo di tali caratteristiche qualitative e, come tale, non condivisibile né sostenibile con argomentazioni razionali, bensì supportato da convinzioni frutto dell'azione retorica e suggestiva dell'interlocutore<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Per l'Italia, si v. C. Cost. sentt. 148/1981, 826/1988, 112/1993 e 420/1994. Da un punto di vista teorico, v. D.S. Birdsell, L. Groarke, *Toward a theory of visual argument. in Argumentation and Advocacy*, 33 (Summer) 1996, 1 ss. Da un punto di vista di ricerca scientifica empirica, il dato è confermato anche da Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., da cui emerge ad esempio che il cento per cento dei lettori dei quotidiani consuma effettivamente le notizie dei giornali, a differenza di percentuali sensibilmente inferiori per gli altri mezzi (in ordine decrescente, televisione, Internet e radio).

<sup>76</sup> J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo. II Critica della ragione funzionalista*, Bologna, 1981.

<sup>77</sup> D'altronde, il tema era già presente, sin dall'antichità, ad un filosofo presocratico come Eraclito, il quale avvertiva che «Bisogna seguire ciò che è comune a tutti, perché ciò che è comune è generale» (fr. 113 Diels), «Chi vuole parlare con intelligenza deve farsi forte di ciò che è comune a tutti ...» (fr. 2, Diels).

<sup>78</sup> Su questi temi si v. le chiare pagine di A. Punzi, *Diritto Certezza Sicurezza*, Torino, 2015, 16 ss. Del resto, già Platone fa dire a Socrate, nel celebre dialogo con il sofista Gorgia: «Ti pare che siano la stessa cosa avere appreso e credenza, o qualcosa di diverso? .... Evidentemente ... non sono la stessa cosa.

A ben vedere, è su questa sottointesa distinzione che si basa anche a livello legislativo, ad es., il divieto imposto dalla l. 28/2000 di trasmissione di spot politici ed elettorali sulle emittenti televisive nazionali e, per converso, l'imposizione di una durata minima (più lunga di un consueto spot commerciale) e di un contenuto argomentato dei messaggi politici autogestiti, da contrapporsi al linguaggio suggestivo della pubblicità commerciale.

Va detto che la persuasione esercitabile dai mezzi di comunicazione di massa grazie all'applicazione di tecniche psicologiche di condizionamento e di ricerca motivazionale è tema per nulla nuovo, essendosi presentato, soprattutto negli Stati Uniti d'America, sin dalla diffusione delle prime trasmissioni televisive commerciali negli anni '50 del secolo scorso<sup>79</sup>. Ma, secondo numerosi osservatori contemporanei, i progressi compiuti attraverso le neuroscienze e gli studi di economia comportamentale consentono di comprendere, come mai prima d'ora, i processi decisionali degli individui e dunque di trovare nuovi e ben più efficaci modi di condizionarli<sup>80</sup>. Questi strumenti vengono poi ulteriormente rafforzati e esaltati dalla possibilità di far analizzare e trattare un'enorme quantità di dati lasciati sulla rete dai cittadini-utenti da parte di elaboratori dotati di strumenti di intelligenza artificiale (IA)<sup>81</sup>. In realtà, come è stato osservato<sup>82</sup>, sono due le rivoluzioni che portano alle estreme conseguenze le criticità già riscontrabili, al riguardo, nell'utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa del secolo scorso: quella ricollegata agli enormi sviluppi nel campo delle neuroscienze e quella della possibilità di trattare l'enorme mole di dati generati continuamente da tutti noi (appunto i *Big Data*) attraverso computer dotati di IA e di meccanismi di apprendimento automatico, che possono poi prevedere o, addirittura, prendere decisioni attraverso l'utilizzo di algoritmi<sup>83</sup>. Questa quantità di dati è poi destinata a crescere in modo esponenziale con l'Internet delle cose (la c.d. *Internet of things*, IoT), in forza della quale le cose che utilizziamo quotidianamente come, ad es., autoveicoli, elettrodomestici e altri apparati possono essere connessi alla rete.

È questo, quindi, un aspetto peculiare di Internet, che pone sfide nuove rispetto a

---

... Vuoi che stabiliamo due forme di persuasione, una che produce la credenza senza il sapere, l'altra la scienza?» (Platone, *Gorgia*, 449-d – 455-a, in G. Cambiano (a cura di), *Dialoghi filosofici*, Torino, I, 373-380)

<sup>79</sup> Il riferimento quasi obbligato è al classico lavoro di V. Packard, *I persuasori occulti*, Roma 1989, con un saggio finale dello stesso A. intitolato *I persuasori occulti rivisitati negli anni ottanta* (251 ss.).

<sup>80</sup> Y. N. Harari, *21 Lezioni per il XXI Secolo*, cit., 45, il quale d'altro canto ridimensiona anche la fiducia che i sistemi democratico-liberali ripongono nella razionalità ed autonomia dell'individuo (315 ss.). Nello stesso senso, da un punto di vista di teoria economica, M. Gentzkow, J. Shapiro, D. Stone, *Media Bias in the Marketplace Theory*, in S. Anderson, J. Waldfogel, D. Stromberg (eds.), *Handbook of Media Economics*, vol. 1B, chap. 14 Amsterdam, 2016, citato da V. Visco Comandini, *Le fake news sui social network: un'analisi economica*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 195.

<sup>81</sup> In particolare, detti elaboratori sono generalmente dotati di un *software* che, mediante complessi algoritmi, li mette in grado di apprendere, analizzare, comunicare e addirittura comprendere le dinamiche emotive umane, così da analizzare i comportamenti e prevedere, almeno in chiave probabilistica, le decisioni umane.

<sup>82</sup> Y. N. Harari, *op. cit.*, 87.

<sup>83</sup> In termini assai generali, l'algoritmo può definirsi come una procedura chiara ed univoca che può essere seguita da un esecutore automatico (il computer) senza il bisogno di istruzioni aggiuntive. Per un'interessante opera divulgativa in argomento si v. C. O'Neil, *Armi di distruzione matematica*, Firenze – Milano, 2017.

quelle affrontate (qui non interessa se con risultati da giudicarsi più o meno soddisfacenti) in relazione ai media tradizionali. Non è certamente casuale che da ultimo, proprio con riferimento ad Internet, si sia sottolineato, da parte del Consiglio d'Europa, come «il livello minuto, subconscio e personalizzato di persuasione algoritmica può avere effetti significativi sull'autonomia cognitiva degli individui e sul loro diritto di formarsi opinioni e prendere decisioni indipendenti» e possa portare alla «corrosione delle fondamenta del Consiglio d'Europa. I cui pilastri centrali rappresentati dai diritti umani, dalla democrazia e dallo stato di diritto sono basati sul fondamentale convincimento dell'uguaglianza e della dignità di tutti gli esseri umani come agenti morali indipendenti»<sup>84</sup>.

Non è del resto dubbio che i nostri sistemi democratici si fondino sul presupposto della libera volontà degli individui e, in definitiva, della loro libertà di autodeterminazione e di libero arbitrio, senza i quali gli stessi processi elettorali non avrebbero molto senso<sup>85</sup>. Né coglierebbe nel segno l'obiezione che si basasse sulla circostanza che le neuroscienze si sono ovviamente limitate a svelare meccanismi insiti nella natura umana e, quindi, ovviamente operavano anche prima di Internet. Il punto è infatti che in passato non si era in grado di manipolare con sistemi scientifici questi aspetti della natura umana, mentre oggi a qualcuno (ma non a tutti) questo è possibile, per la disponibilità sia dei dati che delle tecniche per ottenere questo risultato.

Ebbene, alla luce di alcuni studi scientifici empirici svolti con riferimento all'Italia<sup>86</sup>, sembra che all'utilizzo di Internet corrisponda una maggiore polarizzazione politica (o più latamente ideologica<sup>87</sup>) dei cittadini-utenti e di minore (o nulla) apertura alle visioni

<sup>84</sup> Si v. la Dichiarazione *on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, cit., § 9; il testo originale è il seguente: «*Fine grained, sub-conscious and personalized levels of algorithmic persuasion may have significant effects on the cognitive autonomy of individuals and their right to form opinions and take independent decisions. These effects remain underexplored but cannot be underestimated. Not only may they weaken the exercise and enjoyment of individual human rights, but they may lead to the corrosion of the very foundation of Council of Europe. Its central pillars of human rights, democracy and the rule of law are grounded on the fundamental belief in the equality and dignity of all humans as independent moral agents*».

<sup>85</sup> Y. N. Harari, *op. cit.*, 81; ma si v. anche la critica dello stesso A. a tale assunto (p. 45).

<sup>86</sup> Si v. i risultati dello studio preliminare svolto da W. Quattrociocchi, A. Scala, C.R. Sunstein, *Echo Chambers on Facebook*, 2016, in cui viene esaminato il rapporto tra utilizzo dei "like", "share" e "comment" su Facebook da parte di cittadini-utenti italiani e statunitensi e la loro polarizzazione ideologica (in relazione a temi scientifici ed alle c.d. teorie cospirative); nonché il risultato dell'indagine svolta dall'Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 79 ss., da cui risulta che gli individui con maggior grado di polarizzazione politica utilizzano con maggior frequenza Internet (soprattutto i social network) rispetto agli individui con bassa polarizzazione. Si v. anche M. Del Vicario, S. Gaito, W. Quattrociocchi, M. Zignani, F. Zollo, *News Consumption during the Italian Referendum: A Cross-Platform Analysis on Facebook and Twitter*, 2018.

Peraltro, non mancano, specie da ultimo, studi che mettono in dubbio il rapporto causa-effetto tra utilizzo dei social e polarizzazione politica perlomeno negli USA, si v. ad esempio, C.A. Bail, L.P. Argyle, T.W. Brown, J.P. Bumpus, H. Chen, M.B. Fallin Hunzacker, J. Lee, M. Mann, F. Merhout, A. Volfovsky, *Exposure to opposing views on social media can increase political polarization*, in *PNAS*, 115(37), 11 September 2018, 9216 ss.; L. Boxell, M. Gentzkow, J.M. Shapiro, *Greater Internet use is not associated with faster growth in political polarization among US demographic groups*, in *PNAS*, 114(40), 3 October 2017, 10612 ss.

<sup>87</sup> Per polarizzazione ideologica si intende il risultato individuale di quel processo sociale di separazione e frammentazione della popolazione in gruppi distinti, separati e non comunicanti tra loro su tematiche divisive di natura politica (cfr. Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 60 e nota 54, sulla scorta delle note teorie di C.R. Sunstein).

contrapposte alle proprie, con l'ulteriore conseguenza che gli algoritmi utilizzati dagli intermediari di Internet per suggerire ai cittadini-utenti notizie in linea con i loro gusti (naturalmente per come individuati dagli stessi algoritmi sulla base delle precedenti scelte degli stessi individui) producono l'effetto di isolare i singoli dai punti di vista opposti ai propri (c.d. *filter bubble*<sup>88</sup>), così rafforzando il fenomeno dell'aggregazione sui social network di gruppi di persone che la pensano alla stessa maniera e che, attraverso la reciproca conferma delle stesse idee, creano comunità estremamente autoreferenziali, indisponibili al confronto con opinioni diverse (c.d. *echo chambers*).

Anche in questo caso si potrebbe obiettare che, in realtà, nel nuovo ecosistema la situazione di questi soggetti non sarebbe poi diversa da chi attinga informazioni sempre da una sola fonte ideologicamente schierata (ad es., un giornale) e discuta dei temi che gli stanno più a cuore sempre con persone della stessa impostazione politico-ideologica. Ma l'obiezione finirebbe con il trascurare il salto di qualità insito in questi nuovi fenomeni: nel caso delle *echo chambers* non è l'individuo a compiere consapevolmente la scelta di sottrarsi al consumo di fonti difformi dai suoi convincimenti, bensì un algoritmo gestito e programmato da un'organizzazione imprenditoriale attraverso meccanismi di cui l'interessato non può il più delle volte neppure rendersi conto.

Si aggiunge un pernicioso rapporto tra livello di polarizzazione degli argomenti trattati (come in caso di temi naturalmente divisivi, ad es.: immigrazione; matrimonio tra omosessuali; loro possibilità di adottare bambini) e tendenza a farne oggetto di un'attività di disinformazione, che poi assume diffusione virale nell'ecosistema informativo di Internet<sup>89</sup>.

### **5.5. Stretto intreccio tra disciplina della privacy e tutela del pluralismo politico**

Come detto, il collegamento tra fruizione (soprattutto *free*) di servizi su Internet e la controprestazione consistente nella cessione di dati personali e di altri dati da parte dei cittadini-utenti, rappresenta un fattore peculiare di Internet rispetto alla televisione (in cui al telespettatore si chiede di cedere "solo" la sua attenzione); va ora aggiunto che esso ha un impatto diretto sul tema della disciplina della comunicazione politica e delle stesse autorità chiamate ad occuparsene.

Non può allora sorprendere che nel marzo 2019, avvicinandosi le elezioni europee, l'Ue abbia sentito la necessità di integrare il regolamento relativo allo statuto del finanziamento dei partiti e fondazioni politici europei con l'introduzione di una previsione secondo cui «[n]essun partito politico europeo o nessuna fondazione politica europea influenza deliberatamente, o tenta di influenzare, l'esito delle elezioni del Parlamento europeo sfruttando una violazione da parte di una persona fisica o giuridica delle norme applicabili in materia di protezione dei dati personali», presidiando il divieto con una sanzione pecuniaria che può arrivare sino al cinque per cento del bilancio annuale

---

<sup>88</sup> Termine coniato da E. Pariser, *Il filtro: quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012.

<sup>89</sup> Agcom, *Big Data – Interim Report*, cit., 83.



dei partiti e fondazioni interessati<sup>90</sup>. Il che, *per incidens*, conferma che la disciplina sulla comunicazione politica, oltre che nella disciplina dei media, rientra anche nell'alveo della c.d. legislazione elettorale di contorno (assieme alle regole di finanziamento dei partiti e simili)<sup>91</sup>.

Anche il Comitato europeo per la protezione dei dati ha ricordato come i partiti politici e i candidati ricorrano in misura crescente all'impiego di dati personali e a tecniche di profilazione per monitorare e indirizzare gli elettori attraverso l'invio di messaggi propagandistici altamente personalizzati e utilizzino a tale scopo dati forniti direttamente o indirettamente dai cittadini-utenti sui social network<sup>92</sup>. Per quel che qui più specificatamente rileva, il Comitato ricorda come i dati personali che rivelano opinioni politiche costituiscano una categoria particolarmente tutelata di dati e che la deroga pur prevista per l'ipotesi di dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato anche su Internet e sui social, vada interpretata – come qualsiasi deroga – in maniera restrittiva, di talché siffatta deroga non sarebbe idonea a giustificare il trattamento dei dati inferiti da altri dati rispetto ai quali il consenso era stato legittimamente ottenuto (i c.d. *inferred data*)<sup>93</sup>. In particolare, non è possibile fare uso dei dati personali raccolti attraverso i social network senza rispettare gli obblighi in materia di trasparenza, specificazione delle finalità e liceità. Il Comitato ricorda inoltre che i processi decisionali esclusivamente automatizzati, ivi compresa la profilazione, sono soggetti a limitazioni ove la decisione produca sull'interessato «effetti giuridici che lo riguardano o [...] incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»<sup>94</sup>, sottolineando come una «campagna mirata» a influenzare il voto di una persona in occasione di un'elezione attraverso un processo decisionale automatizzato possa incidere «in modo analogo», con conseguente necessità della previa acquisizione del consenso esplicito dell'interessato<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Cfr. artt. 10-*bis* e 27 del Regolamento n. 1141 del 22 ottobre 2014, modificato dal Regolamento n. 493 del 25 marzo 2019.

<sup>91</sup> In tal senso v. R. Borrello, A. Frosini, *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisive di rilievo politico in Italia*, cit., 12 ss., i quali inquadrano tale legislazione, ivi compresa la par condicio, nella tendenza propria delle c.d. democrazie di massa a attuare la “giuridificazione” del processo di legittimazione democratica, disciplinando i fattori che ne condizionano i passaggi salienti.

<sup>92</sup> Dichiarazione 2/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati, sull'uso dei dati personali nel corso di campagne politiche, adottata il 13 marzo 2019.

<sup>93</sup> Dichiarazione 2/2019, cit., nota 1. In relazione ai c.d. dati inferiti, si consideri che attraverso le tecniche di elaborazione di cui si parla nel testo, combinate con l'uso di modelli psicometrici, è possibile, ad es., sulla base di 68 like lasciati da un individuo su Facebook risalire a dati personali estremamente sensibili come l'orientamento politico, la dipendenza da sostanze stupefacenti e l'alcool, gli orientamenti sessuali, e così via.; in tal senso v. Agcom, *Big data - Interim Report*, cit., 4. Michal Kosinski, lo studioso che viene individuato come creatore del sistema di psicomatria utilizzato da Cambridge Analytica, sostiene addirittura che, avendo a disposizione 150 like, si può saperne su un individuo più dei suoi genitori, con 300 like più di quanto ne sappia il partner e, con un numero maggiore, più di quanto ne sappia il soggetto stesso: si v. al riguardo l'articolo del Post *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*. Più di recente sui dati inferiti, v. F. Pizzetti, “Dati inferiti”, *regolarne l'uso per tutelare le persone: la nuova frontiera della privacy*, 26 febbraio 2019, in *AgendaDigitale.eu*. In argomento si v. anche S. Calzolaio, *op. cit.*, 605 ss., nonché il Rapporto *Disinformation and 'fake news': Final report*, pubblicato il 18 febbraio 2019 dal Comitato per il Digitale, la Cultura e lo Sport, istituito presso la Camera dei Comuni del Regno Unito.

<sup>94</sup> Art. 22, paragrafo 1, del Regolamento UE n. 679 del 27 aprile 2016, recante Regolamento generale per la protezione dei dati personali (in prosieguo “GDPR”).

<sup>95</sup> Dichiarazione 2/2019, cit., nota 2.

Nella stessa ottica, anche il nostro Garante per la protezione dei dati personali ha adottato a ridosso delle elezioni europee un provvedimento volto a disciplinare in termini generali il trattamento dei dati personali con finalità di propaganda elettorale e di comunicazione politica<sup>96</sup>. In tale provvedimento, il Garante, nel riprendere nelle linee essenziali i contenuti della Dichiarazione del Comitato europeo, ha opportunamente sottolineato, da un lato, come l'agevole reperibilità di dati personali pubblicati dagli interessati su Internet per scopi determinati (ad esempio, per scopi di comunicazione commerciale o di attività associativa) non autorizzi le forze politiche a inviare messaggi politici o elettorali senza l'acquisizione di apposito consenso dell'interessato<sup>97</sup>, dall'altro lato, che il rischio di un utilizzo dei dati personali eccedente rispetto al consenso prestato si presenta particolarmente alto nel caso di social network e, addirittura, dei fornitori di dispositivi mobili e/o delle applicazioni ivi installate<sup>98</sup>, in cui si prevede la condivisione indifferenziata di tutti o gran parte dei dati presenti nello smartphone o nel tablet (quali rubrica, contatti, sms, dati della navigazione su Internet), senza previa acquisizione del necessario consenso specifico<sup>99</sup>.

In definitiva, provvedimenti che sino a ieri sarebbero stati adottati a ridosso delle elezioni dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nel caso di Internet vengono significativamente assunti dal Garante per la protezione dei dati personali.

### **5.6. Disintermediazione professionale o nuovi intermediari imprenditoriali?**

In un piacevole e interessante saggio su Internet pubblicato di recente, Alessandro Baricco individua tra le caratteristiche più distintive della rete l'eliminazione degli intermediari<sup>100</sup>: abbiamo imparato molto velocemente a far a meno dell'agente di viaggi per prenotare un volo e persino per organizzare un intero viaggio, dei librai per l'acquisto di un libro, dell'impiegato allo sportello per le nostre operazioni bancarie, più in generale di pressoché ogni tipo di negozio e di negoziante.

Ebbene, la disintermediazione è arrivata da tempo anche nel settore dell'informazione<sup>101</sup>. Sebbene, come detto (*supra* § 1), la maggioranza della popolazione, perlomeno in Italia, nutra ancora poca fiducia riguardo all'attendibilità delle fonti accessibili su

---

<sup>96</sup> Autorità garante per la protezione dei dati personali, provv. n. 96 del 18 aprile 2019, *Provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica*.

<sup>97</sup> Art. 9, paragrafo 2, lett. e), GDPR.

<sup>98</sup> Si tratta delle c.d. "app", che si possono definire come programmi applicativi o pacchetti di programmi – software applicativi – che ciascun utente installa o trova già installati sul proprio cellulare o altro dispositivo mobile, come programmi di video scrittura, editing fotografico, giochi, ecc. ed hanno la finalità principale di rendere l'esperienza dell'uso dei dispositivi mobili più agevole e piacevole consentendo ai singoli utenti di accedere a contenuti e servizi in qualsiasi momento ed in qualsiasi luogo: Agcom, *Big Data – Interim report*, cit., 49, ed ivi ulteriori approfondimenti.

<sup>99</sup> Autorità garante per la protezione dei dati personali, provv. n. 96/2019, cit., § 5.

<sup>100</sup> A. Baricco, *The game*, Torino, 2018, 73 ss, il quale tra l'altro mette in relazione tale fenomeno con la distruzione delle élite.

<sup>101</sup> Sul punto si v. Agcom, *Indagine conoscitiva su informazione e Internet in Italia. Modelli di business, consumi, professioni*, allegato A alla delibera n. 146/15/CONS.

Internet e, in particolar modo, di quelle algoritmiche, in base a recenti ricerche svolte nei Paesi tecnologicamente più sviluppati si registra un calo di fiducia nei riguardi dei grandi media che, combinato con l'abbassamento delle barriere all'ingresso nel settore dell'informazione dovuto a Internet, ha portato queste fasce di cittadini a un progressivo allontanamento dal consumo di notizie da fonti giornalistiche (fenomeno ulteriormente esaltato dalla tendenza degli utenti dei social network a fidarsi più della cerchia dei propri amici che delle notizie diffuse dalle aziende giornalistiche di informazione)<sup>102</sup>.

L'eliminazione dell'intermediazione professionale degli editori, dei giornalisti e dei tradizionali "mediatori" di cultura e informazione (non solo politica) può quindi dirsi realizzata su Internet; non può invece dirsi che siano così venute meno le intermediazioni, ma - più realisticamente - che agli intermediari tradizionali si sono sostituiti degli intermediari imprenditoriali.

L'utilizzo degli algoritmi per filtrare e prioritarizzare alcune informazioni rende infatti evidente che le piattaforme digitali non sono affatto quelle neutrali autostrade dell'informazione che in passato si sarebbe potuto immaginare<sup>103</sup>. Organizzazioni imprenditoriali della dimensione di Google, Facebook, Amazon e simili filtrano e raccomandano determinati contenuti ovviamente non contro i loro interessi aziendali<sup>104</sup>.

Al contrario, la disintermediazione non viene ovviamente in gioco con la televisione, che invece rappresenta un particolare esempio di intermediazione professionale (e giornalistica in particolare quando parliamo di telegiornali e programmi di approfondimento).

## **6. Problemi "nuovi": principali tematiche relative alla comunicazione politica su Internet**

Nel tentare ora di offrire una rassegna dei principali problemi sollevati dalla comunicazione politica su Internet, sembra opportuno attenersi ancora una volta alla distinzione tra fonti editoriali e fonti algoritmiche (v. *supra* § 2).

### **6.1. Fonti editoriali**

Come accennato, tra le fonti editoriali possono ricomprendersi i siti web degli editori tradizionali, quelli di editori nativi digitali, i portali e gli aggregatori di notizie, nonché i blog tradizionali e di movimenti politici<sup>105</sup>.

Nel caso della comunicazione politica, le fonti editoriali sollevano peraltro minori problematiche specifiche, sia perché pongono questioni più simili a quelle dei media tradizionali, soprattutto quando l'accesso è effettuato dal cittadino-utente attraverso l'ac-

---

<sup>102</sup> V. Visco Comandini, *Le fake news sui social network: un'analisi economica*, cit., 187.

<sup>103</sup> C. Wardle, H. Derakhshan, *Information Disorder*, Council of Europe Report, 27 settembre 2017, 13.

<sup>104</sup> In argomento, G. De Minico, *Antiche libertà e nuove frontiere digitali*, Torino, 2016, 184 ss.

<sup>105</sup> Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 22.

cesso diretto al sito della fonte editoriale (c.d. Logon)<sup>106</sup>, sia perché nell'informazione politica è prevalente il ricorso alle fonti algoritmiche<sup>107</sup>.

Un elemento di novità, rispetto alle fonti tradizionali cartacee, potrebbe essere peraltro rappresentato dalla possibilità di inserire, nelle pagine dei siti web di giornali, filmati e altri contributi audiovisivi, anche se una pronuncia della Corte di giustizia ha chiarito che, in tal caso, il sito dell'editore non può andare esente dall'applicazione della disciplina della direttiva sui servizi di media audiovisivi, ove gli elementi audiovisivi non siano meramente incidentali e non servano unicamente a integrare l'offerta degli articoli scritti<sup>108</sup>.

Ciò potrebbe, quantomeno *de jure condendo*, rendere possibile (ovviamente al ricorrere di dette condizioni) un'estensione della disciplina della *par condicio* anche a quest'ultima tipologia di siti.

### 6.2. Fonti algoritmiche

Sempre come anticipato, tra le fonti algoritmiche possono comprendersi i motori di ricerca e i social network, che insieme rappresentano i maggiori strumenti attraverso i quali gli italiani si informano in materia politica su Internet<sup>109</sup>.

Pur essendo basati entrambi sull'uso di algoritmi, essi forniscono due tipi sensibilmente diversi di servizi e correlativamente soddisfano esigenze diverse degli utenti: com'è noto, i motori di ricerca consentono all'utente alla ricerca di informazioni di selezionare le enormi quantità di dati e di pagine presenti sul web, ma, al contempo, permettono ai soggetti che le offrono di essere agevolmente reperiti dagli utenti. I social network sono invece piattaforme online che consentono agli utenti di costruire un profilo all'interno di una rete di contatti sociali visibile<sup>110</sup>.

Gli algoritmi alla base del funzionamento di questa tipologia di fonti sono stati suddivisi in cinque categorie principali<sup>111</sup>. Ci sono: gli algoritmi (c.d. *search*) che consentono ai motori di ricerca di indicizzare e presentare contenuti pubblicamente accessibili sulle pagine web (tipicamente quelli di Google<sup>112</sup>); gli algoritmi che determinano la visibilità di ogni contenuto all'interno di un social network e la personalizzazione della pagina «notizie» (la c.d. *news feed*) di ogni utente iscritto alla piattaforma, sulla base di determinate caratteristiche dei messaggi (*post*) e dell'utente/pagina che li pubblica (si tratta,

<sup>106</sup> Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 49 e 54; Idem, *Big Data – Interim Report*, cit., 79.

<sup>107</sup> Il 28 per cento contro l'8 per cento attraverso siti editoriali ed il 2 per cento blog tradizionali e di movimenti politici: Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 54 e 75.

<sup>108</sup> CGUE, C-347/14, *New Media Online GmbH c. Bundeskommunikationssenat* (2015), §§ 26 e 34; per un commento a prima lettura v. E. Apa, M. Bellezza, *Corte di giustizia: verso un level playing field tra servizi di media audiovisivi e giornali online*, in *MediaLaws.eu*, 26 ottobre 2015.

<sup>109</sup> Solo gli ultrasessantacinquenni preferiscono le fonti editoriali, Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 54 e 75.

<sup>110</sup> Agcom, *Big Data – Interim Report*, cit., 79; si v. anche *supra*, nota 3.

<sup>111</sup> Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 38.

<sup>112</sup> Per un aggiornato approfondimento, S. Gallon, *I più importanti algoritmi di Google*, in *Social Media Expert*, 2 marzo 2019.

appunto, degli algoritmi di creazione e gestione di *news feed*, ad es., quelle di Facebook); gli algoritmi (c.d. di raccomandazione) che consentono di selezionare e suggerire determinati contenuti ai propri utenti in maniera personalizzata; quelli (c.d. di controllo e rimozione di contenuti) che intervengono in modalità automatica effettuando una classificazione dei post in base alla materia trattata e al loro orientamento; gli algoritmi (c.d. di classificazione automatica) che consentono di far funzionare le piattaforme che forniscono servizi di aggregazione delle notizie (tipicamente Google News).

È quindi evidente come questi algoritmi siano in sostanza decisivi per determinare le modalità di fruizione dell'informazione da parte dei cittadini-utenti, potendo decidere al posto dell'interessato quale sarà il contenuto che verrà reso visibile e/o suggerito a ciascuno, ponendosi le basi per un diretto condizionamento dei destinatari delle informazioni (e, indirettamente, anche dei fornitori delle notizie che, se vogliono avere maggiori *chances* di essere portati all'attenzione degli utenti, devono adeguarsi ai meccanismi di funzionamento degli algoritmi)<sup>113</sup>.

Il quadro va completato tenendo presente che, come detto (sopra § 5.5), la raccolta e la disponibilità di enormi quantità di dati relativi agli utenti da parte dei gestori di queste piattaforme online (i Big Data) e la loro elaborazione con i potenti strumenti dell'intelligenza artificiale fanno sì che sia possibile dirigere i messaggi solo alle persone che si desidera li ricevano, in base a criteri che possono far riferimento a categorie demografiche come il sesso, l'età, i loro interessi, le loro convinzioni politiche o la loro localizzazione geografica.

Questa tecnica (c.d. *micro-targeting*), affermatasi nel campo della pubblicità commerciale, si è presto estesa anche alla propaganda politica ed elettorale. Essa consente alla forza politica, al candidato o ad altri soggetti comunque a ciò interessati di confezionare il messaggio su misura per il suo destinatario, escludendo tutti gli altri possibili destinatari, persino inviando messaggi contraddittori e di contenuto opposto ai diversi destinatari selezionati, con nessuna (o scarsa) probabilità che i vari soggetti possano venire a conoscenza dei messaggi inviati agli altri.

Sebbene i pericoli che derivano da queste possibilità del tutto nuove nel campo della comunicazione e della propaganda politica ed elettorale siano già in sé considerati fonte di ragionevoli preoccupazioni, l'attenzione di istituzioni, studiosi e ricercatori si è sin dall'inizio concentrata soprattutto sul fenomeno della diffusione su Internet delle c.d. *fake news* o "bufale"<sup>114</sup>, complice il loro utilizzo per tentare di alterare gli esiti delle elezioni politiche in vari Paesi e, ad es., il referendum sulla Brexit. Peraltro, l'accusa di diffondere *fake news* è divenuta altresì un modo con cui i detentori del potere politico cercano di screditare agli occhi dei cittadini fonti di informazione (semplicemente) non gradite, per cui al fine di conservare un minimo di attendibilità scientifica al tema alcuni

<sup>113</sup> Agcom, *Rapporto sul consumo di informazione*, cit., 38.

<sup>114</sup> La letteratura scientifica e giuridica sulle *fake news* è ormai sterminata; senza nessuna pretesa di esaustività, si v., in aggiunta ai lavori già citati, O. Pollicino, *Fake news, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*; C. Pinelli, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*; M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete e (vecchie e nuove) velleità di controllo*; M. Monti, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, tutti in *questa Rivista*, 1, 2017; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *questa Rivista*, 1, 2018; E. Lehner, *Fake news e democrazia*, in *questa Rivista*, 1, 2019.

ricercatori<sup>115</sup> hanno proposto di distinguere nell'ambito del fenomeno delle *fake news*, ovvero dei fenomeni "patologici" nell'informazione, tra «dis-informazione», «mis-informazione» e «mala-informazione». Là dove la disinformazione si caratterizzerebbe per il fatto che le notizie oltre ad essere false vengono create deliberatamente per danneggiare qualcuno; la mis-informazione perché le notizie, benché false, non sono state create con l'intenzione nuocere; la mala-informazione per il fatto che le notizie (di carattere pubblico, ma più spesso addirittura privato) sono vere e vengono rese pubbliche con l'intenzione di nuocere<sup>116</sup>.

Questa tassonomia consente probabilmente di attenuare le perplessità di chi ricorda che, da un punto di vista mediatico (oltre che filosofico), non esistono notizie "false", sicché quello delle *fake news* si rivelerebbe un falso problema (che potrebbe nascondere un pericoloso tentativo dell'establishment, detronizzato dalle nuove tecnologie, di riprendersi la scena demonizzando l'avversario), dato che è ben lecito e possibile fornire (in buona fede) almeno due versioni di ogni fatto, purché correttamente accertato e verificato nei suoi elementi costitutivi e nelle sue fonti<sup>117</sup>. In proposito può infatti osservarsi che la gran parte delle *fake news* sono in realtà inquadrabili nella tipologia della dis-informazione (nascono cioè dalla diffusione di fatti non solo non accuratamente accertati ma mai verificatisi), per cui non richiedono di scomodare le categorie della verità, per così dire, con la "v" maiuscola, bensì un concetto molto più modesto e minimale di verità. Non può poi essere trascurato in proposito che, secondo alcuni studi, l'attività di disinformazione di taluni Paesi (come la Russia) si sostanzia nel diffondere quanti più messaggi tra loro confliggenti al fine di far credere ai cittadini-utenti che ci sono troppe versioni degli stessi eventi per poter trovare la versione vera<sup>118</sup>. Le comprensibili preoccupazioni di rigore teorico rischiano così di avallare involontariamente le strategie disinformative più sofisticate e di lungo periodo.

Accanto agli aspetti patologici dell'informazione (o anche indipendentemente da essi), vengono utilizzati altri meccanismi per influenzare il comportamento degli utenti-elettori, tra questi possono segnalarsi gli strumenti per stimolare artificiosamente l'attenzione e la discussione su determinati temi, sia attraverso l'attività di persone in carne

<sup>115</sup> C. Wardle, D. Herakhsan, *Information Disorder*, cit., 20 ss., che parlano volutamente di *information disorder*, anziché di *fake news*, e distinguono tra *dis-information*, *mis-information* e *mal-information*. Sembra condividere la classificazione di questi ricercatori, sia pure con alcune differenze, anche l'Agcom, *Big Data – Interim Report*, cit., 93 e nota 132.

<sup>116</sup> Gli studiosi citati nella nota precedente, prendendo a riferimento le elezioni presidenziali francesi del 2016 che hanno decretato la vittoria di Emmanuel Macron, propongono (p. 23) come esempio di dis-informazione la diffusione su Internet di una falsa edizione del quotidiano belga *Le Soir* con la falsa notizia che Macron avrebbe ricevuto finanziamenti dall'Arabia Saudita (notizia falsa e diffusa per nuocere); come esempio di mis-informazione, la notizia diffusa e condivisa da molti utenti di social secondo cui nell'attacco agli *Champs Elisees* era stato ucciso un secondo poliziotto (notizia falsa ma diffusa senza l'intenzione di nuocere); come esempio di mala-informazione, la diffusione di mail rubate a Macron il venerdì prima delle elezioni, in pieno periodo di silenzio elettorale, quando a Macron per questa ragione era impossibile replicare (informazioni vere ma rese pubbliche per arrecare il massimo danno a Macron).

<sup>117</sup> V. Zeno-Zencovich, *Fake news, un falso problema perché non esistono "notizie vere"*, in *Key4biz*, 30 ottobre 2017.

<sup>118</sup> EU East StratCom Task Force, *Means, goals and consequences of the pro-Kremlin disinformation campaign*, in *ISPI online*, 19 gennaio 2017.

e ossa incaricate di ciò, sia – più spesso – attraverso l'utilizzo di appositi meccanismi automatizzati (i c.d. *bot*, abbreviazione di *robot*).

Questa attività può essere utilizzata per far salire alcune notizie o siti ai primi posti dei risultati sui motori di ricerca ovvero per alterare la sottoscrizione di petizioni online, ma più spesso – ai fini che qui rilevano – viene utilizzata sui social network per diffondere messaggi volti a far trascendere le discussioni in vere e proprie risse verbali (ad opera dei c.d. *troll*<sup>119</sup>).

Grazie a meccanismi di apprendimento automatico e a programmi di intelligenza artificiale, l'attività svolta dai *troll* può essere disimpegnata proprio attraverso particolari *bot*, che replicano i comportamenti umani sui social network postando messaggi, apponendo *like* e intrattenendo conversazioni con le persone reali, senza che queste possano però rendersi conto di non star interagendo con persone reali.

L'impatto di tali pratiche sulla comunicazione politica e, specialmente, su quella elettorale è evidente: l'uso di *bot* può, ad es., creare l'apparenza di movimenti nati spontaneamente e che ottengono rapidamente molto sostegno e popolarità, laddove dietro di essi ci sono solo campagne politiche ben orchestrate dai soggetti che le hanno commissionate (il fenomeno del c.d. *astroturfing*)<sup>120</sup>.

Un altro sistema poco trasparente per creare un supporto fittizio a determinate posizioni o partiti politici è, infine, la creazione di falsi account sui social (i c.d. *fake*) per influenzare le opinioni degli altri utenti attraverso l'inserimento di post e la condivisione di post del soggetto che ha finanziato la campagna.

## **7. La posizione del Consiglio d'Europa sulla comunicazione politica via Internet**

Gli organi del Consiglio d'Europa (Assemblea parlamentare; Comitato dei ministri; Commissione di Venezia per la democrazia attraverso il diritto) si sono più volte occupati della copertura mediatica delle campagne elettorali, raccomandando sin dal 2007 l'estensione dell'applicabilità dei principi elaborati a tutti i generi di servizi audiovisivi, tanto lineari quanto non lineari (in quest'ultimo caso, però, solo di quelli degli organismi di servizio pubblico), e alle edizioni online dei quotidiani<sup>121</sup>.

Ma è solo più di recente che detti organismi hanno iniziato ad occuparsi delle altre fonti accessibili attraverso Internet (motori di ricerca e social media) in un crescendo di sempre maggiore attenzione e preoccupazione, sino alle allarmanti affermazioni contenute nelle recentissime Dichiarazioni adottate dal Comitato dei ministri nella riu-

---

<sup>119</sup> A questi agenti si contrappongono i c.d. *debunker*, che possono essere sia singoli che organizzazioni a ciò deputate, i quali tendono a smascherare le *fake news* o le c.d. teorie cospirazioniste di alcuni *troll*.

<sup>120</sup> Per maggiori ragguagli tecnici si v. *Social bots: la tecnica dietro alle fake news*, in *Ionos.it*, 30 aprile 2018; C. Wardle, H. Derakhshan, *Information Disorder*, cit., 23.

<sup>121</sup> Si v., a titolo di esempio, la Raccomandazione del Comitato dei ministri, R(99)15 *on measure concerning media coverage of elections campaigns*, aggiornata dalla Raccomandazione R(2007)15 del 7 novembre 2007, avente lo stesso titolo ed in cui il Comitato dei ministri già prendeva atto del cambiamento intervenuto nel panorama dei mezzi di comunicazione a causa del continuo sviluppo della tecnologia dell'informazione e della comunicazione.

nione del 13 febbraio 2019<sup>122</sup>, su cui ci si soffermerà in questo paragrafo.

Peraltro, pur essendo ben presente al Consiglio d'Europa l'importanza che i media giocano al fine di garantire libere elezioni ai sensi dell'art. 3 del Primo Protocollo alla CEDU<sup>123</sup>, le tematiche qui in esame sono state affrontate soprattutto partendo da Internet e dallo sviluppo tecnologico che essa ha consentito anche sotto il profilo delle fonti di informazione, piuttosto che direttamente dalla prospettiva della disciplina delle campagne elettorali.

Già nel 2007, nell'identificare i diritti che le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono suscettibili di promuovere (ma anche di condizionare negativamente), il Comitato dei ministri individuava, tra i temi particolarmente sensibili, quello dell'influenza di Internet sulle elezioni ed indicava, tra le possibili iniziative che gli Stati potevano assumere per prevenire questi indesiderabili condizionamenti, l'estensione della missione degli organismi di servizio pubblico radiotelevisivo ad Internet e agli altri nuovi servizi di comunicazione<sup>124</sup>.

Il passo successivo è stato quello di ampliare la nozione di «media», cercando di inserirvi anche le nuove applicazioni via Internet in grado di facilitare la circolazione di informazioni su larga scala (come ad es. i social network) e proponendo un'estensione ai c.d. nuovi media della regolazione dei media tradizionali da realizzarsi, peraltro, in misura rigorosamente progressiva e proporzionale e in base a un elaborato sistema di criteri finalizzati a valutare l'esercizio del controllo editoriale di tali nuove applicazioni sui contenuti e l'impatto di questi nuovi mezzi sulla formazione delle opinioni<sup>125</sup>.

Solo nel 2012 il Comitato dei ministri ha affrontato *ex professo*, con due distinte Raccomandazioni<sup>126</sup>, il tema dei motori di ricerca e dei social network, anche se riguardo a questi ultimi strumenti le problematiche affrontate hanno riguardato soprattutto i temi, per così dire, “classici” della tutela della privacy degli utenti<sup>127</sup>, ma senza evidenziare le implicazioni direttamente legate alla partecipazione del singolo alla vita politica. Più attenta alla possibilità che i motori di ricerca possano pervenire a una vera e propria profilazione degli utenti è, invece, la coeva Raccomandazione dedicata ai motori di ricerca, là dove cominciano a emergere il ruolo giocato dagli algoritmi nel condizionamento dei risultati delle ricerche effettuate attraverso i motori di ricerca e le

<sup>122</sup> Si v. la Dichiarazione *on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, cit., commentata il 26 febbraio 2019 da F. Pizzetti, *op. cit.*

<sup>123</sup> Si v., oltre alle Raccomandazioni citate nella precedente nota, la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Communist Party of Russia and others v. Russia*, n. 29440/05 del 19 giugno 2012.

<sup>124</sup> Si v. la Raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec.(2007)16, adottata il 7 novembre 2007, *on measures to promote the public value of the Internet*.

<sup>125</sup> Si v. la Raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec.(2011)7, adottata il 21 settembre 2011, *on a new notion of media* e l'Appendice allegata; tema ripreso nel § 2.4 dell'Appendice alla Raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec.(2018)1, adottata il 7 marzo 2018, *on media pluralism and transparency of media ownership*.

<sup>126</sup> Si tratta di due Raccomandazioni del Comitato dei ministri entrambe adottate il 4 aprile 2012: la CM/Rec.(2012)3, *on the protection of human rights with regard to search engines* e la CM/Rec.(2012)4, *on the protection of human rights with regard to social networking services*, con relative Appendici allegate.

<sup>127</sup> Come la necessità di rendere consapevoli gli utenti dei rischi connessi all'indicizzazione delle proprie pagine da parte motori di ricerca, con il conseguente passaggio da una comunicazione limitata ai propri contatti ad un accesso pubblico e generalizzato, specie per quel che riguarda i minori.



preoccupazioni per la mole di dati che questi motori possono raccogliere in merito ai gusti e alle preferenze personali degli utenti, attraverso l'analisi automatizzata delle loro ricerche. Di qui, la richiesta, da parte del Comitato dei ministri, di maggiore trasparenza dei criteri utilizzati dagli algoritmi dei motori di ricerca in ordine ai criteri di selezione dei risultati delle ricerche e la richiesta di una drastica limitazione della raccolta dei dati da parte dei maggiori motori di ricerca, che peraltro detengono una quota di mercato sempre più elevata e tendono a realizzare concentrazioni societarie con altri attori della tecnologia dell'informazione, come i social network. Ma, nonostante la maggiore attenzione dedicata a queste problematiche, nel 2012 ancora non emergevano del tutto chiaramente le ricadute che queste problematiche potevano avere sulle scelte politiche degli elettori-utenti.

A parte un intervento dell'Assemblea del Consiglio d'Europa nel 2014<sup>128</sup>, è solo dal 2017 che le preoccupazioni hanno preso decisamente il sopravvento proprio con riferimento alla tenuta democratica degli Stati membri derivante dal crescente utilizzo di Internet.

Se nel 2018 possono riscontrarsi ancora incertezze in merito alla sempre maggiore dimensione e concentrazione e al ruolo assunti dai grandi intermediari di Internet<sup>129</sup>, è nelle due menzionate Dichiarazioni del febbraio 2019 che i problemi sollevati dalle tecniche utilizzate da questi attori sono stati compiutamente individuati.

In tali Dichiarazioni il Comitato dei ministri ha ricordato innanzitutto la grande quantità di dati che agli utilizzatori di Internet viene richiesto di fornire volontariamente e/o a fronte di controprestazioni di piccola entità e interesse per l'utente, ove comparate ai vantaggi conseguiti dagli intermediari di Internet. E si tratta di dati che, come emerso solo di recente, vengono poi utilizzati per lo sviluppo di tecnologie basate sull'utilizzo di computer dotati di sistemi di apprendimento automatico, per la prioritizzazione dei risultati delle ricerche effettuate dagli stessi utenti su Internet, per sviluppare sistemi predittivi e persino plasmare le preferenze delle persone, sino ad arrivare ad alterare il flusso di informazioni loro disponibili e, talvolta, ad assoggettarle a loro insaputa a esperimenti di tipo cognitivo e comportamentale<sup>130</sup>. Questi sofisticati sistemi utilizzano in maniera sempre più imponente i dati raccolti per inferire ulteriori e ancor più intimi e dettagliati dati e informazioni (i dati inferiti) al fine di predire le scelte che i singoli opereranno e persino per influenzare emozioni e pensieri e alterare le loro decisioni,

<sup>128</sup> Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa 1970 (2014) del 29 gennaio 2014, *on Internet and politics: the impact of new information and communication technology on democracy*, in cui viene tra l'altro evidenziato il crescente rischio di disinformazione e di manipolazione dell'opinione pubblica.

<sup>129</sup> Mentre lo afferma senza mezzi termini, ad es., la Raccomandazione del Comitato di ministri CM/Rec.(2018)2 del 7 marzo 2018 su *“the roles and responsibilities of internet intermediaries”*, secondo cui *«A variety of network effects and mergers have led to the existence of fewer, large entities that dominate the market, in a manner that may jeopardise the opportunities for smaller intermediaries or start-ups and places them in positions of influence or even control of principal modes of public communication»* (§ 7), sembra invece derubarlo a problema minore lo studio svolto nell'aprile 2018 per conto dello stesso Consiglio d'Europa *“Internet and electoral campaigns”*, cit., in cui si legge tra l'altro che *«The most fundamental, pernicious, and simultaneously difficult to detect implication of the shift of social media is not the rising of intermediaries but the inability of regulation to level the playing field for political contest and limit of role of money in elections»* (§ 23).

<sup>130</sup> Dichiarazione del Comitato dei ministri *on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, cit., § 4.

spesso in modo subliminale<sup>131</sup>. Di qui gli intuitivi pericoli per la tenuta dei sistemi democratici, atteso che questi meccanismi possono essere utilizzati per controllare e manipolare non soltanto le scelte economiche degli individui, ma anche quelle sociali e politiche, sicché i soggetti pubblici e privati che possono usare questi sistemi algoritmici andrebbero sottoposti a un più stringente controllo democratico<sup>132</sup>. Questi strumenti sono infatti sempre più usati per fini politici, talvolta per ambizioni di conquista del potere con modalità non democratiche e, persino, a fini bellici e per danneggiare direttamente determinate comunità o stati<sup>133</sup>.

In questo contesto, secondo il Comitato dei ministri, c'è bisogno di garantire la correttezza e la completezza dell'informazione nella comunicazione politica e durante i processi elettorali, assicurando che tutti gli elettori abbiano accesso ad un livello di informazione comparabile e siano protetti da informazioni politiche "selettive" destinate ad alcuni (e non ad altri) gruppi di elettori, ad es. sui temi più divisivi, con il deliberato fine di condizionare le scelte dei soggetti più influenzabili a fini elettorali.

Il fatto che gli effetti sopra descritti non siano stati ancora completamente studiati e investigati – conclude il Comitato dei ministri – non deve indurre a sottovalutarli, poiché la democrazia si fonda, in ultima analisi, oltre che sul rispetto dei diritti umani e sullo stato di diritto, sull'eguaglianza e la pari dignità delle persone e sulla loro possibilità di auto-determinarsi in modo personale e autonomo, senza subire manipolazioni più o meno subliminali<sup>134</sup>.

## 8. Un rapido sguardo ad altri Paesi europei

Non diversamente da quanto riferito riguardo agli organismi del Consiglio d'Europa, in molti Paesi democratici occidentali l'attenzione in ordine alla comunicazione politica su Internet ha avuto un'impennata dalla fine del 2017 in avanti, anche a seguito degli scandali legati al referendum sulla Brexit e alle elezioni tenutesi negli ultimi anni in vari Paesi.

Come si evince da un'analisi comparatistica aggiornata sino al 2017<sup>135</sup>, in un certo numero di Paesi europei la legislazione dettata per la televisione e gli altri media tradizionali già veniva estesa ai nuovi media digitali, tuttavia limitatamente a un novero piuttosto ristretto di tematiche.

Così, l'obbligo di silenzio elettorale prima delle elezioni viene già da tempo esteso ai media online (ad es., in Spagna e Francia), così come l'obbligo di non diffondere sondaggi o *exit polls* a partire da periodi variabili di tempo prima delle elezioni (come avviene, ad es., in Francia, Regno Unito, Spagna, oltre che in Italia).

Invece, solo in un paio di Paesi (Francia e Spagna) la normativa recante divieti o li-

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, §§ 6 e 8.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> *Ibidem*, § 9, lett. e).

<sup>134</sup> Sul punto si v. anche F. Pizzetti, *op. cit.*

<sup>135</sup> *Legal coverage of elections: the legal framework in Europe*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2017.

mitazioni di pubblicità politica in campagna elettorale viene da tempo estesa anche ai media online.

Ma, come anticipato, dal 2017 si registrano interventi normativi specificamente dedicati ai media online e alle peculiari problematiche sollevate da tali mezzi.

In Francia, si è registrato l'intervento probabilmente più pertinente rispetto ai temi affrontati nel presente contributo. La legge n. 2018-1202, pubblicata a dicembre 2018 ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2019, in considerazione dell'obiettivo di interesse generale connesso a una chiara informazione dei cittadini e al fine di garantire la genuinità dei risultati elettorali, ha imposto agli operatori di piattaforme online<sup>136</sup> (che raggiungono una determinata soglia di connessioni in territorio francese) di rispettare, nei mesi precedenti allo svolgimento delle elezioni generali e sino alla loro conclusione, l'obbligo di fornire ai cittadini un'informazione chiara, leale e trasparente in ordine: (i) all'identità del soggetto che retribuisce la piattaforma per la promozione di determinati contenuti relativi a dibattiti di interesse generale; (ii) all'utilizzazione dei dati personali dell'utilizzatore in connessione a siffatti dibattiti; (iii) all'entità della remunerazione ricevuta, ove essa sia superiore a una soglia minima<sup>137</sup>.

Nello stesso periodo elettorale, qualsiasi persona interessata (nonché il pubblico ministero, un candidato, un partito o un gruppo politico) possono chiedere al giudice di far cessare, con una decisione da prendere entro 48 ore, la diffusione inesatta o ingannevole di notizie e accuse ovvero di un fatto aventi natura tale da alterare la genuinità delle elezioni, nel caso in cui tale diffusione avvenga attraverso una piattaforma online in modo deliberato e artificioso o utilizzando sistemi di diffusione automatizzati e massivi<sup>138</sup>.

Inoltre, a carico degli stessi operatori di piattaforme online vengono imposti obblighi informativi, nei confronti degli utilizzatori, relativi - tra l'altro - alla trasparenza degli algoritmi utilizzati, alla lotta contro la diffusione massiva di false informazioni e alla promozione di contenuti editi da agenzia di stampa e di servizi di media audiovisivi<sup>139</sup>. Infine, sempre relativamente al periodo sopra indicato, la nuova legge ha attribuito al Consiglio Superiore dell'Audiovisivo - CSA (l'autorità francese competente nel settore dei media): (i) il potere di sospendere la diffusione delle trasmissioni dell'emittente televisiva che sia sotto l'influenza di uno stato straniero e che trasmetta notizie false e idonee ad alterare la genuinità del risultato elettorale<sup>140</sup>, così come, negli stessi casi, (ii) il potere di tener conto, nel decidere se rilasciare o meno un'autorizzazione televisiva ovvero di revocarla, dei contenuti diffusi dagli stessi soggetti su altri mezzi di comuni-

---

<sup>136</sup> Si tratta de «*les opérateurs de plateforme en ligne*», in cui, ai sensi dell'art. L111-7 del Codice del consumo, sono da includere – per quel che qui maggiormente rileva – tutti gli operatori che offrono al pubblico, professionalmente ed indipendentemente dalla previsione di una remunerazione, un servizio di comunicazione online che si basa sulla classificazione e referenziazione, tramite l'uso di un algoritmo informatico, di contenuti, beni o servizi offerti o messi online da parte di terzi (cioè, soggetti diversi dal titolare della piattaforma).

<sup>137</sup> Cfr. art. 1 della legge citata.

<sup>138</sup> Cfr. cit. art. 1.

<sup>139</sup> Cfr. art. 11 della legge citata.

<sup>140</sup> Cfr. art. 6 della legge citata.

---

cazione elettronica<sup>141</sup>.

La legge, fortemente voluta dal presidente francese Emmanuel Macron, è stata bocciata per ben due volte dal Senato e ha sollevato molte critiche riguardo alla possibile violazione della libertà di espressione (soprattutto per il rischio di creare una “verità di Stato” e per la vaghezza di alcune definizioni, peraltro cruciali per l’applicazione della legge, come quella di «dibattiti di interesse generale»<sup>142</sup>), ma – ciò nonostante – ha superato il vaglio della Corte costituzionale francese<sup>143</sup>. Nella sua decisione la Corte ha peraltro cercato di proporre una lettura restrittiva della portata delle nuove norme, sottolineando tra l’altro come l’operatività di queste disposizioni sia limitato al periodo elettorale (in cui il legislatore è chiamato a bilanciare l’esercizio della libertà di espressione da parte dei media con il diritto a libere elezioni) e come le stesse disposizioni facciano riferimento solo ai “fatti” (con esclusione quindi delle opinioni e delle inesattezze marginali o le semplici esagerazioni) e, in particolare, a quelli idonei ad alterare la genuinità del risultato elettorale.

Non va, del resto, dimenticato che la Francia ha tradizionalmente attribuito rilevante importanza al rispetto della disciplina della comunicazione politica in periodo elettorale, prevedendo espressamente la possibilità di annullamento delle elezioni in caso di sua violazione<sup>144</sup>, a differenza di altri Paesi (come tra l’altro, il nostro<sup>145</sup>).

La Germania ha invece approvato nel giugno 2017 una legge volta a rendere effettiva la repressione del linguaggio d’odio (il c.d. *hate speech*) e delle *fake news* sui social network, consentendo peraltro a questi ultimi di attrezzarsi per l’adempimento degli obblighi ivi previsti sino la 1° gennaio 2018.

La legge (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* o, in breve, *NetzDG*<sup>146</sup>) assoggetta i social network che contano almeno due milioni di utilizzatori registrati in territorio tedesco a due tipi di obblighi: quello di pubblicare un report in ordine alla gestione dei reclami degli utenti avverso contenuti illegali e quello di rimuovere dal social network contenuti manifestamente illegali entro 24 ore dal ricevimento del reclamo e quelli (semplicemente) illegali entro sette giorni (salvi casi di particolare complessità). L’illegalità dei contenuti viene stabilita sulla base di varie fattispecie di reati previste dal codice penale tedesco (soprattutto per quanto riguarda l’*hate speech*) ovvero sulla base della falsità dei fatti su cui si basa o su altre circostanze di fatto (soprattutto per quanto riguarda le *fake news*). Com’è evidente, la *NetzDG* è dunque volta a disciplinare fenomeni più generali e non prende perciò in specifica considerazione la comunicazione politica, anche se è tutt’altro da escludere che questi fenomeni possano riguardare profili relativi alla vita politica o delle competizioni elettorali. E, forse, anche per questa sua ampia e generale applicazione la legge ha suscitato, in dottrina e tra gli operatori dei media, perplessità in merito

---

<sup>141</sup> Cfr. artt. 5 e 8 della legge citata.

<sup>142</sup> Cfr. l’articolo *France passes controversial ‘fake news’ law*.

<sup>143</sup> Decisione n. 2018-773 DC del 20 dicembre 2018,

<sup>144</sup> Si v., ad es., la decisione n. 317637, adottata il 13 febbraio 2009 dal *Conseil d’État*, che ha annullato un’elezione locale per l’utilizzo, non permesso dal Codice elettorale, di pubblicità elettorale, attuata nel caso deciso attraverso la prioritizzazione del sito su un motore di ricerca.

<sup>145</sup> Si v., ad es., Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2000, n. 6553.

<sup>146</sup> [Di cui è leggibile una versione anche in inglese.](#)

alla sua conformità costituzionale e agli standard europei<sup>147</sup>.

Nel Regno Unito, dopo il ben noto caso Cambridge Analytica<sup>148</sup>, il Parlamento ha avviato una fitta serie di analisi e di approfondimenti<sup>149</sup>, che hanno coinvolto anche i rappresentanti parlamentari di altri Stati interessati dalla stessa vicenda<sup>150</sup>, in vista dell'adozione di un Libro bianco, propedeutico all'approvazione di nuove regole che, a giudicare da questi lavori preparatori, sembrano in linea con le preoccupazioni del Consiglio d'Europa.

## 9. Possibili tecniche di tutela della *par condicio* su Internet

A fronte di un quadro tanto complesso e allarmante, inaspettatamente accompagnato da una richiesta di nuove regole persino da parte degli attuali oligopolisti di Internet<sup>151</sup>, sorge spontaneo chiedersi cosa si possa fare.

Dall'analisi sopra svolta emerge abbastanza chiaramente che, ove si voglia tutelare la *par condicio* su Internet, occorre assumere un approccio necessariamente multidisciplinare. E, se ciò era probabilmente vero anche quando il *medium* da regolare era soprattutto la televisione, lo è ancor di più con riferimento al mondo di Internet (v. sopra § 5.1.).

Occorre in sostanza un'azione necessariamente combinata, che contempra rimedi non solo sul piano della c.d. legislazione elettorale di contorno, della disciplina generale della concorrenza (c.d. diritto antitrust) e di quella *sector-specific* dei media (come per la televisione), ma anche della privacy e, più in generale, della trasparenza.

Soltanto un set di articolati rimedi, i quali devono essere innanzitutto previsti dai legislatori nazionali e sovranazionali ed essere poi implementati dalle autorità di regolamentazione (vecchie e, probabilmente, anche nuove), può tentare di fronteggiare le sfide poste dalle nuove tecnologie.

Già alcuni studiosi e varie istituzioni sovranazionali hanno tentato di classificare i possibili rimedi in base ai tempi di loro efficacia (breve, medio o lungo termine: come, in quest'ultima prospettiva, la c.d. alfabetizzazione dei cittadini-utenti) ovvero in base alla crescente intensità dell'intervento regolatorio, a sua volta dipendente dalle diverse

<sup>147</sup> Per un'ampia analisi, peraltro talvolta eccessivamente severa, v. V. Claussen, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of legislation*, in questa Rivista, 3, 2018, 110 ss.

<sup>148</sup> Su cui si v. l'articolo del Post: *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, cit.

<sup>149</sup> Si v. il primo rapporto pubblicato nel luglio 2018 dal Comitato parlamentare per il Digitale, la Cultura, i Media e lo Sport, *Disinformation and Fake news – Interim report*, e poi la versione finale dello stesso rapporto pubblicata nel febbraio 2019.

<sup>150</sup> È stato istituito infatti un *Grand Committee* cui hanno preso parte anche rappresentanti parlamentari di Argentina, Belgio, Canada, Francia, Irlanda, Lettonia, Singapore.

<sup>151</sup> Si v., ad es., l'intervista rilasciata a *la Repubblica* il 16 giugno 2019 da Nick Clegg, responsabile della comunicazione di Facebook, significativamente intitolata *Noi di Facebook chiediamo ai governi nuove regole per Internet*; nonché le dichiarazioni favorevoli ad un "codice globale della strada digitale", evocato da Karan Bhatia, responsabile delle relazioni istituzionali di Google, di cui ha dato conto [l'11 febbraio 2019 A. Dini sul sito del Corriere delle comunicazioni](#).

opzioni ideologiche di fondo dei proponenti<sup>152</sup> che variano da approcci libertari (in cui si parte dal presupposto che sia onere del cittadino-utente tutelarsi<sup>153</sup>) ad approcci di c.d. paternalismo libertario asimmetrico (in cui i cittadini-utenti vengono solo coadiuvati nelle loro scelte attraverso *nudges*, cioè “aiutini”, che non alterano la loro libertà di scelta<sup>154</sup>) ovvero di vera e propria regolazione (secondo cui, a fronte del fallimento dei mercati, è del tutto giustificato intervenire con rimedi *ex ante* ed *ex post*<sup>155</sup>) sino alla posizione di chi sostiene la necessità di garantire la sovranità del cittadino-utente attraverso strumenti di *hard law* (ad es., divieti alle imprese di tenere determinati comportamenti<sup>156</sup>).

Di seguito, i vari possibili rimedi verranno invece raggruppati per tipologia, senza peraltro voler con ciò instaurare alcun rapporto di priorità tra di essi, ma soprattutto al fine di evidenziarne l'efficacia solo ove opportunamente combinati tra loro.

Dal punto di vista della c.d. legislazione elettorale di contorno, si può pensare in primo luogo a una responsabilizzazione delle forze politiche e dei candidati, vietando – ad es. – che le campagne elettorali e più in generale la propaganda politica possano essere svolte, da parte di una persona fisica o giuridica (anche terza rispetto alla forza politica, purché avente un collegamento dimostrabile con questa), sfruttando violazioni delle norme applicabili in materia di protezione dei dati personali. Le misure in caso di violazione potrebbero incidere sulla spettanza dei rimborsi elettorali e/o di altre agevolazioni ovvero consistere in sanzioni di natura non solo pecuniaria (come invece previsto a livello UE: si v. sopra § 5.5).

Anche la previsione di limiti alle risorse spendibili da parte delle varie forze politiche con specifico riferimento alla pubblicità e propaganda via Internet potrebbe concorrere a creare un *levelled playing field* durante le competizioni elettorali.

Dal punto di vista del diritto generale antitrust, non può dimenticarsi che i maggiori attori di Internet possiedono nei rispettivi mercati (ad es., Google nella fornitura dei servizi di ricerca di tipo generalista e dei servizi di pubblicità online; Facebook nella fornitura dei servizi di social network e della pubblicità visualizzabile sullo stesso social, la c.d. *display advertising*) un potere di mercato quasi monopolistico, con percentuali addirittura intorno al 90 per cento: e ciò non solo in Italia<sup>157</sup>.

Ove poi si prenda in considerazione l'attività di raccolta e trattamento dei dati degli utenti, ci si trova di fronte a un tipico caso di fallimento del mercato<sup>158</sup>, che giustifica

---

<sup>152</sup> Si v. V. Visco Comandini, *op. cit.*, 204, che riprende lo schema dell'*Oxera Agenda, The policy of truth? Deception in markets and in public policy*, in *Oxera*, April 2017.

<sup>153</sup> Opzione in cui Visco Comandini inserisce, ad es., la posizione espressa da V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*

<sup>154</sup> Opzione in cui Visco Comandini inserisce, ad es., la posizione espressa da R. Thaler, C. R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93, 2003, 175 ss.

<sup>155</sup> In questo indirizzo V. Visco Comandini, *op. cit.*, 205, inquadra la posizione di O. Pollicino, *Fake news, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, cit., 23 ss.

<sup>156</sup> Che, ad es., sembrerebbe l'approccio cui è approdato di recente il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (v. § 7).

<sup>157</sup> Per l'Australia, si v. l'ACCC, *Digital Platforms Inquiry – Preliminary Report*, dicembre 2018, 9.

<sup>158</sup> In quanto basati su un ecosistema «caratterizzato dalla presenza di numerose forme di contrattazione incompleta, da mercati impliciti (ossia in cui la contrattazione del bene avviene in maniera spuria),

(ed anzi richiede) appositi strumenti di regolazione.

Pertanto, le regole antitrust sulle concentrazioni andrebbero applicate con particolare rigore<sup>159</sup> (o per alcuni addirittura cambiate per quanto riguarda il mondo di Internet<sup>160</sup>), poiché è oramai chiaro che Google e Facebook effettuano acquisizioni strategicamente finalizzate a eliminare qualsiasi minaccia di futura concorrenza, anche solo potenziale, comprando start up a ritmi sempre crescenti e investendo capitali ragguardevoli di cui solo gruppi di quelle dimensioni possono disporre.

Dal punto di vista della privacy, probabilmente si imporrà una rivisitazione delle stesse definizioni delle varie categorie dei dati: nel momento in cui le nuove tecnologie e conoscenze scientifiche consentono, attraverso l'analisi di dati non qualificabili come "sensibili" (e talvolta neppure come personali), di individuare aspetti estremamente intimi e caratterizzanti della personalità degli individui (v. sopra § 5.5), la disciplina del trattamento dei dati deve dare prevalenza, piuttosto che alla natura dei dati in sé, ai vari utilizzi che di essi possono farsi e, per converso, alle autorizzazioni effettivamente concesse dagli interessati.

A questo proposito, rappresenterebbe un altro importante strumento regolatorio la previsione, a carico delle imprese attive su Internet, dell'obbligo di richiedere ai cittadini-utenti autorizzazioni "modulari" al trattamento dei loro dati e il contestuale divieto di negare la fornitura dei servizi offerti dal motore di ricerca e/o dal social network ove il cittadino-utente rifiuti l'assenso a trattamenti non indispensabili per l'esecuzione del rapporto contrattuale con il fornitore del servizio.

Per ciò che attiene in particolare l'utilizzo e l'elaborazione dei dati per finalità di profilazione a fini di propaganda elettorale, ove non si ritenesse di inibire del tutto questo particolare tipo di trattamento<sup>161</sup>, occorrerebbe quantomeno che fosse introdotto un meccanismo c.d. di "opt-in", in base al quale l'interessato debba esprimere il proprio assenso in modo esplicito e separato da altre autorizzazioni, affinché tale trattamento sia effettuato lecitamente.

Ma, ancor prima, bisognerebbe affrontare il tema (prioritario da un punto di vista logico e giuridico) della "proprietà" o, meglio, della "titolarità" degli stessi dati<sup>162</sup>: in un ecosistema in cui i dati rappresentano ciò che una volta rappresentava il petrolio<sup>163</sup>, allocare la titolarità in capo all'interessato assicurerebbe a quest'ultimo prerogative assolutamente non replicabili in caso di altre scelte su tale aspetto cruciale dell'intera

---

nonché da ambiti di tipo nozionale (ossia caratterizzati da perfetta integrazione verticale e da una domanda di mercato meramente potenziale). Ciò di per sé rischia di essere fonte di severi fallimenti di mercato che pregiudicano l'efficienza sociale, statica e dinamica, dell'intero sistema. In secondo luogo, appaiono sussistere rischi di carattere collettivo, legati, tra l'altro, alla mancata incorporazione da parte del mercato di esternalità positive e negative» (Agcom, *Big data – Interim Report*, 1).

<sup>159</sup> Si v. il recente report redatto per la Commissione Europea da J. Crémer, Y.A. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, 2019.

<sup>160</sup> Si v., ad es., l'ACCC, *Digital Platform Inquiry - Preliminary Report*, 9-10.

<sup>161</sup> In funzione della forza suggestiva di tali tecniche e dell'impossibilità per il cittadino-utente di esserne consapevole: non si dimentichi che per i servizi di media audiovisivi è già vietato il ricorso alla pubblicità subliminale: art. 9.1.b della direttiva 2010/13/UE.

<sup>162</sup> Sul punto V. Zeno-Zencovich, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 32 ss.

<sup>163</sup> In tal senso v. Agcom, *Big Data – Interim Report*, cit., 16 ss. ed ivi ulteriori citazioni.

questione.

Questo set di misure potrebbe risultare però inefficace ove contestualmente non si imponessero obblighi di trasparenza in merito agli algoritmi utilizzati dai maggiori operatori di Internet.

Come proposto da alcune autorità nazionali che si sono occupate del tema<sup>164</sup>, occorre trovare soluzioni che salvaguardino da un lato la legittima aspettativa dei cittadini-utenti di non essere esposti, per giunta inconsapevolmente, a trattamenti discriminatori o a manipolazioni e, dall'altro lato, il diritto degli operatori via Internet titolari dei diritti industriali sugli stessi algoritmi a non vedere messi a rischio gli investimenti effettuati e da effettuare. L'istituzione di un'autorità indipendente dotata delle adeguate competenze ed assoggettata a stringenti obblighi di riservatezza in merito ai punti commercialmente sensibili degli algoritmi potrebbe forse essere una soluzione accettabile per tutti gli attori in campo.

Dal punto di vista del diritto dei media e della salvaguardia del pluralismo informativo in generale (che, come si è cercato di dimostrare nel § 3, è una condizione imprescindibile affinché possa essere garantito anche il pluralismo politico in particolare), si potrebbe pensare ad una collocazione prioritaria di alcuni siti che offrano garanzie di obiettività e indipendenza, ad es., nei risultati delle ricerche effettuate attraverso i motori di ricerca<sup>165</sup>. Attualmente, su Google spesso occupa i primi posti (se non il primo posto<sup>166</sup>) il sito Wikipedia, peraltro a sua volta certamente non sottratto a fenomeni di scorretta informazione. Ebbene, ove i concessionari dei servizi pubblici televisivi adempissero effettivamente alla loro missione, la collocazione prioritaria anche dei siti di questi soggetti potrebbe risolvere alcuni dei problemi che si pongono. Ed è questo un profilo in cui si può cogliere lo stretto rapporto tra vecchi e nuovi media e la necessità che il pluralismo, interno ed esterno, sia garantito nei primi, anche perché diversamente diventa ancor più difficile tutelarlo nei secondi. Ovviamente, per rendere praticabile questa proposta, i servizi pubblici non dovrebbero rappresentare dei concorrenti (ad es., sotto il profilo della raccolta pubblicitaria) per gli operatori di Internet, cosa che potrebbe ritenersi realistica soltanto ove il servizio pubblico fosse adeguatamente finanziato dallo Stato e potesse quindi rinunciare agli introiti pubblicitari, senza divenire marginale nel sistema dell'informazione.

Sempre in quest'ottica (salvaguardia del pluralismo informativo), dovrebbe risultare evidente come l'utilizzo dei filtri algoritmici nella presentazione e prioritizzazione delle notizie in base alle opzioni ideologiche dei cittadini-utenti si pone in antitesi con le stesse fondamenta del pluralismo informativo e della sua tutela. Invero, se la *ratio* della disciplina a tutela del pluralismo è prevenire che i cittadini siano esposti ad un ventaglio di opinioni troppo ristretto e se, nei media tradizionali, tale finalità viene prioritariamente perseguita facendo sì che un solo proprietario di media non possa

---

<sup>164</sup> ACCC, *Digital Platform Inquiry - Preliminary Report*, 4 e 11.

<sup>165</sup> Sulla tutela del pluralismo sui motori di ricerca, v. R. Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra i motori di ricerca ed il pluralismo informativo*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 68 ss.

<sup>166</sup> E al riguardo si tenga presente che per molti cittadini-utenti la verità coincide con il primo risultato di Google: Y. N. Harari, *op. cit.*, 94.



esercitare troppa influenza sulla pubblica opinione e sull'agenda politica<sup>167</sup>, non pare azzardato affermare, per converso, che gli algoritmi di filtraggio (con la creazione delle *echo chambers*) siano *strutturalmente* lesivi del pluralismo.

È evidente che da questi rimedi a tutela del pluralismo informativo “in generale” conseguirebbero diretti e immediati benefici anche per la tutela del pluralismo politico in senso stretto, ma ciò ovviamente non basterebbe.

Irrinunciabile appare innanzitutto l'imposizione agli operatori di Internet di regole di parità di trattamento, non solo economico, nei confronti delle varie forze politiche<sup>168</sup>.

L'obbligo di segnalare al cittadino-utente quando gli viene proposta propaganda politica a pagamento, con l'ulteriore indicazione di chi sia il committente, rappresenta un altro punto minimale di tutela, come evidenziato anche dal Consiglio UE<sup>169</sup>.

Altrettanto minimale e già da tempo applicata da altri stati UE (v. sopra § 8) è poi l'estensione del silenzio elettorale anche ad Internet.

A queste garanzie “basiche”, si potrebbe anche pensare di affiancare misure più invasive, come l'imposizione, a carico dei soli operatori dominanti in un determinato Paese (v. sopra § 8), del divieto di pubblicità elettorale a pagamento con contestuale diffusione *gratuita* in periodo elettorale di messaggi politici autogestiti delle forze politiche che si presentano alle varie tornate elettorali, alla stregua di ciò che avviene attualmente in Italia (ma non solo) per le emittenti televisive nazionali.

## **10. Considerazioni conclusive**

Tirando le fila dell'analisi sin qui svolta, si può allora tentare di dare risposta ai quesiti formulati in premessa del presente lavoro, pur nella ribadita consapevolezza della loro complessità.

Deve allora dirsi innanzitutto che, anche nell'attuale fase di prepotente rivoluzione tecnologica, la televisione in chiaro conserva in Italia un ruolo rilevante nell'informazione politica dei cittadini, soprattutto con riferimento agli *over 65*, per cui un abbandono delle regole legislative attualmente dettate per la televisione non sarebbe giustificato, a patto però che in sede attuativa l'Agcom faccia tesoro dei suggerimenti che provengono da dottrina e giurisprudenza.

Per quanto attiene ai nuovi media, alla luce del condizionamento che i giganti di Internet possono esercitare sull'opinione pubblica, la tutela del pluralismo politico si dimostra un tema – se possibile – ancor più attuale e costituzionalmente necessario.

La disciplina più consona alla tutela del pluralismo politico su Internet richiede interventi “olistici”, che agiscano attraverso modifiche della legislazione elettorale di contorno e della privacy, nonché mediante la rigorosa applicazione della disciplina generale

---

<sup>167</sup> Così, ad es., OFCOM, *Measurement framework for media neutrality: Ofcom's advice to the Secretary of State for Culture, Media and Sport*, 5 novembre 2018, 6. Sul punto sia consentito rinviare a O. Grandinetti, *Forme e tecniche di tutela del pluralismo informativo, con particolare riferimento alla televisione*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, vol. III, Napoli, 2012, 2079 ss.

<sup>168</sup> Lo sottolinea opportunamente B. Caravita di Toritto, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2, 2019.

<sup>169</sup> Dichiarazione del Consiglio UE del 12 febbraio 2019, cit., § 31.

antitrust e l'adozione di apposite regole sul piano della disciplina dei media e della trasparenza (in quest'ultimo caso anche attraverso l'ampliamento delle competenze delle attuali autorità di garanzia o la creazione di nuove autorità indipendenti).

Ovviamente, non sfugge la necessità di fornire una giustificazione costituzionale all'imposizione di questi nuovi obblighi in capo agli operatori di Internet, ma si ritiene che essa possa essere ancora efficacemente rintracciata nella *ratio* sottesa alla sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 1964, quella avente ad oggetto la disciplina delle affissioni politico-elettorali (la l. 4 aprile 1956, n. 212: una vera e propria *par condicio* "ante litteram").

Sebbene in un contesto in cui le potenzialità delle attuali tecnologie non erano neppure immaginabili, la Corte individuò la giustificazione di un intervento del legislatore nella necessità di assicurare che «in uno dei momenti essenziali per lo svolgimento della vita democratica questa non sia di fatto ostacolata da situazioni economiche di svantaggio o politiche di minoranza». Un iter logico-giuridico successivamente sviluppato e completato, in un contesto politico e tecnologico già radicalmente mutato, con la richiamata sentenza n. 155 del 2002, in cui uno dei passaggi cruciali è da rinvenirsi proprio nella giustificazione di ben più ampi e penetranti interventi del legislatore in presenza di situazioni di dominanza oligopolistica da parte di determinati attori del sistema televisivo<sup>170</sup>.

Una situazione che, come emerge da quanto sin qui esposto, si ripresenta addirittura in termini ancor più allarmanti nel mondo delle fonti algoritmiche fruibili su Internet e che, quindi, potrebbe *a fortiori* giustificare questi interventi, con la sola avvertenza di aggiungere, ai già individuati fattori che possono alterare lo svolgimento della vita democratica (situazioni di vantaggio politico ed economico), la disponibilità in mano agli oligopolisti (se non monopolisti) di Internet dei Big Data e delle tecniche per utilizzarli a fini di condizionamento dei cittadini-utenti-elettori.

---

<sup>170</sup> Al riguardo sia consentito rinviare a O. Grandinetti, *Par condicio, pluralismo e sistema televisivo, tra conferme e novità giurisprudenziali, in un quadro comunitario e tecnologico in evoluzione*, cit., 1315 ss.

# Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente\*

Shaira Thobani

## Abstract

Il diffondersi della prassi di offrire servizi senza richiedere in cambio un corrispettivo in denaro ma subordinando l'erogazione del servizio alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali degli utenti impone di verificare la liceità di tali operazioni e, dunque, della possibilità di usare i dati personali come moneta corrente per accedere a beni o servizi. La questione rileva sotto profili differenti, in quanto chi accede a un servizio acconsentendo al trattamento dei propri dati è sia un utente-consumatore, sia un "interessato" (soggetto, cioè, cui i dati si riferiscono). Il saggio intende dunque analizzare come le norme a tutela dei consumatori, da un lato, e quelle in materia di protezione dei dati personali, dall'altro, affrontino la questione della legittimità del mercato dei dati personali, giungendo alla conclusione che mentre le prime si limitano a indicare come tale scambio debba essere attuato, sono le seconde a stabilire i criteri per verificarne la legittimità sostanziale.

The prevailing business model of offering services "for free" asking the users to consent to the processing of their personal data raises the question of the legitimacy of the practice of using personal data as currency to have access to goods or services. The issue is relevant under different perspectives, as those who access a service consenting to the processing of their personal data are both consumers and data subjects. The essay therefore intends to analyse how consumer protection rules, on the one hand, and data protection regulation, on the other, tackle the issue of the legitimacy of a personal data market. As the article tries to prove, while consumer protection regulates the conditions of such an exchange, it is data protection rules that regulate the merits of its legitimacy.

## Sommario

1. Introduzione. – 2. Profili di tutela dell'utente. – 3. I dati personali come controprestazione. – 4. Profili di tutela dell'interessato. – 5. Considerazioni conclusive.

## Keywords

Privacy; Dati personali; Tutela dei consumatori; GDPR; Operazioni di tying

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

## 1. Introduzione

È nota la diffusione del *business model* di offrire servizi gratuitamente, senza cioè la previsione di un corrispettivo in denaro ma previa acquisizione del consenso al trattamento dei dati personali degli utenti. Si tratta di un modello estremamente diffuso nei rapporti online (anche se non ad essi limitato), sviluppatosi grazie all'evoluzione delle nuove tecnologie che rendono possibili sempre più pervasive e sofisticate tecniche di raccolta, monitoraggio e sfruttamento dei dati personali. L'erogazione di beni e servizi rappresenta infatti una preziosa occasione per accedere alle potenzialità economiche dei c.d. big data<sup>1</sup>. Da un lato, l'uso dei servizi da parte degli utenti genera di per sé dati (sulle preferenze e i comportamenti degli utenti, quali, ad esempio, le abitudini di consumo) il cui sfruttamento dà luogo a utilità economiche, dall'altro l'offerta di un bene o servizio rappresenta l'occasione per chiedere agli utenti di comunicare essi stessi alcune informazioni che li riguardano. È dunque frequente che, in sede di accesso a un servizio, sia richiesto all'utente di prestare il consenso al trattamento dei dati personali per fini ulteriori (non necessari all'erogazione del servizio)<sup>2</sup> e che tale consenso sia posto come condizione necessaria per accedere al servizio: si tratta delle operazioni c.d. di *tying*. Ha così luogo uno scambio tra il servizio e i dati personali, che costituiscono, almeno di fatto, il corrispettivo per accedere alla controprestazione<sup>3</sup>.

La prassi in questione genera seri interrogativi, riguardanti innanzitutto la liceità dello scambio dei dati personali con un servizio. È ammesso un mercato dei dati personali<sup>4</sup>? I profili che si intrecciano e gli interessi coinvolti sono molteplici, venendo in considerazione la doppia posizione rivestita da chi richiede il servizio, quale utente, da un lato,

<sup>1</sup> Il valore economico dei dati personali è indubbio, nonostante permangano seri dubbi su quale sia il modo più accurato per misurarlo. V., ad esempio, lo studio effettuato dalla Organisation for Economic Co-Operation and Development, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, OECD Digital Economy Papers No. 220, 2013. Sulle modalità di quantificazione del valore economico dei dati personali, v. anche G. Malgieri, B. Custers, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 34, 2017, 294-297. Cfr. in proposito F.G. Viterbo, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contratto e impresa Europa*, 2, 2016, 606-607.

<sup>2</sup> I dati raccolti in sede di erogazione di un servizio sono di diverso genere. Mentre alcuni di questi dati sono necessari per l'erogazione del servizio stesso (così, l'indirizzo dell'utente è necessario qualora si chieda la consegna di un bene acquistato a distanza), altri sono invece richiesti per finalità ulteriori, quali scopi di profilazione e marketing. Chiaramente, solo questi ultimi costituiscono il "corrispettivo" del servizio.

<sup>3</sup> Sulla possibilità di considerare i dati personali (*rectius* il consenso al trattamento dei dati personali) come oggetto di una prestazione e sul conseguente nesso di corresponsività tra tale consenso e l'accesso al bene o servizio per cui il consenso è richiesto v. C. Langhanke, M. Schmidt-Kessel, *Consumer data as consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, 6, 218 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 67 ss.; A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 8, 2017, 1 ss.; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 436 ss.; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 160 ss.

<sup>4</sup> Si fa riferimento al mercato per così dire primario dei dati, nel senso di mercato in cui sono gli interessati stessi a immettere i dati nei circuiti di circolazione. Diverso è invece il discorso con riguardo al mercato secondario dei dati, in cui i titolari del trattamento, una volta raccolti i dati, li fanno a loro volta circolare. In generale, sui problemi legati al mercato dei dati v. V. Zeno-Zencovich, *Do "Data Markets"*

e quale interessato (persona, cioè, a cui si riferiscono i dati), dall'altro. Non bisogna poi dimenticare la dimensione di massa del fenomeno in esame, per cui la liceità del singolo scambio andrà valutata alla luce dei più generali interessi coinvolti da rapporti di tipo seriale.

## 2. Profili di tutela dell'utente

Chi accede a un bene o servizio è innanzitutto un utente. Lo sviluppo, di fatto, di un mercato dei dati personali impone dunque di prendere in considerazione gli interessi legati alla tutela del mercato. La questione si è inizialmente posta come un problema di trasparenza dell'offerta di beni o servizi pubblicizzati come gratuiti ma in realtà prestati in cambio del consenso al trattamento dei dati personali<sup>5</sup>.

In tali termini essa è stata oggetto di alcuni provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha sanzionato la pratica di pubblicizzare un servizio come gratuito laddove si richiedeva il consenso dell'utente al trattamento dei propri dati per l'invio di e-mail pubblicitarie. L'Autorità è giunta a configurare «l'obbligo in capo al destinatario di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, “profilati” sulla base del proprio utilizzo della rete via Internet» come «una vera e propria prestazione passiva», non «indifferente ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta». Ne deriva che i messaggi pubblicitari in questione costituiscono pubblicità ingannevole considerata «[l]a circostanza che tali condizioni non [sono] immediatamente e chiaramente percepibili, in quanto, nel caso di specie, sono contenute nella finestra di testo che riporta le condizioni generali di contratto, risulta idonea a indurre i consumatori in errore, potendo peraltro pregiudicarne indebitamente il comportamento economico»<sup>6</sup>. L'Autorità è più recentemente tornata sulla questione, sanzionando come pratica commerciale scorretta (in particolare, aggressiva) la condotta di WhatsApp, consistente nell'aver fatto credere ai propri utenti che sarebbe stato impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione se non avessero accettato la condivisione dei dati con Facebook<sup>7</sup>. Nel motivare la propria decisione, l'Autorità preliminarmente

---

*Exist?*, in *questa Rivista*, 1, 2019, 22 ss.

<sup>5</sup> Segnala come si tratti della prospettiva emersa nell'ordinamento statunitense M. Graziadei, *Collusioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, in F. Di Ciommo, O. Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, 367. Sulla possibile scorrettezza delle pratiche in questione v. A. De Franceschi, *op. cit.*, 101 ss. Sull'applicabilità della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette ai casi di raccolta di dati personali v. anche M. Rhoen, *Beyond consent: improving data protection through consumer protection law*, in *Internet Policy Review*, 5, 2016, 7-8 (il quale accenna anche alla possibilità di applicare le norme in materia di clausole vessatorie); N. van Eijk, C.J. Hoofnagle, E. Kannekens, *Unfair Commercial Practices: A Complementary Approach to Privacy Protection*, in *European Data Protection Law Review*, 3, 2017, 334, i quali svolgono l'analisi con riguardo sia all'ordinamento statunitense che a quello europeo; C. Goanta, S. Mulders, *Move Fast and Break Things: Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2019, 141 ss. Sull'intreccio dei diversi piani di tutela, dei consumatori da un lato, e degli interessati dall'altro, v. G. Resta, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *questa Rivista*, 1, 2018, 245 ss.

<sup>6</sup> Prov. nn. 10276, 10277, 10278 e 10279, 20 dicembre 2001, in *Boll. sett. AGCM* n. 51-52, 7 gennaio 2002, 148-165.

<sup>7</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, provv. *WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook*, 11

evidenzia che «[i]l patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di WhatsApp, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di *marketing*, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo, dunque, a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente». Accertata la sussistenza di un rapporto di consumo<sup>8</sup>, la natura aggressiva determinante l'illiceità della condotta del professionista è stata ravvisata non tanto nel non aver consentito agli utenti di negare il consenso al trattamento dei propri dati, quanto nel non aver loro prospettato in maniera chiara e immediata la possibilità di non prestare il consenso, che in realtà era offerta seppure solo in termini di *opt-out*. Simili valutazioni sono state effettuate dall'Autorità in un successivo caso riguardante condotte poste in essere da Facebook<sup>9</sup>. In particolare il Garante, premessa la sussistenza di un rapporto di consumo in ragione del valore economico dei dati raccolti dal gestore del social network, ha sanzionato come pratica commerciale ingannevole la condotta di non informare chiaramente gli utenti in fase di registrazione al servizio delle finalità remunerative dello stesso e, anzi, di pubblicizzarne la "gratuità"; e come pratica commerciale aggressiva quella di preselezionare l'opzione di condivisione dei dati prospettando agli utenti in caso di deselezione rilevanti limitazioni nella fruizione del servizio, maggiori rispetto a quelle effettivamente applicate.

Anche la Commissione Europea si è interessata del tema, affermando che la violazione della normativa in materia di dati personali può rilevare ai fini della valutazione del carattere sleale di una pratica commerciale sotto il particolare profilo della trasparenza. Infatti, in ragione del «valore economico *de facto*» assunto dai dati personali, la pratica di non comunicare ai consumatori che i dati che questi ultimi sono tenuti a fornire per accedere al servizio saranno usati a fini commerciali «può essere considerata un'omissione ingannevole di informazioni rilevanti»<sup>10</sup>.

---

maggio 2017, n. 26597, su cui v. G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la "consumerizzazione della privacy"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2017, 418 ss. Sulla rilevanza della necessità di fornire un'informazione completa e trasparente in merito al trattamento dei dati personali anche ai fini della valutazione sulla correttezza delle pratiche commerciali, v. anche Tar Lazio, sez. I, 11 aprile 2018, n. 5043.

<sup>8</sup> Dubbi su tale sussistenza (e, dunque, sull'applicabilità delle norme a tutela dei consumatori) potrebbero sollevarsi sulla base della supposta gratuità dei rapporti in questione. In favore dell'applicabilità della disciplina consumeristica a tali rapporti v. G. De Nova, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1, 1996, 42-43; F. Delfini, *I contratti dei consumatori e Internet*, in C. Vaccà (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi e mezzi di tutela*, Milano, 2000, 337; S.F. Bonetti, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2002, 1129 ss.; P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2010, 640; F. Agnino, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, in *Giurisprudenza di merito*, 12, 2012, 2559. L'orientamento prevalente in sede europea è comunque quello di considerare applicabili le norme a tutela dei consumatori, a nulla rilevando la supposta "gratuità" dei contratti in questione, smentita peraltro dal valore economico dei dati personali raccolti.

<sup>9</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, provv. *Facebook – condivisione dati con terzi*, 29 novembre 2018, n. 27432. Si noti che, stando a quanto afferma l'Autorità, la qualifica delle condotte in esame come aggressive discende non tanto dal far seguire conseguenze negative alla revoca del consenso al trattamento, quanto (oltre che dal preselezionare l'opzione della prestazione del consenso) dal prospettare conseguenze negative maggiori di quelle effettivamente applicate.

<sup>10</sup> Commissione europea, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle*

L'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni di mercato impone quindi di riconoscere e rendere esplicito il nesso sinallagmatico che, almeno di fatto, si instaura tra la fornitura di un bene o di un servizio e la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali da parte degli utenti. È dunque una pratica commerciale scorretta dichiarare che il servizio è “gratuito”, quando in realtà l'utente è costretto, per accedere al servizio, a “pagare” acconsentendo al trattamento dei propri dati<sup>11</sup>. È però anche una pratica commerciale scorretta offrire un servizio prevedendo per l'utente la scelta se acconsentire o meno al trattamento dei propri dati ma senza rendere tale possibilità chiara ed esplicita.

Sempre con riguardo alla tutela del mercato, l'esplicitazione del nesso tra fornitura del servizio e prestazione del consenso al trattamento non solo è volta a garantire la trasparenza delle operazioni di mercato al fine di evitare pratiche commerciali scorrette, ma conduce anche a riconoscere all'utente le stesse tutele predisposte in favore dei consumatori. Ne è una chiara dimostrazione la recente direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali<sup>12</sup>, che prende direttamente in considerazione la prassi di scambiare beni o servizi con dati personali. La direttiva è infatti applicabile non solo qualora il contenuto o servizio digitale sia fornito al consumatore in cambio di un prezzo, ma anche «nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico» (art. 3, par. 1). Lo scopo è quello di parificare i rimedi a tutela dei consumatori a prescindere da come il servizio sia stato “pagato” (se in denaro o in dati personali)<sup>13</sup>.

---

*pratiche commerciali sleali*, 25 maggio 2016, 28.

<sup>11</sup> Il caso può ricordare quello dei mercati c.d. a due versanti, definiti, in via approssimativa e semplificata, come quei mercati caratterizzati dalla presenza di una piattaforma che mette in comunicazione due diversi gruppi di utenti, i quali traggono beneficio proprio da tale intermediazione. La nozione di *two-sided markets*, (messa a punto da J.C. Rochet, J. Tirole, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 2003, 990 ss.) è stata prevalentemente utilizzata in ambito antitrust; essa, tuttavia, è anche servita a chiarire i vantaggi che i gestori delle piattaforme ottengono dal fornire servizi apparentemente gratuiti. Che il mercato sia a due versanti non comporta tuttavia necessariamente che vi sia un rapporto di corrispettività (almeno in senso giuridico) tra l'intermediario e gli utenti di uno dei due versanti; a tal fine è infatti necessario che anche gli utenti si sottopongano a un sacrificio che sia tale in termini giuridici. Nel caso che ci interessa, l'utente non ha un ruolo meramente passivo (come nel caso degli utenti nei mercati a due versanti, si pensi agli spettatori di programmi televisivi gratuiti in cui vengono trasmessi spot pubblicitari), ma gli viene richiesta una vera e propria prestazione, ovvero il consenso al trattamento dei dati, che (in mancanza di un'altra condizione di liceità) non potrebbe essere posto in essere. In tema cfr. G.A.M. Bellomo, *“There ain't no such thing as a free lunch”. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2016, 215, che sottolinea la differenza delle piattaforme della *digital economy* rispetto ai tradizionali mercati a due versanti, in quanto nelle prime gli utenti non svolgono solo un ruolo passivo (di pubblico per gli inserzionisti), ma generano attivamente dati che vengono poi utilizzati per trarne valore. Cfr. anche W. Virga, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1, 2011, 232.

<sup>12</sup> Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

<sup>13</sup> V. infatti il considerando n. (24), in cui si precisa che «[o]ltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali». La precisazione iniziale in merito alla natura di diritto fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali nasce in risposta alle osservazioni del Garante

Sul punto è interessante segnalare che l’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nel dichiarare la vessatorietà di alcune clausole previste nelle condizioni di utilizzo di WhatsApp, ha richiamato a sostegno della soluzione adottata «l’ormai consolidato orientamento della Commissione europea volto a riconoscere la natura di controprestazione non pecuniaria dei dati degli utenti del *social media*, sia in sede di tutela del consumatore che in sede di valutazione delle concentrazioni tra imprese, valore economico idoneo, dunque, a configurare l’esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l’utente»<sup>14</sup>. Se ne ricava dunque che la prestazione del consenso al trattamento dei dati, laddove prevista nell’ambito della fornitura di un bene o servizio, deve essere presa in considerazione al fine di applicare la disciplina a tutela dei consumatori.

Sotto questo profilo gli interessi in gioco nell’apprezzare la liceità del mercato dei dati personali sono quelli degli utenti/consumatori a ricevere informazioni trasparenti sulle operazioni di mercato che pongono in essere e ad essere tutelati in maniera adeguata in caso di inadempimento della controparte. Non pare, tuttavia, che le norme a tutela dei consumatori possano regolare nel merito lo scambio dei dati personali; non sembra, cioè, che esse possano perimetrare la misura in cui è lecito il mercato dei dati personali, una volta che ne sia stata assicurata la trasparenza.

Un controllo sul merito potrebbe aversi se il diritto dei consumi autorizzasse a considerare di per sé vessatoria la clausola che richiede a chi voglia accedere a un bene o servizio di prestare il consenso al trattamento dei dati. In tal modo si porrebbe infatti un divieto a queste operazioni. Tale soluzione non sembra però potersi sostenere. Come noto, ai sensi dell’art. 34, c. 2 cod. cons., il contenuto economico dei contratti tra professionisti e consumatori non è oggetto di valutazione, purché le condizioni contrattuali siano espresse in maniera chiara e trasparente. Il confine tra squilibrio economico e normativo dei contratti tra professionisti e consumatori costituisce un tema delicato e complesso<sup>15</sup>. Basti qui notare che qualificare la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali come controprestazione per accedere a un bene o servizio fa propendere nettamente verso una sua ricomprensione nel contenuto economico dell’affare, rispetto a cui la legge consente di effettuare un sindacato di trasparenza ma non di merito<sup>16</sup>. Peraltro, la circostanza che una stessa direttiva europea (quella in tema di fornitura di contenuto o servizi digitali) contempli la possibilità che a fronte dell’accesso a un bene o servizio il consumatore paghi un corrispettivo in denaro o

---

europeo per la protezione dei dati personali, che ha contestato la qualifica dei dati personali come controprestazione: *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for supply of digital content*, 14 marzo 2017, su cui vedi *infra* nel testo in sede di conclusioni.

<sup>14</sup> Prov. 11 maggio 2017, n. 26596, §§ 62-63. La decisione dell’Autorità segue la posizione espressa dalle autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in *Common position of national authorities within the CPC Network concerning the protection of consumers on social networks*, 17 marzo 2017, che invitano a considerare attentamente la possibile vessatorietà di alcune clausole contenute nelle condizioni generali predisposte dai gestori dei *social networks*.

<sup>15</sup> Su cui v., *ex multis*, P. Sirena, sub *Art. 1469-ter*, 2° comma, in, G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 855 ss.; A. Fici, sub *Art. 34*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, IV, Torino, 2011, 828 ss.

<sup>16</sup> In tal senso cfr. F. Bilotta, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1999, II, 103-104.



acconsenta al trattamento dei propri dati, difficilmente consente di argomentare nel senso della vessatorietà *tout court* di tali previsioni. Questo non significa che le clausole in questione non possano, a seconda delle circostanze, considerarsi vessatorie<sup>17</sup>, ma il loro mero inserimento in condizioni generali di contratto non ne determina automaticamente la vessatorietà.

Sotto il profilo della tutela del mercato, dunque, la principale preoccupazione è, preso atto del nesso di corrispettività di fatto esistente tra servizio e consenso al trattamento, esplicitarlo e renderlo trasparente (con le conseguenze che ne derivano in tema di rimedi), senza invece ambire a delimitarne i confini di liceità. Prendere in considerazione gli interessi degli utenti sottesi al mercato dei dati personali significa quindi regolarne la forma e non la sostanza. In altre parole, gli strumenti di regolazione del mercato e di tutela dei consumatori non sembrano essere attrezzati, salvo forzature, a indicare se sia lecito scambiare sul mercato i dati personali, ma segnalano solamente come tale scambio debba essere condotto.

### 3. I dati personali come controprestazione

Per capire come è regolato in via “sostanziale” il mercato dei dati personali occorre avere riguardo non al diritto dei consumi, ma alle norme in materia di protezione di dati personali. In particolare, la norma a cui fare riferimento è quella che prevede che il consenso al trattamento dei dati sia manifestato “liberamente”. Tale requisito – previsto già dalla direttiva 95/46/CE (art. 2, lett. *b*) e dal previgente codice della privacy (art. 23, c. 3) e poi ripreso dal regolamento (UE) 2016/679 (regolamento generale sulla protezione dei dati personali) – di per sé ci dice poco in mancanza di più precise indicazioni di quali siano le circostanze che rendono non “libero” il consenso. L’interpretazione che di tale norma è stata data dalle autorità garanti e dallo stesso legislatore europeo, che nel regolamento fornisce ulteriori specificazioni, l’ha resa il punto di riferimento per la questione che ci interessa.

Del problema della validità delle operazioni di *tying* in Italia si è occupato innanzitut-

<sup>17</sup> In proposito v., in giurisprudenza, App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, I, 2003, 119 ss., che ritiene vessatoria *ex artt.* 1469-*bis* ss., c.c. la clausola in base alla quale il cliente acconsente, nei confronti della banca, «al trattamento dei dati relativi sia a tutti i rapporti di affidamento-finanziamento, nonché eventuali carte di credito» e «a che tali dati accedano. [...] in genere i soggetti economici che ne facessero richiesta», osservando che tale clausola «costituisce un obbligo di “*pat?*” a carico del cliente, assai penetrante; imponendogli di consentire alla divulgazione, oltre che al trattamento, dei dati concernenti il rapporto contrattuale corrente con la banca, tutto ciò, senza che vi sia alcun vantaggio compensativo a sacrificio del diritto alla riservatezza, ottenuto in via preventiva ed irrevocabile (art. 20, 1° comma, lett. a), l. 31 dicembre 1996, n. 675); in questo modo realizzandosi uno squilibrio significativo in danno del consumatore»; Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, I-2, 2000, 2045 ss., in cui si afferma che devono ritenersi abusive ai sensi degli artt. 1469 *bis* ss. c.c. le clausole che «obbligano il cliente a consentire in via preventiva il trattamento da parte della banca dei propri dati personali». In dottrina, cfr. C. Lo Surdo, *Commento ai provvedimenti adottati dall'autorità garante in merito al problema del consenso informato*, in *Danno e responsabilità*, 8, 1998, 645, la quale, con riferimento ai casi in cui il Garante «qualific[a] ogni forma di pressione esercitata sull'interessato al fine di carpirne il consenso come una “violazione della sua libertà contrattuale”», ritiene in proposito applicabile la disciplina sulle clausole vessatorie, per cui «il consenso non potrà infatti mai essere condizionato all'accettazione di clausole che determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti ai sensi dell'art. 1469 *bis* c.c.».

to il Garante per la protezione dei dati personali, che l'ha risolto (in conformità con un'impostazione affermata in sede europea<sup>18</sup>) richiamandosi, per l'appunto, al requisito di libertà del consenso al trattamento. Pare dunque utile prendere le mosse da tali pronunce. Secondo un consolidato orientamento non è libero, ma "necessitato", il consenso a cui viene subordinato l'accesso a un bene o servizio: il consenso è dunque invalido e, conseguentemente, il trattamento illecito<sup>19</sup>. Ne deriva pertanto l'illiceità della prassi di subordinare l'accesso a un bene o servizio al consenso al trattamento dei dati personali per fini ulteriori rispetto a quanto necessario per fornire la prestazione. Se, come afferma il Garante, non è libero il consenso se posto come condizione per ricevere una controprestazione, pare porsi un ostacolo insormontabile alla possibilità di scambiare i dati personali sul mercato.

Tale utilizzo della nozione di libertà è peculiare. L'affermazione del Garante va ben al di là infatti di quanto comunemente inteso con "libertà del volere". "Consenso libero" è una formula vuota, che deve essere riempita dalle circostanze dequalificanti che si considerano rilevanti ai fini di invalidare l'atto. Nel diritto privato, esse sono rappresentate dall'incapacità, dai vizi del volere (errore, violenza, dolo) e, in casi particolari, dalla situazione di pericolo alla persona o di bisogno economico in cui si trova chi presta il consenso. Si tratta, come noto, dei casi di annullabilità e rescissione del contratto. L'impostazione di cui si discute attribuisce invece rilevanza a una circostanza che, negli atti di autonomia privata, è del tutto fisiologica: la necessità o il desiderio di procurarsi la controprestazione.

L'intento (o comunque il risultato) di tale approccio pare essere quello di scoraggiare lo sviluppo di un mercato basato sullo scambio di dati personali, limitando in tal modo i casi in cui i dati possono essere trattati. Come noto, vi sono diverse condizioni di liceità del trattamento; quella più sovente utilizzata dai soggetti privati è, tuttavia, il consenso dell'interessato, acquisito spesso anche in via cautelativa da chi tratta dati<sup>20</sup>. Se per trattare i dati è normalmente richiesto il consenso ma si vieta di subordinare l'accesso a un servizio alla prestazione del consenso, è chiaro che raccogliere dati personali sarà più arduo, considerata anche l'incertezza che circonda alcune delle altre condizioni di

<sup>18</sup> V. i riferimenti contenuti in S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2016, 538-539, e in G. Resta, V. Zencovich, *op. cit.*, 429.

<sup>19</sup> Tale affermazione, applicata in maniera pressoché costante dal Garante fin dai suoi primi anni di attività, è contenuta anche in un provvedimento a carattere generale: v. le *Linee Guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*, in Registro dei provvedimenti 4 luglio 2013, n. 330. Per una ricognizione dei provvedimenti sul punto, sia consentito il rimando a S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, *cit.*, 532-538.

<sup>20</sup> L'ampio ricorso alla richiesta del consenso potrebbe in parte derivare dalla genericità con cui sono formulate altre condizioni di liceità del trattamento, tra cui, in particolare, quella del legittimo interesse. In altre parole, a fronte dell'incertezza in merito alla sussistenza di una condizione di liceità del trattamento, la prassi è quella di richiedere il consenso, anche in casi in cui probabilmente non ce ne sarebbe bisogno. La scelta di chiedere il consenso anche laddove ci sono altre condizioni che legittimano il trattamento non è però senza conseguenze: v. quanto affermato dal Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 10 aprile 2018, 26, secondo cui una volta scelta una base legittima del trattamento non si può fare affidamento su una diversa base, con la conseguenza che, se si è chiesto il consenso e questo è revocato, occorre interrompere il trattamento. Per ulteriori considerazioni sia consentito il rimando a S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, *cit.*, 181.

liceità del trattamento. L'erogazione di beni e servizi è infatti l'occasione principale per raccogliere dati personali (come dimostrato dalla diffusione del *business model* di offrire servizi gratuitamente ma previo consenso al trattamento dei dati), ed è chiaro che impedire le operazioni di *tying* pregiudica la possibilità di raccolta. Se gli utenti devono essere liberi di accedere al servizio scegliendo se prestare o meno il consenso al trattamento dei dati, è infatti ben possibile che molti interessati decidano di negare il consenso, se ciò nonostante non viene loro impedito l'accesso al servizio.

Come accennato, questo modello di libertà del consenso si distanzia molto da quanto normalmente richiesto per tutelare la libertà del volere con riguardo agli atti di autonomia. Un simile modello presenta però qualche somiglianza con quanto previsto per gli atti di disposizione del corpo, rispetto a cui il nostro ordinamento vieta il collegamento sinallagmatico con una controprestazione e che proprio per questo vengono considerati come atti aventi contenuto non patrimoniale. Gli atti di disposizione del corpo, infatti, sono validi solo se posti in essere a titolo gratuito<sup>21</sup>. La gratuità dell'atto è volta a tutelare (non solo ma anche) la libertà del consenso del soggetto interessato<sup>22</sup>; più precisamente, non si vuole che il volere sia inquinato da motivazioni economiche. In altre parole, almeno nel campo della biomedicina, l'integrità fisica non può essere scambiata con una prestazione e deve dunque rimanere fuori dei circuiti di mercato. Si può ritenere che questo sia il modello adottato anche con riguardo al "mercato" dei dati personali? Si può ritenere che il nostro ordinamento vieti lo scambio dei dati con una controprestazione (vieti, cioè, *tout court* di subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento?)?

La risposta, contrariamente a quanto parrebbe emergere a prima vista dall'orientamento sopra descritto<sup>23</sup>, non è costituita da un netto divieto, alla luce, in particolare,

<sup>21</sup> Il principio di gratuità è affermato dalle singole leggi speciali che ammettono, in deroga a quanto previsto dall'art. 5 c.c., anche atti di disposizione del corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica: si vedano, ad esempio, l'art. 6, l. 26 giugno 1967, n. 458 con riguardo alla donazione del rene; l'art. 1, d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 in materia di sperimentazione clinica; l'art. 4, l. 21 ottobre 2005, n. 219 in materia di donazione del sangue; l'art. 4, l. 6 marzo 2001, n. 52 con riguardo alla donazione di midollo. In via generale, il principio di gratuità si ritrova nelle fonti internazionali: l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta di «fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro» e l'art. 12 della Convenzione di Oviedo dispone che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonti di profitto». Sul tema v., per tutti, G. Resta, *Contratto e persona*, in V. Roppo, *Trattato del contratto*, IV, *Interferenze*, Milano, 2006, 17 ss.

<sup>22</sup> Sul rapporto tra gratuità e libertà v., ad esempio, M.C. Venuti, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in A. Galasso, S. Mazzaresse (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, 307-308. Si tenga però presente che in ambito di atti di disposizione del corpo la gratuità è posta anche a tutela di esigenze di solidarietà.

<sup>23</sup> Una posizione di netto sfavore verso la possibilità di scambiare i dati personali con un bene o servizio è tuttavia sostenuta dallo stesso Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 9, il quale, richiamandosi al considerando 43 del regolamento 2016/679, afferma che «[l']obbligo di acconsentire all'uso di dati personali aggiuntivi rispetto a quelli strettamente necessari limita la scelta dell'interessato e ostacola l'espressione del libero consenso. Poiché la legislazione in materia di protezione dei dati mira a tutelare i diritti fondamentali, è essenziale che l'interessato abbia il controllo sui propri dati personali; inoltre sussiste una presunzione forte secondo cui il consenso a un trattamento di dati personali non necessario non può essere considerato un corrispettivo obbligatorio dell'esecuzione di un contratto o della prestazione di un servizio». In questo senso v. J.P. Albrecht, *The EU's New Data Protection Law – How A Directive Evolved Into A Regulation*, in *Computer Law Review International*, 2, 2016, 36, il quale afferma categoricamente che «as a rule consent cannot be free if it is made a

di quanto previsto dal regolamento generale sulla protezione dei dati personali<sup>24</sup>. In aggiunta a quanto previsto dalla previgente direttiva, il regolamento fornisce infatti ulteriori indicazioni in merito a che cosa debba intendersi per consenso “libero”, affermando che «[n]el valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l’eventualità, tra le altre, che l’esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all’esecuzione di tale contratto» (art. 7, par. 4). Non è dunque vietato subordinare l’esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati, ma si tratta di una circostanza da tenere «nella massima considerazione» ai fini di valutare la libertà del consenso. Non pare dunque potersi trarre dalla norma un divieto generalizzato alle operazioni di *tying*; essa però non specifica in quali circostanze sia vietato subordinare l’accesso a un bene o servizio al consenso al trattamento.

È innanzitutto chiaro che una scelta libera manca qualora il consenso sia carpito con tecniche scorrette volte a coartare impropriamente la volontà dell’interessato. In questo modo si tutela l’integrità del volere in un’ottica non dissimile da quanto previsto in materia di pratiche commerciali scorrette. Una volta appurato che il consenso è stato prestato da un soggetto informato e in condizioni di serenità, ponderatezza e trasparenza, rimane il dubbio se i dati personali possano o meno essere oggetto di scambio. Allo stesso modo il consenso non è libero se prestato dall’interessato in una condizione di particolare vulnerabilità e debolezza, come nel caso di consenso al trattamento dei dati da parte del lavoratore nei confronti del datore di lavoro<sup>25</sup>. Che cosa occorre affinché una scelta informata, serena, consapevole, ponderata e non viziata da una situazione di vulnerabilità sia anche “libera”?

Alcune indicazioni in proposito possono trarsi da quanto affermato dal Gruppo di lavoro Articolo 29, il quale ha precisato che la necessità che il consenso sia libero significa che «l’interessato abbia una scelta effettiva e il controllo sui propri dati»<sup>26</sup>. Secondo questa interpretazione, l’effettività della scelta dipende dalla possibilità per l’interessato di accedere al servizio anche senza prestare il consenso al trattamento. Chi fornisce un servizio chiedendo il consenso al trattamento dovrebbe dunque offrire all’utente due versioni del servizio: l’una, condizionata alla prestazione del consenso, l’altra no. In una prima edizione delle nuove linee guida sul consenso, il Gruppo di lavoro aveva

---

*condition for the execution of a contract despite not being necessary for that purpose».*

<sup>24</sup> Nel senso che il regolamento non pone un divieto assoluto alle operazioni di *tying*, v. S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 55; A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 8, 2017, 5; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, 113; G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, 432.

<sup>25</sup> Lo stesso regolamento, al considerando n. 43, esclude che il consenso possa rappresentare una valida condizione di liceità del trattamento qualora vi sia un «evidente squilibrio» tra l’interessato e il titolare del trattamento, come nel caso in cui il titolare del trattamento sia un’authority pubblica. V. in proposito le indicazioni fornite dal Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 6-8, in cui si porta come ulteriore esempio di squilibrio di potere quello relativo al rapporto tra datore di lavoro e lavoratore.

<sup>26</sup> Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 6.

affermato che «entrambi i servizi [quello subordinato e quello non subordinato al consenso al trattamento] devono essere genuinamente equivalenti, incluso senza ulteriori costi»<sup>27</sup>. Volendo seguire fino in fondo tale indicazione, ne deriva che se la versione del servizio per cui si richiede il consenso al trattamento è offerta gratuitamente, altrettanto gratuita dovrebbe essere quella per cui non si richiede il consenso. Questa impostazione pare dunque precludere una qualunque possibilità di scambio dei dati personali con un bene o servizio.

In un secondo momento il Gruppo di lavoro ha però ammorbidito la propria posizione, limitandosi a richiedere che «i due servizi [debbano] essere effettivamente equivalenti»<sup>28</sup>. Non è dunque più espressamente escluso che a rendere lecite le operazioni di *tying* sia la possibilità di accedere allo stesso servizio senza acconsentire al trattamento ma pagando una somma di denaro purché, chiaramente, si tratti di un corrispettivo congruo<sup>29</sup>. L'effettività della scelta è garantita in questo modo dalla presenza di un'alternativa (non identica ma) equivalente.

Ci si può chiedere se un'alternativa equivalente possa ritenersi sussistente anche nel caso in cui un servizio analogo, per l'accesso al quale non sia richiesto il consenso al trattamento, venga offerto da un altro operatore sul mercato. È il caso, ad esempio, in cui sul mercato vi siano sia servizi di posta elettronica a pagamento per il cui utilizzo non è richiesto il consenso al trattamento ma un corrispettivo in denaro, sia servizi di posta elettronica “gratuiti” per cui viene invece richiesto il consenso all'utilizzo dei dati, offerti non dal medesimo ma da diversi operatori. Si deve trattare, chiaramente, di servizi effettivamente equivalenti; questo è da escludersi nel caso di servizi offerti da operatori sostanzialmente monopolistici<sup>30</sup>: così, ad esempio, è difficile che, ad oggi, possa esservi un servizio di social network realmente equivalente a Facebook, o un motore di ricerca effettivamente equivalente a Google.

Il Gruppo di lavoro Articolo 29 esclude, tuttavia, che, qualora sul mercato siano presen-

<sup>27</sup> Article 29 Working party, *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, 20 novembre 2017, 10.

<sup>28</sup> Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 10.

<sup>29</sup> Lo stesso Gruppo di lavoro aveva in precedenza aperto a tale possibilità: v. Article 29 Working Party, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, 9 aprile 2014, 47, il quale afferma che «[i]n the context where consumers signing up for 'free' online services actually 'pay for' these services by allowing the use of their personal data, it would also contribute towards a favourable assessment of the balance – or towards the finding that the consumer had a genuine freedom of choice, and therefore valid consent was provided under Article 7(a) – if the controller also offered an alternative version of its services, in which 'personal data' were not used for marketing purposes». V. anche la posizione espressa dal Garante Europeo per la Protezione dei Dati, *Opinion 5/2016 Preliminary. EDPS Opinion in the review of the ePrivacy Directive (2002/58/EC)*, 22 luglio 2016, 15-16, secondo cui il fornitore del servizio deve «(i) either provide a choice whether or not to provide consent to processing data not necessary for the provision of the service without any detriment, (ii) or at least, make available a paying service at a reasonable price (without behavioural advertising and collection of data) as an alternative to the services paid by users' personal informations».

<sup>30</sup> O, per meglio dire, di servizi che offrono agli utenti utilità che altri servizi dello stesso tipo non riescono a offrire. In tale prospettiva potrebbe in parte leggersi la decisione del Bundeskartellamt, 6 febbraio 2019, B6-22/16, che ha proibito, in quanto abuso di posizione dominante, a Facebook di condizionare l'accesso al servizio (di social network e di altri servizi, quali WhatsApp e Instagram forniti dalla medesima società) al consenso al trattamento dei dati e di trattare tali dati congiuntamente alle informazioni generati dall'utente durante la navigazione su altri siti e raccolti senza il consenso degli interessati. Su tale caso, v. A. Palmieri, R. Pardolesi, *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un "revival innovativo"*, in *Foro italiano*, 3, 2018, 144 ss.

ti alternative offerte da operatori diversi, il consenso possa ritenersi libero, affermando che «[i]n tal caso la libertà di scelta dipenderebbe dagli altri operatori del mercato e dal fatto che l'interessato ritenga che i servizi offerti dall'altro titolare del trattamento siano effettivamente equivalenti» e che «[c]iò implicherebbe inoltre l'obbligo per il titolare del trattamento di monitorare gli sviluppi del mercato per garantire la continuità della validità del consenso [...] in quanto un concorrente potrebbe modificare il suo servizio in un momento successivo»<sup>31</sup>. Tali argomentazioni non paiono tuttavia decisive. Da un lato, la validità del consenso va valutata nel momento in cui esso è prestato, parendo irrilevante il successivo mutamento di circostanze. Si consideri che, potendo l'interessato liberamente revocare il consenso in qualunque momento, ben potrebbe l'utente revocare il consenso recedendo dal servizio e, verificato che sul mercato non ci sono più servizi equivalenti, pretendere di accedere nuovamente al servizio senza, questa volta, acconsentire al trattamento dei propri dati. Dall'altro, la difficoltà nel valutare la sussistenza dell'«equivalenza» si supera se, contrariamente a quanto pare adombrare il Gruppo di lavoro, se ne adotta una nozione oggettiva, legata alle caratteristiche del servizio e non, invece, alle idiosincrasie dei singoli interessati. Una diversa soluzione, che apra a una interpretazione fortemente soggettiva dell'equivalenza pare stonare rispetto a rapporti, come quelli in questione, solitamente di massa e del tutto spersonalizzati. «Consenso libero» significa dunque consenso prestato a fronte di un'«alternativa», che questa sia fornita dal medesimo o da diversi operatori. Tale soluzione è condivisa nel nostro ordinamento interno dalla Suprema Corte che, nell'unica pronuncia sinora sul punto, ha affermato che è lecito subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento purché si tratti di un bene o servizio «fungibile»<sup>32</sup>. La fungibilità è intesa qui in senso atecnico proprio per indicare la possibilità di accedere a servizi analoghi<sup>33</sup> ed esprime dunque la necessità che vi sia, per l'appunto, un'alternativa. Il caso riguardava un servizio di *newsletter* su tematiche in materia di finanza, fisco, diritto e lavoro, informazioni che la Corte sottolinea essere «agevolmente acquisibili per altra via, eventualmente attraverso siti a pagamento, se non attraverso il ricorso all'editoria cartacea, con la conseguenza che ben può rinunciarsi a detto servizio senza gravoso sacrificio». A detta della Corte, le operazioni di *tying* sono dunque vietate se la prestazione è «ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato». Si introduce così un ulteriore elemento, quello della «irrinunciabilità», che si aggiunge all'infungibilità e che riguarda l'importanza della prestazione per l'utente<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 10-11.

<sup>32</sup> Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 3, 2019, 530 ss.

<sup>33</sup> Si era proposto di utilizzare a tal fine il criterio della infungibilità così inteso in S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, cit., 547. Nello stesso senso si sono espressi G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, 432.

<sup>34</sup> Sull'importanza del fattore dell'essenzialità del servizio cfr. C. Lo Surdo, *Il ruolo dell'obbligo di informativa*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, I, 736; A. Orestano, *La circolazione dei dati personali*, *ivi*, 172. In proposito è interessante rilevare le modifiche intervenute da un'edizione all'altra del *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati* redatto dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e dal Consiglio d'Europa: mentre nell'edizione del 2014 si affermava che «quando prodotti o servizi sufficientemente importanti possono essere ottenuti solo ed esclusivamente se alcuni dati personali sono comunicati a terzi, il consenso dell'interessato alla divulgazione dei propri dati di solito non può essere considerato frutto di una decisione libera» (61),

Sicuramente se il servizio è sia “infungibile” che “irrinunciabile”, cioè se si tratta di un servizio essenziale per l’interessato e di cui non vi è un equivalente facilmente accessibile, non sarà lecito condizionarne l’erogazione al consenso al trattamento dei dati. Si noti che, se una prestazione è fungibile, essa è in quanto tale anche rinunciabile, in quanto chi voglia usufruire di quel tipo di servizio ne ha comunque la possibilità. Questo non significa tuttavia che tutte le volte in cui un servizio sia fungibile sia possibile condizionarne l’accesso al consenso al trattamento dei dati, in quanto possono esservi altre circostanze che inquinano la libertà del consenso, come, ad esempio, una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità dell’interessato. Così, ad esempio, un datore di lavoro o una struttura sanitaria non potrebbero chiaramente subordinare un’offerta di lavoro o l’erogazione delle cure al consenso al trattamento dei dati del lavoratore o del paziente, e questo anche qualora la prestazione sia fungibile (nel senso che vi sono altri datori di lavoro o altre strutture sanitarie che non richiedono il consenso all’utilizzo dei dati).

Problemi possono invece sorgere nel caso in cui il servizio sia infungibile ma non “irrinunciabile”. Si pensi al caso di Facebook: come si è detto prima, ad oggi Facebook è probabilmente un servizio infungibile, meno certo è se sia anche irrinunciabile ed essenziale. Sembra preferibile, in ogni caso, riservare la qualifica di rinunciabilità solo ai casi di più evidente futilità e al di fuori di questi ritenere che qualunque servizio che sia realmente infungibile – che, cioè, non presenti equivalenti sul mercato – sia anche irrinunciabile.

Questi, dunque, paiono essere i limiti entro cui è possibile richiedere i dati personali come controprestazione per un bene o servizio. Lo sviluppo di un mercato dei dati personali è dunque ammesso purché l’interessato abbia la possibilità di non entrarvi, dovendo egli avere, nel senso sopra precisato, un’“alternativa”. I modi in cui questa alternativa deve essere offerta sono disciplinati dalle norme in materia di tutela dei consumatori, che prescrivono che l’utente debba poter scegliere in maniera consapevole, informata, serena e ponderata. Tocca invece alle norme in materia di protezione dei dati personali stabilire quando tale alternativa è da considerarsi effettivamente sussistente.

---

nella successiva edizione del 2018 il riferimento alle circostanze che escludono la libertà del consenso è al caso in cui «prodotti o servizi possono essere ottenuti solo se alcuni dati personali sono comunicati al titolare del trattamento o successivamente a terzi» senza più alcuna menzione dell’importanza del prodotto o servizio in questione (162); d’altronde, anche nella seconda edizione rimane come esempio di valida operazione di *tying* quello di chiedere il consenso al trattamento per il rilascio di carte fedeltà, purché, tuttavia, l’operazione sia finalizzata a ottenere una «piccola riduzione del prezzo di determinati prodotti» (mentre, si noti, la prima edizione faceva riferimento a «riduzioni dei prezzi di determinati prodotti»). Il requisito della irrinunciabilità o essenzialità della prestazione offerta in cambio del consenso al trattamento parrebbe in parte assorbire un altro criterio che, come già accennato nel testo, dovrebbe essere tenuto in considerazione nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, quello della disparità di potere tra le parti, nel senso che la disparità di una parte rispetto all’altra andrà valutata anche in considerazione dell’essenzialità, per la parte debole, del servizio fornito. Nello stesso senso si è espresso il Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., 6-8, che, come si è accennato sopra, porta come esempio di casi in cui sussiste una disparità tale da compromettere la libertà del consenso le richieste di consenso al trattamento dei dati provenienti da autorità pubbliche o da datori di lavoro.

## 4. Profili di tutela dell'interessato

Occorre ora interrogarsi su quali siano le ragioni alla base dell'impostazione sin qui analizzata e quali, in particolare, gli interessi tutelati nel limitare come sopra descritto lo sviluppo del mercato dei dati personali.

Le limitazioni alla commerciabilità dei dati derivano, come si è visto, dalle norme in materia di protezione di dati personali e, in particolare, dalla norma che detta i requisiti di validità del consenso al trattamento, che deve essere "libero". Come noto, la normativa in questione contempera due contrapposti interessi: quello alla libera circolazione dei dati (nell'ottica dello sviluppo di un mercato unico dei dati), da un lato, e quello alla protezione dei dati personali, annoverato, quest'ultimo, tra i diritti fondamentali espressamente riconosciuti dall'UE, dall'altro<sup>35</sup>.

Si deve tuttavia sottolineare che il c.d. diritto alla protezione dei dati personali non ha un contenuto omogeneo ed è anzi volto in via strumentale a tutelare interessi eterogenei, che vanno oltre quelli dei singoli interessati di volta in volta coinvolti. Sono note le origini della normativa in questione. Essa nasce per affrontare i rischi posti dal trattamento in massa dei dati, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica, non solo nei confronti del singolo individuo ma, soprattutto, nei riguardi della collettività: conformazione sociale, segregazione ed esclusione delle minoranze, discriminazione, controllo sociale e sorveglianza<sup>36</sup>. In questo senso, il diritto alla protezione dei dati personali si differenzia nettamente dagli altri diritti della personalità, quali il diritto alla riservatezza e il diritto alla identità personale, che sono invece volti alla tutela di interessi, omogenei per ogni singolo diritto, riferiti al singolo (la sfera di intimità privata e la corretta rappresentazione della persona all'esterno).

Due notazioni sono necessarie. Innanzitutto, occorre sottolineare come il diritto alla protezione dei dati personali non rappresenti in sé un bene finale da tutelare, ma sia strumentale alla tutela di altri interessi<sup>37</sup>. In secondo luogo, bisogna essere consapevoli che tali interessi non sono solo di natura individuale, ma riguardano anche la collettività.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, non si intende dire che il diritto alla protezione dei dati personali non tuteli anche interessi individuali, ma che è fortemente presente l'esigenza di tutela di interessi collettivi<sup>38</sup>, come dimostrato peraltro dal campo di ap-

<sup>35</sup> Art. 8, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato «Protezione dei dati di carattere personale».

<sup>36</sup> Sull'evoluzione della disciplina in materia di protezione di dati personali, v. la ricostruzione svolta da A. Mantelero, *The future of consumer protection in the E.U. Re-thinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law & Security Review*, 30, 2014, 647 ss. Tra coloro che, nel dibattito italiano, hanno sottolineato tali rischi v. S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 4, 1997, 585 ss.; G. Mirabelli, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 1993, 314 ss.; A. Mantelero, *Attività d'impresa in Internet e tutela della persona*, Padova, 2004, 103 ss.; S. Niger, *Note sul diritto alla protezione dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, 1, 2004, 49 ss.; S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, 63 ss.

<sup>37</sup> In tal senso v. F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 401-402.

<sup>38</sup> In proposito, v. A. Mantelero, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual*



plicazione materiale del regolamento generale sulla protezione dei dati, costituito dal «trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e [dal] trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in archivi o destinati a figurarvi» (art. 2, par. 1). Il fenomeno che il legislatore intende disciplinare, in continuità con le precedenti fonti europee in materia<sup>39</sup>, è dunque principalmente il trattamento posto in essere con le nuove tecnologie, al fine, per l'appunto, di fronteggiare i rischi sopra menzionati.

In quest'ottica, la limitazione dello sviluppo di un mercato di dati personali pare essere in buona parte volta alla tutela di interessi collettivi. Al titolare del trattamento interessa poco chi sia la persona cui i dati si riferiscono considerata nella sua individualità, la quale è invece tenuta in conto unicamente come punto di riferimento di informazioni, la cui aggregazione è utile per lo svolgimento di attività ulteriori (come inviare pubblicità mirata, effettuare ricerche di mercato o analisi predittive) in cui l'individuo è preso in considerazione come parte di una massa. Peraltro, le ricadute dirette del singolo trattamento su ciascun interessato sono spesso di poco conto; a dimostrazione di ciò, le conseguenze più pregnanti in caso di consenso invalido e dunque di trattamento illecito si collocano sul piano delle sanzioni amministrative e penali. Lo scopo delle limitazioni poste al mercato dei dati personali pare dunque essere quello di evitare che grazie alla mole di informazioni raccolte si pongano in essere condotte pregiudizievoli per la società in generale. Si utilizza pertanto uno strumento di tutela individuale (circondando di cautele la prestazione del consenso al trattamento del singolo interessato e limitando la possibilità di subordinare l'accesso a un bene o servizio al consenso al trattamento) per proteggere in realtà interessi generali messi a rischio dai trattamenti di massa.

Della dimensione collettiva del fenomeno e della generalità degli interessi coinvolti è consapevole il legislatore europeo, che adotta infatti una strategia differenziata per tutelare gli interessi in gioco, senza limitarsi alle cautele di cui circonda il consenso individuale. Non solo, da un lato, restringe la possibilità di raccogliere i dati, ma, dall'altro, impone (anche laddove i dati siano raccolti lecitamente) di effettuare comunque una valutazione dei rischi derivanti dal trattamento e di individuare le misure atte a contenerli. La limitazione alla possibilità di subordinare l'accesso a un bene o servizio al consenso al trattamento si colloca, per l'appunto, nella prima di tali strategie (diretta a limitare la raccolta dei dati), accanto ad altri strumenti, quali il principio di finalità e di minimizzazione del trattamento.

---

*perspective to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Security Review*, 32, 2016, 239 ss.

<sup>39</sup> Il regolamento si pone in linea di continuità con gli strumenti normativi che in materia lo hanno preceduto: la direttiva 96/45/CE, che restringeva anch'essa il proprio campo di applicazione al trattamento automatizzato dei dati e a quello, anche non automatizzato, dei dati contenuti in archivi; la convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981 (ratificata dall'Italia con l. 21 febbraio 1989, n. 98), che è applicabile solo alle «elaborazioni automatizzate di dati a carattere personale».

## 5. Considerazioni conclusive

La doppia prospettiva qui analizzata, della tutela del mercato e della tutela del diritto alla protezione dei dati personali, fa emergere la natura ambivalente delle informazioni personali, considerate ora come bene di natura economica, ora come oggetto di un diritto fondamentale. Si tratta di un'ambivalenza presente nella stessa normativa in materia di protezione di dati personali, posta a presidio, come si è accennato, sia della libera circolazione dei dati, sia della tutela degli interessati<sup>40</sup>.

È un'ambivalenza che può portare a esiti contraddittori. Da un lato la normativa in materia di protezione di dati personali limita la raccolta dei dati e la possibilità di subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento. Dall'altro, invece, la normativa in tema di protezione dei consumatori tende a riconoscere nella misura più ampia possibile il nesso sinallagmatico instaurato tra servizi e dati personali al fine di tutelare la trasparenza delle operazioni di mercato. Tale contraddizione è stata rilevata dal Garante europeo per la protezione dei dati personali, che, nel parere espresso sulla proposta di direttiva in materia di fornitura di contenuto e servizi digitali, ha per l'appunto contestato la qualifica dei dati personali come controprestazione<sup>41</sup>. La soluzione di compromesso raggiunta nella versione finale del testo della direttiva evita l'utilizzo del termine controprestazione con riguardo ai dati personali, affermando anzi che i dati non possono essere «considerati una merce»<sup>42</sup>, e riafferma in ogni caso la prevalenza della normativa in materia di protezione dei dati personali<sup>43</sup>. Tale soluzione pare in realtà essenzialmente nominalistica, in quanto, a prescindere dalla qualifica formale dei dati come controprestazione, il caso in cui un servizio viene erogato a fronte del consenso al trattamento resta parificato, a livello di disciplina, a quello in cui è previsto un corrispettivo in denaro.

Per mitigare la contraddittorietà occorre differenziare i diversi piani su cui si pongono le normative in questione. Come si è detto, mentre la disciplina sui dati regola in via sostanziale il mercato dei dati personali, stabilendo se e quando il loro scambio è ammesso, la disciplina a tutela dei consumatori regola le modalità di tale scambio, garantendone la trasparenza e accordando ai consumatori determinati rimedi, a prescindere dalla liceità dello scambio.

Non può ad ogni modo negarsi la sussistenza delle due diverse spinte che animano il legislatore europeo. Da un lato, quella di tutela del mercato: in questa prospettiva si intende certamente garantire la trasparenza delle operazioni che coinvolgono dati personali, ma in definitiva se ne vuole anche agevolare la circolazione. Dall'altro, quella di tutela dei diritti fondamentali, rispetto a cui vi è la tendenza ad affermare un'area di

<sup>40</sup> Sul rapporto tra libertà economiche e il diritto alla protezione dei dati personali v. O. Pollicino [e M. Bassini], *Bridge is Down, Data Truck Can't Get Through... A Critical View of the Schrems Judgment in the Context of European Constitutionalism*, in G. Ziccardi Capaldo (a cura di), *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Oxford, 2016, 254, il quale sottolinea la dimensione assolutizzante che, perlomeno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha assunto il secondo rispetto alle prime.

<sup>41</sup> Garante europeo per la protezione dei dati personali, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for supply of digital content*, cit.

<sup>42</sup> Considerando 4.

<sup>43</sup> Considerando 37.

non-mercato quando sono in gioco valori indisponibili. I dati personali rientrano in questa area di non-mercato? Come si è tentato di argomentare, la risposta è negativa, anche se si tratta di un mercato strettamente regolamentato.

Come si è visto, ai fini di tale regolamentazione la scelta del nostro legislatore di fronte ai rischi posti dal trattamento dei dati personali è quella di reagire limitando la possibilità di trattare i dati stessi. A tale scopo, rispetto al consenso la strategia è quella di prevedere dei requisiti stringenti per la sua validità. Si tratta di un approccio (già ampiamente seguito dal legislatore europeo in sede di regolazione del mercato) che tenta di affrontare questioni che coinvolgono interessi superindividuali con strumenti di tutela dei singoli, che risultano così funzionalizzati a obiettivi esterni al singolo rapporto<sup>44</sup>. Al di là dell'efficacia di tale soluzione (sono diffuse le perplessità sull'effettività del consenso quale strumento di tutela dei singoli)<sup>45</sup>, pare ad ogni modo trattarsi di un approccio poco adeguato ad affrontare i rischi che la normativa in materia intende fronteggiare. Tali rischi si pongono infatti a valle del trattamento, risultando da ulteriori comportamenti posti in essere all'esito di esso. Si prenda ad esempio uno dei maggiori rischi posti dal trattamento in massa dei dati, quello di discriminazione. Intervenire a monte limitando la raccolta dei dati significa restringere la possibilità di differenziare le offerte di servizi anche in modalità non necessariamente discriminatorie (i fattori di discriminazione sono infatti tipici) e dunque non vietate nel nostro ordinamento. Affrontare i rischi a valle (liberalizzando, per così dire, la fase a monte) consentirebbe invece di aprire un dibattito per definire meglio (ed eventualmente ampliare) i risultati discriminatori vietati, dibattito che invece resta sullo sfondo se la soluzione adottata è quella di limitare *tout court* la raccolta dei dati.

L'impressione, in altre parole, è che non solo tale normativa riponga troppa fiducia, abusandone, nel consenso individuale, ma che sia essa stessa abusata nell'affrontare problemi che non necessariamente le appartengono.

---

<sup>44</sup> La letteratura sul punto è vastissima. V., da ultimo, A. Plaia, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2018, 69 ss.

<sup>45</sup> Sulla difficoltà di raggiungere soluzioni soddisfacenti attraverso una regolamentazione contrattuale del flusso dei dati personali, cfr. O. Ben-Shaha, L.J. Strahilevitz, *Contracting over Privacy: Introduction*, in *Journal of Legal Studies*, 45, 2016, S2-S5. Alla radice, come noto, vi sono i dubbi che investono la stessa opportunità di lasciare al consenso individuale le scelte in merito al trattamento dei dati: cfr., in tal senso, S. Rodotà, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 4, 1984, 732-733; G. Mirabelli, *op. cit.*, 324; S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1997, 567; C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy – riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Europa e diritto privato*, 4, 1998, 1061; V. Carbone, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1, 1998, 30. Da un lato, infatti, numerosi studi hanno analizzato i limiti cognitivi degli utenti con riguardo alle scelte in materia di privacy: v., ad esempio, D.J. Solove, *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 1883 ss.; L. Gatt, R. Montanari, I.A. Caggiano, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico comportamentale. Spunti di una riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2, 2017, 363 ss. Dall'altro, il consenso individuale potrebbe ad ogni modo non costituire lo strumento più adeguato laddove, come nel caso della raccolta in massa di dati personali, gli interessi coinvolti siano di carattere superindividuale: cfr., sul punto, le riflessioni svolte da A. Mantelero, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual perspective to a collective dimension of data protection*, cit., 245 ss.

---

## Big data e “tutele convergenti” tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo\*

Sara Gobbato

### Abstract

I big data configurano un asset strategico per le imprese ma il loro trattamento genera al contempo rischi di violazione dei diritti fondamentali degli utenti/consumatori. Interrogandosi su quale sia il livello di tenuta del sistema, l'articolo prende in esame alcuni esempi emblematici del grado di tutela oggi offerto dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea e italiano in materia di concorrenza, dati personali e consumatori. Gli esempi mettono in evidenza alcuni limiti degli strumenti di tutela vigenti, i quali non sembrano assicurare in tempi congrui un'adeguata risposta alle istanze del mercato e dei consumatori nei confronti degli operatori di maggiori dimensioni, attivi su scala globale. Al contempo, le prassi decisionali evidenziano il rischio che, in apparente violazione del divieto di *ne bis in idem*, una medesima condotta delle imprese possa essere vagliata da Autorità settoriali diverse, con il conseguente pericolo di vanificare gli investimenti in innovazione generando incertezza ed oneri procedurali ingiustificati.

Big data are a strategic asset for companies; at the same time, their processing may trigger the violation of the users/consumers' fundamental rights. By questioning the extent of the risks we are currently facing, the article examines some emblematic examples of the degree of protection offered by the EU and Italian legal systems with specific regard to competition, personal data and consumer law. The examples highlight some of the main shortcomings of the applicable legal tools, which do not seem to respond timely to the market and consumers' requests against big players operating worldwide. At the same time, the current legal framework may lead to a situation where different sectoral Authorities decide to open proceedings against the same company in breach of the *ne bis in idem* prohibition. This outcome appears particularly harmful since it could annihilate innovation investments, while generating uncertainty as well as additional unjustified procedural burdens to the detriment of the whole system.

### Sommario

1. Introduzione: la nozione di big data come asset strategico di rilevanza anche costituzionale. – 2. Luoghi comuni e timori nel dibattito sui big data. – 3. Facebook/

\* Il presente contributo corrisponde, con alcune integrazioni, al testo dell'intervento svolto in occasione del convegno *JusTech e Industry 4.0, i cambiamenti indotti dalle nuove tecnologie nel diritto delle imprese*, Università degli Studi di Padova, 14 febbraio 2019. Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

---

WhatsApp: un caso tre volte emblematico. – 4. L’approccio seguito dal *Bundeskartellamt* ai sensi della GWB. – 5. L’approccio dell’AGCM in base al Codice del Consumo. – 6. Criticità in tema di effettività e *ne bis in idem*. – 7. Possibili soluzioni.

## Keywords

Big data; Concorrenza; GDPR; Consumatori; Codice del consumo

---

## 1. Introduzione: la nozione di big data come asset strategico di rilevanza anche costituzionale

Dal 2000 la locuzione “big data” è progressivamente entrata nel linguaggio comune con significati vari e non sempre univoci<sup>1</sup>, sino a comparire a pieno titolo tra i neologismi della lingua italiana nel 2012<sup>2</sup>.

Secondo chi ha via via puntualizzato i limiti della nozione, «Big Data is the information asset characterized by such a high volume, velocity and variety to require specific technology and analytical methods for its transformation into value»<sup>3</sup>. I big data sono dunque il campo di applicazione dei supercalcolatori e dell’Intelligenza Artificiale, e si differenziano dalla generalità dei dati in virtù di alcune proprietà comuni sintetizzabili in (almeno) quattro V: il Volume dei dati raccolti, la Velocità con i quali sono trattati, la loro Varietà ed infine il Valore economico da essi generato quale causa e conseguenza dell’incremento progressivo delle tre V precedenti.

L’*Autorité de la Concurrence* in Francia ed il *Bundeskartellamt* in Germania hanno per l’appunto evidenziato congiuntamente come la generazione di valore sia legata allo sviluppo di nuove metodologie che consentono di estrarre «valuable information from extremely large accumulations of (often unstructured) data»<sup>4</sup>. In tal senso, i big data sono quindi intrinsecamente legati ai “big analytics”, ossia alla capacità dei computer di risolvere problemi complessi attraverso l’analisi di grandi moli di informazioni grazie ad algoritmi altrettanto evoluti<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda The Economist, *Data, data everywhere, a special report on managing information*, 1 febbraio 2010, ove si legge che «scientists and computer engineers have coined a new term for the phenomenon: “big data”».

<sup>2</sup> Si veda la voce “big data” in *Vocabolario Treccani*.

<sup>3</sup> A. De Mauro, M. Greco, M. Grimaldi, *A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features*, in *Library Review*, 65(3), 2016, 122 ss. Tale definizione è stata ripresa da *Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)*, *Big Data: bringing competition policy to the digital era*, DAF/COMP(2016)14, 29-30 novembre 2016, 5.

<sup>4</sup> In tal senso, *Autorité de la Concurrence* e *Bundeskartellamt*, *Competition Law and Data*, 10 maggio 2016, 8. Anche in Italia, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ed il Garante per la protezione dei dati personali hanno avviato una indagine congiunta sui big data IC53 con provvedimento n. 26620 del 30 maggio 2018 in Boll. 21/2017, le cui risultanze preliminari sono state pubblicate l’8 giugno 2018, *Indagine conoscitiva sui big data. Analisi della propensione degli utenti online a consentire l’uso dei propri dati a fronte dell’erogazione di servizi. Primi risultati*. Il 10 luglio 2019, le tre Autorità hanno anticipato le *Linee guida e Raccomandazioni di policy sui big data*, in attesa della pubblicazione del report finale.

<sup>5</sup> In tal senso, M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016, 23.

All'interno dei big data, è possibile individuare il sottoinsieme dei “dati personali” nell’accezione codificata dal Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)<sup>6</sup>. Si tratta di grandi moli di dati riferibili agli individui che, proprio grazie ai *big analytics*, diventano oggetto di analisi volte ad evidenziare bisogni e caratteristiche personali che possono essere addirittura ignoti al singolo interessato<sup>7</sup>. Secondo le indicazioni fornite dall’OECD, nel sottoinsieme dei big data concernenti informazioni di tipo personale rientrano ad esempio i dati anagrafici, gli *user generated contents* (post, commenti, foto ecc.), i dati concernenti le reti di contatti sui social network e quelli relativi alla localizzazione dell’individuo.

Per l’insieme delle caratteristiche proprie, i big data rappresentano dunque un asset strategico di rilevanza non solo economica per le imprese che li detengono, ma anche – ed inestricabilmente – personale per i singoli “interessati”, vista l’incidenza potenziale dei *big analytics* sulle libertà individuali di rango costituzionale.

## 2. Luoghi comuni e timori nel dibattito sui big data

La combinazione di un asset strategico di valore economico crescente con masse di dati personali elaborate dall’Intelligenza Artificiale genera comprensibilmente, nel dibattito corrente, inquietudini sotto più aspetti che vanno dal potere di mercato acquisito dai detentori di big data, sino all’incidenza del fenomeno sulla privacy e sulle libertà degli interessati.

Le preoccupazioni sono in parte rafforzate da alcuni luoghi comuni che, a ben vedere, non corrispondono del tutto alla realtà<sup>8</sup>. Ad esempio, spesso si sente ripetere che i dati siano il nuovo petrolio. In realtà i dati digitali non sono una risorsa scarsa, destinata come il petrolio ad esaurirsi, dovendo essere più correttamente paragonati ad energie rinnovabili, potenzialmente disponibili in grandi quantità e riutilizzabili da più imprese anche simultaneamente in quanto asset non rivale<sup>9</sup>: si pensi, per fare un esempio assai

<sup>6</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Come noto, l’art. 4, n. 1 del GDPR definisce il “dato personale” come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Ai sensi dell’art. 9 del GDPR, costituiscono “categorie particolari” di dati personali quei dati «che rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona».

<sup>7</sup> Quanto all’utilizzo dei big data da parte di forze dell’ordine nello svolgimento delle funzioni di protezione della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione del crimine, si veda A. Bonfanti, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 206 ss.

<sup>8</sup> In proposito G. Colangelo, M. Maggiolino, *Big Data as a Misleading Facility*, in *European Competition Journal*, 2017, 13(2), 249 ss.

<sup>9</sup> Sul tema, D.A. Balto, M. Lane, *Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data*, 22 marzo 2016. Si veda anche M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, 176, ove l’Autrice

diffuso nella prassi, ai dati relativi alla geolocalizzazione dell'interessato, il quale abbia validamente fornito distinti consensi, in base al GDPR, ad autonome imprese fornitrici delle app presenti sui vari *device* della persona in questione<sup>10</sup>.

In secondo luogo, l'accumulazione dei dati, nel rispetto dei diritti ad essi afferenti, non è di per sé una condotta vietata. Anzi, l'accumulazione di big data produce effetti pro-competitivi, stimola la concorrenza tra imprese sulla base del merito e l'innovazione a vantaggio dei consumatori finali: da tale presupposto prendono impulso le politiche pubbliche di valorizzazione delle risorse informative e delle competenze legate ai big data ed ai *big analytics*<sup>11</sup>.

In terzo luogo, nonostante l'assonanza, i big data non sono una prerogativa delle Big Tech Firm (i "giganti del Web" quali Google, Facebook, Amazon). I big data sono infatti rinvenibili e possono essere utilizzati con successo nel settore privato, oltre che in quello pubblico<sup>12</sup>, nei più diversi comparti economici (dall'energia ai trasporti, dalle banche alle assicurazioni, alla grande distribuzione ecc.).

Se quelli ora citati risultano dei luoghi comuni, è però innegabile che i maggiori operatori dei mercati digitali suscitino particolari timori proprio per la mole di dati a loro disposizione e per l'uso che essi possono fare in particolare dei nostri dati personali.

Tali timori risultano fondati su tre elementi oggettivi. Innanzitutto, le Big Tech sono effettivamente imprese in "posizione dominante" nei mercati rilevanti di riferimento: ad esempio, Google è l'operatore dominante nel mercato dei servizi di ricerca online<sup>13</sup>. La nozione di dominanza implica per l'appunto la capacità, dell'impresa che la acquisisce legittimamente secondo i propri meriti, di godere di un potere di mercato tale da essere in grado di assumere decisioni senza tener conto delle reazioni di concorrenti e consumatori. Da qui la "speciale responsabilità" delle imprese dominanti, alle quali è

---

evidenza come «gli individui, non essendo vincolati da alcuna esclusiva con le imprese, utilizzano molti siti e strumenti in grado di raccogliere dati, determinando quello che viene di solito denominato come effetto *multi-homing*. Inoltre, questi dati non sono rivali, ossia il fatto che un'impresa li collezioni non impedisce ai suoi rivali di fare altrettanto». In proposito, si veda inoltre V. Zeno-Zencovich, *Do "data markets" exist?*, in *questa Rivista*, 2, 2019, 22 ss.; A. Ottolia, *Big data e innovazione computazionale*, in *Quaderni di AIDA*, 28, Torino, 2017, 321 ss.; G. Sivinski, A. Okuliar, L. Kjolbye, *Is big data a big deal? A competition law approach*, in *European Competition Law Journal*, 2017, 13, 199 ss., spec. 200.

<sup>10</sup> Esempi invero più complessi di riutilizzabilità dei dati personali attengono alle fattispecie in cui l'interessato abbia fornito il proprio consenso specifico affinché il titolare del trattamento trasferisca i dati ad imprese ad esso legate da vincoli di controllo oppure a soggetti terzi indipendenti. Anche per tali ipotesi, il valido consenso dell'interessato conduce a situazioni in cui più imprese trattano lecitamente i medesimi dati personali, che dunque si confermano come asset per propria natura non necessariamente rivale, vista la "replicabilità" del consenso in favore di soggetti titolari diversi.

<sup>11</sup> Per l'Italia si consideri il *Piano nazionale Impresa 4.0* (già *Industria 4.0*).

<sup>12</sup> La creazione di una piattaforma per la valorizzazione dei dati della PA costituisce uno degli obiettivi perseguiti sin dal *Piano triennale per l'informatica nella PA 2017-2019*, confermato nel successivo Piano 2019-2021 mediante l'implementazione della Piattaforma Digitale Nazionale Dati che mira ad «aprire il mondo della Pubblica Amministrazione ai benefici offerti dalle moderne piattaforme per la gestione e l'analisi dei big data» (in tal senso, AgID, *Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019 – 2021*, 19 marzo 2019, 71). Le azioni intraprese nel contesto italiano si collocano all'interno della strategia di *eGovernment* elaborata a livello di Unione europea nell'ambito della Digital Single Market Strategy (sul tema si veda, per il periodo in corso, la Comunicazione della Commissione europea, *Piano d'azione dell'UE per l'eGovernment 2016-2020. Accelerare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione*, COM(2016) 179 final).

<sup>13</sup> In proposito Commissione europea, *decisione AT.39740 Google Search (Shopping)* del 27 giugno 2017.

fatto divieto – come in seguito si vedrà – di abusare del potere che le contraddistingue adottando decisioni non improntate al merito imprenditoriale.

A ciò va aggiunto che le Big Tech hanno fondato il loro successo su modelli di business gratuiti, sul versante dei servizi forniti ai consumatori finali, proprio allo scopo di accumularne i dati: questi ultimi sono il vero asset strategico, sotto il profilo economico, rivenduto lecitamente a prezzi di mercato sul versante degli investitori pubblicitari<sup>14</sup> (per tacere delle altre meno dichiarabili ipotesi di trattamento, che esulano dall'oggetto specifico del presente intervento<sup>15</sup>).

Il quadro si completa considerando la strategia di espansione “*cross-markets*” intrapresa dalle Big Tech al di fuori dei mercati rilevanti sui quali esse sono già dominanti<sup>16</sup>: lo scopo di tale strategia sembrerebbe essere quello di costruire un “ecosistema” in espansione, entro il quale il consumatore può soddisfare i bisogni più diversi senza dover rivolgersi altrove la propria domanda<sup>17</sup>.

Di fronte al potere di mercato detenuto dalle Big Tech ed all'incidenza espansiva dei loro modelli di business sui dati personali, viene dunque naturale interrogarsi su quale sia il grado di effettività degli strumenti offerti dall'ordinamento giuridico a tutela dell'assetto dei mercati e, quindi, delle libertà degli individui.

### 3. Facebook/WhatsApp: un caso tre volte emblematico

I modelli di business fondati sullo sfruttamento economico di big data di tipo personale dei consumatori rientrano nel campo di applicazione di vari ambiti normativi: per fermarci all'Unione europea, vengono in rilievo in particolare le disposizioni a tutela dei dati personali (il Regolamento (UE) 2016/679 GDPR e per l'Italia il Codice della Privacy introdotto con il d.lgs. 196/2003), le norme a protezione dei consumatori (il Codice del Consumo adottato con il d.lgs. 206/2005 in attuazione di varie Direttive UE di armonizzazione) e quelle a tutela della concorrenza (in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE, il Regolamento 139/2004/CE e, per l'Italia, la legge per la concorrenza e cioè la l. 287/1990)<sup>18</sup>.

Soffermandoci sulle disposizioni a tutela della concorrenza, va ricordato che esse, concepite all'epoca dell'analogico, vengono oggi applicate dalle Autorità per la concorrenza (Commissione europea ed Autorità nazionali) nel nuovo contesto digitale secondo

<sup>14</sup> M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, cit., 244-245; M.C. Wasastjerna, *The role of big data and digital privacy in merger review*, in *European Competition Law Journal*, 2018, 14 (2-3), 417 ss., spec. 420.

<sup>15</sup> Il riferimento è, ad esempio, al caso Cambridge Analytica sul quale si vedano D. Susser, B. Roessler, H. Nissenbaum, *Technology, Autonomy, and Manipulation*, in *Internet Policy Review*, 8(2), 2019, 1 ss.; L.J. Trautman, *Governance of the Facebook Privacy Crisis*, 31 marzo 2019, in SSRN; A. Pouliou, *Political Profiling: From the US to the EU, Data Protection Regulation from a Transatlantic Perspective*, 3 gennaio 2018, in SSRN.

<sup>16</sup> Si pensi ad esempio alla decisione di Amazon, leader nel mercato dei servizi di intermediazione sulle piattaforme e-commerce, di acquisire la catena di negozi di cibi freschi Whole Foods.

<sup>17</sup> M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, cit., 63 e 265.

<sup>18</sup> A ciò vanno aggiunti gli aspetti di tutela del pluralismo informativo, oggetto di regolamentazione da parte dell'AGCOM, che – per necessità di selezione dei temi qui affrontabili – non vengono sviluppati nel presente contributo.



il tradizionale approccio casistico, nei limiti in cui le fattispecie concrete possano essere ricondotte alle nozioni di “intesa”, “abuso di posizione dominante” o “concentrazioni tra imprese”, di volta in volta rilevanti.

Le regole vigenti in materia di concentrazioni di dimensione europea (Regolamento 139/2004/CE) si sono misurate con i mercati digitali, in particolare, in occasione dell’operazione in esito alla quale Facebook ha acquisito il controllo esclusivo di WhatsApp<sup>19</sup>. Il relativo procedimento di autorizzazione del *merger*, svolto dalla Commissione europea, ha consentito di evidenziare alcuni dei limiti che connotano le disposizioni vigenti. In primo luogo, l’operazione avrebbe potuto non essere notificata alla Commissione europea in quanto l’impresa oggetto di acquisizione non raggiungeva le quote di fatturato richieste per la sussistenza del relativo obbligo ai sensi del Regolamento 139/2004/CE. La concentrazione è stata sottoposta al vaglio della Commissione per effetto del rinvio deciso dalla stessa Facebook al fine di beneficiare dell’*one-stop-shop* a Bruxelles, evitando di dover notificare il *merger* a più Autorità nazionali<sup>20</sup>. L’originaria incompetenza della Commissione è diretta conseguenza del modello di business adottato da WhatsApp, e caratteristico di molte imprese digitali, gratuito per i consumatori e dunque caratterizzato da relativamente bassi livelli di fatturato a fronte dell’ingente mole di dati acquisiti dalla target<sup>21</sup>.

Per effetto dell’apparente *gap* nelle competenze della Commissione, ci si è dunque chiesti se occorra riformare il Regolamento 139/2004/CE, al fine di estendere l’obbligo di notifica a quelle operazioni che, pur non raggiungendo i livelli di fatturato ivi stabiliti, presentino un impatto “*cross-border*” in ragione del valore economico del target evidenziato, ad esempio, dal prezzo dell’acquisizione e dal volume dei dati detenuti dall’impresa oggetto della transazione<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Commissione europea, COMP/M.7217 Facebook/WhatsApp del 3 ottobre 2014. In proposito, si veda E. Ocello, C. Sjödin, A. Subočs, *What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case*, in *Competition merger brief*, 2015, 1; G. Pitruzzella, *Big Data and Antitrust Enforcement*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 2017, 1, 77 ss.; M.C. Wasastjerna, *op. cit.*, spec. 427-429; K. Bania, *The role of consumer data in the enforcement of EU competition law*, in *European Competition Journal*, 14(1), 2018, 38 ss.

<sup>20</sup> La concentrazione Facebook/WhatsApp è stata autorizzata dalla Commissione europea previa richiesta di Facebook, che si è avvalso della facoltà di rinvio del caso alla Commissione europea quale *best-placed authority* per l’esame del *merger* ai sensi dell’art. 4, par. 5, del Regolamento 139/2004/CE.

<sup>21</sup> G. Muscolo, *Big data e Concorrenza. Quale rapporto?*, in V. Falce, G. Ghidini, G. Olivieri (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2018, 173.

<sup>22</sup> In proposito si veda la pubblica consultazione avviata dalla Commissione europea nel 2016, i cui risultati sono pubblicati in *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, luglio 2017, ove a p. 5 si legge che «the majority of public and private stakeholders responding to the questionnaire do not perceive any (significant) enforcement gap as regards highly valued acquisitions of target companies that do not generate sufficient turnover to meet the jurisdictional thresholds of Article 1 of the EU Merger Regulation, which would require legislative action. In addition, they consider that the referral mechanism pursuant to Articles 4(5) and 22 of the EU Merger Regulation combined with national merger review systems in the Member States are sufficient to ensure that cases without Union dimension are reviewed either at national or European level. Some respondents note, however, that the extent to which high value/ low turnover transactions could be caught through the referral system depends on the existence of non-turnover-based notification thresholds in at least some Member States». Si v. altresì il report affidato dalla Commissione europea a J. Crémer, Y. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Lussemburgo, 2019, 110 ss., ove gli Autori concludono che, al momento, non appare necessario procedere ad un aggiornamento del Regolamento 139/2004/CE; revisioni potrebbero essere adottate in futuro, qualora emergano lacune nel sistema di controllo delle

In secondo luogo, nel caso Facebook/WhatsApp la Commissione europea ha autorizzato il *merger* in “fase 1”, ossia senza avviare un’istruttoria approfondita. Le criticità concorrenziali sono state escluse considerando che acquirente e target fossero attive su “mercati rilevanti” diversi (secondo la logica di espansione “*cross-markets*” citata sopra). Secondo la Commissione, inoltre, la concentrazione non avrebbe prodotto, per i concorrenti attuali e potenziali, una minore disponibilità di dati personali, presenti in grandi quantità nel mondo digitale come asset non rivale<sup>23</sup>.

Da ultimo quanto agli effetti del *merger* sugli utenti, la Commissione ha espressamente affermato che l’impatto dell’operazione sulla privacy degli individui non rientra nel campo di indagine antitrust, dovendo invece essere valutata in sede di applicazione delle disposizioni sulla protezione dei dati personali<sup>24</sup>.

L’istruttoria svolta nel 2014 si è rivelata in seguito non interamente completa: nel 2017, infatti, la Commissione europea ha irrogato una sanzione di 110 milioni di euro a Facebook<sup>25</sup>, avendo accertato che quest’ultima aveva ommesso informazioni rilevanti in merito alla fattibilità tecnica ed all’intenzione effettiva (poi realizzata nel 2016) di procedere all’abbinamento – tramite *linking/matching* – dei profili WhatsApp e Facebook del medesimo utente<sup>26</sup>.

---

concentrazioni a seguito dell’analisi del meccanismo di rinvio delle operazioni ai sensi del Regolamento 139/2004/CE e delle riforme introdotte in Austria ed in Germania con la previsione di nuovi criteri di notifica basati sul valore della transazione. Sul punto, va evidenziato che nelle già citate *Linee guida e Raccomandazioni di Policy sui big data*, AGCM, AGCOM e il Garante dei dati personali hanno espresso la propria convinzione circa la necessità di rinnovare le regole sul *merger control* tanto a livello nazionale quanto internazionale. Al punto 8 di tali *Linee guida*, le tre Autorità hanno infatti precisato tra l’altro che: «Al fine di aumentare l’efficacia dell’intervento delle autorità di concorrenza rispetto alle operazioni di concentrazione è auspicabile: 1. una riforma a livello nazionale e internazionale che consenta alle autorità di concorrenza di poter valutare pienamente anche quelle operazioni di concentrazione sotto le attuali soglie richieste per la comunicazione preventiva, ma che potrebbero risultare idonee a restringere sin dalla loro nascita importanti forme di concorrenza potenziale (come le acquisizioni da parte dei grandi operatori digitali di start-up particolarmente innovative anche soprannominate “*killing acquisitions*?”)».

<sup>23</sup> La Commissione ha preso in considerazione il rapporto di *multi-homing* caratterizzante l’utilizzo delle app di *consumer communication* di Facebook e WhatsApp: «Furthermore, the EEA market for consumer communications apps features a significant degree of “multi-homing”, that is, users have installed, and use, on the same handset several consumer communications apps at the same time. In particular, WhatsApp and Facebook Messenger have been reported as being the two main consumer communications apps simultaneously used by the majority of the users in the EEA. This fact suggests that the two consumer communications apps are to some extent complementary, rather than being in direct competition with each other». In tal senso COMP/M.7217, cit., § 105.

<sup>24</sup> Si veda Commissione europea, COMP/M.7217, cit., § 164: «For the purposes of this decision, the Commission has analysed potential data concentration only to the extent that it is likely to strengthen Facebook’s position in the online advertising market or in any sub-segments thereof. Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules».

<sup>25</sup> [Commissione europea, M.8228 Facebook/WhatsApp, 17 maggio 2017.](#)

<sup>26</sup> Quanto alla linea seguita negli USA, in epoca più recente, e precisamente il 6 settembre 2019, l’Attorney General di New York, insieme ad altri otto Stati, ha reso noto di aver avviato un’indagine antitrust congiunta nei confronti di Facebook per abuso di posizione dominante con un impatto sul trattamento dei dati personali e sui diritti dei consumatori. Un’analoga azione è stata avviata nei confronti di Google. In proposito, si v. i [press release AG James Investigating Facebook For Possible Antitrust Violations](#) del 6 settembre 2019 e [Attorney General James Announces Antitrust Investigation Into Google](#) del 9 settembre 2019.

#### 4. L'approccio seguito dal *Bundeskartellamt* ai sensi della GWB

L'integrazione di Facebook/WhatsApp diventa sempre più paradigmatica anche considerando i diversi approcci ad essa via via applicati dalle Autorità nazionali.

A conclusione di un procedimento iniziato nel 2016, il 6 febbraio 2019 l'Autorità per la concorrenza tedesca ha emesso una decisione nei confronti di Facebook<sup>27</sup> per abuso della posizione dominante ai sensi dell'art. 19 della legge nazionale a tutela della concorrenza (GWB)<sup>28</sup>. L'abuso è stato accertato con riferimento al mercato tedesco dei servizi di social network destinati agli utenti privati, sul quale Facebook detiene una quota superiore al 95% degli utenti attivi giornalmente in Germania<sup>29</sup>.

Nell'individuare il mercato rilevante, il *Bundeskartellamt* ha fatto applicazione di alcune novità introdotte nella legge tedesca proprio per tener conto delle peculiarità delle piattaforme online. Si tratta in particolare degli art. 18(2a) e (3a) GWB, i quali consentono all'Autorità di individuare un "mercato rilevante" anche in relazione a servizi forniti gratuitamente ai consumatori finali in assenza di un "prezzo". Le novità introdotte consentono inoltre di esaminare la posizione detenuta dalle imprese attive su "mercati a più versanti" (come sono le piattaforme di social network tramite le quali interagiscono, dai rispettivi "versanti", gli utenti finali, gli sviluppatori di app e di servizi, gli inserzionisti pubblicitari e gli editori di contenuti) considerando vari aspetti: gli effetti di rete diretti ed indiretti; l'utilizzo parallelo, da parte del medesimo consumatore, di servizi offerti da diversi *provider*; gli eventuali *switching cost* per il passaggio ad un nuovo operatore; le economie di scala godute dal *provider* in relazione agli effetti di rete; la pressione concorrenziale *innovation-driven*; la disponibilità di dati idonei ad assicurare un vantaggio competitivo.

In applicazione della GWB così aggiornata, il *Bundeskartellamt* ha accertato che Facebook avrebbe abusato della propria posizione dominante nel mercato tedesco dei social network proprio per le modalità di trattamento dei dati personali acquisiti tramite WhatsApp, Instagram, Oculus, Masquerade e siti web di terzi collegati tramite *plug in* (la funzione "like" di Facebook). In applicazione della propria *data policy*, Facebook avrebbe imposto agli utenti (senza che questi abbiano fornito un libero consenso al riguardo ai sensi dell'art. 6 GDPR) di fondere nel profilo *Facebook.com* tutti i dati personali provenienti dalle varie fonti, al fine di sfruttarli per scopi commerciali. Secondo le pronunce del *Bundesgerichtshof* nei casi *VLB-Gegenwert* e *Pechstein* citati dal *Bundeskartellamt*, l'imposizione di clausole contrattuali sbilanciate in favore del "contraente forte", e nella fattispecie di una *data policy* contraria all'art. 6 GDPR in danno degli utenti,

<sup>27</sup> Si veda *Bundeskartellamt, Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*, 15 February 2019.

<sup>28</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB).

<sup>29</sup> Secondo quanto notato dal *Bundeskartellamt*, tale quota di mercato connota una stabile posizione dominante in ragione dei forti effetti di rete di tipo diretto, che rendono assai difficile per l'utente attivo su Facebook passare ad un'altra piattaforma trasferendo su di essa tutti i propri contatti social. A ciò si aggiunge il fatto che Facebook per definizione, in quanto piattaforma social, dispone di dati personali altamente rilevanti in termini competitivi, in quanto asset indispensabile per la commercializzazione di servizi pubblicitari personalizzati.

configura di per sé una violazione non solo del GDPR ma anche del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 19(1) GWB. Su tali basi, il *Bundeskartellamt* ha quindi ordinato a Facebook di modificare i termini d'uso del proprio servizio ponendo fine alla condotta entro dodici mesi.

In un primo comunicato a caldo sulla decisione, Facebook ha contestato le conclusioni raggiunte dall'Autorità ed in particolare la sussistenza della competenza del *Bundeskartellamt* in tema di applicazione del GDPR, rilevando che, nella fattispecie, essa spetterebbe semmai all'*Irish Data Protection Commission* (in ragione dello Stato dell'Unione ove ha sede la controllata Facebook Ireland Ltd.)<sup>30</sup>.

### 5. L'approccio dell'AGCM in base al Codice del consumo

La modifica delle condizioni d'uso di WhatsApp a seguito dell'acquisizione del controllo da parte di Facebook è stata oggetto d'attenzione da parte anche dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che nell'ordinamento italiano tutela sia la concorrenza sia i consumatori in applicazione del Codice del consumo.

Con un primo provvedimento, nel maggio 2017<sup>31</sup> l'AGCM ha irrogato a WhatsApp una sanzione di 3 milioni di euro per una pratica commerciale scorretta di tipo aggressivo ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del consumo, concernente la modifica delle condizioni generali di contratto. Secondo gli accertamenti dell'Autorità, nell'agosto 2016 WhatsApp avrebbe indotto i propri utenti ad accettare integralmente le modifiche apportate ai termini di utilizzo dell'applicazione WhatsApp Messenger, pre-impostando l'opzione che consente la condivisione con Facebook di alcuni dati personali a fini di profilazione commerciale e pubblicitari. In caso di mancata accettazione sarebbe stata prospettata l'interruzione del servizio<sup>32</sup>.

L'AGCM ha respinto le difese di WhatsApp, che nel corso dell'istruttoria aveva sostenuto tra l'altro che l'Autorità dovesse sospendere il procedimento sin tanto che il Garante della Privacy non si fosse pronunciato sulla fattispecie in merito alla liceità del trasferimento dei dati. A tale riguardo, l'AGCM ha affermato che «[i]n linea di principio, la circostanza che alla condotta della Parte sia applicabile il Codice della privacy, non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che rimangono applicabili con riferimento alle specifiche condotte poste in essere dal Professionista, finalizzate all'acquisizione del consenso alla condivisione dei dati personali».

---

<sup>30</sup> Y. Cunnane, N. Shanbhag, *Why We Disagree With the Bundeskartellamt*, 7 febbraio 2019.

<sup>31</sup> AGCM, provv. n. 26597, PS10601 – WhatsApp-Trasferimento dati a Facebook, 11 maggio 2017, in Boll. 18/2017.

<sup>32</sup> Con un secondo provvedimento sempre relativo a WhatsApp Messenger, l'AGCM ha accertato il carattere vessatorio e, dunque, la nullità ai sensi degli artt. 33 e 35 del Codice del consumo di alcune clausole del modello contrattuale sottoposto agli utenti, che assicuravano a WhatsApp, tra l'altro, esclusioni e limitazioni di responsabilità ampie e generiche, la possibilità di interrompere unilateralmente il servizio o di variare le condizioni d'uso senza motivo e senza preavviso, l'applicazione della legge della California e l'individuazione dei Tribunali dello stesso Stato quali unici fori competenti per la risoluzione delle controversie. Si veda AGCM, provv. n. 26596, CV154 – WhatsApp – Clausole Vessatorie, 11 maggio 2017, in Boll. 18/2017.

---

Con un ulteriore provvedimento del 2018<sup>33</sup>, l'AGCM ha sanzionato Facebook per complessivi 10 milioni di euro per due pratiche commerciali scorrette, poste in essere nei confronti degli utenti italiani in violazione del Codice del consumo.

In primo luogo, secondo l'AGCM, Facebook avrebbe posto in essere una pratica ingannevole, vietata dagli artt. 21 e 22 del Codice del consumo, adottando una carente informativa nella fase di prima registrazione dell'utente nella piattaforma (sito web e app). Facendo leva sul *claim* «Iscriviti, è gratis e lo sarà per sempre», Facebook avrebbe informato gli utenti esclusivamente della gratuità del servizio, senza evidenziare le finalità commerciali di utilizzo dei dati raccolti.

Nel corso del procedimento, Facebook ha sostenuto che la fornitura di servizi “gratuiti” (quali sono i servizi del Social Network per gli utenti) non darebbe luogo ad un'attività economica rilevante ai sensi del Codice del consumo. Nel rigettare tale tesi, l'AGCM ha confermato che l'uso dei dati degli utenti per finalità di marketing configura un «rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente che utilizza i servizi di [Facebook] (tramite sito e app), anche in assenza di corrispettivo monetario», risultando dunque confermato che i dati degli utenti sono a tutti gli effetti una «controprestazione non pecuniaria»<sup>34</sup>. Nella fattispecie, secondo l'AGCM, l'ingannevolezza sarebbe risultata inoltre aggravata dalla circostanza che «nell'uso di [Facebook], le finalità commerciali si prestano ad essere confuse con le finalità sociali e culturali, tipiche di un social network»<sup>35</sup>.

Quanto alla seconda condotta accertata, l'AGCM ha rilevato che Facebook avrebbe posto in essere una pratica aggressiva, vietata dagli artt. 24 e 25 del Codice del consumo, nei confronti degli utenti registrati, i cui dati sarebbero stati trasmessi dalla piattaforma social ai siti web/app di terzi e viceversa senza preventivo consenso espresso dell'interessato, per finalità di profilazione e commerciali. L'AGCM ha accertato che tale trasmissione inconsapevole sarebbe stata resa possibile poiché Facebook preimpostò il consenso dell'utente a tale condivisione, preselezionando la funzione di “attivazione della Piattaforma”. A fronte della preimpostazione automatica della funzione, l'utente avrebbe una mera facoltà di *opt-out*, che viene disincentivata prospettando conseguenze penalizzanti sia nella fruizione di Facebook, sia nell'accessibilità ed utilizzo di siti web e app di terzi.

Nel corso del procedimento, Facebook ha eccepito l'incompetenza dell'AGCM, rilevando che l'Autorità agirebbe «al di là delle proprie competenze nella misura in cui utilizza le norme a tutela del consumatore per analizzare condotte che dovrebbero essere valutate sulla base della normativa sulla privacy e sul trattamento dei dati personali»<sup>36</sup>. Analogamente a quanto sostenuto dinanzi al *Budneskartellamt*, anche dinanzi all'Autorità italiana Facebook ha rilevato quindi che la competenza ad accertare i fatti contestati spetterebbe all'*Irish Data Protection Commission* e non all'AGCM.

Nel respingere l'eccezione, l'AGCM ha confermato la propria competenza ribadendo

---

<sup>33</sup> AGCM, provv. n. 27432, PS11112 – *Facebook-Condivisione dati con terzi*, 29 novembre 2018 in Boll. 46/2018.

<sup>34</sup> *Ivi*, § 54.

<sup>35</sup> *Ivi*, § 55.

<sup>36</sup> *Ivi*, § 34.

che «la circostanza che alle condotte della società [Facebook] sia applicabile la normativa sulla privacy, non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette». Mentre la disciplina della privacy, affidata al Garante, tutela i dati personali, «il Codice del Consumo, in materia di pratiche commerciali scorrette, ha l'obiettivo di tutelare il consumatore da scelte economiche indotte da pratiche ingannevoli e aggressive che non trovano regolazione in specifiche discipline». Secondo l'AGCM, dunque, «le due discipline hanno un campo di applicazione materiale differente e perseguono interessi distinti. Di conseguenza non sussiste un conflitto tra le due discipline, integrandosi, piuttosto, le stesse in maniera complementare»<sup>37</sup>.

Quanto al rilievo nella fattispecie dei big data detenuti da Facebook, va ricordato che – ai fini dell'accertamento delle pratiche scorrette – è sufficiente che la condotta sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio; l'entità dei consumatori interessati (nella fattispecie, i 31 milioni di utenti italiani di Facebook) e, quindi indirettamente, il volume dei dati personali interessati, assumono rilievo ai fini della determinazione della gravità della violazione accertata e del calcolo della relativa sanzione, per legge contenuta entro il tetto massimo di 5 milioni di euro per ciascuna pratica accertata<sup>38</sup>.

## 6. Criticità in tema di effettività e *ne bis in idem*

Gli esempi forniti sembrano indicare un fatto: i diversi strumenti di tutela a disposizione delle Autorità (GDPR, norme a tutela della concorrenza e dei consumatori) tendono a convergere ed a sovrapporsi sulle medesime condotte delle imprese.

L'applicazione convergente, per quanto sin qui riportato, non sembrerebbe tuttavia tradursi in procedimenti e provvedimenti finali pienamente efficaci a tutela del mercato e dei consumatori. Il caso Facebook rende evidenti alcuni dei limiti al riguardo riscontrabili: il numero delle diverse Autorità procedenti in diversi Paesi su analoga fattispecie; la durata delle istruttorie; gli importi relativamente limitati (considerate le dimensioni economiche dell'impresa interessata) delle sanzioni cumulate nei vari pro-

<sup>37</sup> *Ivi*, § 46.

<sup>38</sup> Avendo accertato due condotte distinte «dotate di autonomia strutturale e funzionale» (cfr. il già citato provv. n. 26597, § 74), l'AGCM ha applicato due sanzioni (secondo il c.d. «cumulo materiale»), nella misura edittale massima di 5 milioni di euro per la prima pratica ingannevole e di ulteriori 5 milioni di euro per la seconda pratica aggressiva. La quantificazione della sanzione è avvenuta considerate la particolare gravità delle pratiche accertate, la loro estensione (riguardante come detto tutti i 31 milioni di utenti italiani del Social Network) e la relativa durata (ancora in corso dal 2008 alla data del provvedimento). Alla data di redazione della presente nota, è in corso il giudizio proposto dinanzi al Tar Lazio da Facebook per l'annullamento del provvedimento dell'AGCM. Il Tar ha in particolare accolto l'istanza di sospensione del provvedimento limitatamente alla parte in cui questo poneva a carico di Facebook l'obbligo di pubblicare una dichiarazione rettificativa riguardo l'utilizzo dei dati personali degli utenti, «in considerazione delle difficoltà tecniche prospettate, anche in ordine ai tempi necessari per la completa ottemperanza». Si veda Tar Lazio, sez. I, ord. 16 gennaio 2019, nn. 335 e 336. Con successiva ord. 2 maggio 2019, n. 5527, il Tar ha rinviato la causa all'udienza del 18 dicembre 2019, ordinando a Facebook di fornire chiarimenti in merito agli impegni assunti dinanzi alla Commissione europea quanto alla modifica dei termini d'uso del servizio, a seguito dell'azione congiunta avviata dal *Consumer Protection Cooperation Network* (al quale si accennerà al par. 7 della presente nota), e che dovrebbero trovare attuazione nel mese di giugno dello stesso anno.

cedimenti; la marginale o carente valutazione della mole di dati oggetto delle condotte controverse.

Alla limitata efficacia del sistema per gli operatori dotati di maggiori risorse per fronteggiare procedimenti ed eventuali sanzioni, si accompagna d'altro canto un rischio per la generalità delle imprese che decidano di investire nei big data, legato alla possibile violazione del principio del *ne bis in idem* riconosciuto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>39</sup>: l'applicazione convergente genera infatti il rischio che, per la medesima condotta, una stessa impresa possa essere chiamata a rispondere da più Autorità anche all'interno della medesima giurisdizione nazionale, così aumentando il grado complessivo di incertezza ed i costi di *compliance* addossati agli operatori economici.

Va ricordato che il principio del *ne bis in idem* (che vieta specificamente, in ambito penale, la «ripetizione di un procedimento conclusosi con una decisione definitiva riguardante il medesimo elemento materiale»<sup>40</sup>) trova applicazione in considerazione del carattere punitivo delle sanzioni irrogabili dalle Autorità amministrative indipendenti<sup>41</sup>. Sotto il profilo formale, non presentano carattere penale gli illeciti sanzionati da norme che, come ad esempio la l. 287/1990 o il Codice del consumo, perseguono la tutela di interessi diversi, quali appunto la tutela della concorrenza e dei consumatori, non riconducibili alla sfera penale. Nondimeno, le ammende irrogate dall'AGCM possiedono sostanzialmente carattere penale, secondo quanto chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto perseguono il duplice obiettivo di prevenire e di reprimere le condotte illecite realizzate dalle imprese, mediante l'irrogazione di sanzioni di carattere punitivo<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce che «[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

<sup>40</sup> CGUE, C- 617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.* (2019), § 32.

<sup>41</sup> In proposito, B. Nascimbene, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2018; R. D'Ambrosio, *Commento all'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 1015 ss.; A. Longo, F.M. Distefano, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi.it*, 28 giugno 2017; B. Lavarini *Il fatto ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e CEDU: la Corte Costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Processo penale e giustizia*, 1, 2017, 60 ss.; E. Pezzi, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Archivio penale*, 2018, 9; F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016. Sul tema, si veda ad es. Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2018, n. 6795: «il principio del *ne bis in idem*, [ai sensi dell']art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU implica soltanto la tendenziale messa al bando del c.d. “doppio binario” sanzionatorio, vale a dire della previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo, essendo la violazione della norma convenzionale innescata non dalla mera pendenza contemporanea di due procedimenti, ma dal fatto che uno di essi venga instaurato o prosegua dopo che l'altro si sia chiuso con una decisione definitiva, non importa se di assoluzione o di condanna».

<sup>42</sup> CEDU, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, ric. 43509/08 (2011). Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, «al fine di stabilire la sussistenza di una “accusa in materia penale”, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della “sanzione”». In tal senso, CEDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricc. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 (2014), § 94. Su tale pronuncia,

Ciò posto, va peraltro aggiunto che il *ne bis in idem* non osta a che l'ordinamento giuridico nazionale preveda risposte repressive complementari in relazione ad un medesimo fatto lesivo di beni giuridici distinti, attribuendo le rispettive competenze ad Autorità fra loro autonome<sup>43</sup>.

Anzi, come chiarito dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, l'imposizione, da parte di Autorità differenti, di distinte sanzioni sulla medesima condotta, è compatibile con il suddetto principio in presenza di determinati presupposti: occorre verificare, in particolare, che i "procedimenti convergenti" perseguano obiettivi complementari non solo in senso astratto, ma anche in concreto, avuto cioè riguardo ai distinti aspetti oggetto di autonomo accertamento in merito alla condotta illecita in rilievo<sup>44</sup>.

Per evitare che la plurioffensività di una condotta si traduca in automatismi basati su asserzioni meramente formali, in conformità al *ne bis in idem* ciascuna Autorità è dunque tenuta ad accertare i «profili autonomi di iniquità»<sup>45</sup> nell'esercizio delle specifiche competenze ad essa attribuite.

Per raggiungere tale esito assicurando il sostanziale rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al procedimento, oltre a verificare la portata astrattamente complementare delle disposizioni in rilievo circa una medesima condotta, occorre quindi che l'Autorità accerti e fornisca adeguata motivazione in ordine all'elemento oggettivo distintivo a base della rispettiva competenza.

L'effettiva applicazione degli strumenti di tutela in tema di big data di natura anche personale non può prescindere, infatti, dalla preliminare applicazione del divieto di *bis*

---

M. Allena, *Il caso grande Stevens contro Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 11, 2014, 1053 ss.; G. De Amicis, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 3-4, 2014, 201 ss.; G. Guizzi, *La sentenza CEDU del 4 marzo 2014 ed il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Il Corriere Giuridico*, 11, 2014, 1321 ss.; B. Lavarini, *Corte europea dei diritti dell'uomo e ne bis in idem: la crisi del doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2014, 82 ss.; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2014.

<sup>43</sup> CEDU, *A e B c. Norvegia*, ricc. 24130/11 e 29758/11 (2016), spec. § 121: «*In the view of the Court, States should be able legitimately to choose complementary legal responses to socially offensive conduct (such as non-compliance with road-traffic regulations or non-payment/evasion of taxes) through different procedures forming a coherent whole so as to address different aspects of the social problem involved, provided that the accumulated legal responses do not represent an excessive burden for the individual concerned.*».

<sup>44</sup> CEDU, *A e B c. Norvegia*, cit., §§ 131-132: «*As regards the conditions to be satisfied in order for dual criminal and administrative proceedings to be regarded as sufficiently connected in substance and in time and thus compatible with the bis criterion in Article 4 of Protocol No. 7, the relevant considerations deriving from the Court's case-law, as discussed above, may be summarised as follows. Material factors for determining whether there is a sufficiently close connection in substance include: (i) whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved; (ii) whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (idem); (iii) whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set; (iv) and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent that the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall amount of any penalties imposed is proportionate.*».

<sup>45</sup> M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, cit., 150-151 e 157-159.



*in idem*, onde evitare che l'incertezza ed i conseguenti oneri per le imprese vanifichino ogni incentivo alla concorrenza ed all'innovazione.

## **7. Possibili soluzioni**

Possibili soluzioni per le criticità riscontrate sembrano emergere proprio dagli sviluppi che hanno interessato il caso Facebook negli ultimi mesi. Le autorità nazionali a tutela dei consumatori, riunite nel *Consumer Protection Cooperation Network* (CPC), hanno infatti avviato, ai sensi del Regolamento (CE) 2006/2004<sup>46</sup>, un'azione coordinata che, ad aprile 2019, ha condotto Facebook ad impegnarsi formalmente dinanzi alla Commissione europea a modificare i termini d'uso del proprio servizio, per superare entro il mese di giugno 2019 le problematiche rilevate<sup>47</sup>. L'azione congiunta delle autorità nazionali sotto il coordinamento della Commissione nell'ambito del CPC può essere replicata in materia antitrust dallo *European Competition Network*, ed in materia di protezione dei dati personali dallo *European Data Protection Board*.

L'instaurazione di meccanismi stabili di coordinamento a livello di Unione europea sembra, dunque, la chiave per assicurare l'intervento efficace degli Stati membri di fronte ad operatori attivi su scala sovranazionale.

Nello stesso senso, quanto alla necessità del miglior coordinamento in sede non solo di *public enforcement* ma anche di *advocacy*, depongono a livello nazionale le *Linee Guida e Raccomandazioni di Policy sui big data* anticipate da AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, che intendono istituire una cooperazione tra loro permanente a partire dalla sottoscrizione di uno specifico *memorandum of understanding*<sup>48</sup>.

Oltre che attraverso l'effettiva implementazione di procedure di coordinamento tra le diverse autorità settoriali, i rischi di violazione del principio del *ne bis in idem* potranno essere ridotti qualora sul punto sia applicato un più intenso standard di motivazione dei provvedimenti adottati, circa i requisiti oggettivi distintivi posti a fondamento della rispettiva competenza. A tal riguardo, rimane poi compito delle Corti, a conclusiva garanzia del sistema in sede di sindacato giurisdizionale dei provvedimenti assunti, vigilare sui limiti delle rispettive aree di intervento nell'interpretazione della legge, alla ricerca del miglior bilanciamento tra i diritti fondamentali di consumatori ed imprese.

---

<sup>46</sup> Regolamento (CE) n. 2006/2004 del parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori»), in GUUE L 364 del 9 dicembre 2004, 1–11.

<sup>47</sup> In proposito, si veda il seguente comunicato stampa della Commissione europea: *Su richiesta della Commissione europea e delle autorità di tutela dei consumatori, Facebook modifica le proprie condizioni d'uso e chiarisce come vengono utilizzati i dati dei consumatori*, IP/19/2048 del 9 aprile 2019.

<sup>48</sup> Si vedano le già citate *Linee guida e Raccomandazioni di Policy sui big data*, ove al punto 11 si legge tra l'altro che «le tre Autorità, nell'esercizio delle competenze complementari ad esse assegnate e che contribuiscono a fronteggiare le criticità dell'economia digitale, si impegnano a strette forme di collaborazione negli interventi che interessano i mercati digitali, anche attraverso la sottoscrizione di un *memorandum of understanding*».

# **Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali\***

Francesco Foltran

## **Abstract**

Il contributo offre un'analisi del ruolo svolto dalle piattaforme digitali nell'economia digitale e individua le principali questioni giuridiche che si pongono nelle relazioni tra gli utenti ed i gestori delle piattaforme online, offrendo un inquadramento giuridico del fenomeno ed una panoramica delle proposte di legge in materia e degli interventi legislativi nazionali e unioniali nella materia, tra i quali il Regolamento 2019/1150/UE, applicabile dal 20 luglio 2020 ai servizi di intermediazione online.

The paper analyses the role of online platforms in the digital economy and states the main legal matters concerning the relationship among the users and the providers of online platforms. The paper provides a classification of the legal issues under the existing legal framework and gives an overview of the proposals presented on the matter and of the national laws and Union regulations adopted, including the EU

## **Sommario**

1. Le piattaforme online e il loro ruolo nell'economia digitale. – 2. La (difficile) nozione di piattaforma online. I servizi di intermediazione online. – 3. La protezione dei consumatori tra obblighi informativi e rimedi effettivi. – 4. La tutela dei professionisti. – 5. Conclusioni.

## **Keywords**

Piattaforme online; Servizi di intermediazione online; Mercato unico digitale; Regolamento 2019/1150/UE; Internet

\* Il presente contributo corrisponde, con alcune integrazioni, al testo dell'intervento svolto in occasione del convegno *JusTech e Industry 4.0, i cambiamenti indotti dalle nuove tecnologie nel diritto delle imprese*, Università degli Studi di Padova, 14 febbraio 2019. Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

## 1. Le piattaforme online e il loro ruolo nell'economia digitale

Nelle dinamiche dell'economia digitale e delle interazioni tra gli utenti della rete le piattaforme online hanno assunto nel corso dell'ultimo decennio una rilevanza e un peso economico preponderanti.

Con l'espressione piattaforme online sono generalmente indicati tutti quei servizi il cui scopo è favorire l'interazione tra gli utenti o facilitare l'accesso e la diffusione o lo scambio di contenuti, beni e servizi<sup>1</sup>.

Si tratta di una categoria che comprende servizi tra loro molto diversi: vi rientrano, ad esempio, le piattaforme di e-commerce, il cui scopo è mettere in relazione venditori e potenziali clienti per la conclusione di contratti di vendita, piattaforme orientate all'intermediazione nello scambio di servizi (ad esempio, locazioni brevi o servizi professionali o servizi di microcredito), i *marketplace* per la vendita di applicazioni o contenuti multimediali, piattaforme orientate a promuovere la costituzione di rapporti contrattuali (ad esempio, le piattaforme per la selezione di personale), le piattaforme volte alla promozione di azioni collettive (come ad esempio le piattaforme di *crowdfunding*), i social network. A questi servizi sono assimilati anche i motori di ricerca e i servizi di comparazione. Ad essi potrebbero aggiungersi nel prossimo futuro anche piattaforme nate dall'evoluzione di alcuni dei più diffusi servizi di messaggistica istantanea, arricchiti di funzionalità dirette a facilitare l'instaurazione di contatti diretti tra utenti professionali e consumatori per permettere la conclusione di contratti in-app e effettuare pagamenti anche attraverso valute virtuali interne al servizio<sup>2</sup>.

L'aspetto più caratterizzante delle piattaforme online, e che vale a distinguerle dai numerosi servizi sviluppati sin dagli albori di internet per l'interazione tra gli utenti e la condivisione di informazioni e contenuti, è rappresentato dalla loro capacità di incidere in misura profonda sulla conformazione dei rapporti tra gli utenti, non rivestendo un ruolo meramente strumentale ma creando nuove forme di interazione o addirittura

---

<sup>1</sup> La rilevanza delle piattaforme digitali nell'ambito dello scambio di beni e servizi emerge anche dai dati pubblicati dall'Eurostat nel gennaio 2018, dai quali emergeva che oltre il 39% delle imprese europee offre servizi e beni attraverso piattaforme digitali, con picchi di oltre il 54% in Italia. Fonte: *Web sales of EU enterprises*, Eurostat, 5 gennaio 2018. Uno studio condotto da una associazione di categoria spagnola ha stimato che per il 2025 il volume d'affari generato dalle piattaforme online si attesterà a 35 miliardi di euro annui. Fonte: P. Malagón, *Las plataformas de economía colaborativa facturarán 335.000 millones en 2025*, in *Libremercado*, 8 aprile 2018.

<sup>2</sup> Si pensi, ad esempio, al servizio WhatsApp Payments di recente introdotto dal servizio di messaggistica in alcuni mercati emergenti e che dovrebbe essere in un prossimo futuro abilitato anche in altri Paesi. Tale servizio – che si basa ancora sullo scambio di denaro attraverso il sistema bancario tradizionale – potrebbe essere superato da altri servizi basati sullo scambio di valore conservato all'interno della piattaforma, in forma di wallet prepagato o valuta virtuale. Anche Facebook si è fatto promotore del progetto Libra, volto a realizzare un sistema di pagamento basato su blockchain facilmente utilizzabile per i pagamenti e gli scambi di denaro attraverso le piattaforme sociali. Il White paper del progetto descrive le finalità del sistema e le sue caratteristiche tecniche ed è pubblicato sul sito del consorzio. Imminente sembra anche il rilascio della criptovaluta promossa da Telegram, denominata gram, da utilizzare per lo scambio di denaro all'interno della piattaforma di messaggistica, come risulta da alcune recenti notizie di stampa: *Telegram Pushes Ahead With Plans for 'Gram' Cryptocurrency*, in *The New York Times*, 27 agosto 2019. V. anche N. Popper, M. Isaac, *Facebook and Telegram Are Hoping to Succeed Where Bitcoin Failed*, in *New York Times*, 28 febbraio 2019.

creando nuovi mercati<sup>3</sup>.

In molti casi, il ruolo svolto dalle piattaforme digitali nelle transazioni economiche assume un carattere di pervasività tale da condizionare alcuni elementi essenziali delle relazioni e delle transazioni concluse tra gli utenti, quali il prezzo, le modalità di fornitura o il regolamento negoziale. In altri casi, la piattaforma offre alle parti servizi accessori al contratto stipulato tra le parti, come la gestione dei pagamenti e degli incassi, la spedizione della merce, o l'assistenza alle parti nella risoluzione delle controversie.

Il ruolo delle piattaforme non è però sempre relato ad aspetti strumentali o accessori rispetto all'oggetto principale delle transazioni che promuove: è infatti frequente il caso in cui lo stesso gestore della piattaforma offre direttamente beni e servizi in concorrenza con quelli offerti dagli utenti professionali, assumendo la posizione di parte negoziale.

Questo ruolo crea situazioni nuove rispetto a quelle derivanti dalle dinamiche tradizionali, determinando in alcuni casi squilibri tra le parti del contratto che superano la tradizionale allocazione dei rapporti di forza tra le parti basate sulla dicotomia professionista/consumatore<sup>4</sup>, che tende peraltro a sfumare con l'affermarsi di una categoria ibrida, il *prosumer* (*producer-consumer*), espressione coniata alcuni decenni fa per descrivere il fenomeno del coinvolgimento dei consumatori in alcune fasi della produzione di beni e servizi a loro destinati, e che oggi designa anche quei soggetti dell'economia digitale e collaborativa che, attraverso le piattaforme online, scambiano beni e servizi sul mercato, digitale e non, con altri soggetti non professionali<sup>5</sup>. L'espressione *prosumer* ha assunto un'ulteriore accezione, quella di *professional consumer*, in riferimento alla tendenza dei consumatori ad agire sul mercato in modo sempre più strutturato e organizzato. Questa evoluzione dei comportamenti, che trova la sua origine nello sviluppo delle associazioni dei consumatori come enti esponenziali di una categoria portatrice di

---

<sup>3</sup> Emblematico in questo senso, è il caso di Uber, la cui qualificazione giuridica è stata oggetto di alcune pronunce di corti nazionali e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Significativamente, nella sentenza 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, la Corte di giustizia ha osservato che le particolarità del servizio di intermediazione offerto da Uber non si limitava ad agevolare il contatto tra i fornitori di un servizio e i soggetti potenzialmente interessati a fruirne, ma per il carattere innovativo del servizio promosso, la piattaforma finiva essa stessa per generare una offerta e una domanda di un servizio diverso, per rispondere a una esigenza fino ad allora soddisfatta mediante altri servizi di trasporto pubblico regolamentari: «Il fornitore di tale servizio d'intermediazione crea al contempo un'offerta di servizi di trasporto urbano che rende accessibile segnatamente con strumenti informatici, quali l'applicazione di cui al procedimento principale, e di cui organizza il funzionamento generale a favore delle persone che intendono avvalersi di tale offerta per uno spostamento in area urbana». Sul punto, v. anche [M. Colangelo, M. Maggolino, Uber and the challenges for antitrust law and regulation, in questa Rivista, 1, 2018, 176 ss.](#) e N. Rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 6, 2015, 957 ss.

<sup>4</sup> E ciò tanto più ove si consideri che lo sviluppo delle piattaforme online ha portato all'affermazione di una nuova figura nei rapporti negoziali, il cd. "prosumer", ovvero un soggetto che esercita un ruolo di parte attiva nell'offerta di beni o servizi, pur agendo al di fuori della propria attività di impresa tradizionale. Egli in altre parole, pur non essendo organizzato in forma imprenditoriale o professionale, esercita tuttavia un'attività di prestazione di beni e servizi a vantaggio di altri soggetti.

<sup>5</sup> L'espressione, nella sua accezione storica, compare per la prima volta nell'opera *The Third Wave*, di Alvin Toffler. Per un'esame dell'evoluzione della figura, v. G. Ritzer, N. Jurgenson, *Production, Consumption, Prosumption. The nature of capitalism in the age of the digital "prosumer"*, in *Journal of Consumer Culture*, 10, 2010, 13 ss. e A. Quarta, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2017, 667 ss.

interessi collettivi ed omogenei, è stata favorita dal diffondersi dei servizi offerti dalle piattaforme digitali, che consentono lo scambio di informazioni e esperienze tra consumatori, coordinando iniziative e comportamenti e alterando i tradizionali equilibri tra le parti del contratto.

In assenza di un quadro regolatorio chiaro e adeguato al fenomeno, lo squilibrio tra i soggetti di questo mercato tende a degenerare sempre più spesso in fenomeni di distorsione delle dinamiche della concorrenza e del mercato. È da molte parti condivisa l'opportunità di adeguare il quadro normativo alle dinamiche dell'economia digitale, ripensando, se necessario, i ruoli e le tutele<sup>6</sup>.

## **2. La (difficile) nozione di piattaforma online. I servizi di intermediazione online**

L'estrema variabilità delle caratteristiche delle piattaforme online rende estremamente difficile elaborare una loro definizione giuridica unitaria.

Nel quadro normativo vigente, questi servizi sono qualificabili *prima facie* tra i “servizi della società dell'informazione” disciplinati dalla direttiva 2000/31/CE e definiti, oggi, dall'art. 1, lett. b), della direttiva 2015/1535/UE come «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». In molti casi, però, il rapporto costituito con questi servizi non si esaurisce online e genera effetti diretti anche nel mondo offline. Per questi aspetti, la disciplina applicabile ai rapporti contrattuali che si costituiscono attraverso le piattaforme è stabilita dalle regole sulla prestazione dei servizi della società dell'informazione, integrate, a seconda dei casi, dalle disposizioni di settore o dalle disposizioni in materia di contratti di consumo.

Numerosi sono stati i tentativi di elaborare delle definizioni unitarie delle piattaforme online, focalizzate sulla loro funzione essenziale, vale a dire quella di mettere in relazione gli utenti del servizio e promuovere interazioni tra i medesimi, anche al fine di raggiungere la conclusione di una transazione economicamente rilevante<sup>7</sup>. Tali definizioni, a valenza soprattutto descrittiva, non sembrano tuttavia adeguatamente precise o sod-

---

<sup>6</sup> Oltre agli aspetti legati ai rapporti contrattuali tra gli utenti della piattaforma, alcuni autori evidenziano la sempre maggiore impellenza di norme che disciplinino le modalità con le quali le piattaforme consentono agli utenti di usare le piattaforme per pubblicare contenuti o accedere a quelli esistenti: v. M. Cian, *Online Platform as Gatekeepers to the Digital World – A Preliminary Issue on Business Freedom, Competition and the Need for a Special Market Regulation*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2018, 209 ss. Vi è poi chi ha sollevato il tema della necessità di approntare adeguate forme di tutela per impedire che dall'uso delle piattaforme online e dall'applicazione degli algoritmi ai quali questi servizi ricorrono per la gestione dei rapporti tra gli utenti non dia luogo a fenomeni di discriminazione tra le persone basate su elementi quali l'origine etnica, il genere o altri aspetti della persona. Sul punto, v. S. Navas Navarro, *Discrimination and Online Platforms in the Collaborative Economy*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2019, 34 ss.

<sup>7</sup> Nella Consultazione pubblica sul quadro normativo per le piattaforme, gli intermediari online, i dati e il cloud computing e l'economia collaborativa promossa dalla Commissione europea il 24 settembre 2015, le piattaforme online venivano definite come: «Un'impresa operante su mercati bilaterali o multilaterali che utilizza internet per consentire interazioni tra due o più gruppi distinti ma interdipendenti di utenti al fine di generare valore per almeno uno dei gruppi. Alcune piattaforme si qualificano anche come

disfacenti allorché si tratti di determinare una definizione da utilizzare a fini regolatori. La difficoltà nell'elaborazione di una definizione unitaria ha suggerito un mutamento di approccio, piuttosto a definire non un modello astratto di piattaforma digitale ma a distinguere i modelli di *business*, tradizionali o innovativi, che possono essere gestiti anche mediante il ricorso a piattaforme digitali<sup>8</sup>, adeguando la disciplina di settore o stabilendo nuove regole per l'esercizio dell'attività economica. In questi casi, le piattaforme digitali sviluppate sarebbero qualificabili come una forma speciale di prestazione di questi servizi, e in quanto tali assoggettate completamente alla disciplina di settore.

Coerentemente con questa impostazione, la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dalle sentenze rese nel caso Uber<sup>9</sup>, ha elaborato alcuni criteri per distinguere le piattaforme online qualificabili come servizi della società dell'informazione da quelle piattaforme che costituiscono una forma evoluta di esercizio di altre attività economiche<sup>10</sup>. Con la conseguenza che, in base alla "direttiva e-commerce", il prestatore di servizi della società dell'informazione regolarmente stabilito in uno Stato membro può esercitare liberamente la propria attività in tutta l'Unione, salvi i limiti posti per la tutela di motivi imperativi di interesse generale (art. 4, par. 3, direttiva 2000/31/CE); mentre il prestatore di altri servizi può essere sottoposto a regimi autorizzativi o limitazioni previste dalla normativa di settore, compatibilmente con il diritto dell'Unione.

In particolare, nelle sentenze Uber la Corte di giustizia aveva ritenuto che un servizio offerto tramite una piattaforma online e caratterizzato dalla prestazione di servizi accessori da parte del gestore della piattaforma e dalla sua ingerenza nelle modalità di prestazione del servizio prestato dagli utenti non potesse essere considerato servizio della società dell'informazione allorché il prestatore crei un'offerta di servizi a contenuto materiale ed eserciti un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti servizi.

Alcuni procedimenti pendenti dinnanzi alla Corte di giustizia potrebbero portare in un

---

prestatori intermediari di servizi». Uno studio curato dalla Camera dei Lords Inglese presentato nel 2016 definiva in questi termini le piattaforme digitali: «*The term "online platforms" describes a broad category of digital businesses that provide a meeting place for two or more different groups of users over the Internet*» (*Online Platforms and the Digital Single Market*, House of Lords, Select Committee on European Union, 20 aprile 2016)

<sup>8</sup> In questo senso, v. P. Nooren, N. van Gorp, N van Eijk, R Ó Fathaigh, *Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options*, in *Policy & Internet*, 9, 2018.

<sup>9</sup> CGUE, C-434/15, cit.; C-320/16, *Uber France SAS* (2018).

<sup>10</sup> Con le citate sentenze è stato affermato il principio secondo il quale un servizio come quello offerto dalla piattaforma Uber, che non si limita a promuovere l'interazione per via elettronica di parti interessate alla conclusione di un contratto di servizi di trasporto, ma esso stesso creativo di una nuova offerta di servizi di trasporto e caratterizzato dall'esercizio di un controllo stringente in ordine alle condizioni di accesso e fornitura del servizio, non potesse essere qualificato come servizio della società dell'informazione ma come forma evoluta di prestazione di un servizio di trasporto pubblico. In conseguenza di ciò, è stata esclusa l'applicazione alla piattaforma della disciplina relativa ai servizi della società dell'informazione (direttiva 2000/31/CE e direttiva (UE) 2015/1535) e il servizio è stato attratto entro l'ambito di applicazione delle norme in materia di servizi di trasporto. Tali decisioni hanno portato ad una radicale revisione del ruolo e della qualificazione giuridica di queste piattaforme, sovvertendo anche le conclusioni alle quali erano giunte alcune precedenti pronunce di alcune autorità nazionali, dando luogo per alcune di esse ad una "crisi di identità". Sul punto, A. De Franceschi, *The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 56 ss.; Id. *Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platform*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2018, 1 ss.

prossimo futuro a precisazioni ed integrazioni della “formula Uber”.

Le conclusioni dell’Avvocato generale recentemente presentate alla Corte nel caso *Airbnb*<sup>11</sup> hanno proposto un’interpretazione per certi versi restrittiva dei criteri affermati nelle sentenze Uber, nel senso che essi hanno carattere meramente “indiziario” e non tassativo. Con la conseguenza che la qualificazione giuridica del servizio offerto attraverso le piattaforme online dovrebbe avere luogo sulla base di una valutazione complessiva del ruolo svolto dalla piattaforma e dei servizi accessori offerti alle parti. L’Avvocato generale ha inoltre ritenuto determinante, tra i due criteri della formula Uber, quello che attribuisce rilievo al ruolo giocato dalla piattaforma sulle condizioni della prestazione dei servizi offerti dagli utenti, indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di servizi a contenuto materiale: in altre parole «non è sufficiente che un prestatore crei un’offerta nuova di servizi che non sono forniti per via elettronica», ma è piuttosto rilevante il fatto che «la loro creazione [sia] seguita dal rispetto, sotto il controllo del prestatore stesso, delle condizioni relative alla loro prestazione».

Nel senso di considerare determinante l’oggetto dell’attività svolta dalle piattaforme digitali e al loro ruolo nelle transazioni concluse dagli utenti sembra indirizzarsi anche il Parlamento europeo. Nella risoluzione sulle piattaforme online<sup>12</sup> approvata il 15 giugno 2017, ha riconosciuto la difficoltà di elaborare una definizione unitaria di questi soggetti, che sia «giuridicamente pertinente e adeguata alle esigenze future, a causa di fattori quali la grande varietà di tipi delle piattaforme online esistenti e dei loro settori di attività nonché del mondo digitale in rapido cambiamento» (§ 6), suggerendo dunque un approccio basato sulla determinazione delle piattaforme «nella pertinente legislazione settoriale a livello di UE in funzione delle loro caratteristiche, classificazioni e principi e seguendo un approccio basato sui problemi» (§ 8).

In questo senso si sono orientate anche le iniziative legislative promosse fino ad oggi dalle istituzioni unionali e dagli Stati membri, che hanno preso a riferimento e alcune particolari categorie di piattaforme digitali, individuate secondo il loro modello imprenditoriale, per attrarle entro l’ambito di applicazione di normative già esistenti oppure per stabilire norme specifiche.

Tra queste iniziative spiccano quelle volte a definire un quadro normativo per la disciplina dei rapporti nell’ambito dei “servizi di intermediazione online”, ovvero di quelle piattaforme attive nel settore dello scambio di beni e servizi e che hanno per scopo quello di mettere in relazione le parti in vista della conclusione di un accordo di scambio. Nella loro conformazione attuale, questi servizi non offrono soltanto la possibilità agli utenti professionali di offrire i propri prodotti e servizi sulla piattaforma attraverso negozi virtuali o inserzioni indipendenti da quelli altri operatori, ma prevedono l’aggregazione dei prodotti offerti da diversi professionisti sulla base di categorie e attraverso criteri definiti dagli utenti o in base ad algoritmi alimentati da modelli di profilazione dei potenziali acquirenti.

La rilevanza di queste piattaforme nel mercato digitale e la necessità hanno ispirato la

---

<sup>11</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Szpunar nella causa C-390/18, *Airbnb Ireland*, presentate alla Corte il 30 aprile 2019.

<sup>12</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme online e il mercato unico digitale (2016/2276(INI)).

definizione di piattaforma online stabilita da alcune normative nazionali, tra cui quella francese. Con la legge 2016-1321<sup>13</sup> per una Repubblica Digitale (*République Numérique*) è stata introdotta nell'ordinamento francese, all'art. 111-7 del codice del consumo, una definizione di piattaforma online, nella quale è ricompreso qualunque servizio di comunicazione elettronica basato al pubblico «1) sulla classificazione o la valutazione, per mezzo di algoritmi informatici, di contenuti, beni o servizi offerti o caricati da terzi; 2) sul mettere in relazione diverse parti per la vendita di beni, servizi o per lo scambio o la condivisione di contenuti, beni o servizi»<sup>14</sup>.

Si tratta di una nozione ampia, che abbraccia non soltanto i servizi di intermediazione volti a favorire la conclusione di transazioni tra professionisti e consumatori (B2C) ma che comprende anche quei servizi nei quali possono registrarsi e offrire beni e servizi anche i *prosumer*, in via esclusiva o in concorrenza con utenti professionali.

Una nozione più ristretta è invece stata proposta dalla Commissione europea, nell'ambito del regolamento (UE) 2019/1150 che stabilisce un quadro uniforme di norme a tutela degli operatori professionali nei servizi di intermediazione online<sup>15</sup>. L'art. 2, n. 2 del regolamento definisce “servizi di intermediazione online” quei servizi che «a) sono servizi della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio; b) consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni; c) sono forniti agli utenti commerciali in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tali servizi, da un lato, e gli utenti commerciali e i consumatori a cui gli utenti commerciali offrono beni o servizi, dall'altro». L'art. 1, n. 1, del regolamento definisce l'“utente commerciale” come la «persona fisica o giuridica che offre beni o servizi ai consumatori tramite servizi di intermediazione online per fini legati alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale». Sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento le piattaforme della *sharing economy* e quelle che prevedono la partecipazione di utenti non professionali. Restano inoltre escluse anche le piattaforme che offrono servizi di intermediazione orientati all'interazione tra utenti professionali (B2B).

Vi sono inoltre degli aspetti legati al coordinamento tra la definizione di servizi di intermediazione online prevista dal regolamento e la formula Uber. Quest'ultima, infatti, porterebbe di norma ad escludere dalla nozione di “servizi della società dell'informazione” diverse piattaforme online attualmente attive sulla rete e dotate di un peso economico primario sul mercato digitale. Con la conseguenza che si potrebbe rischiare di escludere dall'ambito di applicazione del regolamento numerosi servizi, privando di

<sup>13</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

<sup>14</sup> La citata disposizione definisce il gestore di piattaforma online e, conseguentemente, anche la piattaforma online: «I. Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un services».

<sup>15</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.



adeguata tutela i soggetti che vi operano.

### **3. La protezione dei consumatori tra obblighi informativi e rimedi effettivi**

Nell'ordinamento europeo, i contratti conclusi tra i professionisti e i consumatori attraverso i servizi di intermediazione online sono attratti nell'ambito di applicazione delle leggi in materia di contratti di consumo, costituite da un corpo di regole armonizzate volte a assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori<sup>16</sup>, recepite in Italia con il codice del consumo (d.lgs. 206/2005).

Si tratta di regole speciali, applicabili ai contratti stipulati tra professionista e consumatore e alle pratiche commerciali poste in essere dal professionista, indipendentemente dal mezzo utilizzato, e che accordano in molti aspetti norme di maggior tutela per il consumatore.

Tale livello di tutela per la parte contrattualmente più debole è assicurato dal diritto europeo anche nel caso in cui il professionista risieda in un Paese diverso da quello nel quale risiede il consumatore. Il regolamento (CE) 593/2008 (cd. Regolamento Roma I) in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali prevede infatti all'art. 6 che, nel caso di contratti conclusi dal consumatore per effetto di una attività di sollecitazione rivolta verso lo Stato ove quest'ultimo ha la residenza, esso sia regolato dalla sua legge nazionale<sup>17</sup>. La clausola di scelta di legge eventualmente posta nel contratto di consumo non vale in nessun caso a privare il consumatore della protezione assicuragli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente previste dalla sua legge nazionale.

Corrispondentemente, in tema di giurisdizione, gli artt. 17 ss. del regolamento (UE) 1215/2012, consente al consumatore di radicare le cause promosse contro un professionista dinanzi alle autorità dello Stato nel quale abitualmente risiede<sup>18</sup>.

A completare il quadro normativo sulla protezione dei consumatori sono poste anche

---

<sup>16</sup> Le principali direttive nel settore sono la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori e la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

<sup>17</sup> La previsione non si applica ai contratti indicati al par. 4 dell'art. 6, ovvero: «a) ai contratti di fornitura di servizi quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente; b) ai contratti di trasporto diversi dai contratti riguardanti un viaggio «tutto compreso» ai sensi della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»; c) ai contratti aventi per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile diversi dai contratti riguardanti un diritto di godimento a tempo parziale ai sensi della direttiva 94/47/CE; d) ai diritti e obblighi che costituiscono uno strumento finanziario e ai diritti e obblighi costitutivi delle clausole e condizioni che disciplinano l'emissione o l'offerta al pubblico e le offerte pubbliche di acquisizione di valori mobiliari, e alla sottoscrizione e al riacquisto di quote di organismi di investimento collettivo, nella misura in cui tali attività non costituiscono prestazione di un servizio finanziario; e) ai contratti conclusi nell'ambito del tipo di sistema che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera h)».

<sup>18</sup> L'ambito di applicazione della disposizione è in parte diverso da quello dell'art 6, regolamento (CE) 539/2008, atteso che le previsioni del regolamento (UE) 1215/2012 non trovano applicazione unicamente «ai contratti di trasporto che non prevedono prestazioni combinate di trasporto e di alloggio».

disposizioni, di natura pubblicistica, che impongono ai professionisti di conformare la propria attività commerciale a regole di condotta poste a tutela del consumatore e punendo come illecito amministrativo pratiche commerciali scorrette o ingannevoli, tra le quali rientrano anche la previsione di condizioni e clausole contrattuali volte a ingenerare nel consumatore incertezza o confusione in ordine ai diritti riconosciutigli nei confronti della propria controparte contrattuale.

Le regole in tema di rapporto di consumo (anche in tema di pratiche commerciali e obblighi informativi) trovano applicazione sia ai contratti conclusi tra consumatore e professionisti attivi nelle piattaforme online, sia al rapporto, contrattualizzato o meno, costituito tra il consumatore e la piattaforma online per l'accesso e l'uso della piattaforma.

Lo sviluppo dei servizi di intermediazione online, specialmente di quelli operanti nel settore della *sharing economy*, ha però reso incerta l'applicazione delle regole poste a tutela dei consumatori nei rapporti con i *prosumer*, la cui qualificazione come professionisti o consumatori è incerta e non priva di conseguenze<sup>19</sup>. Il loro assoggettamento allo statuto dei professionisti produrrebbe effetti disincentivanti, ad esempio, per le piattaforme dedicate alla *sharing economy*, gravando i *prosumer* di obblighi per certi aspetti contrari alla stessa filosofia sottesa all'economia della condivisione; per altro verso, specialmente nel caso di piattaforme a partecipazione mista, l'esclusione dell'applicazione del codice del consumo priverebbe il consumatore di alcune importanti garanzie. Ciò potrebbe determinare la perdita della fiducia in tali servizi qualora non sia adeguatamente segnalata – prima della conclusione della transazione – la natura della controparte negoziale e le conseguenze che ne derivano.

Si pone poi l'ulteriore problema di assicurare ai consumatori strumenti adeguati a garantire l'effettività delle tutele previste dalla legge, in un contesto in cui il valore medio delle transazioni è esiguo.

Questo obiettivo, specialmente in fattispecie transfrontaliere, non può essere agevolmente attuato attraverso i rimedi giurisdizionali ordinari, in considerazione dei tempi e dei costi – sproporzionati rispetto all'oggetto del contendere – e che in molti casi possono scoraggiare la parte debole dall'intraprendere una azione individuale per la tutela delle proprie ragioni.

Nondimeno, l'esistenza di forme efficaci di tutela dei consumatori nelle piattaforme è un elemento fondamentale per stabilire la fiducia nel mezzo e assicurare lo sviluppo del mercato digitale.

A questa esigenza hanno risposto dapprima le stesse piattaforme digitali, costituendo al proprio interno – e prestandoli come servizio – sistemi di risoluzione online delle controversie insorte in relazione alle transazioni concluse nella piattaforma, per promuovere la composizione bonaria delle liti insorte tra le parti e reprimere i comportamenti scorretti posti in essere dagli utenti professionali attivi sulla piattaforma.

---

per un prezzo globale».

<sup>19</sup> In ordine alla difficile distinzione tra professionista e consumatore, v. da ultimo, pur se da un punto di vista speculare, CGUE, C-498/16, *Maximilian Schrems* che, nel richiamare i criteri distintivi già in precedenza elaborati, evidenzia come, ai fini della distinzione tra i soggetti, sia importante tenere conto delle finalità delle norme poste a tutela dei consumatori e della riconducibilità dell'attività o del contratto concluso dalle parti nell'ambito della loro attività professionale.

Questo *modus operandi*, che si è dimostrato in molti casi efficace, presenta tuttavia dei limiti là dove le controversie non riguardino i rapporti conclusi tra professionista e consumatore utenti della piattaforma, ma attengano ai rapporti tra i consumatori e la piattaforma stessa (o a entità soggette a controllo, direzione o coordinamento con il soggetto che gestisce la piattaforma).

Accanto a queste forme di tutela individuale, sono state con il tempo sviluppate forme di tutela a carattere pubblicistico e collettivo, attraverso il rafforzamento dei poteri di indagine e sanzionatori delle autorità indipendenti, per la repressione delle pratiche commerciali scorrette e con l'introduzione di azioni collettive, volte alla tutela di interessi diffusi ed omogenei, la cui disciplina è stata da ultimo modificata per effetto della l. 31/2019, che ha abrogato la disciplina delle azioni collettive disciplinate dagli artt. 139, 140 e 140-*bis* del d.lgs. 206/2005. Tramite questi rimedi è possibile perseguire, tramite l'intervento di soggetti pubblici o entri associativi, un interesse generale alla cessazione di condotte abusive e tutelare diritti diffusi e omogenei, per i quali la proposizione di rimedi individuali sarebbe stata troppo onerosa o complessa.

Ulteriori aspetti critici riguardano la necessità di rafforzare la trasparenza dei servizi di intermediazione online per assicurare ai consumatori un'adeguata informazione in ordine all'identità delle proprie controparti, specialmente in contesti in cui i gestori delle piattaforme offrono beni e servizi complementari rispetto a quelli offerti dagli utenti professionali o rendono cercano di svolgere un ruolo di intermediazione estremamente pervasivo, imponendo la propria intermediazione in ogni operazione o comunicazione tra il fornitore e l'acquirente.

Inoltre, si assiste alla tendenza dei gestori di questi servizi a usare nella redazione delle clausole contrattuali termini non del tutto chiari o volutamente laconici, per rendere più difficile alle controparti la conoscenza dei diritti e delle tutele riconosciute dall'ordinamento ai consumatori nell'ambito dei contratti di consumo e, non ultimo, alle modalità attraverso le quali i servizi di intermediazione online selezionano ed ordinano i prodotti ed i servizi presentati al consumatore.

Queste esigenze di trasparenza sono state fino ad oggi tutelate attraverso l'applicazione delle norme generali in materia di comunicazioni commerciali previste dalla legislazione vigente, sanzionandole come pratiche commerciali scorrette<sup>20</sup>.

Alcuni legislatori nazionali hanno ritenuto opportuno adottare disposizioni volte a rafforzare gli obblighi informativi delle piattaforme online nei confronti dei consumatori. Ad esempio, con la legge sulla *Republique Numerique*, il legislatore francese ha imposto in capo ai gestori di piattaforme online l'obbligo di fornire al consumatore un'informazione "leale, chiara e trasparente" sulle condizioni generali di utilizzo del servizio di intermediazione e le modalità di indicizzazione, classificazione e deindicizzazione dei

---

<sup>20</sup> Cfr. ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, C-191/15, *Amazon*, che ha considerato come potenzialmente abusiva la clausola contenuta nelle condizioni generali di Amazon con la quale, nell'indicare quale legge applicabile al rapporto contrattuale tra la piattaforma la legge lussemburghese, non conteneva alcuna indicazione del fatto che ai sensi dell'articolo 6, par. 2, del regolamento (CE) 593/2008, il consumatore avrebbe potuto disporre anche della tutela assicurata dagli dalle disposizioni imperative della legge che sarebbe applicabile in assenza di siffatta clausola, qualora ritenuta idonea ad indurre il consumatore in errore in ordine ai diritti ed ai rimedi dei quali avrebbe potuto disporre nel suo rapporto con il professionista. Sul punto, v. anche G. Resta, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *questa Rivista*, 1, 2018, 237 ss.

contenuti, dei beni e dei servizi inseriti nella piattaforma, così come l'obbligo di indicare con chiarezza l'esistenza di legami contrattuali o altre forme di remunerazione da parte degli utenti "professionali" che possono incidere sui risultati visualizzati. Viene inoltre richiesto alla piattaforma di fornire informazioni in ordine alla qualificazione come professionista o *prosumer* dell'utente che offre beni e/o servizi<sup>21</sup>.

A livello europeo, non vi sono proposte in stadio di discussione avanzato sul rafforzamento della protezione del consumatore nelle piattaforme. Nel 2016 è stata pubblicata, a cura dell'European Law Institute, una proposta pubblica per una direttiva di armonizzazione del quadro normativo in tutti gli Stati membri, che prevedeva in particolare il rafforzamento degli obblighi informativi della piattaforma nei confronti del professionista<sup>22</sup>. Non è tuttavia escluso che i medesimi obblighi informativi possano essere imposti anche in assenza di una direttiva specifica sulla base dei principi espressi dalla direttiva 2005/29/CE<sup>23</sup>.

### 4. La tutela dei professionisti

I rapporti tra utenti professionali e servizi di intermediazione online sono ad oggi regolati dalle disposizioni generali in materia di contratti tra professionisti (B2B).

Nei rapporti B2B vige il principio generale della libertà negoziale e una presunzione di pari potere contrattuale tra i soggetti coinvolti. È dunque riconosciuta in linea generale la libertà per le parti di determinare il contenuto degli accordi negoziali, salvi i limiti imposti da norme imperative o inderogabili.

Questa presunzione, tuttavia, non si riflette esattamente nella realtà dei servizi di intermediazione online, nel cui ambito l'adesione alla piattaforma da parte degli utenti professionali avviene generalmente per adesione a condizioni generali di servizio (ToS) predisposti unilateralmente dal gestore della piattaforma, senza alcuna possibilità per gli utenti di incidere sul loro contenuto.

Questa considerazione di fondo non pare tuttavia attagliarsi alla conformazione del mercato digitale, nel quale esercitano un ruolo egemone pochi operatori di servizi di intermediazione online, nei quali si concentra la maggior quota delle transazioni effettuate attraverso questi servizi.

---

<sup>21</sup> «II. - Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur: 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels».

<sup>22</sup> *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, pubblicato a cura dell'Università di Osnabrück.

<sup>23</sup> In questo senso, v. anche il *Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi pour une République numérique*: «Par ailleurs, si l'on considère que la question de la loyauté des plateformes est un droit du consommateur, il faudra également s'interroger sur l'articulation entre cette mesure et le droit européen de la consommation. En effet, les directives 2011/83 et 2005/29 relatives au droit de la consommation sont toutes les deux des directives d'harmonisation maximale, c'est-à-dire que si la directive ne le prévoit pas expressément, il n'est pas possible pour les États membres de prévoir des dispositions allant au-delà».

Nell'ordinamento europeo, quantomeno fino all'adozione del regolamento (UE) 2019/1150, non vi erano norme espressamente rivolte a offrire particolare tutela alle parti deboli dei rapporti B2B o che imponessero agli Stati membri di prevedere disposizioni in questo senso.

Tale tutela era giunta dall'iniziativa unilaterale di alcuni Stati membri che, nell'esercizio della loro competenza esclusiva hanno generalizzato la tutela, originariamente prevista nei riguardi dei consumatori, in relazione alle clausole vessatorie o, come è avvenuto in Italia, hanno esteso anche alle microimprese le disposizioni di protezione in materia di pratiche commerciali scorrette.

Grazie alla libertà garantita dall'ordinamento giuridico, i gestori delle piattaforme sono dunque sostanzialmente liberi di determinare il contenuto degli accordi negoziali con gli utenti professionali, sbilanciando a proprio favore l'equilibrio contrattuale e, in molti casi, celando questo squilibrio dietro termini negoziali poco chiari e ambigui.

La posizione di soggezione degli utenti professionali nei confronti dei gestori della piattaforma emerge, ad esempio, dal riconoscimento di una facoltà pressoché incondizionata di modificare unilateralmente i termini di servizio, spesso senza dover nemmeno avvisare puntualmente gli utenti o dall'attribuzione al gestore della piattaforma della facoltà di sospendere o cessare gli account degli utenti professionali sulla base di motivazioni generali o di generiche contestazioni inerenti la violazione dei termini di servizio, senza fornire alla controparte rimedi efficaci per ottenere il ripristino del proprio profilo utente.

In molti casi, il ruolo delle piattaforme non si limita alla mera attività di intermediazione tra le parti per la conclusione di un accordo, ma incide in misura rilevante sul contenuto dell'accordo raggiunto, imponendo la conclusione all'interno della piattaforma, di contratti standardizzati secondo un modello elaborato dallo stesso gestore, che potrebbe prevedere in alcuni casi norme più sfavorevoli per il professionista (ad esempio in tema di diritto di recesso o garanzia legale), apportate con il fine di guadagnare la fiducia dei consumatori nel servizio offerto.

Questa forma di conclusione delle transazioni attraverso la piattaforma, che opera come una sorta di procuratore del professionista, rischia di ingenerare confusione sul ruolo effettivamente ricoperto dal servizio, e ciò tanto più nei casi in cui la piattaforma presti servizi accessori agli utenti.

Le condizioni generali, in molti casi, non contengono informazioni chiare in ordine ai criteri utilizzati dai gestori delle piattaforme per ordinare e indicizzare i contenuti e le inserzioni degli utenti professionali, ad esempio favorendo la visibilità delle inserzioni pubblicate da quei venditori che ricorrono ai servizi di promozione dei contenuti offerti a pagamento dal gestore oppure fruiscono di certi servizi offerti dalla piattaforma. Ancora la piattaforma potrebbe operare dei trattamenti differenziati e più favorevoli nei confronti dei beni e dei servizi offerti dalla piattaforma stessa o da società in qualche modo controllate o affiliate al gestore<sup>24</sup>.

La mancanza di trasparenza delle condizioni generali di servizio e le condotte arbitrarie poste in essere dai gestori di servizi di intermediazione online hanno portato all'apertura in diversi Paesi europei di indagini volte ad accertare se tali comportamenti

---

<sup>24</sup> J. E. Cohen, *Law for the Platform Economy*, in *University of California, Davis Law Review*, 2017, 146 ss.

possano costituire pratiche di abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE; art. 3, l. 287/1990) in danno dei professionisti<sup>25</sup>.

Nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento per la promozione della correttezza e della trasparenza per gli utenti professionali nei servizi di intermediazione online, con la quale mirava a stabilire alcune norme specifiche applicabili agli utenti professionali che prestano la propria attività all'interno dei servizi di intermediazione online, imponendo alcuni precisi obblighi informativi ed alcune regole di condotta nei confronti dei gestori di questi servizi.

Sulla base di tale proposta è stato emanato il regolamento (UE) 2019/1150, che entrerà in vigore a decorrere dal 20 luglio 2020.

La base giuridica in forza del quale è stato emanato il regolamento è stata indicata nell'art. 114 TFUE, che consente all'Unione di adottare norme giuridiche volte all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Come precisato dal considerando 6 del regolamento, constatato il "potenziale transfrontaliero intrinseco" dei servizi di intermediazioni online, si rendeva infatti necessaria l'adozione di norme volte a prevenire pratiche commerciali potenzialmente sleali e dannose in danno degli operatori commerciali da parte dei gestori delle piattaforme idonee a ostacolare il corretto funzionamento del mercato interno.

Le norme del regolamento sono recate senza pregiudizio per il diritto nazionale (art. 1, par. 4), ed in particolare «il diritto contrattuale, nella fattispecie le norme sulla validità, la formazione, gli effetti o la risoluzione di un contratto, nella misura in cui le norme nazionali di diritto civile sono conformi al diritto dell'Unione e gli aspetti pertinenti non sono contemplati dal presente regolamento».

Riconosciuta la maggior forza dei fornitori di servizi di intermediazione online rispetto agli operatori professionali, il regolamento introduce alcuni obblighi di trasparenza e di informazione a tutela delle "parti deboli". Viene inoltre istituita una serie di garanzie e di tutele volte ad assicurare l'effettività dei diritti riconosciuti dall'ordinamento, agevolando ad esempio il dialogo tra le parti nel caso di controversie.

L'art. 3 del regolamento stabilisce regole in materia di condizioni generali, imponendo al gestore della piattaforma di redigere le condizioni generali applicabili ai professionisti con un linguaggio «semplice e comprensibile» e renderle facilmente accessibili e consultabili dal professionista. Ogni modifica delle condizioni generali, se determinate unilateralmente, deve essere proposta al professionista su supporto durevole, e può divenire efficace non prima del decorso di quindici giorni dalla comunicazione.

---

<sup>25</sup> Nel 2017 l'Autorità Antitrust Francese (DGCCRF), all'esito di una indagine svolta sui rapporti tra Amazon e gli operatori commerciali, specialmente in tema di facoltà di modifica unilaterale delle condizioni generali in danno degli operatori commerciali, ha chiesto la condanna del gestore della piattaforma al pagamento di una sanzione di 10 milioni di euro: sul punto, v. il comunicato stampa ufficiale *Pratiques commerciales des plateformes numériques : annonce des résultats d'une enquête d'envergure de la DGCCRF*. Più di recente, con provvedimento del 10 aprile 2019, l'AGCM ha deliberato l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti di cinque società del gruppo per accertare un presunto abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 del TFUE in relazione ai vantaggi in termini di maggiore visibilità che la piattaforma offrirebbe ai venditori terzi che fruiscono al servizio di logistica offerto da Amazon.

Il carattere unilaterale dei termini e delle condizioni di servizio deve essere apprezzato «sulla base di una valutazione complessiva», rispetto alla quale non è determinante la circostanza che alcune parti di tali condizioni siano state oggetto di negoziazione o determinazione bilaterale, né appare rilevante la valutazione in ordine alla dimensione relativa delle parti. In altre parole, il regolamento richiede una valutazione complessiva degli equilibri tra le parti, per verificare se, al di là delle apparenze, vi sia stata una effettiva libertà delle parti a negoziare le condizioni per l'accesso e l'uso della piattaforma. In tema di informazione agli utenti commerciali, si impone al gestore della piattaforma di fornire in modo chiaro e trasparente informazioni relative alle condizioni alle quali il gestore si riserva il diritto di limitare il servizio o cessare il rapporto con gli utenti commerciali. Devono inoltre essere fornite informazioni chiare su «eventuali canali di distribuzione aggiuntivi e potenziali programmi affiliati attraverso i quali i fornitori di servizi di intermediazione online possano commercializzare i prodotti e i servizi offerti dagli utenti commerciali».

La violazione delle norme in materia di contenuto determina l'inefficacia delle condizioni abusive, analogamente a quanto avviene nei contratti di consumo.

Con il regolamento sono state poste inoltre norme di tutela dei professionisti per il caso di sospensione o chiusura arbitraria dell'account, imponendo la previsione nelle condizioni generali di criteri oggettivi in base ai quali il gestore della piattaforma può sospendere o chiudere l'account dell'utente professionale. In caso di cessazione della fornitura dei servizi verso un determinato utente, è imposto in capo al gestore della piattaforma l'obbligo di fornire un preavviso di almeno 30 giorni prima che la limitazione abbia effetto, salvo che l'interruzione sia motivata dall'adempimento di obblighi normativi, da motivi imperativi a norma del diritto nazionale o da reiterate violazioni dei termini contrattuali da parte dell'utente. Tale preavviso deve essere comunicato su supporto durevole e deve contenere le motivazioni della cessazione, che devono essere circostanziate e fare riferimento a comportamenti dell'utente professionale, in modo da consentirgli di difendersi dagli addebiti anche attraverso l'uso dei sistemi di reclamo interni la cui istituzione è prevista dal regolamento.

In tema di trasparenza, si prevede altresì che i providers di servizi di intermediazione siano tenuti a mettere a disposizione degli utenti professionali una descrizione sommaria dei criteri utilizzati per determinare il *ranking* dei contenuti e indicare se vi sono forme dirette o indirette di remunerazione che possono incidere su di esso o se il sistema tiene conto delle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti ai consumatori tramite i servizi di intermediazione online o della pertinenza di tali caratteristiche per i consumatori.

Devono inoltre essere esplicitati eventuali trattamenti differenziati che il che il servizio potrebbe effettuare tra i beni e servizi offerti dal fornitore di servizi stesso o da utenti commerciali controllati da detto fornitore e altri utenti commerciali.

Il regolamento prevede inoltre l'istituzione di un quadro di rimedi, interni e esterni alla piattaforma, per risolvere in modo celere con l'intervento di operatori umani le controversie sorte tra gli operatori professionali ed i gestori delle piattaforme. In particolare, l'art. 11 prevede che il fornitore del servizio sia tenuto a mettere a disposizione un sistema interno di gestione dei reclami che consenta la gestione senza ritardo dei

reclami e fornisca una risposta individualizzata e motivata. In caso di fallimento del rimedio interno, deve essere previsto il ricorso ad organismi di mediazione alternativi alla tutela giurisdizionale.

A tutela dell'effettività dei diritti riconosciuti agli operatori professionali si prevede inoltre l'istituzione di rimedi collettivi, quali azioni inibitorie collettive (art. 14), promosse dalle associazioni degli utenti professionali far cessare condotte illecite dei gestori dei servizi online e si prevede l'obbligo in capo agli Stati membri di adottare misure sanzionatorie effettive, proporzionate e dissuasive (art. 15).

## 5. Conclusioni

La crescita delle piattaforme online e il loro ruolo sempre maggiore nelle transazioni economiche impone l'adeguamento della normativa di settore, per assicurare l'equilibrio dei rapporti tra le parti.

Nei confronti di questi soggetti, la posizione degli operatori tradizionali tende a assumere caratteri per molti versi simili a quella degli utenti non professionali, attesa la tendenziale soggezione alle condizioni e alle pratiche poste in essere dal gestore della piattaforma.

Si assiste dunque, nell'ambito delle più recenti proposte normative, all'introduzione anche nei rapporti tra operatori professionali e fornitori di servizi di intermediazione online, di forme di tutela tradizionalmente riconosciute ai consumatori.

Restano da affrontare alcuni nodi irrisolti, come la determinazione del ruolo dei *prosumer* e la loro qualificazione nell'ambito della normativa in materia di rapporti di consumo.

Come osservato da alcuni autori, tali esigenze, per poter essere adeguatamente affrontate e risolte, richiedono l'elaborazione di un corpo di norme nuove, calibrate sulle peculiarità che i rapporti che si sviluppano in rete hanno rispetto a quelli che si svolgono nel mondo fisico<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul punto, v. C. Twigg-Flesner, *The EU's Proposals for Regulating B2B Relationship and online platforms – Transparency, Fairness and Beyond*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2018, 222 ss., spec. 233: «*The digital world is more than just an electronic extension of the digital world, and its challenges will require more creativity in fashioning a suitable legal response. The relationship between business user and OISP's seems a good area for such creativity*».



# **ADR, ODR, claims, reputation: the quest for an effective justice model for online transactions\***

Valentina Morgante

## **Abstract**

The goal of the paper is to briefly explore the challenges and potentialities of different justice models within the Digital Market.

For this purpose, the analysis is focused on ODR (Online Dispute Resolution) and ODA (Online Dispute Avoidance) methods, trying to investigate if – and to what extent - at the present stage of their development, they proved themselves suitable to be awarded a medal of effectiveness in the arena of online legal disputes.

## **Summary**

1. The Digital Market: a world (wide web) of law without justice or of justice without law? – 2. ODR, stranger things? – 3. ODA (Online Dispute Avoidance) tools: when the justice without law risks, sometimes, to turn into law without justice – 4. Finding Nemo: which law for ODR? – 5. Some few (provisional) conclusions.

## **Keywords**

Digital Justice; Web Reputation; Online Dispute Resolution; Online Dispute Avoidance

---

## **1. The Digital Market: a world (wide web) of law without justice or of justice without law?**

As effectively stated by Jeffrey Robertson «justice is the great game precisely because its rules provide the opportunity of winning against the most powerful [...]. This does not mean that David will necessarily slay Goliath, but that laws of battle will prevent Goliath from sidling up and hitting him on the head. They arm David with a slingshot, a possibility of victory»<sup>1</sup>.

Those words of hope (particularly rare and inspiring, since meant to talk to a traditionally skeptical professional category, such as the one of the modern lawyers) were written by Mr. Robertson referring to the highly value-oriented and problematic re-

---

\* Il presente contributo corrisponde, con alcune integrazioni, al testo dell'intervento svolto in occasione del convegno *JusTech e Industry 4.0, i cambiamenti indotti dalle nuove tecnologie nel diritto delle imprese*, Università degli Studi di Padova, 14 febbraio 2019. Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista.

<sup>1</sup> G. Robertson QC, *The justice game*, London, 1999.

lationship between justice and human rights. Nonetheless, the same principle might be well applied – *mutatis mutandis* – to the (relatively) new quest for an effective justice model for online B2C transactions<sup>2</sup>.

Indeed, since the dawn of the digital market, Authors have been asking themselves if the Internet – land of many Davids and few (but big and powerful) Goliaths – would become a world of law without justice or, on the opposite, of justice without law<sup>3</sup>.

Both, and none of the two, most probably.

## **2. ODR, stranger things?**

The rise of a widespread awareness in relation to the centrality of ODR (Online Dispute Resolution) for the full development of the worldwide digital market is fairly recent<sup>4</sup>.

Nonetheless, already in the mid-late 90s many Scholars started to deal with the above field of investigation<sup>5</sup>, predicting that the dappled world of ADR was doomed to become even more jeopardized after meeting its online dimension<sup>6</sup>, and, like this, evolving into ODR.

ODR is in fact an acronym whose scope is, potentially, even wider than the one of ADR, thanks to the peculiarity of combining the “alternativeness” of ADR to – some – online dimension<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> The acronym B2C commonly refers to commercial transactions between a professional operator (identified, in the acronym, by the letter B - “Business”) and a consumer (identified in the acronym by the letter C – “Consumer”). B2C transactions are commonly opposed, respectively, to C2C transactions (acronym referring to peer-to-peer commercial transactions between non-professional players) and B2B transactions (acronym referring to peer-to-peer commercial transactions between professional players). For the above purpose of distinguishing between different categories of transactions based on the subjective characteristics of the parties involved, reference can be made to the legal definition of consumer provided by EU Legislation. Pursuant to art. 2 of the Directive 2011/83/EU of October 25, 2011 on consumer rights, indeed, «“consumer” means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession». In turn, according to the same provision, «“trader” means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession».

<sup>3</sup> For an early adopter prospective, see J. Auerbach, *Justice without law? Resolving Disputes without Lawyers*, Oxford, 1983.

<sup>4</sup> As shown by the contemporary blooming of scientific publications, as well as ODR Legaltech start-ups.

<sup>5</sup> See, among others, M. Burnstein, *A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment*, in K. Boele-Woelki, C. Kassedjan (ed.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, The Hague, 1998, 23-24; H. Perrit, *Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2000, 675 ss.

<sup>6</sup> As effectively stated by Hornle, indeed, «the application of conventional jurisdictional rules to Internet disputes is enormously complex, unpredictable and uncertain, often because jurisdictional rules are based on territorial connecting factors – such as the place of performance of a contract, or the place where a tort occurs – that are highly ambiguous in the Internet-related cases». See J. Hornle, *The jurisdictional Challenge of the Internet*, in L. Edwards – C. Waelde (ed.), *Law and the Internet*, Portland, 2009, 121 – 122.

<sup>7</sup> See J. Hörnle, *Online Dispute Resolution – The Emperor’s New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute*

Again, not a trivial combination (nor under its characteristics or its outcomes).

The acronym “alternative dispute resolution” (ADR) traditionally refers to any dispute resolution methods alternative to the “ordinary” one, meaning the one achieved through the intervention of a State Court.

The “alternativeness” can therefore: (a) be merely subjective, having to do with the way the trusted third party is appointed (as it happens with arbitration, where the case is adjudicated by an arbitrator appointed by the parties, instead of a State Judge); or (b) involve the objective potential outcome of the settlement (as it happens with mediation, naturally purposed to transformative outcomes, in contrast with the adjudicative characterization of any judicial judgement)<sup>8</sup>.

ODR adds to this picture (itself controversial) an “online dimension”, which might attach: (i) to the (virtual) place where the trusted third party “sits”; (ii) to the nature (human, virtual or mixed) of the trusted third party; and / or (iii) to the kind of transaction from which the disputes to be settled arise<sup>9</sup>.

In this context, the least innovative (and problematic) category of ODR is the one aimed to settle any disputes – regardless if related or not to deals closed in the digital market – through the intervention of a human trusted third party who does not physically meet the litigants, using exclusively technology to receive the pleads, to run any eventual hearing and to deliver his or her judgement or his or her proposal of mediation.

Here, indeed, technology plays a role of mere facilitator of the most classical dispute resolution activity, making it faster and (relatively) cheaper.

The level of complexity increases when it comes to settle disputes related to deals closed in the digital market and in particular B2C (or C2C) transactions.

The peculiar nature of this kind of transaction, in fact, radically changes the quest for justice, imposing an overall rethinking of it.

Reference is made to the most typical, and common, digital commercial transactions, the B2C ones: as for every consumeristic transaction, their main characteristics are obviously the (averagely) low economic value, which may often vary between some hundreds to some few euros, itself preventing – as it also happens in “traditional” transactions – full access to justice. With reference to online transactions, though, the effect of prevention of full access to justice is amplified by the long-distance (typically

---

*Resolution and its Application to Commercial Arbitration*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2003, 2: «In one sense, ODR is simply about the use of new tools – information management tools and communication tools – for dispute resolution. But it is equally true that these tools change the methods by which disputes are being solved. ODR introduces a new paradigm of dispute resolution».

<sup>8</sup> For an general overview of the modern alternatives to litigation, both outside and inside the IT society, see A.R. Roddler, J. Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge, 2010, spec. 1-38, 72-85.

<sup>9</sup> As assessed by Goodman in fact, «Online dispute resolution (“ODR”) can take place either entirely or partly online and concerns two types of disputes: those that arise in cyberspace and those that arise offline. As Internet usage continues to expand, it has become increasingly necessary to design efficient mechanisms for resolving Internet disputes because traditional mechanisms, such as litigation, can be time-consuming, expensive and raise jurisdictional problems. Offline disputes, on the other hand, can be addressed with traditional dispute resolution mechanisms supplemented with online technologies». See J.W. Goodman, *The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites*, in *Duke Law & Technology Review*, 2, 2003, 1 ss.

transnational) nature of the deal, which in case of a litigation carries with it well-known (and expensive to solve) international private law issues such as the ones of applicable law, jurisdiction and cross-border enforcement<sup>10</sup>.

They are, in other words, disputes unsuitable to be solved by «black-robed judges, well-dressed lawyers and fine paneled courtrooms»<sup>11</sup>. On the opposite, they require simplified, accessible and quick models of settlement.

Here comes, again, technology, largely used to facilitate the adjudicative procedure<sup>12</sup>. It might be alleged, in fact, that the most authentic “alternativeness” of ODR lays in the use of technology (eventually in combination with human intervention) as a trusted third party, suitable to solve any commercial dispute arising from online transactions in a quick, effective and neutral (*rectius*, standardized) way<sup>13</sup>.

This opens the door to a crowded and diverse world, which starts from the so-called «cyber-Mediation Websites»<sup>14</sup> and lands to «decision support ODR services», using technology as a generator of automated suggestions for optional solution, elaborated by software agents whose functioning is based on data related to conflict resolution behaviors and communication theories<sup>15</sup>.

As it is quite intuitive, the more one swift towards the latter, the more the original quest for efficiency in digital justice seems to be addressed (provided – but by no means guaranteed - that the technological trusted third party is truly trustworthy)<sup>16</sup>.

### **3. ODA (Online Dispute Avoidance) tools: when the justice without law risks, sometimes, to turn into law without justice**

While technology is becoming more and more powerful as an underlying mean of empowerment of ODR methods, some technologically (almost) free tools might still retain the podium of effectiveness in the resolution of online disputes (quite sometimes achieving it through ODA)<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> For a comprehensive analysis of the challenges posed by e-commerce transactions, see P. Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, London, 2011, 1-12.

<sup>11</sup> W.E. Burger, *On Vicious Legal Spiral*, in *Judges Journal*, 16, 1977, 49.

<sup>12</sup> R. Koulu, *Law, technology and dispute resolution*, London, 2018, 6.

<sup>13</sup> Being the two hardly synonymic: for further references, see below note No. 16.

<sup>14</sup> Serving «as a neutral arena to exchange settlement offers», until the parties agree on the same blind bid. On the topic, see J. W. Goodman, *op. cit.*; E. Katsh, J. Rifkin, A. Gaitenby, *E-Commerce, E-Disputes and E-Dispute resolution: In the Shadow of the “eBay Law”*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2000, 720-721.

<sup>15</sup> One of the harshest criticisms to the use of automated technological third parties (lately quite effectively boosted by technological development, especially in the field of AI and blockchain) as online dispute resolution solvers is the risk of discrimination depending, among others, on the bias initial settings of the algorithm. On the topic see M. Kilgour, C. Eden, *Handbook of Group Decision and Negotiation*, Berlin, 2010, 431.

<sup>16</sup> See B. A. Williams, C.F. Brooks, Y. Shmargad, *How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications*, in *Journal of Information Policy*, 2018, 78 ss.

<sup>17</sup> According Cortés the phenomenon of ODA is so relevant that the same macro-category of ODR

Among them, the king and the queen of the world (wide web) of justice without law are feedbacks and (virtual) standardized settlement agreements, both based on the powerful non-legal sanction mechanism of reputation.

As for feedbacks, it is indisputable that peer to peer reviews became, throughout the years, crucially important in the average online buyer-user experience<sup>18</sup>, given that more and more often the buyer's pre-purchase opinion is (mainly) formed on the feedbacks written by the previous users.

Indeed, in a high-volume transactions' environment such as the digital market, the feedback mechanism can naturally work as an «informal third-party control»<sup>19</sup>, aimed to increase consumers' confidence<sup>20</sup> by offering to the buyer access to a pool of information related (by similarity) to the transaction he or she is about to close and coming from experienced (in the sense that they already went through a similar experience), neutral (in thesis)<sup>21</sup> third parties.

With the indirect benefit of decreasing – *de facto* – the likelihood of future disputes related to the feedbacked transaction.

In turn, settlement agreements, reached in B2C transactions through the offer (and the respective acceptance) of forms of compensation alternative to the pecuniary one, create a non-strictly legal ODA mechanism mainly based on reputation, filtered through customer satisfaction.

A typical example can be found in the case of the discount coupon offered in discharge of a late delivery. By accepting, the purchaser – while waiving any right to claim a further compensation for any damage it could have occurred to him or her as a consequence of the delay – gets immediate compensation<sup>22</sup>.

Besides, it is not rare for this kind of settlement agreement to be spontaneously proposed by the seller, without even any need of the filing of a claim.

It is, therefore, a fairly efficient mechanism, allowing the customer to an immediate compensation (avoiding any uncertain investment of time and resources required by a legal claim) in any case he or she appreciate as satisfactory, in an overall perspective, the alternative compensation offered to him.

---

«can be divided into dispute avoidance and dispute resolution». P. Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, London, 2011, 59.

<sup>18</sup> To such an extent that some computer scientists, already almost two decades ago, theorized that without feedbacks many marketplaces would not even have come into existence: M. Singh, *The Practical Handbook of Internet Computing*, New York, 2004, 20-23.

<sup>19</sup> S. Panther, *Non-legal sanction*, in B. Bouckaert, G. De Greet (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York, 2000.

<sup>20</sup> See S. Yuthayotin, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce*, Berlin, 2004, 229.

<sup>21</sup> In this paper, the complex legal problems arising from the hypothesis of bias, or purportedly adverse or even false, feedbacks, will not be discussed. For an introduction to an ODR mechanism intended for disputes on fraudulent user reviews, see e.g. K.G. Newcomer, *Online Dispute Resolution Decision Making – A NetNeutrals Practitioner's View*, in C. Adamson (ed.), *Online Dispute Resolution: An International Business Approach to Solving Consumer Complaints*, Bloomington, 2015.

<sup>22</sup> The examples are the same anyone could find in the traditional textbooks of private law for the hypothesis of a good or service purchased under the condition for it to be provided before or on a certain date (e.g. the special white scarf bought by the bride in order to wear it on her wedding day but delivered, nonetheless the express obligation foreseen in the contract, only a week later).

But does it all go for the benefit – and the enhanced protection – of the consumer, finally realizing justice without need of law? Not always, and not necessarily.

As for the feedbacks, it seems actually fairly reasonable that a widespread and systematized feedback system may also have, as a side effect, a raise of the consumer's threshold regarding the expected diligence to comply with his or her legal obligations. For instance, a non-conformity claim could be objected ungrounded (or, at least, could be objected that the related guarantee would be strongly mitigated in its scope and effectiveness), in any case the purchaser, by simply reading the feedbacks made available on the purchasing website or platform, could become fully aware of the real characteristics of the service or the product provided.

This could result in turning the non-legal ODA instrument of feedback in a tool for dispute avoidance (re)balancing, this time based on the law, the positions of the seller and the purchaser.

Moving on to deformalized (where not hidden) settlement agreements, it might be disputed that, while granting a generalized compensation to all the purchasers who find themselves in the same situation towards the seller – regardless of the filing of a claim (and therefore increasing the substantial level of justice in the system) – the unsolicited offers for compensation may jeopardize the effectiveness of the individual access to justice and full legal compensation.

Especially if we assume, as it seems rather reasonable to do, that a party who already filed a claim is normally well aware of his or her Zone of Possible Agreement (ZOPA)<sup>23</sup>, while the same proposition is not necessarily true with reference to the addressee of unsolicited offers of settlement.

Let's say, for example, that the mobile internet connection offered in a certain region from a given operator does not work for some hours, during a working day. The morning after, the telephone company sends to all its customers, through its app, a notification, saying that if he or she would accept it, to make it up for the disservice of the day before, they would offer a full day of unlimited, free, connection. Accepting it, obviously, means waiving – implicitly – any further claim for compensation, even the ones the customer did not still even realize to exist (it could be for example that due to the lack of connection a payment order was not executed by the payment app, exposing the customer to a fine, without him or her having even noticed it at the time of the acceptance of the “settlement”).

This is not, though, necessarily clear for the customer who simply accepts, with a tap (or eventually just uses, without rising any objection), the offer for unlimited connection the day after.

And still a lawyer could argue that it was a valid and effective settlement agreement, suitable to exclude the right to claim any other additional form of compensation.

Again, the equilibrium between justice without law and law without justice lies in a thin line.

---

<sup>23</sup> The concept of Zone of Possible Agreement (ZOPA) is commonly used in the theory of negotiation to refer to the bargaining range where two or more parties can find a common, mutually satisfactory, ground. For this purpose, according to Mnookin, Peppet and Tulumello, the ZOPA «defines a “surplus” that must be divided between the parties». See R.M. Mnookin, S.R. Peppet, A.S. Tulumello, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Boston, 2004, 19.

### 4. Finding Nemo: which law for ODR?

Being heavily based and dependent on technology, ODR physiologically goes through continuous, fast, evolution (as it does, with the same and even bigger rate of acceleration, the digital market they are purported to serve) and the Regulator struggles to keep the pace up.

It is actually objectively difficult (both on a national and an international level) to effectively take action at a normative level, avoiding the concrete risk of a premature obsolescence of any regulation on the subject<sup>24</sup>.

Not by chance, the first intervention of the EU on the topic dates back to 2001<sup>25</sup> and still, almost 20 years (of heavy and continuous development – both substantial and legislative – of the digital single market) later, an updated and efficient institutional model of ORD for the EEA could not still be perfected<sup>26</sup>.

(Only) in 2016, indeed, the European Commission inaugurated a public ODR platform, common to all Member States and aimed to allow consumers and traders in the EU or Norway, Iceland, and Liechtenstein to resolve disputes relating to online purchases of goods and services without going to court<sup>27</sup>.

The platform, though, at least at the present stage, did not yet achieve a satisfactory level of efficiency.

In 2017<sup>28</sup>, upfront of 5 Million visitors to the platform website (which confirms the huge interest and centrality of the thematic) only 36,000 claims were filed.

Among those 36,000, only 2% was settled in ODR, while 81% of the procedures was closed within the first 30 days<sup>29</sup>. Which means, according to the procedural rules of the platform<sup>30</sup>, that in 8 cases out of 10 the seller did not agree on the choice of a settlement body, so that the claim cannot be processed any further through the platform. In such a context, it seems fair to say that provisions such as the one of art. 14 of the EU Regulation 524/2013 – obliging traders established within the Union engaging in

<sup>24</sup> Moreover, premature obsolescence is one of the main contemporary discussion topics of the entire technological world. On this point, see R. Kurz, *Quality, obsolescence and unsustainable innovation*, in *Ekonomski Vjesnik*, 27(2), 2015, 511 ss.

<sup>25</sup> Reference is made to the Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (the so called “Directive on electronic commerce”) and to the Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes.

<sup>26</sup> Nonetheless since then the subject was further regulated in multiple occasions, and in particular – lately – through the Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (the so called “Directive on consumer ADR”) and the Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (the so called “Regulation on consumer ODR”).

<sup>27</sup> As explained in the [home page of the EC ODR platform website](#).

<sup>28</sup> More specifically, between February 2017 and February 2018: the second year of functioning of the platform.

<sup>29</sup> The data are taken by the [report published in December 2018 by the European Commission](#).

<sup>30</sup> [Available at ec.europa.eu](#).

online sales or service contracts, and online marketplaces established within the Union, to provide on their websites an electronic link, easily accessible for consumers, to the ODR platform – did not prove themselves as an over effective tool of consumer protection.

The intentions were good, so where is the catch?

With reference to the specific case of the EC ODR platform, it might be argued that the rationale behind those – not heartwarming, to say the truth – numbers is that the platform involves an almost total lack of automation and technological advancement<sup>31</sup>, basically ending up being a mere collector of claims which, through the mediation of the platform (materializing in an email sent – under the effigy of the EC – to the seller) are notified to the Business party of the B2C transaction.

Nonetheless, the failure of ODR to achieve a widespread market implementation, proved worldwide to be quite a general one, resulting from multiple, concurrent critical factors<sup>32</sup>, ranging from the lack of enforceable mechanisms, to the inequality in bargaining power between parties and linguistic barriers<sup>33</sup>.

All the above-mentioned difficulties, thus, could be most probably largely reduced by the right combination of appropriate technological developments and legal changes, quite undetachable ingredients for a tasty ODR cocktail (requiring not too much of a detailed legislation and not too few of an inch of pioneerism in the use of technology).

## **5. Some few (provisional) conclusions**

ODR (and, more generally, online justice) will play a fundamental role in the further full development of the digital single market<sup>34</sup>.

In turn, the right dose of legal boundaries is crucial to make ODR a popular tool of online justice, as recognized by the European Commission in its Communication of 13 April 2011<sup>35</sup>, which identifies legislation on ADR including an electronic commerce dimension as one of the twelve levers to boost growth and strengthen confidence in the Single Market.

The need for some kind of legal framework has long been accepted even by US Authors, traditionally much more reluctant to invoke the intervention of the regulator<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Neglecting, at least at the present stage, any use of upcoming technologies, such as blockchain and (blockchain based) smart contracts.

<sup>32</sup> For an early, comprehensive analysis of the reasons which contributed to the failure of many ODR programs, see T. Schultz, *Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 6, 2004, 75.

<sup>33</sup> J. Hornle, *Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions*, in *Journal of Information Law & Technology*, 2002.

<sup>34</sup> As emphatically underlined by Rule «only after users of online marketplaces can obtain redress will the real potential of e-commerce be achieved». C. Rule, *Online Dispute Resolution for Business: B2B, Ecommerce, Consumer*, San Francisco, 2002, 89 ss. See also L. Mommers, *Virtualization of Dispute Resolution. Establishing Trust by Recycling Reputation*, in *Information and Communications Technology Law*, 15, 2006, 182 ss.

<sup>35</sup> Entitled “Single Market Act — Twelve levers to boost growth and strengthen confidence — Working together to create new growth”.

<sup>36</sup> On the topic, see R. Morek, *The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View*,



Indeed, though the Internet proved itself a sensibly chameleonic and flexible actor, it would be overoptimistic to imagine that it could, alone, perfectly adjust into a world of justice without law (especially if, keeping in mind art. 6 of the ECHR Convention, we would like to imagine this world as suitable to guarantee an adequate level of generalized – effective and substantial – access to justice).

A (world-wide), technologically aware and updated, legislation for the digital market is therefore needed, especially for the purpose to patrol the effectiveness of the general and individual access to justice in case of breach of the consumers' rights.

Arguably, though – to be effective and more resilient to technological obsolescence – the invoked regulation should not be a detailed and preceptive one, but rather a common framework of principle, setting boundaries and legal standards<sup>37</sup>.

From here, yet a further, fundamental, question: being the digital market by definition unbound from the traditional State-based logic governing the administration of legislative and judicial power, who will be the regulator in charge to setting up (or, at least, to systematize) the new (cyber) *lex mercatoria*<sup>38</sup> and its enforcement mechanisms?

---

in *University of Toledo Law Review*, 38, 2006, 303 ss.; S. Edwards, *Doing International Business Online for the Small and Medium Enterprise*, in T. Kubota (ed.), *Cyberlaw for Global E-Business: Finance, Payment, and Dispute Resolution*, Hershey, 2007.

<sup>37</sup> In this direction, significantly, go the Ethics guidelines for trustworthy AI published on April 8, 2019 by the High-Level Expert Group on AI of the European Commission.

<sup>38</sup> See S. Cooper, C. Rule, L.F. Del Luca, *From Lex Mercatoria to Online Dispute Resolution: Lessons from History in Building Cross-Border Redress Systems*, in *Uniform Commercial Code Law Journal*, 43, 2011.

---

# **Note a Sentenza**

## **Sezione Italia**

## “Continenza” à la carte in una TV sempre più barbara?

Maurizio Fumo

Corte di Cassazione, sez. V pen., 20 marzo 2019, n. 32829

In tema di diffamazione, è configurabile l'esimente putativa dell'esercizio del diritto di critica nei confronti di chi abbia la ragionevole e giustificabile convinzione della veridicità dei fatti denunciati, lesivi dell'altrui reputazione, anche se di essa non sussista certezza processuale.

Nell'ambito di inchieste giornalistiche, le affermazioni e ricostruzioni che rechino valutazioni offensive dei soggetti coinvolti non costituiscono reato se i dati di cronaca assumano una funzione meramente strumentale alla formulazione di un giudizio critico di contenuto più ampio e diverso, di attuale e pubblico interesse, dovendo l'attualità della notizia essere riguardata non con riferimento al fatto ma all'interesse pubblico alla conoscenza del fatto e, quindi, alla attitudine della stessa a contribuire alla formazione della pubblica opinione, di guisa che ognuno possa liberamente orientarsi.

### Keywords

Diffamazione; Continenza; Diritto di critica; Scriminante; Libertà di espressione

---

Che gran parte delle trasmissioni televisive (nel nostro Paese come in altri) siano formidabili strumenti di diseducazione non può certo esser messo in dubbio. Uno dei più ascoltati pensatori del secolo passato ebbe a dedicare a tale problematica un saggio, agile quanto efficace, giungendo acutamente a osservare che «si offrono alla audience livelli di produzione sempre peggiori e l'audience li accetta purché ci si metta sopra del pepe, delle spezie, dei sapori forti, che sono per lo più rappresentati dalla violenza, dal sesso, dal sensazionalismo. Il fatto è che più si usa questo genere di spezie, più si educa la gente a richiederne [...] e se l'audience se ne stanca, basta aumentare le dosi»<sup>1</sup>.

E dunque, *si parva licet componere magnis*, la “vicenduzza” di cui - suo malgrado, ovviamente - ha dovuto occuparsi la Suprema Corte di Cassazione appare sintomatica del degrado culturale cui sembra inevitabilmente avviato il mezzo televisivo, in conseguenza della deriva così acutamente descritta nella prosa popperiana.

Il giudice penale italiano di legittimità infatti ha sempre dovuto farsi carico anche *de minimis* e dunque frequenti sono le pronunzie relative a liti di cortile, a contumelie tra comari, a *gossip* mediatici. Sia ben chiaro: la diffamazione è un reato che può avere conseguenze anche gravi, tanto sul piano dei rapporti interpersonali, quanto per i suoi

---

<sup>1</sup> K.R. Popper, *Cattiva maestra televisione*, G.Bosetti (a cura di), Venezia, 2012, 73-74.

riflessi economici e sociali: la reputazione altro non è che la considerazione di cui un individuo gode nel contesto in cui vive e opera e comunque nell'ambiente in cui è conosciuto. La reale portata offensiva del delitto di cui all'art. 595 c.p. dipende, oltre che, come è ovvio, dal contenuto del messaggio denigratorio, dal contesto e, naturalmente, dai protagonisti della vicenda. Il panorama è quanto mai variegato, tanto che chi scrive si è azzardato ad ipotizzare che, più che “della” diffamazione, si debba parlare “delle” diffamazioni, tanto possono essere diversi, appunto, i messaggi e i contesti (politico, sindacale, artistico, scientifico, professionale e, naturalmente, strettamente interpersonale)<sup>2</sup>.

E dunque, poiché - come è noto - la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca e/o di critica è frequentemente (puntualmente?) invocata da tutti coloro che sono chiamati a rispondere di questo reato, è da chiedersi se, fermo restando il requisito della verità del fatto narrato (o posto a base della critica sviluppata), gli altri presupposti richiesti dalla giurisprudenza per la corretta applicazione dell'art. 51 c.p. si atteggino diversamente a seconda, appunto, del contesto in cui la condotta viene tenuta. Ci si sta riferendo, ovviamente, alla rilevanza sociale e alla continenza espressiva<sup>3</sup>.

Da questo punto di vista la sentenza che si annota appare di particolare interesse.

Occorre però procedere con ordine.

La “vicenda materiale” che è alla base della pronuncia del giudice di terza istanza non potrebbe essere più emblematica. In due trasmissioni televisive (del 23 e del 28 marzo del 2011) che, in base a una terminologia affermatasi da tempo, potrebbero essere qualificate nazionali popolari, si sono confrontati alcuni soggetti (noti ai telespettatori per le loro apparizioni e le loro traversie), i quali si sono scambiati accuse e contumelie. Da qui il processo per diffamazione e la condanna, nei gradi di merito, di Mora Dario (detto Lele), nonché di Di Napoli Claudio e Petrone Ciro. Per la precisione, il giorno 23, Mora, intervenendo telefonicamente in una trasmissione alla quale partecipava Conversano Giovanni, aveva insultato “in diretta” quest'ultimo, il quale quindi era da considerarsi “presente” alla *performance* del suo avversario; il giorno 28, Mora, Di Napoli e Petrone, nel corso di altra puntata della medesima trasmissione, avevano ferocemente criticato il Conversano (assente) perché aveva preteso denaro per intervenire come ospite d'onore a una manifestazione sportiva di beneficenza. Dopo una interruzione pubblicitaria, il Conversano, che non aveva ascoltato tali accuse, si era “fatto vivo” telefonicamente e aveva preannunziato di volersi tutelare in sede penale.

Dunque, la persona offesa, il Conversano appunto, noto (a quanto pare) “tronista”<sup>4</sup>, aveva lamentato nella querela a suo tempo proposta di essere stato diffamato dai tre

<sup>2</sup> M.Fumo, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, *passim*.

<sup>3</sup> Che, sin dall'epoca del famoso “decalogo” (Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, *CED 436989*), sono state indicate, unitamente alla verità della notizia, come i presupposti per il legittimo esercizio del diritto di cronaca e di critica. La successiva giurisprudenza, sia civile che penale, ha sempre confermato tale impostazione, sia pure “smussando gli angoli” di una pronunzia, su alcuni punti, ingiustificatamente assertiva.

<sup>4</sup> Dizionario italiano *online*, Hoepli editore, 2018: «Tronista: s.m. e f. In alcuni talk *show* televisivi, personaggio, in genere di bella presenza, seduto al centro del salotto su una sorta di trono, che si offre a proposte di sapore mondano, corteggiamenti, pettegolezzi di vario genere da parte dei partecipanti alla conversazione». Si apprende dalla sentenza che Conversano era diventato “famoso” per aver partecipato alla trasmissione “Uomini e donne”.

predetti imputati che gli avevano rivolto epiteti offensivi (il Mora) e gli avevano attribuito condotte poco commendevoli (tutti).

La Corte di legittimità si è liberata con superiore *nonchalance* (e con un - pur appena percepibile - fastidio) delle eccezioni un po' "azzeccagarbugliesche" in tema di regolarità della querela (la firma del querelante non sarebbe stata correttamente autenticata, la querela sarebbe stata depositata da soggetto non identificato), citando consolidata giurisprudenza (cui può aggiungersi Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2012, n. 9106, *CED 252956*, in tema di identificazione del querelante attraverso la successiva costituzione di parte civile, nonché Cass. pen., sez. V, 5 marzo 2004, n. 17662, *CED 229586*, sempre sulla completa identificazione del querelante in base all'*iter* successivo alla proposizione della querela) che ha, da tempo, chiarito che la espressione della volontà punitiva va ricercata ponendo attenzione alla sostanza, piuttosto che alla forma, degli atti provenienti dalla persona offesa; e dunque: a) la querela doveva ritenersi munita di firma di autenticazione regolare, atteso che la data apposta da chi la aveva autenticata era palesemente frutto di errore, se solo la si poneva a confronto col timbro dell'ufficio che aveva ricevuto l'atto; b) non rileva la identità del depositante se la querela è debitamente autenticata, tanto che la querela è valida anche se il difensore "autenticante" risulta non (ancora) nominato formalmente, sempre che la volontà di nominarlo sia ricavabile *aliunde*.

I giudicanti poi hanno chiarito: 1) che parte della condotta addebitata ai ricorrenti era (ormai) penalmente irrilevante, trattandosi di ingiuria (depenalizzata nel 2016) e non di diffamazione, in quanto le offese erano state formulate in presenza (sia pure telefonica) del Conversano; 2) che altra parte doveva ritenersi non punibile ai sensi dell'art. 599, c. 2, c.p., dal momento che Mora aveva reagito ad affermazioni denigratorie che il Conversano aveva pronunciato nei suoi confronti nel corso di una precedente trasmissione televisiva, alcuni "spezzoni" della quale erano stati fatti visionare al Mora stesso nel corso della successiva trasmissione "Pomeriggio 5". Il fatto che il ricorrente versasse in presumibile stato d'ira per le cose sfavorevoli che il Conversano gli aveva attribuito è stato ritenuto più che probabile. Da qui la conseguente non punibilità e quindi l'annullamento senza rinvio (anche) su questo punto.

E così "si chiudono" i primi due episodi.

I giudicanti si sono quindi concentrati sulla residua parte dell'addebito, inquadrabile effettivamente (almeno in astratto) nello schema del delitto di diffamazione attraverso il mezzo televisivo. In sintesi Mora e compagni avevano sostenuto che il "tronista" Conversano aveva incassato una somma di denaro per partecipare (essendo ormai una *vedette*) a un evento di beneficenza e hanno aspramente criticato (con espressioni giudicate eccessive dal querelante e dai giudici di merito) tale comportamento mercenario. La Corte di legittimità ha però annullato senza rinvio l'intera sentenza di appello, ritenendo che anche il terzo addebito non fosse meritevole di sanzione penale in quanto i ricorrenti avevano esercitato il diritto di critica in riferimento a un fatto vero (Conversano aveva effettivamente preso soldi) e non ritenendo che fosse stato violato il parametro della continenza<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sul diritto di critica, tra le ultime pubblicazioni, va certamente citato: A. B. Fossati, *La diffamazione*

Con un rapido passaggio motivazionale (quasi per implicito), la Corte ha ritenuto anche la ricorrenza del presupposto della rilevanza sociale<sup>6</sup>. La «passione del pubblico» (così si esprime la Suprema Corte) per le vicende private di privati cittadini giustifica il fatto che esse siano legittimamente diventate oggetto di cronaca e di critica.

Sul punto, tuttavia, conviene spendere qualche ulteriore riflessione dal momento che, *ictu oculi*, potrebbe sembrare che la scarsa importanza del fatto la cui narrazione è stata offerta ai telespettatori, la personalità dei protagonisti della vicenda e il contenuto stesso della *querelle* tra gli stessi instauratasi (sotto la accorta regia di D'Urso Carmela, detta Barbara) non siano tali da soddisfare, appunto, il requisito della rilevanza sociale. Che un bel giovane, non illustratosi - a quanto pare - per particolari *res gestae* o profondità di pensiero, meriti o capacità, si sia fatto pagare (oppure no) per prendere parte a un evento potrebbe sembrare questione di scarsissimo interesse per la maggioranza dei consociati. Ma così evidentemente non è, se è vero, come è vero, che la trasmissione di Barbara-Carmela può contare su di una nutrita *audience* e su apprezzabili indici di ascolto.

Orbene c'è chi ha provato a distinguere tra interesse pubblico e interesse del pubblico<sup>7</sup>, intendendosi tale ultimo come quello di una massa indifferenziata di persone, anche per notizie futili e di nessun rilievo<sup>8</sup>, ma, a parte che si tratta di un evidente approccio di stampo moralistico (o almeno paternalistico), resta il fatto che, da un lato, non si vede in cosa consisterebbe (e chi dovrebbe accertare) la “oggettiva esigenza di informazione pubblica” (richiesta da parte della giurisprudenza citata in nota), che dovrebbe fondare il requisito della rilevanza sociale, dall'altro, tale opinione non tiene conto della deriva voyeuristica che ormai connota il mondo dell'informazione, tanto professionale, quanto amatoriale (“la passione del pubblico”, appunto).

Appaiono dunque davvero datate quelle posizioni di chi sosteneva che «deve ritenersi escluso l'esercizio del diritto di cronaca [ma, osserva chi scrive, non v'è ragione per non estendere l'affermazione anche a quello di critica] ... tutte le volte che l'informazione non abbia un contenuto in qualche modo pertinente alla formazione della pubblica opinione, ma sia distorta ad altro fine, come quello di soddisfare istinti di bassa curiosità del pubblico o di praticare il pettegolezzo»<sup>9</sup>. Riteneva infatti questo Autore che «l'interesse pubblico all'informazione non si identifica con la curiosità morbosa che parte del pubblico ha per le vicende piccanti o scandalose svoltesi nell'intimità della casa della persona che ha acquistato notorietà»<sup>10</sup>.

---

*tra media nuovi e tradizionali*, Milano, 2017, 92, che chiarisce efficacemente che «la finalità della critica è di stimolare un dibattito, anche settario, ideologicamente orientato e teso ad evidenziare aspetti che si intendono stigmatizzare e censurare», ma ci sia consentito anche ricordare M. Fumo, *op. cit.*, 234 ss.

<sup>6</sup> È noto che, per consolidata giurisprudenza, il diritto di cronaca e di critica è correttamente esercitato quando l'agente abbia fatto riferimento a fatti veri, socialmente rilevanti e si sia espresso in maniera “continente”; cfr. nota 3.

<sup>7</sup> A. Scalisi, *Brevi riflessioni sulla libertà di cronaca e il valore della persona umana*, in *Diritto di famiglia*, 1994, 138 ss.

<sup>8</sup> Per la giurisprudenza, vedasi Cass. pen., sez. V, 4 ottobre 2007, n. 46295, *CED 238290*.

<sup>9</sup> M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, 104-105.

<sup>10</sup> *Ivi*, 109.

Orbene, è evidente che queste considerazioni appartengono a un'era ormai chiusa, quando “Il grande fratello” era solo la presenza occhiuta e ossessiva nel capolavoro di Orwell e nessuno avrebbe immaginato che sarebbe venuto un tempo in cui non sarebbero stati “i curiosi” a spiare nelle vite degli altri, violandone la *privacy*, ma proprio i titolari della *privacy* a esibire in TV la loro vita intima.

In passato si era sostenuto che le vicende private di un personaggio pubblico fossero, entro certi limiti, pubbliche esse stesse, sia perché alcuni di tali personaggi (es. gli uomini politici) dovessero dar prova di coerenza tra ciò che dicevano in pubblico e ciò che in concreto facevano *uti cives*, sia perché altri soggetti (es. le star dello sport o del cinema) finivano - volenti o nolenti - per costituire modelli di condotta per i loro tifosi o *follower*. Insomma il prezzo della notorietà guadagnata sul campo (o sul set)<sup>11</sup>

Ma, con la diffusione dei *reality*, delle *chat* e dei cc.dd. *social*, la prospettiva sembra essersi rovesciata. In questi casi si tratta di soggetti “privati” (spesso semplici e anonimi *quisque de populo*) che divengono pubblici perché “pubblicizzano” la loro vita privata. E proprio in questi termini si esprime la sentenza, che fa parola di personaggi che diventano famosi e popolari «perché consentono di pubblicizzare la sfera privata della loro vita» e, dall'altro lato, di «spettatori morbosamente interessati alla conoscenza della vita privata di persone note». E, a questo punto, il cerchio si chiude, per così dire, perché le persone sono diventate note proprio in base a quel processo di “pubblicizzazione” cui sopra si è accennato. Insomma: una sorta di istituzionalizzazione del pettegolezzo. Recentemente, per la verità, si sta assistendo a una rivalutazione proprio del pettegolezzo, indicato, in una prospettiva darwiniana, addirittura come una delle matrici dell'altruismo e quindi della coesione sociale che ha permesso all'*homo sapiens* di diventare quello che è<sup>12</sup>; altra cosa, tuttavia, è il pettegolezzo mediatico, il quale non riguarda più una limitata cerchia di persone che tutte, più o meno, si conoscono: in TV il pettegolezzo è merce di consumo e dunque, in ultima analisi, spettacolo di un *serial*, che dovrebbe essere specchio della “vita reale” della gente comune. Insomma una sorta di antropologico “uno vale uno”, perché nella vita privata siamo (saremmo) tutti eguali.

Ma, è da chiedersi, intrecciare in TV schermaglie erotico-sentimentali (magari assisi su di un trono di cartapesta), sparlare di altri, riferire pettegolezzi, litigare (per finta o sul serio), formulare considerazioni di assoluta banalità (quando non plasmate sui più triti luoghi comuni) significa fare informazione?

Per rispondere a tale quesito bisogna ricordare che è stato ritenuto che la rilevanza sociale, se può assumere dimensione ecumenica (i fatti della politica dovrebbero da tutti essere sentiti come fatti propri e rilevanti), può anche avere una portata settoriale. E dunque i fatti del condominio hanno rilevanza sociale per i condomini<sup>13</sup>, i fatti di

<sup>11</sup> Sul punto specifico vedasi, tra gli altri, F. Verri, V. Cardone, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2003, 234 ss., nonché, V. Pezzella, *La diffamazione, Responsabilità penale e civile*, Torino, 2009, 276 ss.

<sup>12</sup> F. Giardini, *Oxford handbook of gossip and reputation*, Oxford, 2019. Sostiene l'Autrice che spettegolare è attività intellettualmente molto complessa perché presuppone la capacità di valutare e selezionare contenuti e destinatari della informazione e ha come conseguenza, sul piano oggettivo, la condivisione di notizie che, pur riguardando i fatti minimi di una comunità, contribuiscono a definirne i tratti identitari.

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. V, 19 aprile 2006, n. 19148, *CED 234430*, nonché 18 settembre 2007, n. 35543, *CED 237728*.

un *club* hanno rilevanza per i soci, le vicende di una associazione professionale hanno rilevanza per quei professionisti<sup>14</sup>, di talché, se l'informazione -corretta ancorché pregiudizievole per taluno - circola all'interno di quel gruppo sociale, il diritto di cronaca/critica non può che essere riconosciuto. Ma *quid juris* quando l'informazione (certamente non di stampo politico, culturale, scientifico o artistico e dunque non di portata potenzialmente universale) si risolve nel più puro *gossip*?

La risposta, anche se sconcertante, ci sembra inevitabile ed è data dai fatti, dalla rilevazione empirica del numero dei telespettatori, dal successo della trasmissione. A quella categoria di persone quei fatti interessano, quelle "informazioni" sono (o sembrano) utili, quantomeno come merce di consumo, quantomeno per passare un pomeriggio davanti alla TV.

Atteggiamenti censori, approcci didattici o addirittura "correzionali" sono inconcepibili (e anche pericolosi) in una società che pretende di avere un assetto democratico e liberale. Certo il dato non consola (e ci spinge, ancora una volta, a porci la domanda se possa esistere democrazia senza cultura diffusa), ma è evidente che parte non trascurabile dei consociati gradisce, o quantomeno, trova interessante o divertente, quel tipo di informazione (e di spettacolo).

Il requisito della rilevanza sociale (non si sa quanto settoriale) dunque, nel caso in esame, sussiste.

E veniamo al problema relativo alla continenza espressiva.

Che cosa essa sia lo chiarisce (si fa per dire) la giurisprudenza che sostanzialmente la definisce come «moderazione verbale»; dunque una sorta di galateo semantico, in base al quale la forma espositiva della critica rivolta deve essere strettamente funzionale alla finalità di disapprovazione, tanto da non trasmodare nella gratuita e immotivata aggressione dell'altrui reputazione.<sup>15</sup> Per la dottrina la continenza consisterebbe nella «serenità, misura e proporzione» dell'eloquio o dello scritto.<sup>16</sup>

Orbene il primo quesito che è doveroso porsi, essendo in presenza di una sentenza della Suprema Corte, consiste nel chiedersi se (ed eventualmente entro quali limiti) la Cassazione possa essere giudice (anche) della continenza. In linea di massima, la giurisprudenza lo ha escluso, sostenendo che la relativa valutazione costituisce giudizio di merito, rimesso quindi ai giudici dei primi due gradi che hanno, conseguentemente, l'onere di motivare adeguatamente<sup>17</sup>. E tuttavia è stato anche ritenuto<sup>18</sup> che la Corte ben possa conoscere e valutare l'espressione che si assume lesiva della altrui reputazione, in quanto è compito del giudice di legittimità procedere, in primo luogo, a considerare la sussistenza della materialità della condotta contestata e quindi della sua effettiva portata offensiva. Il fatto è che ciò che rileva non è il valore e il significato che l'agente ha eventualmente inteso dare alle parole pronunziate o scritte (o alle immagini o a qualsiasi altro veicolo di comunicazione), quanto il suo significato "sociale", vale

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 2009, n. 19396, CED 243606.

<sup>15</sup> Tra le tante, Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2016, n. 37397, CED 267866.

<sup>16</sup> Per tutti vedasi V. Pezzella, *op. cit.*, 282 ss. e le numerose citazioni che fa questo Autore.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 1980, n. 2320, CED 148102; 8 febbraio 2005, n. 11950, CED 231711; 1 luglio 2008, n. 31392, CED 241182.

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. V, 21 giugno 2005, n. 832, CED 233749.



a dire il fatto che esse siano comunemente percepite come offensive<sup>19</sup> (bene inteso, sempre che l'agente ne sia al corrente). Di talché, se il giudice di merito si è allontanato da quello che abbiamo chiamato il significato sociale della espressione, egli sta in pratica disapplicando una massima di esperienza; ciò legittima l'intervento della Corte di Cassazione. Naturalmente si tratta di una valutazione che deve tener conto della evoluzione delle "consuetudini espressive" della collettività, del modificarsi delle modalità comunicative. E non può essere dubbio che siamo in presenza di un processo di involgarimento del lessico: vengono adoperate parole, frasi ed epiteti che un tempo sarebbero stati estranei al vocabolario delle persone urbane (o almeno acculturate). E tuttavia un limite invalicabile esiste, un limite che, derivando direttamente dai principi costituzionali (essenzialmente dagli artt. 2 e 3), consente l'intervento del giudice della impugnazione, e, dunque, anche di quello di legittimità, nel caso si sia (erroneamente) ritenuto giustificabile l'utilizzo di espressioni con le quali la vittima viene accomunata a cose disgustose, oscene, a situazioni abiette ad animali ritenuti ripugnanti. Si tratta di espressioni comunicative oggettivamente incompatibili con quel minimo di rispetto che ad ogni uomo, in quanto tale, compete,<sup>20</sup> di vere e proprie procedure di degradazione o disumanizzazione che non possono essere poste in essere nemmeno in danno del peggior delinquente. A titolo di significativo esempio può esser citata una recente sentenza<sup>21</sup> con la quale la Corte ha annullato con rinvio la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto non costituire reato l'accostamento - effettuato in un *blog* - tra un soggetto apicale di un sodalizio mafioso, defunto in carcere, e «un gran bel pezzo di merda». La Cassazione, infatti, ha ritenuto che la centralità che i diritti della persona hanno nell'ordinamento costituzionale non consenta, nemmeno nel caso in cui il giudizio (ampiamente condiviso) su di un individuo sia indiscutibilmente e fortemente negativo, di considerare simili espressioni come connotate da continenza e dunque scriminate per il legittimo esercizio del diritto di critica. Si tratta, in sintesi, di espressioni inaccettabili, assolutamente sconvenienti, in qualsiasi contesto (e consesso) esse siano pronunciate<sup>22</sup>.

Ciò posto, tuttavia, dottrina e giurisprudenza<sup>23</sup> hanno da tempo chiarito che il limite della continenza varia a seconda dei vari contesti in cui la comunicazione si svolge. Così, ad esempio, si è ritenuto che, nell'ambito delle competizioni politiche, si possa far ricorso ad espressioni forti, pungenti, corrosive, mentre altro è il linguaggio richiesto quando si polemizza in altri settori (es. in campo scientifico, artistico, nella critica storica ecc.)<sup>24</sup>. Si tratta della c.d. "contestualizzazione" cui la giurisprudenza fa

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. V, 11 maggio 1999, n. 7597, *CED 213631*.

<sup>20</sup> Cass. pen., sez. V, 14 febbraio 2008, n. 11632, *CED 239479*.

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. V, 10 maggio 2017, n. 50187, *CED 271434*.

<sup>22</sup> Sul punto, specificamente, A. B. Fossati, *op. cit.*, 98 ss.

<sup>23</sup> Es. V. Pezzella, *op. cit.*, 283, per il quale il limite della continenza «non va inteso in senso assoluto e non possono ritenersi vietati coloriture o toni aspri e polemicamente rientranti nel costume». Per la giurisprudenza, a mero titolo esemplificativo dei vari "campi" in cui la critica può essere esercitata, Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2013, n. 37706, *CED 257255* in tema di satira; 21 febbraio 2007, n. 25138, *CED 237248*, in tema di critica giudiziaria; 19 dicembre 2006, n. 4991, *CED 236321*, in tema di critica politica.

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2004, 24087, *CED 228900*; 13 giugno 2007, n. 27339, *CED 237260*; 10 settembre 1985, n. 7951, *CED 170339*.

costantemente riferimento, vale a dire l'operazione intellettuale consistente nel relazionare l'espressione al contesto (spaziale, temporale e sociale) in cui essa ha visto la luce. È pertanto l'intero contesto comunicativo che va valutato, perché, a seconda del contesto in cui sono inserite, le espressioni (relativamente) sconvenienti potranno essere accettabili, oppure no. Ciò che posso gridare allo stadio, insomma, non posso scandirlo in un convegno scientifico; esistono, vale a dire, "consuetudini linguistiche" che connotano i vari settori sociali in cui le persone si muovono ed operano. È dunque chiara ed evidente la natura relativa (tranne i surricordati casi di "sconvenienza assoluta") del giudizio di continenza, che varia anche a seconda del soggetto cui si riferisce la notizia o la critica, oltre che, come si è detto, del contesto in cui la notizia viene diffusa o la critica formulata.

Orbene, non può essere dubbio (e la sentenza che si commenta lo sostiene esplicitamente) che, specie in ambito televisivo (per non parlare dei *blog*), il pervasivo lessico del populismo, il dilagante sanfedismo mediatico, il non sempre elevato livello culturale dei protagonisti sono fattori che hanno fortemente contribuito a un costante impoverimento della lingua, favorendo il dilagare di forme verbali approssimative, vernacolari, volgari, che si correlano a contenuti informativi futili, spesso ispirati a conformismo, banalità e superstizione.

Nell'ambito del ricordato programma "Pomeriggio 5", la rubrica televisiva cui si riferisce la sentenza si intitolava, come ha cura di segnalare l'estensore, "*Gossip a tutti i costi*" (*sic!*), il che suona come una inequivoca dichiarazione programmatica. Tra i costi pagati dai protagonisti non poteva non figurare il linguaggio, che, per la Corte di legittimità, è stato «pertinente al tema in discussione e proporzionato al fatto narrato ed al concetto da esprimere». Viene anche posto in luce il fatto che il Conversano aveva (volontariamente, come è ovvio) partecipato alla trasmissione, ma - è da ritenersi - non perché tale condotta possa essere sintomatica di una sorta di preventivo consenso dell'avente diritto (a essere insultato) *ex art. 50 c.p.*, quanto piuttosto perché essa va letta come accettazione del "terreno di scontro" e delle "regole di ingaggio", tra le quali l'utilizzo di un certo linguaggio (appunto: greve, fino alla scurrilità, approssimativo e violento, fino all'insulto). Dunque certamente pertinente è la considerazione formulata dalla Corte: «In casi quale quello di specie [...] devono ritenersi dilatati i limiti immanenti all'esercizio del diritto di critica costituiti dalla correttezza dell'esposizione». Affermazione che non deve tuttavia essere interpretata nel senso che, *in pari causa turpitudinis*, i contendenti debbano compensare le offese (l'art. 599, c. 2, c.p. - va ricordato - ha trovato applicazione solo per una parte della condotta diffamatoria addebitata ai ricorrenti), ma nel senso che, in quel tipo di comunicazione (e di spettacolo), quello è il linguaggio che correntemente si adopera (anche perché è molto probabile che né l'argomentazione dialettica, né la ricchezza di vocabolario connotino l'eloquio di quei personaggi, i quali dunque ricorrono, più frequentemente di altri, alla sintesi contumeliosa).

Insomma, avuto riguardo alla *Weltanschauung* dei tronisti (e di Barbara-Carmela), altro linguaggio non ci si poteva attendere che quello effettivamente adoperato.

Così, in ultima analisi, potrebbe tradursi il pensiero della quinta sezione.

Assunto certamente da condividere in pieno, con un solo *caveat*.

Fare riferimento al "contesto" non significa, né può significare, fare riferimento al

soggetto (cioè all'imputato). "Contesto" è parola che sta a indicare una *universitas*, una situazione, un "insieme". Dunque certamente non si risolve in un riferimento ai sentimenti, alla psicologia, ai moti dell'animo dei protagonisti del fatto o, addirittura, del solo protagonista attivo. Bisogna che quelle modalità espressive siano proprie di un universo culturale (elevato, mediocre o infimo che sia). Così, ad esempio dare del "fascista" a qualcuno può essere un insulto o una manifestazione di considerazione, a seconda delle circostanze in cui l'epiteto è lanciato (un'assemblea democratica o una cerchia di nostalgici del ventennio).

Diversamente ragionando, si giungerebbe al paradosso in base al quale gli insulti, le espressioni negative, i racconti realizzati con frasi infamanti e volgari sarebbero scimmiettati semplicemente facendo riferimento a chi li ha posti in essere, tenendo presenti il suo lessico privato, il suo personale modo di esprimersi, le sue abitudini semantiche (anche se si dovesse trattare di cattive abitudini).

Ecco: è in questo senso che la sentenza della Corte di Cassazione non deve essere intesa; altrimenti si giungerebbe (paradossalmente) a un concetto di continenza *à la carte*: parolacce, insulti, contumelie, insinuazioni o frasi denigratorie di senso compiuto (quando ci sia), mediaticamente diffuse, sarebbero penalmente giustificate solo perché quello è il *modus loquendi* dell'imputato. Ciò, oltre a contrastare con il comune buon senso, renderebbe la relazione tra gli umani sempre più .... barbara.

*Honi soït qui mal y pense*, naturalmente.

# **L'applicabilità della scriminante del diritto di cronaca a reati commessi prima (e in funzione) della pubblicazione di una notizia**

Silvia Vimercati

Corte di Cassazione, sez. II penale, 7 giugno 2019, n. 38277

La scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca può configurarsi non solo in relazione ai reati commessi attraverso la pubblicazione della notizia, ma anche in relazione a quelli integrati allo scopo di procacciare la stessa e, nello specifico, è compatibile con il delitto di ricettazione.

## **Sommario**

1. Il principio. – 2. La vicenda. – 3. La motivazione della Cassazione. – 4. Potenzialità e limiti del diritto giurisprudenziale.

## **Keywords**

Diritto di cronaca, Scriminante, Ricettazione, Interesse pubblico, Corte di Cassazione

---

## **1. Il principio**

La Corte di cassazione è tornata ad occuparsi dei confini della scriminante del diritto di cronaca, offrendo un ulteriore tassello a quella ricerca, che da tempo impegna i giudici nazionali ed europei, di un punto di equilibrio tra libertà di informazione e diritti di pari rango confliggenti.

Con la innovativa sentenza che si annota, la seconda sezione penale della Corte di cassazione, facendo tesoro degli insegnamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha ampliato l'ambito di operatività della scriminante del diritto di cronaca, stabilendo che essa può escludere la punibilità dei reati commessi non solo con la pubblicazione, ma anche allo scopo di rinvenire una notizia di pubblico interesse. Da qui, nel caso concreto, la Corte è giunta a ritenere che la causa di giustificazione possa escludere la punibilità del delitto di ricettazione.

## **2. La vicenda**

Dato conto del principio di diritto espresso dalla Corte, pare opportuno soffermarsi

sulla vicenda che ha originato la decisione.

Stando alla sintesi dei fatti offerta in motivazione, nel 2010 un giornalista e il direttore di un quotidiano nazionale avrebbero acquisito un CD rom contenente telefonate illecitamente registrate sulla linea telefonica del direttore di un supermercato dai titolari di una società che ivi gestiva la sicurezza. In particolare, i due giornalisti avrebbero proposto al fondatore di un'altra nota catena di distribuzione alimentare di assumere i due addetti alla sicurezza, per ottenere in cambio le predette intercettazioni e poi utilizzarle per la pubblicazione di alcuni articoli.

I giornalisti, chiamati a rispondere, per quel che qui maggiormente interessa, del reato di ricettazione aggravata, *ex art. 61 co. 1, n. 2 c.p.*, in concorso con l'imprenditore, all'esito del giudizio abbreviato, venivano assolti dal Gup perché il fatto non costituisce reato.

Dopo la riforma della decisione di prime cure da parte della Corte d'Appello, i giornalisti proponevano ricorso per cassazione avverso la sentenza di condanna, rilevando tra l'altro il mancato riconoscimento della causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di cronaca.

La Corte di cassazione, per le ragioni già anticipate, annulla con rinvio la decisione di secondo grado proprio con riferimento alla valutazione circa la sussistenza della scriminante.

Spetterà al giudice del rinvio applicare il principio di diritto enunciato dalla Corte, secondo cui anche i reati commessi prima della pubblicazione e funzionali al rinvenimento della notizia possono essere scriminati dall'esercizio del diritto di cronaca, e valutare se, ai fini della configurabilità in concreto dell'esimente, la pubblicazione degli articoli contestati apportasse un contributo a un dibattito pubblico su un tema di interesse generale e se l'interesse di informare prevalessesse sui "doveri e responsabilità" dei giornalisti.

### **3. La motivazione della Cassazione.**

Ripercorriamo ora il percorso motivazionale che ha condotto la Corte ad estendere l'ambito di operatività della scriminante del diritto di cronaca anche alle condotte penalmente rilevanti, precedenti alla pubblicazione, con le quali viene raccolta la notizia stessa.

Per giungere a tale approdo, la Cassazione anzitutto richiama alcuni suoi precedenti in materia. Una prima decisione del 2015<sup>1</sup>, pur escludendone la configurabilità nel caso concreto, aveva mostrato una qualche apertura riconoscendo l'astratta compatibilità tra la scriminante del diritto di cronaca e il reato di ricettazione. All'opposto, una più recente pronuncia del 2016<sup>2</sup> aveva invece stabilito che il diritto di cronaca e di critica possono assurgere a scriminante solo degli eventuali reati integrati con la diffusione della notizia, mentre non potrebbe essere scriminata la condotta di chi, per raccogliere la notizia stessa, violi la legge penale.

---

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. II, 15 maggio 2015, n. 25363, *CED* 265044.

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. I, 7 aprile 2016, n. 27984, in *Cassazione penale*, 1, 2017, 189 ss.

Il punto di arrivo della Corte, tuttavia, non pare affondare le sue radici nella giurisprudenza interna di legittimità, bensì discendere da un indirizzo inaugurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, il riferimento è alla celebre decisione *Fressoz et Roire c. Francia* del 1999<sup>3</sup>, ampiamente richiamata proprio nella decisione in commento, con cui i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la condanna a carico di un giornalista e del direttore di un giornale, per la pubblicazione di copie di documenti illegalmente ottenuti, avesse comportato una restrizione sproporzionata della libertà di espressione tutelata dall'articolo 10 della Convenzione. Più precisamente, la vicenda traeva origine dalla pubblicazione di copie delle dichiarazioni dei redditi del presidente di una azienda automobilistica di rilievo nazionale, dalle quali emergevano i suoi aumenti di stipendio. Si trattava di documenti che corredevano un articolo pubblicato in occasione dell'agitazione sindacale all'interno di tale società, causata dal rifiuto dello stesso presidente di concedere aumenti salariali ai dipendenti.

Dopo la condanna emessa dalla Corte d'Appello di Parigi, i due giornalisti si rivolgevano alla Corte lamentando una violazione dell'art. 10 della Convenzione.

La Grande Camera, in tale occasione, anzitutto ha ricordato i principi fondamentali della propria giurisprudenza, alla luce dei quali valutare il caso concreto: la stampa è uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e, benché, da una parte, occorra che non oltrepassi alcuni limiti, posti in particolare dalla reputazione e da altri diritti della personalità altrui e dalla necessità di non diffondere informazioni riservate, dall'altra, le compete «comunicare, nel rispetto dei propri doveri e responsabilità, informazioni e idee su tutti i temi d'interesse generale».

Spetta alle autorità nazionali valutare se porre restrizioni all'esercizio della libertà di espressione, ma nell'esercitare tale potere le stesse autorità debbono conferire maggiore rilevanza al confliggente interesse della società democratica di assicurare e mantenere la libertà della stampa. E ciò anche in ragione del fatto che quest'ultima, oltre a informare su temi di rilievo pubblico, risponde all'interesse della collettività di ricevere tali informazioni.

Fermo il ruolo essenziale riconosciuto alla stampa, i giudici europei evidenziano nondimeno che la garanzia di cui all'art. 10 non esonera i giornalisti dall'obbligo di rispettare le leggi penali di diritto comune.

Tuttavia, secondo la Grande Camera, nelle ipotesi in cui il giornalista diffonda notizie di interesse pubblico procurate attraverso la commissione di una ricettazione, è necessario valutare se, nel caso concreto, la conoscenza della notizia debba prevalere sui «doveri e responsabilità» dei giornalisti.

Dopo aver dato conto di tale orientamento della Corte europea e aver dedicato un ampio *excursus* ai rapporti tra norme penali interne, diritto dell'Unione Europea e norme della Convenzione, la Cassazione valuta se il caso in esame rientra nei limiti della scriminante del diritto di cronaca, alla luce della garanzia prevista dall'art. 10 della Convenzione, per come interpretata dalla Corte Edu.

E proprio dall'interpretazione di tale disposizione ricava il principio di diritto che, lo si ripete, è il seguente: «la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di cronaca può

---

<sup>3</sup> CEDU, *Fressoz et Roire c. Francia*, ric. 29183/95 (1999).

essere configurata non soltanto in relazione ai reati commessi con la pubblicazione della notizia, ma anche in relazione ad eventuali reati compiuti al fine di procacciarsi la notizia»; sicché, nell'esercizio dell'attività giornalistica, la scriminante di cui all'art. 51 c.p. è applicabile anche al delitto di ricettazione.

#### **4. Potenzialità e limiti del diritto giurisprudenziale**

Se questi sono l'esito cui la Corte è giunta e il contesto giurisprudenziale nell'ambito del quale si è mossa, affrontiamo alcuni aspetti della decisione che risultano di qualche interesse.

Preliminarmente, va detto che v'è più di un motivo per ritenere apprezzabile l'estensione dell'ambito di operatività della scriminante dai reati posti in essere con la diffusione della notizia a quelli commessi nella raccolta della stessa. La ragione è, forse, scontata: privare dell'antigiuridicità anche condotte strumentali alla manifestazione di pensiero in senso stretto significa garantire indirettamente una maggior tutela proprio della libertà protetta dall'art. 21 della Costituzione, e con ciò assicurare una più ampia circolazione di informazioni e idee su temi di interesse pubblico. Viceversa, ritenere estranei dalla causa di giustificazione i reati compiuti nella raccolta della notizia potrebbe avere delle conseguenze negative sul giornalismo, specie d'inchiesta, determinando così un *chilling effect* sulla libertà di informazione.

Accolto il punto di arrivo con un certo favore, occorre passare agli spunti di riflessione che offre il *quomodo*.

Il primo riguarda l'influenza, sempre più spesso decisiva, degli indirizzi sovranazionali rispetto all'evoluzione della giurisprudenza interna. Il peso dei precedenti della Corte di Strasburgo sui giudizi domestici, a ben vedere, non dovrebbe ormai suscitare particolare stupore. Invero, dopo la riforma dell'art. 117 Cost., e sulla base delle due sentenze cd. gemelle del 2007 emesse dalla Corte Costituzionale (le n. 348 e 349), sui giudici nazionali grava il compito di dare applicazione al diritto interno in modo conforme alle disposizioni della Convenzione per come esse sono interpretate dalla sua Corte.

Con specifico riferimento alla libertà di espressione, l'art. 21 della Costituzione, da una parte, e l'art. 10 della Convenzione, dall'altra, non paiono differire sotto il profilo delle garanzie approntate. Tuttavia, ed è forse questo il dato che ha avuto un'incidenza nel caso in esame, i giudici europei, nel bilanciamento tra libertà di espressione e tutela dei diritti altrui o salvaguardia di interessi pubblici, tendono a riconoscere una maggior rilevanza alla prima, interpretando in modo restrittivo l'elenco dei fini, previsti al secondo comma della disposizione convenzionale, che possono giustificare una restrizione di tale libertà. In questo senso, restano sempre attuali le parole utilizzate dalla Corte EDU in uno dei suoi più celebri casi, il *Sunday Times c. Regno Unito* del 1979, ove osservava di non trovarsi «davanti ad una scelta tra due principi antinomici, ma davanti a un principio – la libertà di espressione – con eccezioni che richiedono un'interpretazione restrittiva»<sup>4</sup>. Non solo, le limitazioni, per esser considerate legittime, devono rappresentare «misure necessarie, in una società democratica» e dunque, in base all'ela-

---

<sup>4</sup> CEDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 6538/74 (1979).

borazione giurisprudenziale della Corte, essere necessarie e compatibili con un ordinamento democratico, nonché proporzionate agli obiettivi perseguiti. Sempre nella stessa prospettiva, dalla giurisprudenza di Strasburgo può altresì ricavarsi il principio per cui maggiore è la rilevanza sociale di una vicenda, più ampio deve essere il privilegio da accordare alla libertà di espressione, che deve costituire la “regola” e le cui limitazioni devono invece essere sempre l’“eccezione”.

Ebbene, la decisione della Cassazione in esame accoglie gli insegnamenti della Corte europea e, come anticipato, dedica ampio spazio all’analisi del caso *Fressoz et Roire c. Francia*, e dall’interpretazione dell’art. 10 della Convenzione ivi offerta ricava il principio di diritto, finendo per disegnare nuovi e più ampi confini del diritto di cronaca.

Per tale ragione, essa pare un buon esempio di come, specie in materia di diritto dell’informazione, il “diritto convenzionale vivente” influenzi l’attività ermeneutica degli interpreti domestici e abbia la forza di incidere in modo decisivo nella definizione dell’ampiezza della libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano.

La seconda considerazione, collegata alla prima, riguarda la natura del diritto dell’informazione: con la sentenza in esame trova conferma il suo carattere prettamente giurisprudenziale, che grava i giudici del compito di bilanciare la libertà di espressione con gli interessi di pari rango costituzionale che possono a questa contrapporsi, nonché di tracciare in concreto il confine tra lecito e illecito o, come meglio si dirà, tra punibile e non punibile.

Facendo un passo indietro, emblematico, sotto questo profilo, è il reato di diffamazione. Nel catalogo degli illeciti commessi manifestando il pensiero, la diffamazione è quello che più impegna le aule di giustizia e il cui “volto” concreto è stato e continua a essere tratteggiato dalla magistratura.

Non il legislatore, infatti, ma i giudici hanno col tempo determinato il bilanciamento dei diritti in gioco, indicando i requisiti, rispettati i quali, pur in presenza di una affermazione offensiva, deve essere esclusa la punizione. È stata la Cassazione, in altri termini, che nel corso dei decenni ha precisato e plasmato le condizioni che consentono di applicare la scriminante del diritto di cronaca.

Con la decisione in commento, la Cassazione compie un passo ulteriore nella definizione della esimente e, quindi, nell’individuazione concreta dell’area del punibile.

La portata innovativa è stata già indicata: la causa di giustificazione dell’esercizio del diritto di cronaca può, a determinate condizioni, escludere la punibilità del reato di ricettazione.

Se il principio di diritto è chiaro, le conseguenze pratiche che potrebbe determinare, se la giurisprudenza si uniformasse ad esso, lo sono forse meno.

Circoscrivendo il ragionamento alla sola ricettazione, la sentenza lascia aperta almeno una domanda. Premesso che, come è noto, tale delitto si configura con l’acquisto, la ricezione o l’occultamento delle cose di provenienza illecita, qualora il soggetto attivo entri in possesso di documenti o altri beni al fine di utilizzarli per la diffusione di una notizia di pubblico interesse e poi scelga di non pubblicarla, il fatto tipico della ricettazione sarebbe integrato, ma potrebbe comunque essere scriminabile? In altri termini, e sfruttando il caso che ha originato la sentenza in commento, qualora i giornalisti, dopo aver acquisito i CD contenenti telefonate illecitamente registrate, avessero desistito dal



renderne noto il contenuto con la pubblicazione di alcuni articoli, avrebbero potuto beneficiare della causa di giustificazione?

E, ancora, più in generale, se diventasse “diritto vivente” il principio per cui la scriminante del diritto di cronaca si applica anche ai reati commessi per procacciare la notizia da pubblicare, essa sarebbe estendibile anche a reati diversi dalla ricettazione? E, in caso di risposta affermativa, quali altri illeciti penali potrebbero essere scriminabili e in base a quali criteri? Si potrebbero annoverare tra questi, ad esempio, i reati di minaccia o di lesione personale?

L'esistenza di simili quesiti, lasciati irrisolti dalla decisione in esame, dimostra le storture di un sistema che di fatto affida il diritto di informazione alla creazione giurisprudenziale e in cui, almeno per quanto riguarda il diritto penale, l'ampia discrezionalità lasciata ai singoli giudici sembra stridere con il principio di certezza del diritto e la prevedibilità dei precetti penali.

Le problematiche come quelle di cui si è cercato di dar conto, poi, paiono discendere non solo da un sistema contraddistinto da una sostanziale inerzia del legislatore, a cui si contrappone una importante e decisiva supplenza degli interpreti togati, ma anche dalla stessa struttura dei criteri utilizzati per il giudizio di bilanciamento tra libertà di espressione e gli altri diritti che con essa confliggono.

L'origine del problema, forse, può essere ravvisata anche nel fatto di ritenere che l'esercizio di una libertà (quale quella di manifestazione del pensiero), qualora integri gli estremi di un fatto tipico, costituisca una condotta di base illecita, sia pure scriminabile in presenza dei requisiti stabiliti dalla giurisprudenza.

Una simile impostazione, in primo luogo, non può che lasciare alla discrezionalità e sensibilità dei singoli giudici il potere di tracciare in concreto i limiti al diritto di cronaca e di critica, con la conseguente difficoltà di prevederne gli esiti.

In secondo luogo, anche le regole dell'onere della prova che caratterizzano la scriminante nel nostro ordinamento paiono sollevare qualche dubbio quando debbono essere applicate alla libertà d'espressione. In particolare, se, da una parte, nelle ipotesi in cui la pubblica accusa ritiene sussistere l'esimente, non deve procedere con l'esercizio dell'azione penale, dall'altra, tuttavia, quando non la ritiene configurabile, grava sull'imputato l'onere di dimostrare tutti gli elementi sulla base dei quali ritiene che debba invece operare la scriminante di cui invoca l'applicazione.

In conclusione, al di là dell'auspicabilità di un intervento normativo – tema che l'economia del presente lavoro non consente di approfondire in modo esaustivo – le incertezze e i quesiti aperti che regnano in materia inducono quantomeno a interrogarsi sulla possibilità di rivedere il sistema, ribaltando la prospettiva che negli ultimi decenni lo ha governato.

Allo stato, per valutare se una manifestazione del pensiero sia penalmente rilevante viene anzitutto considerato il profilo della lesione di altri beni giuridici; ad esempio soltanto se una affermazione è ritenuta offensiva entra in gioco in seconda battuta il profilo della libertà di espressione che, se esercitata entro i corretti limiti in ipotesi del diritto di cronaca, costituisce una causa di giustificazione che priva dell'antigiuridicità e, appunto, giustifica un fatto altrimenti illecito. Perché invece non invertire i termini del giudizio? Si potrebbe infatti considerare, almeno in prima battuta, che l'esercizio della

libertà di parola sia una condotta lecita *tout court*, anche laddove leda beni giuridici tutelati dalla legge penale e solo successivamente, e in caso di un esito negativo del giudizio sulla sussistenza di determinati requisiti, identificare il fatto in questione come illecito.

## **Il difficile bilanciamento tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio: la soluzione delle sezioni unite**

Sabrina Peron

Corte di Cassazione, sez. un. civ., 22 luglio 2019, n. 19681

Va ribadita la rilevanza costituzionale sia del diritto di cronaca che del diritto all'oblio; quando, però, una notizia del passato, a suo tempo diffusa nel legittimo esercizio del diritto di cronaca, venga ad essere nuovamente diffusa a distanza di un lasso di tempo significativo, sulla base di una libera scelta editoriale, l'attività svolta dal giornalista riveste un carattere storiografico; per cui il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale è prevalente, a meno che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto.

In tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito - ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. - ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva (nella specie, un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva, reinserendosi poi positivamente nel contesto sociale)

### **Sommario**

1. Il caso. - 2. Sulla tutela della libertà di espressione. - 3. Sul diritto all'oblio. - 4. Sul bilanciamento delle sezioni unite

### **Keywords**

Libertà di espressione; Diritto di cronaca; Riservatezza; Oblio; Interesse pubblico

## 1. Il caso

Il ricorrente (attore nei giudizi di merito) impugnava avanti alla Corte d'appello di Cagliari la sentenza del Tribunale di Cagliari che aveva ritenuto legittima la pubblicazione di un articolo apparso sul quotidiano *l'Unione Sarda* rievocativo – a ventisette anni di distanza - dell'uxoricidio che lo stesso aveva commesso nel lontano 1982.

In particolare, il ricorrente, che aveva già interamente scontato la sua pena di dodici anni di reclusione, lamentava che detta pubblicazione, oltre ad avergli determinato un profondo senso di angoscia e prostrazione, l'aveva esposto ad una nuova gogna mediatica, quando ormai era riuscito a ricostruirsi una nuova vita e a reinserirsi nel contesto sociale. Tale condotta, che lamentava essere una violazione del suo diritto all'oblio, gli aveva arrecato gravi danni, di natura patrimoniale e non patrimoniale, anche conseguenti alla cessazione dell'attività, dei quali chiedeva il risarcimento.

La difesa dei convenuti (editore, direttore responsabile e giornalista) per contro, rilevava che l'articolo rispettava i criteri elaborati dalla giurisprudenza per il legittimo esercizio del diritto di cronaca, ossia: verità della notizia, continenza della forma espressiva e, soprattutto, interesse pubblico alla conoscenza dei fatti narrati. Inoltre, proprio con riferimento a tale ultimo criterio, eccepiva che non potevano trovare applicazione i principi elaborati in tema di diritto all'oblio, trattandosi di un articolo pubblicato all'interno di una rubrica dal titolo "*La storia della domenica*", nella quale si rievocavano i casi più rilevanti di cronaca nera avvenuti a Cagliari negli ultimi trenta/quaranta anni e che avevano colpito e turbato la collettività locale, per l'efferatezza del delitto, per il contesto in cui era maturato, per la straordinarietà delle decisioni giudiziarie, e così via. In entrambi i gradi del giudizio di merito le domande attoree non trovavano accoglimento.

In particolare, secondo la Corte d'appello di Cagliari, la pubblicazione di un grave fatto di cronaca nera a distanza di anni dall'accaduto, se accompagnato da una puntuale contestualizzazione, idonea ad offrire ai lettori una sponda di riflessione su temi delicati (quali l'emarginazione, la gelosia, la depressione, la prostituzione, con tutti i risolti e le implicazioni che queste realtà possono determinare nella vita quotidiana), esclude una volontà editoriale di generare una rinnovata condanna mediatica e sociale lesiva della privacy del soggetto coinvolto in tali fatti, con conseguente insussistenza del diritto all'oblio e al silenzio<sup>1</sup>.

Contro tale decisione veniva proposto ricorso in cassazione, affidato a tre motivi di censura della decisione di merito:

- con il primo motivo, veniva denunciata la «violazione e falsa applicazione dell'art. 2 Cost. nella parte in cui la Corte di merito (alle pp. 7-9) ha ritenuto l'art. 21 Cost incompatibile e sempre prevalente sui diritti individuali, garantiti dall'art. 2 Cost., tra i quali il diritto all'oblio. Sostiene che profondamente lesivo dei diritti garantiti dal suddetto articolo della nostra carta costituzionale sia il fatto storico materiale della ripubblicazione (accompagnata da una sua foto e dall'indicazione completa delle sue generalità) di un articolo che era già stato pubblicato nel lontano mese di luglio 1982. Lamenta la lesione

---

<sup>1</sup> App. Cagliari, 8 aprile 2016, n. 392, in *Rivista giuridica Sarda*, 2016, 453 ss., con nota di S. Peron, *Gli incerti confini del diritto all'oblio*.

del proprio diritto all'oblio, cioè ad essere dimenticato anche dopo aver commesso fatti penalmente rilevanti»;

- con il secondo motivo, veniva denunciata la «violazione degli artt. 3 e 27 Cost., rispettivamente nella parte in cui la Corte ha confermato quanto statuito dal giudice di primo grado (e cioè che la pubblicazione di una notizia, risalente nel tempo, anche relativa a vicende di cronaca, persino locale, potrebbe fondarsi sulla necessità di una informazione volta a concorrere utilmente alla evoluzione sociale), senza considerare che lui si era riabilitato e reinserito nel tessuto sociale, anche trovando un modesto impiego come ciabattino; nonché nella parte in cui non ha tenuto conto che ripubblicare nel 2009 un articolo risalente al 1982 costituisce di per sé un trattamento disumano per qualsiasi persona (per quanto colpevole di un grave delitto)»;

- con il terzo motivo, infine, veniva denunciata la «violazione ed erronea applicazione degli artt. 7 - 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella parte in cui, considerando lecito il ricordo di fatti verificatisi tanti anni prima, ha violato la vita privata e familiare, protetta dalla norma denunciata».

Il ricorso veniva discusso alla pubblica udienza del 26 giugno 2018, avanti la terza sezione civile, la quale - con ordinanza interlocutoria<sup>2</sup> - trasmetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite stante la necessità di stabilire i precisi confini tra il diritto di cronaca - posto al servizio dell'interesse pubblico all'informazione - e del c.d. diritto all'oblio - posto a tutela della riservatezza della persona - alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale negli ordinamenti interno e sovranazionale. Chiarendo inoltre che l'esame dei tre motivi del ricorso, «impone di affrontare il problema del bilanciamento tra il diritto di cronaca, posto al servizio dell'interesse pubblico all'informazione, e il diritto all'oblio, finalizzato alla tutela della riservatezza della persona». Aggiungendo infine che, in «considerazione della specifica concreta vicenda, non viene in esame il problema del diritto all'oblio connesso con la realizzazione di archivi di notizie digitalizzati e fruibili direttamente on line».

Con la decisione che qui si pubblica le sezioni unite civili hanno accolto il ricorso proposto, rinviando alla Corte d'appello di Cagliari, in diversa composizione affinché decida il caso attenendosi al seguente principio di diritto: «In tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito - ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. - ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva (nella

<sup>2</sup> Cass. civ., sez. III, ord. 5 novembre 2018, n. 28084, pubblicata in *questa Rivista*, 1, 2019 con nota di A. Vesto, *L'effetto affievolitivo del decorso del tempo rispetto ai fattori di cronaca*, 235 ss., e in *Foro it.*, I, 2019, 235 ss., con nota di: R. Pardolesi, B. Sassani, *Bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice*.

specie, un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva, reinserendosi poi positivamente nel contesto sociale)».

## **2. Sulla tutela della libertà di espressione**

È nota l'importanza che nelle società contemporanee rivestono la salvaguardia della libertà fondamentale di ricevere informazioni, la libertà ed il pluralismo dei media nonché la libertà di accedere alle informazioni.

Tali libertà sono garantite, a livello europeo dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>3</sup> e dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo<sup>4</sup>; a livello nazionale, invece, trovano garanzia nell'art. 21 Cost.

Dal canto loro, dottrina e giurisprudenza (anche costituzionale) italiane hanno, nel tempo svolto una accurata indagine ermeneutica per la interpretazione estensiva della formula dell'art. 21 Cost., che ha portato ad equiparare alla manifestazione del pensiero la diffusione di fatti, di notizie, di informazioni, giungendo a configurare una libertà di cronaca e di critica che costituisce la espressione della libertà di comunicare il pensiero come informazione)<sup>5</sup>. Come ricordato anche dalla sentenza in commento, la Cassazione civile, a partire dall'incipit sistematico del 1984 (sentenza nota come il "decalogo"<sup>6</sup>) ha posto in evidenza le tre condizioni che rendono lecito il diritto di cronaca e di critica, anche se in conflitto con diritti e interessi della persona, e tali sono le condizioni parametri della verità oggettiva o putativa, della continenza del fatto narrato o rappresentato e della utilità sociale alla diffusione della notizia<sup>7</sup>. Tale ultimo parametro (che è quello che vien in rilievo nel valutare il bilanciamento con il diritto all'oblio)

<sup>3</sup> Cfr. CGUE, C-283/11, *Sky Österreich* (2013), in *Riv. dir. ed economia sport*, 1, 2013, 169 ss., e C-201/11 P, *UEFA c. Commissione* (2013), in *Riv. dir. ed economia sport*, 2, 2013, 165 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Trib. UE, T-68/08, *FIFA c. Commissione* (2011), § 51: «la libertà di espressione, tutelata dall'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] fa parte dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario e configura un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare simili restrizioni [...] ai sensi del n. 1 di tale articolo, la libertà di espressione include anche la libertà di accedere alle informazioni».

<sup>5</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2007, n. 15887.

<sup>6</sup> Si tratta della Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, diventa nota al pubblico, essendogli stata attribuita l'intenzione di fissare una sorta di decalogo sui contenuti e limiti del diritto di cronaca. La sentenza è stata pubblicata, con diversi commenti anche molto critici, in numerose riviste, quali: *NGCC*, I, 1985, con note di G. Alpa, *Diritto di cronaca - Illecito civile*, 214 ss., e di E. Roppo, *La Corte di cassazione e il decalogo del giornalista*, 218 ss.; *Dir. inf.*, 1985, con note di S. Fois, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 Cost.*, 152 ss., di G. Giacobbe, *Noterelle minime in margine ad una sentenza contestata*, 165 ss., e di F. Morozzo della Rocca, *Controllo di legittimità e giurisprudenza consolidata*, 163 ss.; *Giust. civ.*, I, 1985, con nota di M. Dogliotti, *La cassazione e i giornalisti: cronaca, critica e diritti della persona*, 356 ss. Chi scrive conviene invece con quanto scritto in proposito da G.B. Ferri, secondo il quale, tale sentenza è stata «ingiustamente interpretata come una sorta di dichiarazione di guerra dei magistrati ai giornalisti e sciocamente accusata di voler predisporre bavagli per la stampa». Secondo tale Autore questa, invece, «fu una sentenza ragionevole, coraggiosa ed anche progressista; perché nonostante la prevedibile ostilità dell'ambiente giornalistico, non temette di affermare le ragioni del singolo cittadino e dunque di tutti coloro (e noi tra questi) che non possono fare affidamento sulla protezione di potentati o di lobbies, quali sono quelli cui il "quarto potere" quasi sempre si affida e di cui, quasi sempre, è espressione»; così G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 807.

<sup>7</sup> *Ex multis*, tra le più recenti in questo senso si veda: Cass. civ., sez. III, 5 settembre 2019, n. 22178.

è comprensivo di tutti quegli avvenimenti di attualità che coinvolgono la vita collettiva e le persone che ne sono protagoniste<sup>8</sup>. Avvenimenti, la cui rilevanza pubblica dovrà accertarsi di volta in volta con riferimento al fatto concreto<sup>9</sup>.

### 3. Il diritto all'oblio

Ferma dunque restando la libertà di informazione (e la sua più ampia tutela), il soggetto cui l'informazione si riferisce è comunque titolare del diritto al «rispetto della propria identità personale o morale». Ciò significa, anzitutto, il diritto a che non venga «travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale»<sup>10</sup>, e dunque, che non venga compromessa dall'azione di terzi, la «verità» della propria immagine nel momento storico attuale: difatti, poiché l'identità personale ha natura «dinamica, si pone il problema di conciliare il conflitto tra verità storica e identità attuale»<sup>11</sup>. Nell'alveo della tutela del diritto alla riservatezza e all'identità personale viene così in rilievo il c.d. diritto all'oblio, inteso quale diritto dell'individuo ad essere dimenticato<sup>12</sup>. Si tratta di un diritto che mira a salvaguardare il

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. V, 3 maggio 1985, *Ruschini*, in *Cass. pen.*, 1987, 76 ss. In questo senso anche: Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 1984, *Franchini*, in *Cass. pen.*, 1985, 1539 ss., che ha enunciato il principio del «potere-dovere conferito al giornalista di ragguagliare il lettore sulle più notevoli ed importanti emergenze della vita individuale ed associata».

<sup>9</sup> La dottrina, non ha mancato ad evidenziare come il rilievo sociale della notizia non sia «un elemento intrinseco e necessario di questa ma un elemento accidentale di mero fatto che, nel concorso di altri requisiti legittimanti, acquista significato nel conflitto con l'eventualmente contrastante diritto del singolo che veda compromessa la propria reputazione, al fine di invocare l'esimente dell'esercizio del diritto», così, testualmente, M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, 103. Altresì, è stato osservato come il limite tra la notizia «socialmente utile e la notizia priva di tale qualità non pare poter essere tracciato con precisione e definitività, ma finirà col dipendere, molto spesso, dalle circostanze del caso concreto – questo presupposto del legittimo esercizio del diritto di cronaca sembra essere utilizzato, sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, come criterio per porre un freno al semplice gusto del pettegolezzo, alla divulgazione di notizie prive di significatività pubblicate per il solo fine di appagare una malsana curiosità dei lettori di un quotidiano o di un periodico», così, P. Nuvolone, voce *Cronaca (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1962, 424.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 7769

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. I, 24 giugno 2016, n. 13161, in *Foro it.*, I, 2016, 2730 ss., con nota di R. Pardolesi, *Diritto all'oblio, cronaca in libertà vigilata e memoria storica a rischi di soppressione*. Con tale sentenza la Corte di Cassazione ha confermato la «pronuncia di merito che: a) rilevata la facile accessibilità, nel sito web di un quotidiano on line, di un articolo di cronaca relativo a vicenda giudiziaria di natura penale ancora in attesa di definizione, per un periodo di tempo protrattosi dal momento dell'originaria pubblicazione a quello della diffida intimata dagli attori e, dunque, per due anni e mezzo; b) constatata la deindicizzazione dello scritto in data successiva all'inizio del procedimento, con conseguente cessazione della materia del contendere sul punto, abbia giudicato contrario al principio dell'essenzialità dell'informazione il perdurare della disponibilità in rete dell'articolo dopo la diffida e sino alla deindicizzazione, riconoscendo in capo agli attori il diritto alla cancellazione dell'articolo, oltre al risarcimento dei danni».

<sup>12</sup> Cfr. L. Crippa, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, in *Giust. civ.*, 7-8, 1997, 1979: il «diritto all'oblio viene inteso quale pretesa a non vedere rievocati accadimenti della propria vita passata; è identificabile con l'interesse del soggetto, le cui vicende furono un tempo pubblicizzate, a rientrare nell'anonimato ad essere dimenticato». Osserva S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. «diritto all'oblio»)*, in *Giust. civ.*, II, 1997, 517: «L'interesse all'«oblio» [o al «segreto del disonore»] attiene quindi, pur esso, alla sfera della riservatezza, ma dal «diritto alla riservatezza» [nel quale non può risolversi] si distingue nettamente per il fatto che,

riserbo imposto dal tempo ad una notizia già resa di dominio pubblico. In particolare, si ritiene che, una volta venuto meno l'interesse alla conoscenza del fatto, il «diritto alla riservatezza e la tutela dell'onore e della reputazione di un soggetto si espandono sino ai loro fisiologici confini»

In proposito le sezioni unite tracciano un excursus delle sentenze nazionali, civili penali, e di quelle europee al fine di meglio delineare il quadro.

In particolare, la corte richiama le seguenti sentenze civili:

- il *leading case* di cui alla sentenza n. 3679/1998, nella quale nel dare rilievo alla nozione di “attualità della notizia”, identifica il diritto all'oblio come il «giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata». Fermo restando che quando il fatto passato dovesse - per altri eventi sopravvenuti - ritornare di attualità, «rinasce un nuovo interesse pubblico all'informazione, non strettamente legato alla contemporaneità tra divulgazione e fatto pubblico»<sup>13</sup>;

- a seguire poi la sentenza n. 10690/2008, che precisa la distinzione tra il diritto all'integrità morale ed il divieto della diffusione dei fatti della vita privata (divieto, quest'ultimo che prescinde dalla loro attitudine infamante) e conclude per una prevalenza della libertà di informazione sul diritto alla riservatezza e all'onore, purché la pubblicazione sia giustificata dalla funzione dell'informazione e sia conforme ai canoni della correttezza professionale; in particolare, è giustificata dalla funzione dell'informazione quando sussista un apprezzabile interesse del pubblico alla conoscenza dei fatti privati in considerazione di finalità culturali o didattiche e, più in generale, della rilevanza sociale degli stessi<sup>14</sup>;

- nonché la nota sentenza n. 5525/2012, che per prima ha affrontato la questione dei rapporti esistenti tra le notizie già legittimamente pubblicate in passato (perché conformi ai criteri di verità, interesse pubblico e contenenza) e il loro permanere on-line. Secondo la Corte, rispetto all'interesse del soggetto «a non vedere ulteriormente divulgate notizie di cronaca che lo riguardano, si pone peraltro l'ipotesi che sussista o subentri l'interesse pubblico alla relativa conoscenza o divulgazione per particolari esigenze di carattere storico, didattico, culturale»; ciò in quanto un fatto di cronaca può “assumere rilevanza come fatto storico”, giustificando in tal modo il permanere dell'interesse della collettività alla fruizione di quel fatto. Il trascorrere del tempo, però, impone che la

---

in questo caso, l'interesse che reclama tutela ha ad oggetto notizie (attinenti al vissuto della persona) già sfuggite alla riservatezza ed alla sfera di appartenenza esclusiva del titolare, delle quali si vuole impedire una nuova circolazione. Emerge così il connotato essenziale dell'interesse in esame, il quale è legato al fattore tempo nel senso che è proprio il fluire del tempo, più precisamente il decorso di un notevole intervallo temporale, a giustificare - in positivo - la pretesa del soggetto di riappropriarsi di notizie che lo concernono, che un tempo furono note ma sulle quali è poi appunto calato l'oblio. Mentre il dato ulteriore, che al primo deve dare supporto, è - in negativo - quello della inesistenza di una utilità sociale alla rievocazione delle notizie medesime».

<sup>13</sup> Così, P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, in *Foro it.*, I, 1998, 1836, a commento della sentenza Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679 (sentenza pubblicata anche in *Danno e resp.*, 1998, 882 ss., con nota di commento di C. Lo Surdo, *Diritto all'oblio come strumento di protezione di un interesse sottostante*).

<sup>14</sup> Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008, n.10690, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 155 ss., con nota di S. Peron, *Sul corretto esercizio del diritto di rettifica*.



notizia sia anche aggiornata, posto che la sua diffusione negli stessi termini in cui aveva avuto luogo in origine potrebbe fare sì che essa risulti “sostanzialmente non vera”<sup>15</sup>;  
- ed infine la sentenza n. 16111/2013, «la rievocazione di vicende personali ormai dimenticate dal pubblico trova giustificazione nel diritto di cronaca soltanto se siano recentemente accaduti fatti che trovino diretto collegamento con quelle vicende, rinnovandone l'attualità». In particolare, la «diffusione di notizie personali in una determinata epoca ed in un determinato contesto non legittima, di per sé, che le medesime vengano utilizzate molti anni dopo, in una situazione del tutto diversa e priva di ogni collegamento col passato. In altre parole, il lungo tempo trascorso tra i due eventi fa sì che non possa ritenersi il fatto oggi divulgato come un fatto reso noto direttamente dall'interessato»<sup>16</sup>.

Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza penale, vengono in rilievo:

- sentenza n. 38747/2017, che ha confermato l'indubbia rilevanza pubblica della notizia rievocata (nella specie, l'uccisione di un uomo all'isola di Cavallo per mano di Vittorio Emanuele di Savoia, benché avvenuta molti anni prima), considerato che «l'articolo era stato scritto in occasione della cerimonia di riapertura della reggia di Venaria, alla quale aveva partecipato Vittorio Emanuele di Savoia, così com'era indubbia l'esistenza di un pubblico interesse a conoscere le vicende di un soggetto che “è figlio dell'ultimo re d'Italia e, secondo il suo dire, erede al trono d'Italia”; per cui il diritto all'oblio doveva nella specie cedere di fronte al diritto della collettività ad essere informata e aggiornata sui fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti»<sup>17</sup>;  
- ed infine, anche se non citata dalle sezioni unite, la sentenza n. 45051/2009, secondo la quale il «decorso del tempo può attenuare l'attualità della notizia e far scemare anche l'interesse pubblico all'informazione. Può anche verificarsi, nondimeno, che all'effetto di dissolvenza dell'attualità della notizia non faccia riscontro l'affievolimento dell'interesse pubblico o che — non più attuale la notizia — riviva, per qualsivoglia ragione,

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1155 ss., con nota di F.G. Citarella, *Aggiornamento degli archivi online, tra diritto all'oblio e rettifica «atipica»*. Sentenza annotata anche in: *Dir. inf.*, 2012, 383 ss., da G. Finocchiaro, *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*; *Dir. inf.*, 2012, 911 ss. da T.E. Frosini, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*; *Danno e resp.*, 2012, 747 ss., da F. Di Ciommo, R. Pardolesi, *Trattamento dei dati personali e archivi storici accessibili in Internet: notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio*; *NGCC*, I, 2012, 843 ss., da A. Mantelero, *Right to be forgotten ed archivi storici dei giornali - La Cassazione travisa il diritto all'oblio*; *Corriere giur.*, 2012, 747 ss., da A. Di Majo, *Il tempo siamo noi*.

<sup>16</sup> Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111, in *Foro it.*, I, 2013, 2442 ss.; osserva la Corte come le «vicende relative ai c.d. anni di piombo appartengono certamente alla memoria storica del nostro Paese, ma ciò non si traduce nell'automatica sussistenza di un interesse pubblico alla conoscenza di eventi che non hanno più, se non in via del tutto ipotetica e non dimostrata, alcun oggettivo collegamento con quei fatti e con quell'epoca. Nel caso in esame, (...) il diritto alla riservatezza - che assume, nella specie, i connotati del diritto ad essere dimenticato - deve prevalere sul diritto di cronaca, perché il fatto puro e semplice del ritrovamento di una cospicua quantità di armi nella zona di residenza, non poteva consentire al giornalista di creare un oggettivo (ed arbitrario) collegamento tra quell'evento, attuale, e la sua storia passata, ex terrorista ma pure ormai reinserito nel contesto sociale. La riemersione, per così dire, di un fatto molto lontano nel tempo - che rivestiva, all'epoca, un sicuro interesse pubblico - non si traduce, ipso facto, nella permanenza dell'interesse anche nel momento attuale; ed è del tutto evidente, proprio per la ricostruzione operata dalla Corte milanese, che il riferimento alla vicenda personale non aveva nessun collegamento con l'evento del ritrovamento delle armi, se non al limitato fine di fare colore, ossia di presentare la notizia (odierna) in modo tale da destare l'attenzione dei lettori».

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2017, n. 38747, in *Foro it.*, II, 2017, 649 ss., con nota di R. Pardolesi, *Il mio regno per un cavallo: limiti del diritto all'oblio per un aspirante erede al trono*.

l'interesse alla sua diffusione. Insomma, può non esserci corrispondenza o piena sovrapposizione cronologica tra attualità della notizia ed attualità dell'interesse pubblico alla divulgazione. Nondimeno, in quest'ultima ipotesi, il persistente o rivitalizzato interesse pubblico, che — in costanza di attualità della notizia — doveva equilibrarsi con il diritto alla riservatezza, all'onore od alla reputazione, deve trovare — quando la notizia non è più attuale — un contemperamento con un nuovo diritto, quello all'oblio, anche nell'accezione di legittima aspettativa della persona ad essere dimenticata dall'opinione pubblica e rimossa dalla memoria collettiva»<sup>18</sup>.

Con riguardo alla giurisprudenza comunitaria viene ovviamente in rilievo il caso *Google Spain*, deciso dalla Corte di Giustizia, la quale non solo ha riconosciuto il diritto dell'interessato a richiedere la cancellazione dei propri dati personali che si trovavano nella titolarità di Google, ma — per la prima volta - ha sancito il principio che le richieste di cancellazione possono essere avanzate anche direttamente al gestore del motore di ricerca, ancorché le relative informazioni siano state originariamente pubblicate su altri siti e successivamente indicizzate da Google<sup>19</sup>.

#### **4. Sul bilanciamento delle sezioni unite**

Se, dunque, ogni «libertà civile incontra il proprio limite nell'altrui libertà e nell'interesse pubblico idoneo a fondare l'eventuale sacrificio dell'interesse del singolo, anche la tutela del diritto alla riservatezza va contemperata in particolare con il diritto alla informazione, nonché con i diritti di cronaca, di critica, di satira e di caricatura, questi ultimi trovanti a loro volta limite nel diritto all'identità personale o morale del soggetto cui l'informazione si riferisce. Il diritto alla riservatezza, che tutela il soggetto dalla curiosità pubblica (in ciò distinguendosi dal diritto al segreto, il quale protegge dalla curiosità privata) essendo volto a tutelare l'esigenza che quand'anche rispondenti a verità i fatti della vita privata non vengano divulgati, sin dall'emanazione della L. n. 675 del 1996 (poi abrogata e sostituita dal D.Lgs. n. 196 del 2003) ha visto ampliarsi il proprio contenuto venendo a compendiarsi anche del diritto alla protezione dei dati personali, il cui trattamento è soggetto a particolari condizioni»<sup>20</sup>. In proposito, come già sopra accennato e, come evidenziano anche le sezioni unite che qui si annotano, vengono in rilievo, oltre al già citato art. 8 CEDU, anche: «l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel ribadire la formula del citato art. 8, sostituisce al termine “*corrispondenza*” quello più moderno di “*comunicazioni*”, mentre l'art. 8 della medesima Carta prevede il diritto di ogni persona “*alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano*” e dispone che tali dati siano trattati “*secondo il principio di lealtà*”, sotto il con-

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2009, n. 45051, in *Resp. civ. prev.*, con nota di S. Peron, *La verità della notizia tra attualità ed oblio*.

<sup>19</sup> GGUE, C-131/12, *Google Spain* (2014), in *Giur. cost.*, 2014, 2949 ss., con nota di O. Pollicino, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*. Decisione pubblicata anche nelle seguenti riviste: *Resp. civ.*, 2014, 1177 ss., con nota di S. Peron, *Il diritto all'oblio nell'era dell'informazione on-line*; *Cass. pen.*, 2015, 1247 ss., con nota di S. Ricci, *Le ricadute penali della sentenza della corte di giustizia europea sul diritto all'oblio*.

<sup>20</sup> Cass. civ., sent. 5525/2012, cit.

trollo di un'autorità indipendente. Ed anche l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, nella versione consolidata risultante dal Trattato di Lisbona, prevede il diritto di ogni persona “*alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano*”. Assai di recente, infine, l'Unione Europea è tornata ad occuparsi della materia emanando il Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che ha ad oggetto la “*protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*”, atto che abroga la precedente direttiva 95/46/CE e che contiene, nel suo art. 17, un preciso riferimento al diritto alla “*cancellazione*” (tra parentesi definito come “*diritto all'oblio*”). Tale Regolamento ha reso necessaria l'emanazione del citato D.Lgs. n. 101 del 2018».

Dato tale quadro normativo e giurisprudenziale, le sezioni unite (richiamando testualmente l'ordinanza interlocutoria) osservano come il diritto all'oblio venga in rilievo in almeno tre differenti situazioni:

anzitutto nella tutela di colui che vorrebbe non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione;

in secondo luogo, viene in rilievo nell'uso di internet e nella reperibilità delle notizie nella rete, in bilanciamento con l'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale;

e, infine, viene in rilievo quando l'interessato intende far valere il proprio diritto alla cancellazione dei dati che lo riguardano.

La prima ipotesi concerne la fattispecie concreta sulla quale sono state chiamate a decidere le sezioni unite, le quali in virtù del principio secondo cui «ogni pronuncia giudiziaria trova il proprio limite nel collegamento con una vicenda concreta» e, dunque, in coerenza con il *petitum* e con le funzioni nomofilattiche, hanno circoscritto il loro campo di indagine alla soluzione del problema del corretto bilanciamento tra diritto all'oblio e libertà di informazione esercitata a mezzo stampa, restando escluse altre ipotesi connesse alle informazioni circolanti online.

Come si è accennato alle pagine che precedono, l'ordinanza interlocutoria ha chiesto alle sezioni unite, di indicare la linea di confine tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio. Per poter assolvere tale compito, è stata operata una premessa sui “confini” del diritto di cronaca. In particolare, la sentenza in esame ha precisato che «quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata - la quale, all'epoca, rivestiva un interesse pubblico - egli non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto il diritto alla rievocazione storica (storiografica) di quei fatti». In proposito le sezioni unite, osservano che la parola “cronaca”, ha la propria radice etimologica nella «parola greca *Κρονος*, che significa, appunto, tempo». Il “diritto di cronaca”, dunque, è un «diritto avente ad oggetto il racconto, con la stampa o altri mezzi di diffusione, di un qualcosa che attiene a quel tempo ed è, perciò, collegato con un determinato contesto. Ciò non esclude, naturalmente, che in relazione ad un evento del passato possano intervenire elementi nuovi tali per cui la notizia ritorni di attualità, di modo che diffonderla nel momento presente rappresenti ancora una manifestazione del diritto di cronaca (in tal senso già la citata sentenza n. 3679 del 1998); in assenza di questi elementi, però, tornare a diffondere una notizia del passato, anche se di sicura

importanza in allora, costituisce esplicitazione di un'attività storiografica che non può godere della stessa garanzia costituzionale che è prevista per il diritto di cronaca.

Orbene, trattandosi di "storia" e non di "cronaca", la rievocazione di vicende passate - eccezion fatta per l'*homo publicus*, o per quei fatti che, per il loro stesso concreto svolgersi, implicano il richiamo necessario ai nomi dei protagonisti - deve effettuarsi in «forma anonima, perché nessuna particolare utilità può trarre chi fruisce di quell'informazione dalla circostanza che siano individuati in modo preciso coloro i quali tali atti hanno compiuto». In altre parole, l'interesse alla conoscenza di determinati fatti non necessariamente implica la «sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto». Ferma quindi restando la libertà di scelta della linea editoriale che la stampa può autonomamente darsi, in forza della quale «non può essere sindacata la decisione - tanto per fare un riferimento al caso oggi in esame - di pubblicare con cadenza settimanale, nell'arco di un certo periodo di tempo, la ricostruzione storica di una serie di fatti criminosi che hanno coinvolto e impressionato in modo particolare la vita di una collettività in un determinato periodo». Ciò che, al contrario, va verificato è se, a fronte del diritto alla «ripubblicazione di una certa notizia, sussista o meno un interesse qualificato a che essa venga diffusa con riferimenti precisi alla persona che di quella vicenda fu protagonista in un passato più o meno remoto; perché l'identificazione personale, che rivestiva un sicuro interesse pubblico nel momento in cui il fatto avvenne, potrebbe divenire irrilevante, per i destinatari dell'informazione, una volta che il tempo sia trascorso e i fatti, anche se gravi, si siano sbiaditi nella memoria collettiva». Il che ulteriormente significa che il «diritto ad informare, che sussiste anche rispetto a fatti molto lontani, non equivale in automatico al diritto alla nuova e ripetuta diffusione dei dati personali».

In un'ottica di trovare un giusto bilanciamento tra due contrapposti diritti costituzionali in gioco quale il diritto di cronaca e quello all'oblio le sezioni unite quindi da un lato, ribadiscono la tutela della libera scelta editoriale di ripubblicare/diffondere - anche a distanza di un arco temporale significativo - una notizia già legittimamente pubblicata (ossia una notizia rispondente ai parametri di verità, continenza e interesse pubblico);

dall'altro lato, precisano che assumendo tale attività carattere prettamente storiografico, deve considerarsi prevalente il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale, tutte le volte in cui si tratti di avvenimenti passati che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva; salvo che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto. Dovendosi a tal fine valutare, l'interesse pubblico - concreto ed attuale - alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Senza dimenticare, ad avviso di chi scrive, che, «l'attualità dell'interesse non si identifica necessariamente (...) con l'attualità del fatto, siccome un fatto non attuale può ben essere idoneo a rivestire interesse per la collettività o per frazioni significative della stessa, per la rilevante importanza morale o sociale dello stesso. È solo a tali condizioni che un fatto di per sé non più attuale mantiene un'attualità indiretta tale da connotarlo con

apprezzabili profili di interesse sociale che ne legittimano la pubblicazione»<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> M. Polvani, *op. cit.*, 106.

# Linking e violazione del diritto d'autore da parte degli ISP: la sentenza del Tribunale di Roma nel caso *RTI/Facebook*

Alfredo De Felice

Tribunale di Roma, sez. XVII civile, 15 febbraio 2019, n. 3512

In tema di responsabilità dell'Internet service provider derivante da violazione del diritto d'autore, l'effettiva conoscenza dell'illiceità dei dati memorizzati – in qualunque modo acquisita – fa sorgere in capo al prestatore di servizi una responsabilità civile e risarcitoria

## Sommario

1. Premessa. – 2. La ricostruzione della vicenda giudiziaria. – 3. La decisione. – 4. La comunicazione al pubblico. – 5. La nuova Direttiva Copyright. – 6. Conclusioni

## Keywords

Internet service provider; Direttiva Copyright; Direttiva E-Commerce; Diritto d'autore; Responsabilità ISP

---

## 1. Premessa

Con la sentenza che si annota il Tribunale di Roma, sezione Imprese, si è espresso in materia di violazioni dei diritti d'autore commessi attraverso la tecnica del cd. “*linking*”, recependo integralmente il *decisum* della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di pubblicazione di opere di terzi tramite attività di *linking* non autorizzato dal titolare dei diritti.

## 2. La ricostruzione della vicenda giudiziaria

La vicenda originava dalla creazione da parte di utenti anonimi di una pagina Facebook dedicata alla serie animata “Kilari” trasmessa da Reti Televisive Italiane S.p.A. (di seguito “RTI”), al cui interno erano stati pubblicati – oltre a insulti e commenti denigratori indirizzati all'interprete della sigla della serie animata - alcuni link che conducevano a contenuti audiovisivi tutelati da diritto d'autore illecitamente caricati su YouTube.

---

<sup>1</sup> Si intende la tecnica che consente di accedere a risorse esterne attraverso un collegamento ipertestuale.

Al fine di eliminare tutte le informazioni ivi inserite nonché di disattivare il profilo telematico citato e i link pubblicati, la società RTI aveva inviato - da febbraio ad aprile 2010 - cinque lettere di diffida al social network. Quest'ultimo provvedeva a rimuovere la pagina oggetto di contestazione soltanto nel 2012.

RTI e l'interprete della sigla del cartoon agivano nei confronti di Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited (di seguito "Facebook"), quali titolari dell'omonimo social network e del relativo portale telematico, per contestare – oltre alla violazione del diritto all'onore, alla reputazione e al decoro delle attrici – la violazione dei diritti esclusivi di utilizzazione economica sui contenuti audiovisivi della serie animata di titolarità di RTI nonché la violazione al diritto d'immagine, al nome e alla voce dell'artista.

Facebook si difendeva eccependo, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice italiano, nonché escludendo la propria responsabilità per le attività poste in essere in ragione della natura di

hosting provider passivo del social network, ribadendo come le diffide indirizzate nei suoi confronti non fossero state ritenute sufficienti in mancanza di un ordine di rimozione da parte di una pubblica autorità.

Proprio in ordine alla conoscenza effettiva dei contenuti illeciti ("*actual knowledge*"), Facebook ha contestato l'idoneità delle diffide trasmesse da RTI, sostenendo che le stesse non fossero sufficientemente dettagliate in quanto non contenevano gli URL dei contenuti censurati.

Da ultimo, le convenute hanno invocato il diritto di critica e di satira sostenendo come il mero *linking* a contenuti liberamente accessibili non rappresentava - pur in assenza del consenso del titolare - una violazione dei diritti di privativa dei rispettivi titolari.

### **3. La decisione**

I giudici capitolini hanno in primo luogo riconosciuto la giurisdizione italiana in forza del criterio del *forum commissi delicti*: il giudice competente è il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto, a nulla rilevando il luogo in cui hanno sede le società convenute né quello dei server dove gli utenti hanno caricato i file contestati. Al contrario, si deve fare riferimento al luogo dove l'interprete della sigla musicale è residente e dove RTI esercita la propria attività di impresa perché è in tali luoghi che si è consumato l'evento lesivo.

Il punto più delicato della vertenza, ovvero l'accertamento della responsabilità delle convenute, è stato trattato dai giudici romani alla luce di una scrupolosa disamina della normativa dedicata alla responsabilità degli Internet Service Provider (di seguito "ISP").

Il Tribunale, difatti, dopo aver ricordato come non vi sia a carico degli ISP un obbligo di monitoraggio preventivo e generalizzato di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ha rilevato come la conoscenza mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo dell'illiceità dei dati memorizzati fa sorgere in capo al prestatore di servizi una responsabilità civile e risarcitoria.

I giudici hanno così sancito il principio secondo il quale la conoscenza - in qualunque

modo acquisita (non solo se conosciuta tramite le autorità competenti o a seguito di esplicita diffida del titolare dei diritti) – determina l’esclusione dell’esenzione di responsabilità prevista dall’art. 14 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. Sul punto, il Collegio giudicante ha ritenuto che «l’indicazione dell’URL costituisce un dato tecnico che non coincide con i singoli contenuti lesivi presenti sulla piattaforma digitale, ma rappresenta soltanto il “luogo” dove i contenuti sono reperibili e, quindi, non costituisce un presupposto indispensabile per la loro individuazione». Peraltro, nel caso in esame già la prima diffida datata 26 febbraio 2010 non soltanto forniva informazioni specifiche sui contenuti illeciti, ma conteneva anche l’indicazione dell’URL relativo alla pagina web di apertura del profilo Facebook in contestazione, per cui Facebook aveva a disposizione tutte le informazioni – ed i dati tecnici da essa richiesti- per l’immediata identificazione dei contenuti illeciti oggetto di lite.

In conclusione, la Corte romana ha riconosciuto la responsabilità di Facebook «per aver concorso, quantomeno con condotta omissiva, alle violazioni poste in essere dagli utenti che hanno fattivamente creato il profilo Facebook in contestazione».

#### **4. La comunicazione al pubblico**

Come accennato in premessa, la Corte romana ha dato atto dell’orientamento granitico della Corte di giustizia in materia di violazioni dei diritti autorali commessi attraverso la tecnica del *linking*, la quale ha affermato che «l’atto di collocare un collegamento ipertestuale verso un’opera illegittimamente pubblicata su Internet costituisce una “comunicazione al pubblico” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29»<sup>2</sup> e che «la messa in rete di un’opera protetta dal diritto d’autore su un sito Internet diverso da quello sul quale è stata effettuata la comunicazione iniziale con l’autorizzazione del titolare del diritto d’autore deve essere qualificata come messa a disposizione di un pubblico nuovo di siffatta opera»<sup>3</sup>.

#### **5. La nuova Direttiva Copyright**

Il tema dell’assenza di un obbligo generale di sorveglianza per gli ISP è stata al centro dei lunghi dibattiti che lo scorso 26 marzo hanno portato all’approvazione della direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, nota anche come “Direttiva Copyright”.

La novella legislativa si propone di adattare il quadro del diritto d’autore europeo alle ultime evoluzioni delle tecnologie digitali alla luce dei nuovi modelli di business emersi in questi ultimi anni, ridefinendo gli equilibri tra gli interessi dei titolari dei diritti e

---

<sup>2</sup> Sentenza del 26 aprile 2017 nella causa C-527/15, sulla quale si veda F. Mastroianni, *La Corte di Giustizia ricostruisce la nozione di comunicazione al pubblico e di diritto di riproduzione nel caso C-527/15 sui dispositivi elettronici che incorporano collegamenti ipertestuali*, in [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 16 maggio 2017.

<sup>3</sup> Sentenza del 7 agosto 2018 relativa al caso C-161/17, sulla quale si veda L. Del Plato, *Caso Land Nordrhein-Westfalen: la vittoria del copyright sulla “sfrenata” condivisione dei contenuti in rete in questa Rivista*, 1, 2019, 268 ss.



quelli delle piattaforme online e della libertà di informazione.

In particolare, la responsabilità delle piattaforme per impedire la condivisione illegale di contenuti protetti è disciplinata dal tanto dibattuto art. 17 della direttiva.

La forma di utilizzazione che tale disposizione intende disciplinare è quella relativa a servizi della società dell'informazione che hanno come scopo principale, o come uno degli scopi principali, quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, direttamente o indirettamente, organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno. Per esemplificare, si tratta dei servizi offerti da piattaforme quali YouTube o Facebook, con espressa esclusione, fra gli altri, delle enciclopedie online senza scopo di lucro (ad es. Wikipedia).

Rispetto alla versione iniziale della proposta di direttiva che prevedeva un vero e proprio obbligo di monitoraggio attivo a carico degli hosting provider, il testo definitivo ha previsto un sistema volto ad indurre tali soggetti a negoziare licenze con i titolari dei diritti.

Infatti, l'art. 17 della Direttiva Copyright stabilisce che, in assenza di una licenza, la responsabilità può essere esclusa solo se la piattaforma dimostra di:

- (a) aver compiuto i “massimi sforzi” per ottenere una licenza;
- (b) aver compiuto i “massimi sforzi” per prevenire l'upload e la condivisione dei contenuti protetti, individuati a cura dei titolari dei diritti; e in ogni caso
- (c) aver agito tempestivamente, su segnalazione «sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro».

Con la direttiva 2019/790 non viene dunque imposto agli ISP alcun obbligo di sorveglianza generale per la ricerca dei contenuti in violazione del diritto d'autore, in conformità a quanto previsto dall'art. 15 della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico.

## **6. Conclusioni**

In conclusione, tirando brevemente le somme del ragionamento sostenuto dal Tribunale, la sentenza in epigrafe ribadisce ancora una volta che l'utilizzo di link di collegamento a portali terzi che riproducono contenuti tutelati dal diritto d'autore è lecito soltanto quando i portali a cui il link reindirizza sono riconducibili al titolare dei diritti o autorizzati da quest'ultimo. In questo caso, gli utenti dei social network possono quindi postare gli hyperlink senza dover preventivamente ottenere il consenso del titolare e non vi è alcuna violazione del copyright.

Sulla base degli stessi principi, nel caso *Renckhoff* (C-161/17) la Corte di giustizia ha introdotto la distinzione tra *linking* e *reposting*, stabilendo che mentre il primo attraverso il link rinvia al contenuto originale o al contenuto altrimenti autorizzato dall'autore, il secondo pone l'opera al di fuori del controllo dell'autore e costituisce quindi un nuovo atto di comunicazione al pubblico, che richiede dunque l'autorizzazione del titolare.

La pronuncia stimola poi alcuni spunti di riflessione sull'attività di tutela del diritto

d'autore e di *brand protection*: una capillare attività di monitoraggio e la conseguente operazione di diffida si confermano essere una base indispensabile per una corretta azione finalizzata alla protezione di diritti e marchi.

L'unico strumento certo che resta per provare la violazione è, infatti, la possibilità di mettere a conoscenza dell'illecito l'ISP tramite diffida.

La maggior parte delle più recenti vicende giudiziarie che hanno visto i titolari dei diritti prevalere e ottenere condanne e risarcimenti, era fondata proprio sulla "conoscenza dell'illecito" da parte degli Internet service providers, ottenuta attraverso un costante lavoro di *notice and take down*.

Inoltre, la decisione in commento assume un particolare rilievo per due ordini di ragioni.

Anzitutto, è la prima a riconoscere in Italia la responsabilità di un social network per una violazione avvenuta anche solo attraverso il *linking*.

Vi è poi da sottolineare come essa consolidi ulteriormente l'interpretazione, in linea con quanto già sancito dalla Corte di giustizia e ribadito dal nuovo art. 17 della direttiva 2019/790, secondo cui in capo agli Internet service providers è posto un onere di reagire prontamente dinnanzi a denunce di attività illecite.

## **La diffusione 2.0 dell'opera dell'ingegno in assenza di menzione autorale. Riflessioni sul criterio di individuazione del foro competente e sul rapporto fra omessa indicazione ed illegittima attribuzione della paternità**

Annalisa Pistilli

**Tribunale Bologna, sez. impresa, 6 febbraio 2018, n. 385**

Ai fini della determinazione della competenza territoriale in tema di condotte poste in essere in violazione del diritto d'autore debbono applicarsi i principi generali previsti dal codice di procedura civile, artt. 18, 19 e 20 c.p.c., non essendovi normativa specifica riservata alla materia del diritto d'autore (diversamente, nel Codice per la Proprietà Industriale, nel quale, sono specificamente indicati i criteri per l'individuazione della competenza territoriale nei casi di violazione delle privative industriali).

A parte il criterio generale del domicilio o della residenza del debitore occorrerà indagare se, ai sensi del cit. art. 20 c.p.c., nell'ipotesi di danno conseguente al mancato riconoscimento dei diritti patrimoniali e morali di cui alla legge sul diritto d'autore la competenza per territorio può essere radicata presso la sezione specializzata in cui gli effetti dannosi conseguono alla prospettata diffusione del contenuto pubblicitario della campagna attraverso mezzi estremamente diffusivi, come ad esempio Internet o i social network (ad es. Facebook).

In materia di violazione della normativa sul diritto d'autore realizzata attraverso l'inserimento di contenuti in rete il luogo dell'evento dannoso deve individuarsi in quello in cui ha il domicilio il soggetto che ha subito i danni patrimoniali, proprio perché, essendo il domicilio la sede principale degli affari e degli interessi (art. 43 c.c.) è quello il luogo "principale" in cui si sono verificati gli effetti negativi della condotta. A soluzione diversa non si perviene, peraltro, e a maggior ragione, con riferimento alla pretesa fondata sul diritto morale d'autore, atteso che quest'ultimo, maggiormente affine al diritto della personalità, comporta in caso di violazione della citata normativa in materia di diritto d'autore, un danno alla persona (e, dunque, un danno evento e non un evento di danno). La competenza territoriale in relazione a tale domanda deve ritenersi dunque radicata presso il luogo di residenza della persona danneggiata.

Al fine di verificare se i diritti di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno creata su commissione si trasferiscano nella loro interezza in capo al committente, è necessario guardare all'oggetto e alla finalità del contratto: il committente acquista le

facoltà patrimoniali rientranti in essi, mentre l'autore dell'opera resta titolare delle altre facoltà non cedute al committente. In mancanza della prova documentale dei contratti, avendo le parti concluso gli accordi oralmente, assumono rilievo, al fine d'indagare la volontà delle parti, le fatture emesse dalla società produttrice, insieme ai preventivi relativi ad alcune delle opere di causa.

In tema di diritto d'autore, lo sfruttamento non autorizzato dell'opera non comporta l'automatica violazione anche del diritto morale dell'autore alla paternità della stessa, avendo l'illecito di cui all'art. 20 della legge sul diritto d'autore, natura e genesi diverse rispetto a quelli elencati negli artt. 12 ss. della stessa legge. In particolare, nel caso in cui le modalità dello sfruttamento non autorizzato non comportino l'indicazione dell'autore dell'opera, la mancata menzione di questi non può essere considerata integrante una presunzione di indebita attribuzione della paternità all'utilizzatore, presunzione che non trova riscontro nella legge.

## **Sommario**

1. Sintesi dei fatti posti all'origine del procedimento. – 2. Il contenuto della sentenza. - 3. La competenza per territorio della sezione specializzata in caso di violazione del diritto d'autore mediante diffusione del contenuto pubblicitario della campagna attraverso internet e social network. - 4. Il domicilio del danneggiato quale *locus damni* per determinare il foro competente. – 5. Il nodo del trasferimento dei diritti di utilizzazione economica delle opere di ingegno. - 6. Il rapporto fra omessa menzione dell'autore dell'opera di ingegno e violazione del diritto (morale) d'autore

## **Keyword**

Social network; *Locus damni*; Diritto morale d'autore; Omessa indicazione; Attribuzione di paternità

---

## **1. Sintesi dei fatti posti all'origine del procedimento**

Il procedimento ha ad oggetto la pretesa lesione, da parte della società La Molisana s.p.a. (di seguito “La Molisana”), dei diritti esclusivi d'autore – patrimoniali e non - della Sig.ra Barbiroli, che conveniva presso il Tribunale delle Imprese di Bologna il pastificio onde vedersi riconoscere i danni derivanti dal preteso indebito sfruttamento delle proprie opere dell'ingegno, consistenti in due campagne pubblicitarie con le relative *headline* e l'opera d'arte della Cofana, nelle forme e con le modalità suggerite dall'autrice stessa.

Tali opere erano state realizzate proprio su richiesta di La Molisana, che nel 2013 incaricava la Sig.ra Barbiroli di sviluppare tre diverse proposte di campagna pubblicitaria per il rilancio del marchio e, in particolare, del tipo di pasta successivamente chiamata “spaghetto quadrato”: venivano così realizzate e consegnate delle foto ed un *concept*, denominato “Sartoria della pasta”, asseritamente utilizzati dalla società convenuta senza il consenso dell'avente diritto, che richiedeva in via giudiziale il riconoscimento di una somma a titolo di sfruttamento economico della propria opera di ingegno, oltre ai

danni *ex art.* 158 della Legge sul diritto d'autore (l. 633/1941, in seguito "LDA"). La committente infatti, secondo la prospettazione dei fatti di parte attrice, non corrispondeva né il compenso pattuito a fronte dell'attività svolta né riconosceva i diritti patrimoniali (sotto il profilo della omessa autorizzazione alla pubblicazione, riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione, ai sensi degli artt. 12 ss. LDA) e morali all'autrice della creazione pubblicitaria, in ragione dell'omessa menzione del proprio nome nella campagna pubblicitaria svolta utilizzando la Cofana.

## 2. Il contenuto della sentenza

Al netto delle interessanti considerazioni effettuate dal giudice sulle eccezioni preliminari svolte dalla società convenuta, su cui si dirà *infra*, la decisione verte sull'accertamento della violazione del diritto d'autore, nella forma dell'indebito sfruttamento dell'opera di ingegno, commissionata ma non remunerata come da compenso asseritamente pattuito e, ancor più, utilizzata senza menzione alcuna dell'avente diritto.

Ebbene, dall'analisi della documentazione prodotta in atti dall'attrice, è stato possibile smentire la ricostruzione della stessa, secondo cui sarebbe stata convenuta con La Molisana la realizzazione della campagna pubblicitaria volta, fra le altre cose, alla valorizzazione dello "spaghetto quadrato", essendo provato *per tabulas* che alla Sig.ra Barbiroli era stato unicamente richiesto di sottoporre alla committente delle idee (c.d. "brief per la campagna pubblicitaria") destinate ad essere successivamente sviluppate nella futura campagna pubblicitaria.

È quindi stato possibile ricostruire il contenuto dell'accordo all'epoca intervenuto fra le parti, reso palese in alcune comunicazioni scambiate tramite posta elettronica, in cui si fa esplicito riferimento alla possibile futura campagna pubblicitaria e al possibile utilizzo dell'idea dell'attrice<sup>1</sup>, il cui contributo è quindi inequivocabilmente circoscritto ad alcune proposte di campagna pubblicitaria, nelle quali erano sintetizzate e contestualizzate le indicazioni del pastificio.

Pertanto, pur essendo inequivoco il rapporto di committenza, l'ambito oggettivo è risultato diverso e molto più contenuto rispetto a quanto assunto in tesi dalla Sig.ra Barbiroli, a cui è stato peraltro corrisposto l'importo spettante per l'attività svolta con riferimento ai brief sopra menzionati.

Su tale punto, inoltre, aggiunge il Tribunale adito, il corrispettivo documentato in fattura ed espressamente qualificato come "compenso professionale forfettario" deve ritenersi atto al trasferimento della titolarità del diritto di sfruttamento in capo alla società committente, non essendo rinvenibile a livello documentale un accordo di natura diversa con cui parte attrice si riservava espressamente i diritti di utilizzazione economica dell'elaborato, con conseguente integrale rigetto di tutte le relative domande, venendo meno il preteso indebito sfruttamento dell'opera dell'ingegno.

---

<sup>1</sup> «Nella mail di cui al doc. 11 del fascicolo dell'attrice, quest'ultima fa esplicito riferimento alla possibile futura campagna pubblicitaria e al possibile utilizzo della idea ("spero che riusciremo presto ad incontrarci per parlare dell'eventuale utilizzo della mia idea per questa e per le eventuali future campagne di affissione e non internet, cataloghi, sito, pubblicità in genere")».

### **3. La competenza per territorio della sezione specializzata in caso di violazione del diritto d'autore mediante diffusione del contenuto pubblicitario della campagna attraverso internet e social network**

Nelle proprie difese, La Molisana spiegava una serie di eccezioni preliminari di non poco rilievo, ritenendo, in primo luogo, che le opere commissionate all'attrice non fossero opere dell'ingegno, con conseguente incompetenza delle sezioni specializzate in materia di impresa in favore – venuto meno il nesso funzionale rispetto alla *res controversa* – del Tribunale Ordinario di Campobasso, competente per materia e per territorio *ex artt.* 19 e 20 c.p.c.; nonché, in subordine, dichiarando territorialmente incompetente il Tribunale di Bologna – sezione specializzata in materia di impresa, in favore del Tribunale di Napoli – sezione specializzata in materia di impresa. Secondo parte convenuta, infatti, non vi sarebbe stata la competenza del giudice felsineo perché Bologna non coincideva né con il luogo di residenza delle parti né con il *locus commissi delicti* (luogo ove la convenuta avrebbe illecitamente sfruttato l'opera) né, tantomeno, con il *locus contracti*. Infine, la competenza non poteva individuarsi con riferimento al luogo di residenza dell'attrice, perché criterio residuale, invocabile a norma dell'art. 18 c.p.c. solo nel caso in cui il convenuto non abbia residenza, né domicilio, né dimora nella Repubblica o se la sua dimora è sconosciuta.<sup>2</sup>

Il giudice, rilevata l'assenza di una normativa specifica, come quella riservata alla materia del diritto industriale, per le condotte poste in essere in violazione del diritto d'autore, ha ritenuto di applicare, ai fini dell'individuazione del foro competente, i principi generali previsti dal codice di procedura civile, concludendo per la piena competenza del Tribunale di Bologna - sezione specializzata in materia di impresa, perché luogo di residenza dell'attrice,<sup>3</sup> rigettando così integralmente le eccezioni di parte convenuta. Tale conclusione riposa sulla considerazione secondo cui, pur trattandosi di una fattispecie di danno da illecito extracontrattuale, la violazione in parola è stata veicolata tramite internet e, in particolar modo, i social network, sicché i relativi effetti si sono amplificati a causa dell'utilizzo di tale mezzo, suscettibile di raggiungere un numero indeterminato di destinatari.

Ne segue l'impossibilità di radicare/individuare la competenza utilizzando il parametro tradizionale del territorio (luogo della condotta/luogo in cui l'evento dannoso si verifica).<sup>4</sup> A parere del Tribunale di Bologna, infatti, si perverrebbe al risultato – alquanto incerto in termini di diritto – di una competenza ambulante ed eccessivamente discre-

<sup>2</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 marzo 1994, n. 2596, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 339 ss.

<sup>3</sup> «Occorrerà indagare se, ai sensi del cit. art. 20 c.p.c., la competenza per territorio può essere radicata presso questa sezione specializzata, vertendosi in materia di danno conseguente al mancato riconoscimento dei diritti patrimoniali e morali d'autore, ai sensi della l.a., tenendo conto che, nel caso in esame, gli effetti dannosi conseguono alla prospettata diffusione del contenuto pubblicitario della campagna attraverso mezzi estremamente diffusivi, come ad esempio internet o i social network (ad es. Facebook)».

<sup>4</sup> «Il problema si pone in relazione ai fatti illeciti con eventi territorialmente diffusi, in particolare in quelli operati attraverso internet, nei quali il luogo della condotta e il luogo del danno spesso non coincidono. Nel caso di diffusione di contenuti attraverso la rete, infatti, la condotta rilevante deve individuarsi nella immissione nel sito internet delle notizie la cui diffusione determina il danno».

zionale, lasciando libero il soggetto leso di scegliere il foro che più gli aggrada, potendo essere ciascun tribunale, in pari misura, astrattamente coinvolto dalla diffusività del messaggio, seppur gravato dell'onere - quasi impossibile - di «provare che effettivamente il luogo indicato sia quello ove vi sia stata la prima visita del sito da parte di uno dei potenziali visitatori».<sup>5</sup>

Nella propria digressione, il giudice richiama quindi la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui in simili ipotesi occorre prendere a riferimento il luogo in cui l'inserzionista ha inserito i dati sul server, ritenendo non applicabile un simile criterio laddove tale informazione non è certa ed il luogo di stabilimento non è chiaramente identificabile.<sup>6</sup>

#### **4. Il domicilio del danneggiato quale *locus damni* per determinare il foro competente**

Pertanto, nella fattispecie in esame, rivelandosi inefficace sia il criterio del luogo della condotta che il criterio del luogo in cui l'evento dannoso si verifica, nonché il criterio di matrice giurisprudenziale della condotta dell'inserzionista, la competenza è stata individuata nel foro in cui il soggetto che ha asseritamente patito i danni patrimoniali ha il proprio domicilio civilisticamente inteso.

Appare quindi corretta, secondo il Tribunale di Bologna – sezione specializzata in materia di impresa la scelta di parte attrice di incardinare il giudizio proprio a Bologna, luogo dove insiste la sede principale degli affari e degli interessi della Sig.ra Barbiroli, asseritamente lesa dalla condotta di La Molisana.

Tale conclusione risulta conforme a quanto già statuito dalla Cassazione in tema di risarcimento danni extracontrattuali, patrimoniali e morali, derivanti dalla lesione del diritto alla reputazione di una persona giuridica. La Corte così si pronunciava: «per lesione del diritto alla reputazione di una persona giuridica, compiuta mediante l'inserimento nella rete telematica (“internet”), attraverso un “newsgroup”, di frasi offensive, il “*forum commissi delicti*”, ai fini della individuazione del giudice territorialmente competente a decidere la causa a norma dell'art. 20 cod. proc. civ., va individuato nel luogo di verifica dei lamentati danni in conseguenza dell'evento diffamatorio, e quindi coincide con il luogo in cui il soggetto offeso ha il proprio domicilio, atteso che, essendo il domicilio la sede principale degli affari e degli interessi, esso rappresenta il luogo in cui si realizzano le ricadute negative dell'offesa alla reputazione».<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. § 14 della sentenza in commento.

<sup>6</sup> Cfr. CGUE, C-523/10, *Wintersteiger AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH* (2012), §§ 34- 37, in cui si legge, in particolare: «In caso di lamentata violazione di un marchio nazionale registrato in uno Stato membro ...si deve ravvisare quale fatto generatore [...] l'avviamento, da parte dell'inserzionista, del processo tecnico finalizzato alla comparsa, in base a parametri predefiniti, dell'annuncio che detto inserzionista ha creato per la propria comunicazione commerciale [...] in quanto si tratta di un luogo certo e identificabile, sia per il ricorrente che per il convenuto, e in quanto esso, per tale motivo, è idoneo ad agevolare la gestione delle prove e l'organizzazione del processo, occorre concludere che il luogo di stabilimento dell'inserzionista è quello in cui è deciso l'avvio del processo finalizzato alla visualizzazione degli annunci».

<sup>7</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2002, n. 6591.

Ciò vale anche per i danni non patrimoniali, come il diritto morale d'autore, atteso che la relativa violazione, rappresentando un danno alla persona ed attenendo quindi ad una sfera più intima del soggetto, deve essere accertata dal giudice del luogo di residenza del danneggiato.<sup>8</sup>

Il Tribunale di Bologna, quindi, si è inserito nel solco della giurisprudenza comunitaria secondo cui, in caso di asserita lesione dei diritti d'autore e diritti ad esso connessi, garantiti dallo Stato membro del giudice adito, quest'ultimo è competente, in base al criterio del luogo in cui il danno si è concretizzato, a conoscere di un'azione per responsabilità da lesione di tali diritti.<sup>9</sup>

Secondo tale indirizzo, vertente su un'ipotesi di illecito perpetrato online, la competenza in merito all'accertamento del danno cagionato - limitatamente a quello specifico territorio - va rimessa in capo al giudice dello Stato membro da cui risulta accessibile il sito web per mezzo del quale la condotta pregiudizievole è stata posta in essere e, pertanto, si è determinato il pregiudizio.<sup>10</sup>

In questa maniera, il criterio dell'accessibilità del sito diventa una nuova declinazione del principio di territorialità, dovendosi preferire – ai fini dell'individuazione del foro

---

<sup>8</sup> «A soluzione diversa non si perviene, peraltro, e a maggior ragione, con riferimento alla pretesa fondata sul diritto morale d'autore, atteso che quest'ultimo, maggiormente affine al diritto della personalità, comporta in caso di violazione della citata normativa in materia di diritto d'autore, un danno alla persona (e, dunque, un danno evento e non un evento di danno). La competenza territoriale in relazione a tale domanda deve ritenersi dunque radicata presso il luogo di residenza della persona danneggiata». Tale conclusione risulta altresì avvalorata da quanto affermato dal giudice comunitario in CGUE, C-170/12, *Peter Pinkney v KDG Mediatech AG* (2013), § 36, secondo cui: «poiché l'impatto, sui diritti della personalità di un soggetto, di una violazione commessa per mezzo di un'informazione messa in rete può essere valutato meglio dal giudice del luogo in cui tale soggetto possiede il proprio centro di interessi, la presunta vittima può scegliere di adire, per la totalità del danno cagionato, soltanto il giudice di tale luogo».

<sup>9</sup> *Ivi*, §§ 43-45: «per quanto riguarda la dedotta violazione di un diritto patrimoniale d'autore, la competenza a conoscere di un'azione in materia di illeciti civili dolosi o colposi è già stabilita, a favore del giudice adito, dato che lo Stato membro nel cui territorio si trova tale giudice tutela i diritti patrimoniali fatti valere dal ricorrente e il danno dedotto può concretizzarsi nel distretto del giudice adito. [...] Per contro, poiché la tutela accordata dallo Stato membro del giudice adito vale soltanto per il territorio del citato Stato membro, il giudice adito è competente esclusivamente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio dello Stato membro in cui esso ha sede».

<sup>10</sup> Cfr. CGUE, C-441/13, *Peř Hejduk v EnergieAgentur.NRW GmbH* (2015), §§ 28 ss.: «il danno causato da un'asserita violazione dei diritti di un autore si concretizza o può concretizzarsi in uno Stato membro diverso da quello in cui il convenuto ha preso ed ha attuato la decisione di mettere in rete delle fotografie su un determinato sito Internet. In proposito la Corte ha già precisato non solo che il luogo in cui si concretizza il danno ai sensi di tale disposizione può variare in funzione della natura del diritto asseritamente violato, ma anche che il rischio che un danno si concretizzi in un determinato Stato membro è subordinato alla circostanza che il diritto del quale si lamenta la violazione sia protetto in tale Stato membro (v. sentenza *Pinkney*, EU:C:2013:635, punti 32 e 33). [...] Poiché la tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi al diritto d'autore accordata dallo Stato membro del giudice adito vale soltanto per il territorio del citato Stato membro, il giudice adito in base al criterio della concretizzazione del danno asserito è esclusivamente competente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio di tale Stato membro (v., in tal senso, sentenza *Pinkney*, EU:C:2013:635, punto 45). [...] i giudici di altri Stati membri restano competenti a conoscere del danno cagionato ai diritti d'autore e ai diritti connessi al diritto d'autore sul territorio del loro rispettivo Stato membro, alla luce dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 e del principio di territorialità, dato che si trovano nella posizione migliore, da un lato, per valutare se siano stati effettivamente violati i suddetti diritti garantiti dallo Stato membro interessato e, dall'altro, per determinare la natura del danno cagionato (v., in tal senso, sentenza *Pinkney*, EU:C:2013:635, punto 46)».



competente – il giudice che si trova nella posizione migliore per valutare, da un lato, se siano stati effettivamente violati i diritti d'autore garantiti dallo Stato membro interessato e, dall'altro, la natura del danno cagionato, apprezzamento tanto più accurato quanto più il foro è prossimo al danneggiato.

Tale indirizzo è ormai condiviso, a livello nazionale, sia dal giudice di merito che dal giudice di legittimità, secondo cui – con riferimento ad altre ipotesi di illecito, poste in essere tramite il *web* – l'individuazione del foro competente all'accertamento del danno deve «aver riguardo al luogo in cui il danno materialmente si consuma con la diffusione dei dati digitali nell'area di mercato ove la parte danneggiata risiede o esercita la sua attività di impresa».<sup>11</sup>

## **5. Il nodo del trasferimento dei diritti di utilizzazione economica delle opere di ingegno**

Riguardo al merito della *res controversa*, ovvero l'effettiva lesione dei diritti esclusivi d'autore – patrimoniali e non – rivendicata da parte attrice, occorre effettuare in via preliminare una serie di precisazioni.

Nell'ambito di un contratto di prestazione d'opera, in caso di creazione di un'opera dell'ingegno su commissione, i diritti di utilizzazione economica spettano al committente nei limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto, anche in mancanza di un contratto scritto, dovendosi derogare a quanto prevede l'art. 110 LDA («La trasmissione dei diritti di utilizzazione deve essere provata per iscritto»)<sup>12</sup>.

Infatti, la titolarità del diritto d'autore spetta in generale alla persona fisica, mentre il diritto allo sfruttamento economico può essere acquistato – sin dal suo sorgere, ma comunque in via derivativa – da parte del datore di lavoro o del committente, La Moli-sana, nel caso di specie. Se l'opera viene eseguita su commissione, l'effetto dell'acquisto in via derivativa dei diritti autorali ha luogo quando il prestatore d'opera intellettuale si obbliga a svolgere un'attività creativa su richiesta del committente, che ne sfrutterà economicamente i risultati.<sup>13</sup>

Da un lato, quindi, il committente acquista le facoltà patrimoniali rientranti nei limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto, mentre, dall'altro, l'autore dell'opera resta titolare delle facoltà ricomprese nel diritto patrimoniale diverse da quelle cedute. Pertanto, è necessario verificare in concreto (e di volta in volta) quali diritti di utilizzazione siano stati trasferiti e se le parti abbiano inteso pattuire delle limitazioni all'esercizio dei diritti di utilizzazione economica delle opere commissionate.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. Trib. Roma, sez. XVII, 15 febbraio 2019, n. 3512, nonché Trib. Roma, sez. imprese, 27 aprile 2016, n. 8437 e App. Roma, 29 aprile 2017, n. 2833.

<sup>12</sup> Cfr. Trib. Torino, sez. impresa, 13 giugno 2017, n. 3115: «Non è necessaria la prova scritta per il trasferimento dei diritti di utilizzazione economica nell'ipotesi di opera effettuata in virtù di un contratto di prestazione d'opera intellettuale ed artistica, in quanto, fermo restando la titolarità dei diritti morali d'autore in capo al prestatore, i diritti di sfruttamento economico sono acquisiti dal committente direttamente e immediatamente, quale effetto naturale del contratto».

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. impresa, 5 febbraio 2015.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Per capire, dunque, quali diritti sono trasferiti al committente e quali restano all'autore, occorre ricostruire, nel caso concreto, la volontà delle parti applicando i criteri ermeneutici d'interpretazione del contratto, con particolare attenzione all'attività svolta dal committente e al fine che egli intendeva perseguire quando ha commissionato l'opera. Il Tribunale di Bologna ha dovuto pertanto indagare preliminarmente l'ampiezza dell'accordo di collaborazione nell'ambito del quale si assumono realizzate le opere di ingegno che, secondo la tesi attorea, sarebbero state indebitamente sfruttate da La Molisana.

Tale attività interpretativa appare altresì indispensabile, attesa la mancanza di una disciplina di diritto positivo di carattere generale sulle opere dell'ingegno create su commissione, sicché non è pacifico se i diritti di utilizzazione economica si trasferiscono nella loro interezza in capo al committente.

Nel caso di specie, come già sopra accennato, è stato possibile effettuare una ricostruzione documentale dell'accordo intervenuto fra la Sig.ra Barbiroli e La Molisana: si è così accertato che il perimetro della committenza aveva ad oggetto alcune proposte di campagna pubblicitaria, realizzate secondo le indicazioni della società convenuta, tradottesi in concreto in alcuni brief di cui è stato versato il relativo corrispettivo successivamente alla consegna.

Tale importo, riconosciuto in fattura quale "compenso professionale forfettario", è stato ritenuto atto – fra le altre cose - al trasferimento della titolarità del diritto di sfruttamento in favore della committente, in assenza di un accordo di natura diversa con cui l'autore dell'opera di ingegno si riservava i diritti di utilizzazione economica dell'elaborato.

Di conseguenza, ove non sia stato esplicitamente riservato tale diritto, l'avvenuto versamento di un corrispettivo da parte del committente in favore dell'autore dell'opera di ingegno è da ritenersi idoneo a produrre l'effetto traslativo dell'intero nucleo di diritti – patrimoniali e non – esistenti sull'opera ceduta.<sup>15</sup> Inoltre, nella vicenda in esame, in base agli elementi fattuali emersi, è stato ragionevolmente ritenuto che «oggetto del contratto fosse soltanto il brief della campagna pubblicitaria, realizzato il quale, il rapporto fra le parti era esaurito».<sup>16</sup>

Al termine dell'analisi dei fatti dedotti e dei documenti prodotti nel corso del giudizio, il giudice ha dunque coerentemente concluso come segue: «Al fine di verificare se i diritti di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno creata su commissione si trasferiscano nella loro interezza in capo al committente, è necessario guardare all'oggetto e alla finalità del contratto: il committente acquista le facoltà patrimoniali rientranti in essi, mentre l'autore dell'opera resta titolare delle altre facoltà non cedute al committente. In mancanza della prova documentale dei contratti, avendo le parti concluso gli

---

<sup>15</sup> «Deve dunque ritenersi accertato che, in mancanza di diverso accordo in ordine al "brief per la campagna pubblicitaria", il corrispettivo di euro 1500,00 di cui alla fattura citata (doc. 10), espressamente qualificato come "compenso professionale forfettario" avesse inteso compensare l'opera (intellettuale) realizzata dalla Barbiroli, la cui titolarità, tuttavia, deve ritenersi trasferita in capo alla committente, non potendosi desumere diversamente dalla documentazione acquisita agli atti; non risulta infatti che la parte attrice avesse riservato espressamente a sé i diritti di sfruttamento del detto elaborato ai fini della realizzazione della campagna pubblicitaria».

<sup>16</sup> *Ibidem*.

accordi oralmente, assumono rilievo, al fine d'indagare la volontà delle parti, le fatture emesse dalla società produttrice, insieme ai preventivi relativi ad alcune delle opere di causa».

## **6. Il rapporto fra omessa menzione dell'autore dell'opera di ingegno e violazione del diritto (morale) d'autore**

La sentenza in commento si interroga, infine, sul rapporto fra omessa menzione dell'autore dell'opera di ingegno e violazione del diritto (morale) d'autore.

In una vicenda simile, sottoposta all'attenzione del Tribunale di Milano, parte convenuta giustificava l'eliminazione della menzione dell'autore, nel caso di opere pubblicitarie, invocando un uso negoziale («in considerazione dei tempi ridottissimi delle opere e della loro funzione appunto pubblicitaria»).<sup>17</sup>

Il Tribunale di Bologna, appurato che l'utilizzo dei brief avviene in maniera legittima da parte della società convenuta, «in quanto la campagna pubblicitaria realizzata da La Molisana fa (legittimamente) uso degli elementi contenuti nel “*brief*”, oltretutto congiuntamente, anche in modo separato e autonomo (“spaghetto quadrato”, la Cofana, ecc.)»<sup>18</sup> ha comunque accertato il mancato riconoscimento della paternità dell'opera, nella forma dell'omessa menzione della Sig.ra Barbiroli.

Ciò ad ogni modo non implica – secondo il giudice adito - alcuna lesione del diritto (morale) d'autore di parte attrice, in quanto, secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, «l'uso pubblicitario dell'opera, proprio in quanto finalizzato a promuovere un prodotto nel commercio e non anche a conferire pubblicità ad un'opera dell'ingegno, non implica la necessaria menzione della provenienza dell'autore».<sup>19</sup>

Se infatti, da un lato, la cessione del diritto di sfruttamento economico non fa perdere all'autore il diritto di rivelarsi tale, dall'altro, è pacifica la facoltà, in capo al titolare dei diritti d'uso sull'opera pubblicitaria, di rielaborare l'opera al fine di renderla fruibile agli utenti secondo le modalità adatte a ciascun mezzo di comunicazione, senza tuttavia pregiudicare l'onore e la reputazione dell'autore. A norma dell'art. 20 LDA, infatti, quest'ultimo «conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a [...] ogni atto a danno dell'opera stessa, che possa(no) essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione», requisito non sussistente nel caso di specie.

Sulle singole forme di sfruttamento e l'interpretazione dell'art. 20 LDA la Cassazione ha già avuto modo di pronunciarsi, rilevando che le due norme rilevanti – art. 12<sup>20</sup> e art. 20 LDA- hanno differenti natura e genesi e concludendo per l'assenza di automatismo fra violazione del diritto (patrimoniale) d'autore, per effetto dello sfruttamento non

---

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. impresa, 7 giugno 2016, n. 7020.

<sup>18</sup> V. sentenza in commento.

<sup>19</sup> V. sentenza in commento.

<sup>20</sup> *Ibidem*: «Questa Corte Suprema da tempo ha dato luogo ad un orientamento dal quale il collegio non ha motivo per discostarsi in base al quale le singole forme di sfruttamento dell'opera elencata dalla L.A. agli artt. seguenti al n. 12 sono autonomamente cedibili (Cass. n. 5066 del 2001)».

autorizzato dell'opera, e violazione del diritto (morale) d'autore.<sup>21</sup> Stando alla lettera dell'art. 20 LDA il diritto alla paternità è tale che nemmeno la cessione dello sfruttamento economico fa perdere all'autore la facoltà di impedire che altri se ne dichiari autore, e sotto il profilo della tutela morale, di opporsi a trattamenti dell'opera che possano essere di pregiudizio alla sua reputazione o al suo onore («indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera ed anche dopo della cessione dei diritti stessi»).

Tuttavia, nella vicenda sottoposta all'attenzione della Suprema Corte è stato escluso che, benché fosse sussistente lo sfruttamento non autorizzato di un brano musicale come sottofondo di un messaggio pubblicitario, l'omessa indicazione dell'autore dell'opera implicasse di per sé «una presunzione di indebita attribuzione della paternità all'utilizzatore, presunzione che non trova riscontro nella legge».<sup>22</sup>

Secondo giurisprudenza consolidata, quindi, solo la sostituzione del nome dell'autore dell'opera con quello di un altro soggetto determina l'effettiva lesione del diritto morale e, dunque, solo in detta ipotesi è possibile rinvenire una contestazione esplicita della paternità dell'opera creativa e l'attribuzione della stessa ad un altro soggetto.<sup>23</sup> In ogni altro caso una simile conclusione è da escludere, così come è da escludere la violazione dell'art. 20 LDA

Pertanto, nel caso in commento, il Tribunale di Bologna ha ritenuto che, essendo incontestata la riferibilità a parte attrice dei brief della campagna pubblicitaria realizzata da La Molisana, l'utilizzo fattone attraverso brevi presentazioni del prodotto - pur essendo omessa l'indicazione del nome dell'autrice - non può ritenersi suscettibile di integrare una violazione del diritto morale di quest'ultima, con conseguente esclusione di una indebita attribuzione di paternità in capo all'utilizzatore. Per tale ragione, non rinvenendosi alcun illecito, nessun risarcimento è possibile riconoscere in favore del soggetto asseritamente leso, le cui domande sono integralmente rigettate.

Corre tuttavia l'obbligo di segnalare in proposito una recentissima sentenza che si pone in netta controtendenza rispetto a quanto appena illustrato: secondo la Corte di Cassazione, la violazione dell'art. 20 LDA prescinde dall'illegittima attribuzione della paternità, dovendosi interpretare tale disposizione «*nel senso che* «il diritto di rivendicare la paternità dell'opera» consiste non soltanto in quello di impedire l'altrui abusiva auto- o eteroattribuzione di paternità, ma anche nel diritto di essere riconosciuto come l'autore dell'opera, indipendentemente dalla parallela, ma pur solo eventuale, attribuzione ad altri».<sup>24</sup>

Nella vicenda sottoposta all'attenzione del giudice di legittimità, si contestava la violazione del diritto morale d'autore nella forma dell'omessa menzione all'interno delle tavole pubblicate in alcuni volumi dell'Enciclopedia italiana, nonostante le parti, per

<sup>21</sup> «La violazione del diritto morale d'autore di un'opera musicale non può ritenersi sussistente «*in re ipsa*» per il solo fatto del suo utilizzo in uno spot pubblicitario senza il consenso del suo autore»: cfr. Cass. civ., sez. I, 3 marzo 2006, n. 4723, in *Giur. it.*, 2, 2007, 348 ss.

<sup>22</sup> V. sentenza in commento.

<sup>23</sup> Così F. Bossi, *Nota a Trib. Firenze 28 aprile 2015*, in *AIDA*, 2015, 898 ss., avente ad oggetto l'utilizzo di una foto senza il nome dell'autore. In senso analogo, anche Trib. Milano, sez. impresa, 7 novembre 2016, n. 12188.

<sup>24</sup> Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2019, n. 18220, in *Diritto & Giustizia*, 8 luglio 2019.

effetto della cessione totale dei diritti da parte dell'autore, avessero espressamente pattuito di far sempre figurare il suo nome.

Ebbene, a giudizio della Suprema Corte, alla mancata indicazione del nome dell'autore in uno all'opera realizzata (nel caso di specie, delle tavole a corredo dei volumi dell'Enciclopedia italiana) non può supplire la didascalia posta a corredo delle tavole. In particolare, nella sentenza si afferma che poiché il diritto morale d'autore costituisce «quella ricompensa non economica rappresentata dalla possibilità di essere riconosciuto fra il pubblico indistinto come il soggetto che ha realizzato l'opera stessa con il proprio originale apporto creativo»,<sup>25</sup> l'identità personale autorale ed artistica può subire un pregiudizio tanto dalla falsa attribuzione quanto dalla condotta “speculare e contraria” di chi non consente il riconoscimento della paternità per il tramite dell'omissione delle generalità dell'autore.

Così facendo, non solo sussiste un inadempimento contrattuale produttivo di danno non patrimoniale, ma anche la lesione del diritto (morale) vantato dall'autore dell'opera di ingegno di «rendere noto il ruolo svolto [...] nella stesura del Dizionario Enciclopedico», atteso che l'indicazione del nominativo in calce al piano dell'opera «non rende agevole al lettore, che non abbia acquistato l'ultimo volume dell'opera in parola, di identificare agevolmente (l') autore delle tavole»<sup>26</sup> il cui diritto soggettivo viene inevitabilmente pregiudicato.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*

<sup>26</sup> *Ibidem*.

## **Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore online**

Pasquale Pantalone

Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993

Se è consentito ritenere legittimo che, attraverso il contestato regolamento, l'Autorità possa adottare misure strettamente amministrative volte a prevenire od inibire condotte lesive del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, non è altrettanto lineare ed automatico (proprio per rispetto del principio di legalità) ammettere che, a fronte dell'inosservanza di tali misure amministrative, colui che non vi ottemperi per ciò solo debba scontare l'onere di una sanzione pecuniaria in mancanza di una norma primaria che tanto espressamente e preventivamente preveda.

### **Keywords**

Diritto d'autore; AGCOM; Poteri impliciti; Sanzioni amministrative; Enforcement

---

Con la sentenza in commento è giunta al termine la lunga e tormentata vertenza relativa alla legittimità del regolamento dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica (delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013).

La vicenda in esame ha destato un particolare interesse per la dottrina giuspubblicistica (testimoniata dai numerosi contributi e commenti apparsi in numerose riviste scientifiche di settore), in quanto ha costituito l'occasione per interrogarsi, ancora una volta, sull'attuale portata precettiva del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti di regolazione<sup>1</sup>.

È noto, infatti, che tra le principali censure formulate avverso il citato regolamento dell'Agcom vi era quella relativa alla mancata osservanza dei principi di legalità e di riserva di legge, sul presupposto che la normativa primaria non attribuisse all'Autorità, in materia di tutela del diritto d'autore *online*, alcuna chiara potestà di regolazione, né tanto meno specifici poteri inibitori e sanzionatori<sup>2</sup>. In riferimento a questi ultimi, in

---

<sup>1</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Milano, 2018, e ai riferimenti bibliografici ivi indicati.

<sup>2</sup> *Ex multis*, v. M. Renna, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 111 ss.; M. Ramajoli, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 98 ss.

particolare, il regolamento Agcom ha introdotto, da un lato, talune misure interdittive (quali, ad esempio, gli ordini rivolti ai prestatori di servizi di *hosting* di rimozione selettiva o di disabilitazione dell'accesso all'intero sito delle opere digitali rese illecitamente disponibili) e, dall'altro, particolari ipotesi sanzionatorie di carattere pecuniario (artt. 8, c. 7, 13, c. 4, e 14 c. 3).

Il presunto difetto di potere dell'Agcom è stato sottoposto all'attenzione del Tar Lazio, il quale, con le ordinanze nn. 10016 e 10020 del 26 settembre 2014, ha dapprima sollevato questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni legislative che il giudice rimettente aveva posto a fondamento del potere regolamentare dell'Agcom.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 247/2015<sup>3</sup>, ha dichiarato inammissibile tale questione, rilevando tuttavia che «[a] prescindere da ogni considerazione sulla accuratezza della ricostruzione del quadro normativo e della interpretazione datane dal rimettente, è evidente che nessuna delle disposizioni impugnate, in sé considerata, dispone specificamente l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l'approvazione del regolamento impugnato nei due giudizi davanti al Tar. Esso è desunto dal giudice a quo, in forza di una lettura congiunta delle previsioni sopra esaminate, che non risulta coerentemente o comunque adeguatamente argomentata».

Siffatta "lettura congiunta", in base alla quale il Tar Lazio ha comunque successivamente ricavato «la sussistenza in capo ad Agcom di compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possono anche consentirle di impedire l'accesso a determinati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi» (sentenza n. 4101 del 30 marzo 2017<sup>4</sup>), è stata confermata anche in sede di appello, seppure con alcune notazioni degne di rilievo.

Più precisamente, contrariamente al giudice di prime cure, nella sentenza in commento il Consiglio di Stato, richiamando in particolare la clausola generale contenuta nell'art. 2, c. 5, l. 481/1995, in ordine alle regolazione dei servizi di pubblica utilità («Le Autorità (...) sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza») ha – questa volta – espressamente invocato la teoria dei poteri impliciti<sup>5</sup> a sostegno dell'asserita compatibilità col principio di legalità della funzione para-normativa (e dei conseguenti poteri interdittivi) dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore *online* (capi 7.2.2. e 7.2.3.).

Il potere in esame non è stato dunque "implicitamente" desunto dal parallelo potere tipico di vigilanza dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore (art. 182-*bis*, l. 633/1941), ma sulla base del contesto normativo considerato e della generale funzione di regolazione affidata alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità nei

---

<sup>3</sup> V. A. Giannelli, *La tutela amministrativa del diritto d'autore on line. Commento a Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2016, 345 ss.

<sup>4</sup> Sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *L'arbitro delle controversie sul diritto d'autore online supera il vaglio del giudice amministrativo*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 161 ss. In termini critici, v., altresì, P. Sammarco, *Brevi note critiche sul fondamento del potere normativo dell'Agcom nel procedimento di "notice and take down"*, in *Dir. inf.*, 2017 2, 346 ss.

<sup>5</sup> Su cui, almeno, cfr. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001 e G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.

settori di rispettiva competenza<sup>6</sup>. In altri termini, il Consiglio di Stato ha fatto ricorso a una tecnica interpretativa, che, ammessa la generale e preventiva competenza regolatoria di talune *authorities* (ivi compresa l'Agcom) in un dato settore e individuato il valore da tutelare, consente il ricorso ad ogni "mezzo" para-normativo reputato soggettivamente idoneo alla realizzazione della finalità istituzionale legislativamente assegnata<sup>7</sup>.

Il ricorso alla teoria dei poteri impliciti non è invece stato sufficiente per configurare una specifica potestà sanzionatoria dell'Autorità nella materia in esame. Difatti, il Consiglio di Stato, in aderenza a un indirizzo giurisprudenziale prevalente, ha riformato parzialmente la sentenza di primo grado – ed è questa la vera novità della decisione in commento –, ritenendo illegittima la previsione regolamentare di sanzioni pecuniarie in assenza di una circostanziata base legislativa.

Vero è che, a fronte di norme primarie dai contorni estremamente vaghi e generici, le *authorities* siano spesso costrette, per adempiere ai propri fini istituzionali, a esercitare poteri privi di un'espressa e circostanziata base legale.

Tuttavia, bisogna rilevare che, con riferimento a poteri impliciti di contenuto ablatorio o sanzionatorio delle situazioni giuridiche soggettive (quand'anche formalmente qualificati alla stregua di atti regolamentari o di regolazione), l'orientamento giurisprudenziale maggioritario – che ha soprattutto interessato l'estensione dei poteri di un'altra Autorità indipendente di regolazione (l'Arera - Autorità di regolazione per energia reti e ambiente) – è nel senso di escludere l'esistenza di tali poteri, sul presupposto che le esigenze di garanzia espresse dal principio di legalità non possano subire limitazione alcuna laddove le Autorità in via unilaterale incidano sfavorevolmente sulla sfera giuridica (e, in particolare, patrimoniale) dei privati<sup>8</sup>.

È stato in particolare sottolineato, sempre con riferimento agli atti dell'Arera – ma il medesimo ragionamento può valere anche per i poteri dell'Agcom – che l'eventuale potere sanzionatorio a cui l'Autorità avesse dovuto ricorrere in caso di violazione delle

---

<sup>6</sup> In termini analoghi, seppure riguardante l'estensione dei poteri di regolazione dell'Arera (Autorità di regolazione per energia reti e ambiente), v., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874 (in part., il punto 5.2 della motivazione in diritto), ove si è ritenuto, attraverso una lettura sistematica delle norme rilevanti in materia, che l'Autorità avesse legittimamente esercitato la propria attività di regolazione in tema di erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell'energia elettrica nell'ambito delle reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale.

<sup>7</sup> Cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 132.

<sup>8</sup> Cfr. Tar Lombardia, sez. IV, 20 giugno 2005, n. 1846, in *Foro amm. TAR*, 6, 2005, 1843 ss., che ha annullato una delibera con la quale l'Arera, dopo aver predisposto un meccanismo di controllo e monitoraggio del mercato (potere legittimo alla luce della normativa esistente), aveva esercitato un potere sanzionatorio che non era previsto da alcuna norma di legge, né poteva essere desunto dal generale potere di direttiva di cui era investita l'Autorità. Dello stesso avviso è stato il Consiglio di Stato adito in sede di appello: Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501. In merito alla questione relativa all'estensione del potere di vigilanza dell'Arera sull'osservanza, da parte delle maggiori imprese operanti nel settore dell'energia elettrica, del gas e petrolifero, del divieto di traslazione sui prezzi al consumo della maggiorazione dell'imposta sul reddito delle società (cd. "Robin Hood Tax"), cfr. Tar Lombardia, sez. III, 17 giugno 2009, nn. da 4041 a 4053 e Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2531 ss., secondo cui la funzione di vigilanza attribuita all'Arera dal d.l. 112/08, ancorché comportasse l'esercizio dei necessari poteri istruttori, non avrebbe potuto legittimare l'Autorità all'adozione di specifiche misure sanzionatorie o conformative dirette a reprimere o impedire la traslazione di imposta.



prescrizioni da essa stessa emanate non avrebbe potuto essere implicitamente ricavato dall'ambito logico e giuridico coperto dalla norma attributiva del potere regolatorio pro-concorrenziale, «pur se inteso nella sua latitudine più ampia», in quanto, «per il suo contenuto specifico e singolare», avrebbe oltrepassato i limiti di proporzionalità e ragionevolezza a cui è assoggettato il potere regolatorio<sup>9</sup>.

Pertanto, le misure connotate da un sapore schiettamente ablatorio e che comportano «un pesante *vulnus*» alla libertà di impresa, non possono prescindere da una copertura legislativa provvista di un livello accettabile di tipizzazione. Risulta necessario, a tal fine, individuare all'interno dell'ordinamento giuridico una «norma primaria o super-primaria» che disciplini con criteri sufficientemente dettagliati l'assoggettamento degli operatori a obblighi comportamentali di carattere ablatorio o sanzionatorio<sup>10</sup>.

Non si può, insomma, prescindere – e la decisione in commento lo conferma – da un'accezione rigorosa del principio di legalità rispetto a tutti quegli atti con cui le Autorità di regolazione (come l'Agcom) non esercitano una funzione sostanzialmente normativa ponendo prescrizioni generali e astratte, ma incidono direttamente, limitandole (soprattutto sotto il profilo patrimoniale), su situazioni giuridiche soggettive dei privati.

---

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501.

<sup>10</sup> Tar Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246.

# Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica

Gianluca Fasano

Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270

Le straordinarie potenzialità della digitalizzazione della pubblica amministrazione sono funzionali ad un processo di inclusione di cittadini e imprese, a garanzia della loro partecipazione democratica al funzionamento dello Stato. L'innovazione tecnologica, però, introduce elementi di rischio che potrebbero tradursi invece in una loro esclusione.

In tale scenario, occorre che la pubblica amministrazione sappia farsi interprete di una rinnovata esigenza di trasparenza, rafforzata in considerazione della tendenziale propensione all'opacità del linguaggio macchina, onde consentire di poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della "regola" che governa l'algoritmo.

## Sommario

1. Introduzione. - 2. Il tema della digitalizzazione nell'ottica del buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). - 3. L'algoritmo quale atto amministrativo generale. - 4. La trasparenza algoritmica. - 5. Conclusioni

## Keywords

Algoritmo; Trasparenza algoritmica; Intelligenza artificiale; Digitalizzazione; Decisione automatizzata.

---

## 1. Introduzione

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, dell'8 aprile 2019, n. 2270, si impone all'attenzione del lettore non tanto per lo specifico e peculiare problema affrontato e risolto, di notevole importanza pratico-applicativa, ma soprattutto perché solleva una questione di portata generale relativa al valore giuridico che assume la regola tecnica che governa ciascun algoritmo e, conseguentemente, alle disfunzioni che potrebbero derivare dall'introduzione di modelli decisionali automatizzati nell'azione amministrativa.

La questione si innesta su un tema quanto mai attuale. I vantaggi derivanti dall'introduzione di modelli decisionali automatizzati e di forme gestionali innovative che si avvalgono delle tecnologie informatiche ed elettroniche sono indiscutibili. Si pensi

all'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di un "algoritmo", che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande.

L'automazione garantisce l'affermazione del principio costituzionale di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, con benefici non soltanto sul piano del minor dispendio di mezzi e risorse e dell'accelerazione dell'iter automatizzato ma anche su quello della maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

Nondimeno, nell'introdurre l'algoritmo nel processo di adozione della scelta della pubblica amministrazione va adeguatamente soppesata la sua caratteristica saliente, quella di possedere una tendenza "fisiologica" ad essere non immediatamente decifrabile, se non da parte di tecnici esperti. Assunta tale consapevolezza, dovranno essere introdotti i necessari correttivi, di metodo e di sistema, onde scongiurare che venga compromessa la comprensione delle scelte amministrative da parte dei comuni cittadini destinatari delle medesime e, così, vanificare la finalità partecipativa propria della digitalizzazione della PA.

## **2. Il tema della digitalizzazione nell'ottica del buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)**

Per maggiore chiarezza espositiva pare opportuno riepilogare per cenni la vicenda giudiziaria decisa dal provvedimento in commento.

I ricorrenti, docenti della scuola secondaria di secondo grado, nel mese di settembre 2015 venivano inseriti nel piano straordinario di assunzione a tempo indeterminato di cui alla l. 107/2015, (fase "B"). A seguito delle operazioni di assegnazione delle sedi, essi lamentavano che, a causa di un algoritmo «di cui non si conoscerebbero le concrete modalità di funzionamento», docenti collocati in graduatoria in posizione deteriore rispetto alle loro avrebbero beneficiato di maggior tutela, per essere stati assunti nelle classi di concorso prescelte e nelle province di residenza laddove le loro preferenze, espresse nelle domande di assunzione circa classe di concorso, ordine scuola e sede, non sono state soddisfatte.

Pertanto, chiedevano l'annullamento dei provvedimenti di assegnazione viziati a loro dire per via della mortificazione del principio meritocratico, criterio cardine da rispettare nel reclutamento del personale per l'accesso nell'amministrazione.

Per quanto maggiormente rileva nella presente prospettiva di analisi, le ragioni di interesse della decisione possono riassumersi su due fronti.

Preliminarmente, il Collegio rimarca l'importanza dell'utilizzo da parte della PA di processi decisionali automatizzati «con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale».

L'utilizzo di un algoritmo<sup>1</sup>, con la preelaborazione di una sequenza ordinata di opera-

---

<sup>1</sup> A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997 Agg., vol. I, 221: «Nella

zioni di calcolo in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande, è particolarmente utile in un'ottica di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, conformemente al principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). Il procedimento digitale comporta una «notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata».

L'argomentazione introduce il tema della digitalizzazione in chiave di semplificazione dell'amministrazione, intesa sia come semplificazione delle strutture e dei processi organizzativi, dunque dell'amministrazione come organizzazione<sup>2</sup>, sia dell'attività amministrativa medesima<sup>3</sup>.

In tale prospettiva, la informatizzazione non è l'obiettivo in sé ma deve esser letta in chiave funzionale al principio costituzionale dell'organizzazione dei pubblici uffici in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità, potendo incidere sulla struttura stessa del procedimento amministrativo e soprattutto sulle modalità di esercizio del potere.

In sintesi, i programmi di informatizzazione della Pubblica amministrazione investono il modo di essere dell'autorità pubblica.

Sulla base di tale consapevolezza, il legislatore del Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, "CAD"), all'art. 12, ha individuato le tecnologie dell'informazione e della comunicazione quali strumenti grazie ai quali le Pubbliche amministrazioni possono organizzare le proprie attività per la realizzazione degli «obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione»<sup>4</sup>.

Sul piano procedimentale, la rilevanza dell'utilizzo dell'informatizzazione nella gestione del procedimento amministrativo viene espressa dall'art. 41 del CAD, il quale impone alle amministrazioni di gestire i procedimenti utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Inoltre, il crescente interesse per la digitalizzazione dell'amministrazione, sulla spinta del contesto internazionale, è giustificato dalla stretta correlazione esistente tra progresso tecnologico e produttività e, quindi, in funzione dello sviluppo economico dei

---

scienza informatica il programma è descritto come l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte formulate ex ante (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse) la cui applicazione porta al risultato conseguito. Esso ha a fondamento un algoritmo ovvero l'enunciazione rigorosa delle operazioni logiche e di calcolo da eseguirsi su determinati dati, la cui successione conduce al raggiungimento di un determinato risultato».

<sup>2</sup> G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

<sup>3</sup> Il programma della digitalizzazione della PA, come previsto dalla riforma di cui alla legge delega n. 124/2015, richiede necessariamente la ridefinizione dei procedimenti amministrativi, dell'organizzazione e delle procedure interne alle amministrazioni.

<sup>4</sup> P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 679, per l'Autore la semplificazione indotta dalla informatizzazione riduce «il grado di autoritatività dell'azione amministrativa, per la quantità e la qualità di informazioni che il pubblico ufficio è costretto a mettere in rete con conseguente diminuzione del margine di discrezionalità riservato all'amministrazione».

singoli Paesi<sup>5</sup>.

Come ha evidenziato la Commissione europea, nella Comunicazione del 2010 sull'Agenda digitale europea, il settore delle ICT contribuisce alla crescita del PIL europeo e, in particolare, grazie all'informatizzazione della pubblica amministrazione si possono «ridurre i costi e permettere ad amministrazioni pubbliche, cittadini e imprese di risparmiare tempo»<sup>6</sup>.

In tale scenario, le tecnologie non rappresentano unicamente la leva di una maggiore efficienza dell'apparato amministrativo bensì costituivano l'occasione per creare una amministrazione aperta, responsabile e meritevole di fiducia da parte dei cittadini<sup>7</sup>, in grado di promuovere una rivoluzione culturale tesa a migliorare il rapporto Stato-cittadino, per anni caratterizzato da un paradigma conflittuale.

### 3. L'algoritmo quale atto amministrativo generale

La sentenza in rassegna offre lo spazio per un'ulteriore riflessione, laddove il Collegio si sofferma sulla necessità che la procedura affidata al calcolatore elettronico non possa sfuggire ai principi che governano lo svolgersi dell'attività amministrativa.

La tecnologia dell'informatizzazione dovrà esser plasmata sulla base dei principi giuridici preesistenti e, soprattutto, non potrà giustificare una riduzione delle tutele riconosciute dalla legge.

L'arresto giurisprudenziale è chiaro sul punto: «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva».

La decisione promana dall'assunto che l'algoritmo, inteso quale sequenza di istruzioni che definiscono le operazioni da eseguire sui dati per ottenere i risultati, applicato al campo dell'amministrazione, e quindi alla scelta di come soddisfare gli interessi pubblici, rappresenta il vestito digitale indossato dall'atto amministrativo generale, con la conseguenza che ne seguirà le sorti<sup>8</sup>.

Infatti, l'algoritmo sarà indirizzato a un numero limitato e identificabile di destinatari, per produrre effetti in ordine a una situazione concreta e particolare. Esso riassume la decisione assunta *ex ante* circa la composizione di determinati interessi, tesa a dispiegare i suoi effetti, grazie agli automatismi informatici, per un numero determinato di casi.

<sup>5</sup> P. Ciocca, F. Satta, *La dematerializzazione dei servizi della P.A.: un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, in *Diritto Amministrativo* 2008, 283 ss. In una recente ricerca della Banca d'Italia sull'e-government si riporta che «Da un lato, accrescendo l'efficienza dei processi interni alla PA, l'informatizzazione aumenta la produttività del settore pubblico e genera risparmi di spesa liberando risorse da destinare ad usi produttivi alternativi; dall'altro, migliorando l'offerta dei servizi pubblici a cittadini e imprese, essa sostiene la produttività del settore privato»; così in C.M. Arpaia, P. Ferro, W. Giuzio, G. Ivaldi, D. Monacelli, *L'E-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*, 2015, 5.

<sup>6</sup> Cfr. [Comunicazione della Commissione del 19 maggio 2010, COM\(2010\)245](#), 36.

<sup>7</sup> Cfr. [raccomandazione OECD sulle strategie del Governo digitale \(luglio 2014\)](#).

<sup>8</sup> Per l'inquadramento del software nella categoria degli atti amministrativi generali vedasi D. Marongiu, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana*, in *Diritto amministrativo elettronico*, 2003.

In altri termini, a fronte dei dati immessi nel computer (*input*), sulla base delle istruzioni dettate dal programma, viene ad essere elaborata la decisione (*output*).

In sostanza, il programma «contiene l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte, formulate *ex ante* [...], la cui applicazione porta all'adozione dell'atto amministrativo»<sup>9</sup>.

Ciò non priva l'autorità amministrativa della paternità dei provvedimenti seppur resi, grazie all'algoritmo, in modo automatizzato. Anzi, la stessa "regola tecnica" contenuta nell'algoritmo è espressione della volontà dell'autorità amministrativa<sup>10</sup>, e ad essa è attribuibile<sup>11</sup>.

Eppure, v'è in dottrina chi non riconosce al software la natura giuridica di atto amministrativo<sup>12</sup>.

L'argomentazione principale deriva dalla circostanza che il linguaggio adoperato nella scrittura del software, uno dei tanti linguaggi di programmazione, non è comprensibile da chi non è un tecnico esperto di quello specifico linguaggio. Ciò comporta, da un lato, l'impossibilità per il cittadino di comprenderne il significato, dall'altro, la necessità che l'amministrazione, nel doversi affidare ad un tecnico per l'estensione del programma, esprima *ex ante* la decisione amministrativa da tradurre poi in stringhe informatiche.

Altra parte della dottrina ascrive il software utilizzato per l'emanazione degli atti automatici alla categoria dell'atto amministrativo<sup>13</sup>, come atto interno<sup>14</sup> o come atto strumentale<sup>15</sup>.

Il Collegio, invece, parte dall'assunto che il software è espressione della volontà dell'amministrazione precedente e con esso l'amministrazione viene ad incidere, seppur in via mediata, sulle situazioni giuridicamente rilevanti. In ragione poi della generalità ed astrattezza delle prescrizioni in esso contenuto giunge a qualificarlo come atto generale.

<sup>9</sup> Cfr. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, 82 ss.

<sup>10</sup> I. Martin Delgado, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, 146: «il fatto che la decisione sia stata adottata da un computer in maniera automatizzata, non implica che l'attività venga ad esso imputata, perché la paternità dell'atto ricadrà sull'organo amministrativo che possiede la potestà e esercita la competenza».

<sup>11</sup> Cfr. Tar Lazio, sez. III-*bis*, 14 febbraio 2017, n. 3769, che ha riconosciuto il diritto di accesso all'algoritmo del software di gestione di un procedimento amministrativo, nella specie inerente la mobilità di docenti di scuola, sul presupposto l'algoritmo sia ascrivibile alla categoria dell'atto amministrativo informatico, di cui all'art. 22, lett. d), l. 241/1990.

<sup>12</sup> Contrario alla qualificazione del programma informatico come provvedimento amministrativo A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico. Sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amministrativo CDS*, 9, 2002, 2256 ss.

<sup>13</sup> A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, 56 ss.; U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 51 ss.; A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, 174 ss.

<sup>14</sup> A. Usai, *op. cit.*, 174.

<sup>15</sup> A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 56 ss., il quale definisce altresì l'atto-programma come atto amministrativo strumentale rispetto alle singole decisioni finali.

#### 4. La trasparenza algoritmica

Assunto l'algoritmo nell'ambito della regola amministrativa generale, con il riconoscimento di una piena valenza giuridica e amministrativa, si conferma che la tecnologia è mero strumento di cui il diritto si avvale.

I vantaggi in termini di semplificazione, di velocità nell'adozione di una moltitudine di determinazioni automatizzate, ed in generale il riconoscimento della preponderanza di una nuova categoria per l'interpretazione dei fatti, composta di regole tecniche ed oggettive, deve esser comunque contenuta nel solco tracciato dai principi generali, intesi quale sistema primario di categorie per l'interpretazione del reale.

E così, l'algoritmo resta assoggettato alle medesime garanzie che l'attività amministrativa deve assicurare, tra cui in primo luogo la conoscibilità. La regola tecnica deve esser conoscibile in tutti i suoi aspetti «dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti».

La ragione di tale piena conoscibilità è finalizzata a consentire la sindacabilità dei criteri di funzionamento del procedimento digitale, ovvero sia la verifica della loro conformità rispetto alle finalità stabilite dalla legge o determinate dalla stessa amministrazione con l'adozione della regola algoritmica.

Fino a questo punto, il ragionamento del Collegio si pone in linea con un'accezione tradizionale del canone della trasparenza. Ma, non si ferma qui.

La costruzione dell'algoritmo richiede la fusione di categorie concettuali appartenenti a diversi settori della conoscenza, principalmente del diritto e dell'informatica, con ciò determinando una «caratterizzazione multidisciplinare» dell'algoritmo stesso. Ne deriva, aggiunge il Collegio, «la necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile».

In altri termini, la formula tecnica rappresentando una proiezione nel mondo digitale della regolamentazione di interessi assunta dalla PA deve, in funzione della piena conoscibilità dell'attività amministrativa, consentire sempre di poter risalire alla regola giuridica ad essa sottesa, per poter comprendere la logica che ha condotto l'amministrazione a formulare le proprie scelte in sede di programmazione.

In tal senso può esser letto, e se necessario ribadito, il primato della regola giuridica quale categoria per l'interpretazione della realtà e degli interessi amministrati.

Si fa strada, dunque, una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che pone un traguardo più avanzato rispetto alla mera conoscibilità, proiettandosi verso il risultato della comprensibilità. Posto che, come visto, l'algoritmo non è comprensibile per chi non è esperto del linguaggio di programmazione in cui è scritto, in capo all'amministrazione vi è l'onere di corredare l'algoritmo di spiegazioni che rendano comprensibile ciò che è oscuro ai più.

Peraltro, l'utilizzo della locuzione «corredata da spiegazioni» evoca chiaramente una unione stabile tra l'algoritmo e le relative traduzioni in chiaro, tra il vestito digitale e la regola giuridica vestita, da realizzarsi non soltanto in un'eventuale fase di accesso bensì *ex ante*, già durante la fase di pianificazione dell'attività amministrativa e di esercizio del

relativo potere.

La trasparenza, declinata quale mezzo per alimentare il rapporto di fiducia intercorrente tra la collettività e le pubbliche amministrazioni e per promuovere la cultura della legalità, assolve al compito di garantire che il cittadino possa conoscere le modalità automatizzate con le quali è stata in concreto assunta una decisione che si ripercuote sulla sua sfera giuridica<sup>16</sup>. E, in tale prospettiva, di far valere il proprio diritto di difesa azionando la piena cognizione del giudice amministrativo, onde «sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato».

Quasi a voler riaffermare il primato dell'uomo sulla macchina, i giudici di Palazzo Spada evidenziano la necessità che sia il giudice a «dover svolgere, per la prima volta sul piano “umano”, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica», nell'esercizio di quel sindacato giurisdizionale al quale non può sfuggire la decisione robotizzata.

Conseguentemente, «il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della “regola” che governa l'algoritmo».

Il Collegio, in definitiva, giunge a dichiarare sussistente nella fattispecie una violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, poiché non è dato comprendere le modalità con le quali, attraverso il citato algoritmo, siano stati assegnati i posti disponibili<sup>17</sup> nella designazione delle sedi di lavoro.

## 5. Conclusioni

Indubbiamente, la decisione in rassegna offre uno spaccato sull'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di forme molto semplici di intelligenza artificiale, quale il ragionamento automatico, caratterizzato da particolare semplicità rispetto al c.d. *machine learning* (capacità delle macchine di imparare) ovvero al c.d. *deep learning* (macchine con capacità di elaborare nuovi percorsi di apprendimento)<sup>18</sup>.

Eppure, già su questo terreno elementare di automazione dell'azione amministrativa si può sperimentare la principale criticità derivante dalla sovrapposizione delle due

---

<sup>16</sup> Secondo R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1987, citato da C. Cudia, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Diritto Pubblico*, 2007, 99 ss., la trasparenza riassume quella condizione di permanente conoscibilità che si impone come regola dell'organizzazione e dell'attività amministrativa.

<sup>17</sup> «Non solo, gli esiti della stessa paiono effettivamente connotati dall'illogicità ed irrazionalità denunciate dalle appellanti, essendosi verificate situazioni paradossali per cui docenti con svariati anni di servizio si sono visti assegnare degli ambiti territoriali mai richiesti e situati a centinaia di chilometri di distanza dalla propria città di residenza, mentre altri docenti, con minori titoli e minor anzianità di servizio, hanno ottenuto proprio le sedi dagli stessi richieste»; così l'annotata sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, § 8.4.

<sup>18</sup> Il *Machine Learning* è un metodo di analisi dei dati che consente ai computer di imparare a svolgere determinati compiti migliorando, tramite l'esperienza, le proprie capacità, le proprie risposte e funzioni. Il *Deep Learning* è quel sistema di apprendimento che, utilizzando le architetture di reti neurali, elabora grandi set di dati e conduce ad un risultato simile a quello cui potrebbe giungere l'uomo. Attraverso questo sistema la macchina impara con l'esempio.



dimensione a confronto - il diritto e l'informatica<sup>19</sup> – vale a dire il rischio che l'automazione possa incrementare il divario tra cittadino e pubblica amministrazione.

Le straordinarie potenzialità della digitalizzazione della pubblica amministrazione, funzionale ad un processo di inclusione di cittadini e imprese per una loro partecipazione democratica al funzionamento dello Stato, potrebbero tradursi invece in una esclusione. E non soltanto con riferimento alle categorie a rischio<sup>20</sup> nell'ambito del fenomeno del *digital divide* bensì con riferimento a coloro che posseggono comuni competenze tecnologiche, laddove la Pa non assicuri quella fondamentale garanzia di effettiva conoscenza e intelligibilità dell'algoritmo messa in luce dalla pronuncia in esame<sup>21</sup>.

Lasciando sullo sfondo il tema del *digital divide*, inteso quale gap nella popolazione tra chi conosce ed utilizza efficacemente gli strumenti informatici e chi ne è tagliato fuori, il rischio esclusione di cui si parla è ancora più pernicioso poiché idoneo a colpire chiunque, senza distinzione tra le abilità soggettive dei destinatari dell'agire pubblico.

Rischio da mitigare attraverso un'oculata gestione dei modelli automatizzati che vanno orientati verso una rinnovata e rafforzata trasparenza amministrativa, in considerazione della tendenziale propensione all'opacità del linguaggio macchina.

In tale contesto, assume la valenza di una vera e propria proclamazione il passaggio con cui il Collegio sottolinea che «il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della “regola” che governa l'algoritmo», proprio a voler ribadire la funzione strumentale della macchina<sup>22</sup> e a voler rimarcare che nell'ambito del diritto la dimensione della ragionevolezza, in chiave di tutela di interessi pubblici, è una prerogativa che appartiene soltanto all'uomo.

<sup>19</sup> Concetto differente per la telematica, come descritta da V. Frosini, voce *Telematica e informatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, 60 ss., secondo il quale con il «termine “telematica” viene indicato il metodo tecnologico di trasmissione del pensiero a distanza mediante l'impiego di un linguaggio computerizzato, che veicola informazioni automatizzate; esso risulta da una contrazione semantica fra i termini di “telecomunicazioni” e “informatica”».

<sup>20</sup> S. Cacace, *Codice dell'amministrazione digitale D.lgs. n. 82/2005 e n. 159/2006*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale uno dei pericoli principali di una completa “digitalizzazione” dell'amministrazione pubblica è invero «quello che un rilevante numero di cittadini (anziani, disabili, soggetti con bassa scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con l'alfabetizzazione informatica o semplicemente diffidenti) possa risultare discriminato o addirittura socialmente emarginato da un passaggio radicale e non bilanciato ad un'amministrazione esclusivamente digitale» (Cons. Stato, sez. consultiva, ad. 7 febbraio 2005, n. 11995/04).

<sup>21</sup> Osserva R. Borruso, *Computer e diritto*, Milano, 1978, 30, che il computer, potendo svolgere le funzioni più diverse, «può servire a tutto come a niente, nella misura in cui è stato istruito».

<sup>22</sup> In linea con l'approccio umano-centrico sposato dalla Commissione Europea con *The Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI)*, predisposta dall'High-Level Expert Group On Artificial Intelligence istituito dalla CE.

---

# **Note a Sentenza**

## **Sezione Europa**

# La Corte di giustizia, la Direttiva E-Commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook

Matteo Monti

Corte di giustizia, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited*

È lecito in base alla direttiva 2000/31/CE per un'autorità giudiziaria o amministrativa richiedere la rimozione seriale di contenuti ad un servizio di hosting qualora essi siano identici o equivalenti ad un contenuto ritenuto illecito dalle stesse autorità. I contenuti equivalenti da rimuovere devono essere individuati dall'autorità giudiziale o amministrativa senza che ai servizi di hosting sia richiesta alcuna valutazione autonoma sugli stessi e di modo che i suddetti servizi possano procedere ad una rimozione di tali contenuti mediante procedure automatizzate, sì da non porre in essere procedure di sorveglianza generalizzata o attiva.

In settori non armonizzati, la direttiva 2000/31/CE non osta alla rimozione su scala mondiale di un contenuto dai servizi di hosting, fatto salvo quanto previsto dalle norme internazionali vigenti.

## Sommario

1. Introduzione. - 2. Il caso. - 3. La decisione della Corte e le divergenze con le conclusioni dell'Avvocato Generale. - 4. L'assenza nel *reasoning* della Corte della tutela del discorso pubblico *online* e il rischio della privatizzazione della censura. - 5. Conclusioni.

## Keywords

Facebook; Direttiva *E-Commerce*; Libertà di espressione; *Geoblocking*; Censura

---

## 1. Introduzione

Il 3 ottobre 2019 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sul caso *Eva Glawischnig Piesczek v Facebook Ireland Limited*<sup>1</sup>. La sentenza è stata redatta dal giudice

---

<sup>1</sup> CGUE, C-18/18, d'ora in poi "CGUE, C 18-18". Per un primo commento: L. Woods, *Facebook's liability for defamatory posts: the CJEU interprets the e-commerce Directive*, in *EU Law Analysis*, 7 ottobre 2019.

ceco Jiří Malenovský e trae spunto da un caso di diffamazione su Facebook, che aveva condotto la Corte suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

## **2. Il caso**

La causa di merito nasceva da un post “pubblico” su Facebook<sup>2</sup> che accompagnava, con varie accuse ingiuriose e infondate, la condivisione di un articolo di giornale relativo ad una posizione politica dei Verdi austriaci e della presidente del loro gruppo parlamentare, Eva Glawischnig-Piesczek. La ricorrente faceva in primo luogo reclamo diretto a Facebook chiedendo la rimozione di tal tipo di contenuti e, a seguito della mancata risposta da parte del social network, ricorreva al potere giudiziario. Le corti austriache, accertato che la fattispecie integrava una diffamazione in base all’articolo 1330 dell’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch («ABGB»), emanavano un’ordinanza cautelare contro Facebook per la rimozione delle informazioni identiche ed equivalenti a quella diffamatoria. La questione arrivata alla Corte suprema e da essa veniva rimessa al giudice europeo per dipanare alcuni dubbi relativi alla compatibilità di tale ingiunzione con la direttiva 2000/31.

La Corte suprema austriaca sollevava tre questioni pregiudiziali:

- «1) Se l’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva [2000/31] osti in generale a uno degli obblighi sotto descritti imposti a un host provider, che non abbia rimosso tempestivamente informazioni illecite, in particolare all’obbligo di rimuovere, non soltanto le suddette informazioni illecite ai sensi dell’articolo 14, paragrafo 1, lettera a), della [suddetta] direttiva, ma anche altre informazioni identiche: – a livello mondiale; – nello Stato membro interessato; – dell’utente interessato a livello mondiale; – dell’utente interessato nello Stato membro interessato.
- 2) In caso di risposta negativa alla prima questione: se ciò valga rispettivamente anche per informazioni dal contenuto equivalente.
- 3) Se ciò valga anche per informazioni dal contenuto equivalente, non appena il gestore sia venuto a conoscenza di tale circostanza» (CGUE, C 18-18, § 20).

---

<sup>2</sup> Difficile trovare migliori parole di quelle della Corte per spiegare ai non utenti di Facebook cosa si intenda con tale dizione e come fosse integrata la diffamazione nei riguardi della ricorrente: «Il 3 aprile 2016, un utente di Facebook Service ha condiviso, sulla sua pagina personale, un articolo della rivista di informazione austriaca online oe24.at intitolato “I Verdi: a favore del mantenimento di un reddito minimo per i rifugiati”, il che ha avuto come effetto di generare su tale pagina un ‘riquadro anteprima’ del sito d’origine, contenente il titolo del suddetto articolo, un breve riassunto del medesimo, nonché una fotografia della sig.ra Glawischnig-Piesczek. Tale utente ha inoltre pubblicato, in merito all’articolo di cui trattasi, un commento redatto in termini che il giudice del rinvio ha dichiarato idonei a ledere l’onore della ricorrente nel procedimento principale, ingiuriarla e diffamarla. Il contributo di cui trattasi poteva essere consultato da ogni utente di Facebook Service». CGUE, C-18/18, § 12.

### **3. La decisione della Corte e le divergenze con le conclusioni dell'Avvocato Generale**

Rispetto alle suddette questioni, la Corte, dopo aver ricordato i principi cardine della direttiva e-commerce, ossia l'impossibilità di imporre ad un servizio di hosting un obbligo generale di sorveglianza e/o quello di una ricerca attiva di informazioni, ha affrontato le tre questioni in maniera in parte divergente rispetto a quanto fatto dall'Avvocato Generale Maciej Szpunar<sup>3</sup>. Da questo punto di vista serve preliminarmente dar conto di come la sentenza appaia molto sintetica nelle sue considerazioni in diritto rispetto all'ampia ricognizione fatta dall'Avvocato Generale<sup>4</sup> e come ciò non dia talvolta la possibilità di comprendere se determinati passaggi – non irrilevanti – delle conclusioni dell'AG siano stati recepiti, rigettati o semplicemente omessi.

Per quanto riguarda la prima questione, la conformità al disposto dell'art. 15 della direttiva 2000/31 della richiesta di rimozione dei contenuti identici a quello dichiarato illecito, la sentenza e le conclusioni dell'Avvocato Generale convergono verso una medesima soluzione. Per l'Avvocato Generale era infatti consentito rimuovere *in toto* tutte le informazioni *identiche*<sup>5</sup> sia riprodotte manualmente da altri utenti che in maniera automatizzata, in quanto tale rimozione non necessita di un «filtraggio attivo e non automatico» (*Conclusioni AG C 18-18*, § 61). Da questo punto di vista la Corte concorda sul fatto che per interrompere il prorogarsi di una condotta illecita identica «non si può ritenere che l'ingiunzione all'uopo emessa ponga a carico del prestatore di servizi di hosting un obbligo di sorveglianza, in via generale, sulle informazioni da esso memorizzate, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31» (CGUE, C 18-18, § 37). Si consente in tal modo la rimozione da un social di tutte le informazioni identiche a quella illecita «qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime» (CGUE, C 18-18, § 37), ossia qualunque sia il soggetto che le diffonda. Dai 6 paragrafi che l'estensore dedica alla questione della rimozione delle informazioni identiche non emerge, tuttavia, un aspetto procedurale importante suggerito dall'AG nelle sue conclusioni, ossia quello della necessità di un meccanismo di controllo sull'operato delle piattaforme rispetto alla censura dei contenuti dei soggetti terzi, da garantirsi attraverso la possibilità di ricorso contro suddetta rimozione (*Conclusioni AG C 18-18*, § 65). Si deve inoltre rilevare che mentre l'AG si era dimostrato sensibile ad una prospettiva che correlasse i suddetti controlli sulla rimozione di contenuti alla necessità di tutela della libertà di espressione online, in base all'art.

---

<sup>3</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar sul caso *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited* – Causa C-18/18, d'ora in poi "*Conclusioni AG C 18-18*".

<sup>4</sup> Sulla tecnica di redazione e i modelli di riferimento alla base delle "sintetiche" sentenze della Corte di giustizia rispetto alle "ampie" disquisizioni degli Avvocati Generali: M. De S-O-L'É Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, Oxford, 2004.

<sup>5</sup> «Intendo pertanto tale riferimento alle "informazioni identiche" nel senso che il giudice del rinvio prende in considerazione le riproduzioni manuali ed esatte dell'informazione da esso qualificata come illecita e, come indicato dal governo austriaco, le riproduzioni automatizzate, effettuate grazie alla funzione di "condivisione"». *Conclusioni AG C 18-18*, § 56.

11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>6</sup>, tale riferimento e questa prospettiva manca totalmente nel *reasoning* della Corte.

Per quanto riguarda invece le informazioni *equivalenti*, coerentemente con quanto sostenuto dall'AG (*Conclusioni AG C 18-18*, § 67), l'interpretazione della Corte di tale dizione è quella di espressioni che «veicolano un messaggio il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato e quindi diverge molto poco da quello che ha dato luogo all'accertamento d'illiceità» (CGUE, C 18-18, § 39). Si tratta sostanzialmente di tutte quelle esternazioni che riprendano le accuse infamanti postate sul social da parte del convenuto. In questo senso, la prospettiva della Corte è volta alla garanzia del ricorrente<sup>7</sup> che non deve essere costretto a compiere una miriade di azioni giudiziarie differenti per contenuti aventi «sostanzialmente lo stesso messaggio» (CGUE, C 18-18, § 41). La Corte tuttavia, ricordando l'impossibilità di obbligare un servizio di hosting a una sorveglianza generalizzata o ad una ricerca attiva di informazioni, ritiene che il fine di «tutelare efficacemente la reputazione e l'onore di una persona, non può essere perseguito mediante un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di hosting» (CGUE, C 18-18, § 44). Il bilanciamento di queste due esigenze è dipanato nel paragrafo 45 che è il centro nevralgico della sentenza, nonché un passaggio foriero di possibili divergenze interpretative. Nel legittimare la rimozione di informazioni equivalenti, non viene, infatti, esplicitato dalla Corte – al contrario di quanto fatto per le informazioni identiche (vedi § 37 e *supra*) – di quali soggetti siano rimovibili le informazioni equivalenti: se di tutti gli utenti o solo del convenuto. In relazione a questo aspetto, l'Avvocato Generale riteneva che un'estensione dell'obbligo di rimozione di contenuti equivalenti postati da altri utenti «richiederebbe la sorveglianza della totalità delle informazioni diffuse attraverso una piattaforma di rete sociale» (*Conclusioni AG C 18-18*, § 73). Al contrario la Corte sembra legittimare una rimozione dei contenuti equivalenti postati dei soggetti terzi, qualora vi siano istruzioni precise sulla definizione dei termini che integrino un'espressione equivalente:

«Tenuto conto di quanto precede, occorre che le informazioni equivalenti cui fa riferimento il punto 41 della presente sentenza contengano elementi specifici debitamente individuati dall'autore dell'ingiunzione, quali il nome della persona interessata dalla violazione precedentemente accertata, le circostanze in cui è stata accertata tale violazione nonché un contenuto equivalente a quello dichiarato illecito. Differenze nella

---

<sup>6</sup> L'Avvocato rilevava come «un siffatto obbligo rispetta il diritto fondamentale degli utenti di Internet alla libertà di espressione e di informazione, garantito all'articolo 11 della Carta, nella misura in cui la tutela di tale libertà non deve essere necessariamente garantita in modo assoluto, ma deve essere ponderata con altri diritti fondamentali». *Conclusioni AG C 18-18*, § 65.

<sup>7</sup> «Ne consegue che, affinché un'ingiunzione volta a fare cessare un atto illecito e ad impedire il suo reiterarsi nonché ogni ulteriore danno agli interessi in causa possa effettivamente realizzare siffatti obiettivi, detta ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto, pur veicolando sostanzialmente lo stesso messaggio, sia formulato in modo leggermente diverso, a causa delle parole utilizzate o della loro combinazione, rispetto all'informazione il cui contenuto sia stato dichiarato illecito. Diversamente infatti, e come sottolineato dal giudice del rinvio, gli effetti inerenti a un'ingiunzione del genere potrebbero facilmente essere elusi tramite la memorizzazione di messaggi appena diversi da quelli dichiarati illeciti in precedenza, il che potrebbe condurre l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti illeciti di cui è vittima». CGUE, C 18-18, § 41.

formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di hosting interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto» (CGUE, C 18-18, § 45).

In questo senso appare a chi scrive che la Corte legittimi la possibilità di rimozione dei contenuti equivalenti postati da terzi a due condizioni: i. che siano le corti di merito ad individuare i termini integranti una “equivalenza”; ii. che non vi siano obblighi in capo a un servizio di hosting a provvedere autonomamente a questo tipo di valutazioni. In questa prospettiva, i paragrafi successivi della sentenza (CGUE, C 18-18, § 46-47) puntualizzano che da un lato tale soluzione risulta idonea alla garanzia della dignità della persona offesa e dall’altro, grazie alla specificazione delle espressioni equivalenti da parte dell’ingiunzione, non obbliga a soluzioni che impongano valutazioni autonome al servizio di hosting anzi, al contrario, gli permetta l’impiego di strumenti automatizzati nella ricerca di tali contenuti (probabilmente tramite fornitura di espressioni specifiche e keywords). Per la Corte in questo modo non risulterebbe contravenuto il divieto degli obblighi di sorveglianza in via generale e di ricerca attiva. Infine serve rilevare, oltre all’estensione della possibilità di rimozione dei contenuti equivalenti a soggetti terzi, come la sentenza non prevede neanche la necessità della predisposizione di una possibilità di ricorso da parte di questi soggetti terzi contro tale rimozione (cosa che era invece prospettata anche per il convenuto dall’AG: *Conclusioni AG C 18-18*, § 72). Si deve allora rilevare che benché l’affidamento del bilanciamento fra libertà di espressione e diffamazione sia anche in questo caso rimessa ad un giudice, come riteneva necessario l’Avvocato Generale per tutelare la libertà di espressione online<sup>8</sup>, nella ricostruzione della Corte sembrano essere tutelati solo due aspetti importanti della questione, il diritto all’onore e la libertà economica delle piattaforme, ma si ignora del tutto un terzo non irrilevante ambito, quello del discorso pubblico e della sua tutela, ossia in altri termini quello della libertà d’espressione sulle piattaforme digitali. Si tratta di un aspetto della questione che era invece rilevante nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale<sup>9</sup>: il bilanciamento effettuato dal giudice non copre infatti tutte le fattispecie che possono venire censurate dal social in maniera automatizzata. Si pensi a chi possa riprendere con contenuti identici o equivalenti le espressioni illecite per criticarle o farvi satira<sup>10</sup>.

Una questione trasversale agli aspetti contenutistici riguarda, invece, l’estensione terri-

---

<sup>8</sup> «In ogni caso, l’interpretazione data al riferimento alle “informazioni equivalenti” è idoneo ad incidere sulla portata di un obbligo in materia di sorveglianza e sull’esercizio dei diritti fondamentali coinvolti. Un giudice che, nell’ambito di un’ingiunzione, statuisca sulla rimozione delle “informazioni equivalenti” deve pertanto rispettare il principio della certezza del diritto e garantire che gli effetti di tale ingiunzione siano chiari, precisi e prevedibili. Nel farlo, tale giudice deve ponderare i diritti fondamentali coinvolti e tenere conto del principio di proporzionalità». *Conclusioni AG C 18-18*, § 71.

<sup>9</sup> Così sembrava a chi scrive nella lettura delle conclusioni dell’Avvocato Generale: *Di Facebook e del diritto UE: «Polizeirecht» o privatizzazione della censura? Geoblocking o imposizioni globalizzanti? (Commento alle Conclusioni dell’avvocato generale Maciej Szpunar sul caso Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited – Causa C-18/18)*, in *Medialaws.eu*, 19 settembre 2019.

<sup>10</sup> Empiricamente si può rilevare come la *content moderation* di Facebook abbia già dimostrato, nella censura di pagine satiriche scambiate per “fasciste”, di non essere esente da errori grossolani, come

toriale (intesa in senso di IP) degli effetti di una tale ingiunzione e che “spazi di azione” permetta la direttiva. Rispetto a questa questione, l’Avvocato Generale rilevava nelle sue conclusioni come il diritto dell’Unione non ostasse a una rimozione su scala mondiale di un contenuto, ma che la questione andasse analizzata in base al diritto internazionale e non al diritto Ue (*Conclusioni AG C 18-18*, § 92). La Corte riprende questa impostazione, riconfermando che la direttiva non osta a una portata globale di un’ingiunzione di tal fatta e come sia necessario guardare alle norme applicabili a livello internazionale (CGUE, C 18-18, §§ 50-51). La conclusione è più prudente rispetto al *self-restraint* consigliato dall’AG<sup>11</sup> affermando la Corte che: «[s]petta agli Stati membri garantire che i provvedimenti da essi adottati e che producono effetti a livello mondiale tengano debitamente conto di queste ultime norme» (CGUE, C 18-18, § 52). La terza questione, in conformità con quanto prospettato dall’AG, perdeva una sua rilevanza, per quanto già affermato, e non veniva esaminata dalla Corte.

#### **4. L’assenza nel *reasoning* della Corte della tutela del discorso pubblico *online* e il rischio della privatizzazione della censura**

Dal punto di vista contenutistico, la sentenza in esame introduce, dunque, un elemento di significativa novità e innovazione in relazione al ruolo dei servizi di hosting e alla possibilità di richiedere interventi massivi e generali agli stessi.

A parere di chi scrive la questione che appare centrale nella decisione della Corte non è tanto quella della portata territoriale – in senso di territorio IP – dell’applicazione delle regole nazionali degli stati membri<sup>12</sup>, ma quella della delega a Facebook della rimozione di contenuti individuati dalle autorità pubbliche, ossia quello della privatizzazione della censura. La questione del *geoblocking* viene infatti risolta in un rimando alla volontà degli stati: una sorta di via libera che non si accompagna a nessuna posizione di merito o di opportunità.

Con riferimento al profilo della privatizzazione della censura, invece, si possono fare alcune interessanti considerazioni soprattutto rispetto alle differenze fra la prospettiva della Corte e quella dell’Avvocato Generale. In relazione alle problematiche della censura, in altra sede<sup>13</sup>, chi scrive aveva ritenuto di poter schematizzare la c.d. censura

---

riportato dagli organi di stampa: *ex pluribus* R. Pavanello, *Socialisti Gaudenti come CasaPound e Forza Nuova: Facebook chiude la loro pagina. Poi la retromarcia*, in *LaStampa.it*, 24 settembre 2019.

<sup>11</sup> L’Avvocato Generale, al contrario, concludeva infatti che «il giudice di uno Stato membro può, in teoria, statuire sulla rimozione di informazioni diffuse a mezzo Internet a livello mondiale. Tuttavia, a causa delle differenze esistenti fra le leggi nazionali [...] un siffatto giudice deve adottare piuttosto un atteggiamento di autolimitazione» (*Conclusioni AG C 18-18*, § 100), moderando il più possibile gli effetti extraterritoriali di una sua ingiunzione.

<sup>12</sup> Si ricordi che l’AG, pur in subordine rispetto alla decisione al fine sposata dalla Corte, propendeva per una forma di geo-blocking malgrado «l’argomento della ricorrente, secondo il quale il blocco geografico delle informazioni illecite potrebbe essere agevolmente eluso tramite un server proxy o altri strumenti» (*Conclusioni AG C 18-18*, § 101).

<sup>13</sup> M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d’espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, p. 35 ss.



*de jure* – ossia quella derivante dalle disposizioni normative vigenti in un determinato territorio – in censura *funzionale* e censura *sostanziale*: la prima richiede alla *Internet platforms* di rimuovere contenuti predeterminati specificatamente da una legge o da una sentenza, la seconda delega alle piattaforme di valutare nella sostanza l'illiceità di un contenuto da rimuovere. Nella disciplina in esame si è in presenza di un caso di censura *funzionale*, nella quale si richiede a Facebook di provvedere alla rimozione di contenuti identici (e quindi rimuovibili con procedimenti automatizzati) e di contenuti equivalenti a quelli illeciti, ma solo una volta che gli stessi siano stati individuati *a priori* dall'autorità giudiziaria o amministrativa (e pertanto anch'essi rimuovibili in maniera automatizzata): la predisposizione di questo meccanismo è da salutare con favore, ma non è esente da problematiche in tema di discorso pubblico e libertà di espressione online. Serve, infatti, rilevare che il mancato riferimento a procedure di ricorso contro le decisioni di Facebook, al contrario di quanto prospettato dall'Avvocato Generale, potrebbe rischiare di condurre ad una "collateral censorship"<sup>14</sup>: la rimozione delle informazioni identiche ed equivalenti attraverso meccanismi di controllo automatizzato potrebbe infatti comportare anche la censura (*rectius* la rimozione) di contenuti che possano riprendere in maniera identica o equivalente quel tipo di esternazioni per fini non diffamatori (critica, satira, informazione, etc.). La mancanza di attenzione a questo profilo potrebbe essere direttamente connessa alla volontà di non tenere in considerazione l'art. 11 della Carta di Nizza.

In definitiva, infatti, benché il risultato a cui giunge la Corte, nell'impedire una censura sostanziale e quindi autonomamente predisposta dal servizio di hosting, risulti condivisibile, serve rilevare come la soluzione sia raggiunta dalla stessa senza far riferimento nella sua decisione all'art. 11 della Carta di Nizza e alla necessità di tutela della libertà di espressione online. La prospettiva della Corte è quella della tutela della dignità della persona e della libertà di iniziativa economica dei servizi di hosting (in linea con la disciplina della direttiva e-commerce). Non si può che rilevare in tal senso come, al contrario, le conclusioni dell'Avvocato Generale facessero diretto riferimento all'art. 11 della Carta dei diritti, alla necessità di tutelare la libertà d'espressione online e ai rischi di privatizzazione della censura. Infatti, le osservazioni dell'Avvocato evidenziavano i rischi di censure sistematiche<sup>15</sup> insiti nella delega al social network della rimozione di contenuti senza istruzioni precise da parte di un'autorità pubblica. La prospettiva espressa dall'AG sembrava, infatti, presupporre che il bilanciamento da porre in essere, non fosse solo fra tutela della dignità e interessi delle *Internet platforms*, ma dovesse anche includere la libertà di espressione online. Se un tale principio fosse stato recepito dalla Corte avrebbe forse causato una trasformazione epocale nell'inquadramento delle piattaforme digitali, finendo per individuarle come veri e propri *fori pubblici*<sup>16</sup>. Ovviamente l'Avvocato Generale non arrivava a tanto, ma d'altra parte la

---

<sup>14</sup> Cfr. F.T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, in *Notre Dame L. Rev.*, 83, 2013.

<sup>15</sup> «Dall'altro, l'attuazione di siffatte soluzioni darebbe luogo ad una censura, con la conseguenza che la libertà di espressione e di informazione potrebbe essere sistematicamente limitata». (*Conclusioni AG C 18-18*, § 74). Quella della rimozione sistematica di contenuti è stato, peraltro, un tema molte volte evidenziato dalla dottrina già rispetto al diritto all'oblio: O. Pollicino, *Google rischia di «vestire» un ruolo parastituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014.

<sup>16</sup> Cfr. K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harv. L.*

Corte ha ignorato totalmente questo passaggio delle sue conclusioni, perdendo forse l'occasione per proporre un'applicazione dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in questi campi o un'interpretazione della direttiva che potesse contemperare i tre interessi in gioco: reputazione, libertà d'impresa e libertà di espressione.

## **5. Conclusioni**

In conclusione, se la soluzione intrapresa dalla Corte non sembra in concreto particolarmente problematica – salvo il rischio di censura collaterale delle informazioni identiche ed equivalenti in assenza di meccanismi di ricorso – più discutibile appare il percorso argomentativo con cui la Corte giunge a questa ricostruzione. Riprendendo l'avvertenza fatta all'inizio di questo commento sulla brevità e sinteticità della Corte, si deve rilevare che questa sentenza in determinati passaggi criptici lascia, infatti, ampie praterie all'interprete, ma soprattutto, non citando mai l'esigenza di una tutela della libertà di espressione online, non chiarisce se il *free speech* debba essere inteso come bene meritevole di tutela sulle piattaforme o perlomeno fino a che punto sia meritevole.

# Contitolarità e tasto “Like” di Facebook: “ben oltre il caso di specie”

Valerio Lubello

Corte di giustizia, 29 luglio 2019, causa C-40/17, *Fashion ID c. Verbraucherzentrale*

Il gestore di un sito Internet il quale inserisce in un sito un plug-in social che consente al browser del visitatore del medesimo sito di richiamare contenuti del fornitore del plug-in in parola e di trasferire in tal modo a detto fornitore dati personali del visitatore, può essere considerato responsabile del trattamento, ai sensi dell’art. 2, lett. d), della direttiva 95/46. Tale responsabilità è tuttavia limitata all’operazione o all’insieme delle operazioni di trattamento dei dati personali di cui determina effettivamente le finalità e gli strumenti, vale a dire la raccolta e la comunicazione mediante trasmissione dei dati di cui trattasi

## Sommario

1. Introduzione. – 2. Tasto “Like” e lo spettro degli *shadow user*. – 3. Le questioni pregiudiziali. – 4. Sulla corresponsabilità. – 5. Sul consenso e l’informativa. – 6. Tasto “Like” e profilazione alla luce del GDPR

## Keywords

Protezione dei dati personali; Titolare del trattamento; Contitolare; Consenso e informativa; Profilazione

---

## 1. Introduzione

La condivisione di terze parti in una pagina *web*, così come viene definito un c.d. *social plugin* come il tasto “Like” di Facebook, rappresenta una sorta di cellula costitutiva del *web* nella sua attuale evoluzione. I cc.dd. *plug-in* di terze parti sono infatti strumenti che hanno segnato la fortuna di quello che fino a qualche anno addietro veniva definito il *web* 2.0. Si pensi ad esempio ai video integrati nelle pagine del *web* attraverso il c.d. codice *embed*. Ovvero contenuti che sono generati, conservati e archiviati in un *database* centrale, per poi essere veicolati, attraverso alcune stringhe di codice, nelle pagine più periferiche della rete, senza che le stesse abbiano necessariamente le effettive capacità tecniche per ospitarli come contenuti nati. Grazie a tali codici, la “coda lunga”<sup>1</sup> della rete, vale a dire ogni nicchia di un potenziale mercato, viene intercettata e monetizzata attraverso *banner* pubblicitari coincidenti con ciò che davvero interessa ai singoli utenti.

---

<sup>1</sup> C. Anderson, *The long Tail: Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York, 2006,

Ecco dunque che la Corte di giustizia, seguendo sostanzialmente le Conclusioni dall'Avvocato generale, lascia emergere alcune delle criticità che caratterizzano il rapporto tra *privacy* e le attività di *behavioural advertising*<sup>2</sup>, quest'ultime sempre più attente ad ogni comportamento dell'utente e capaci di raggiungerlo e tracciarlo in ogni pagina in cui compare il tasto "Like".

In tale ottica, la sentenza ha il pregio di aggiungere un tassello ulteriore alla definizione di *data controller*. Il caso si colloca infatti in quel recente filone giurisprudenziale della Corte di giustizia che interpreta in maniera estensiva ed evolutiva tale figura, al fine di garantire una sempre più efficace tutela dei dati personali.

A partire dalla nota sentenza c.d. *Google Spain*<sup>3</sup> la giurisprudenza eurounitaria è infatti stata mossa dall'intento di «garantire, mediante un'ampia definizione della nozione di "responsabile", una tutela efficace e completa delle persone interessate»<sup>4</sup>. Seguendo tale approccio, i tratti distintivi della corresponsabilità sono stati più di recente riconosciuti anche tra la stessa Facebook e il titolare di una *fanpage* ospitata all'interno dello stesso social network<sup>5</sup>, nonché tra un'organizzazione religiosa e i suoi consociati<sup>6</sup>.

Tali reiterati interventi giurisprudenziali sono del resto conseguenza delle poche disposizioni riconducibili alla corresponsabilità dei *data controller*.

La direttiva 95/46/CE si limitava infatti a definire come responsabile «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali»<sup>7</sup>. È soltanto con il nuovo Regolamento (UE) 2016/679<sup>8</sup> in materia di circolazione e tutela

<sup>2</sup> Per farsi un'idea di un dibattito ormai risalente si veda M. Hildebrandt, S. Gutwirth, *Profiling the European Citizen*, Heidelberg, 2008.

<sup>3</sup> V. CGUE, C-131/12 (2014), § 65; si veda da ultimo O. Pollicino, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con I nuovi poteri private in ambito digitale*, in *Federalismi.it* 19, 2019, 2 ss.

<sup>4</sup> V. in tal senso CGUE, C-25/17, *Jehovan todistajat* (2018), § 66.

<sup>5</sup> V. la sentenza CGUE, C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* (2018) in cui la Corte ha affermato che «si deve ritenere che l'amministratore di una fanpage presente su Facebook, quale la Wirtschaftsakademie, partecipa, attraverso la propria azione d'impostazione dei parametri, in funzione, segnatamente, del suo pubblico destinatario nonché di obiettivi di gestione o promozione delle sue attività, alla determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori della sua fanpage. Pertanto, tale amministratore deve essere, nella fattispecie, qualificato come responsabile di tale trattamento, all'interno dell'Unione, assieme alla Facebook Ireland, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46». Per un commento alla sentenza richiamata v. G. M. Riccio, *Titolarietà e contitolarietà dei dati personali alla luce della decisione della Corte di giustizia sulle fanpage di Facebook*, in *questa Rivista*, 3, 2018, 252 ss. Cfr. altresì *Jehovan todistajat*, cit., § 69.

<sup>6</sup> Si veda il caso *Jehovan todistajat*, cit., in cui una comunità religiosa che è stata ritenuta corresponsabile del trattamento per i dati raccolti dai suoi consociati nell'ambito dell'attività di proselitismo, nonostante la stessa comunità religiosa non avesse apparentemente accesso ai dati in questione. In tale causa erano i singoli membri della comunità dei Testimoni di Geova ad essere fisicamente in possesso dei dati personali. Purtuttavia la Corte ha ritenuto sufficiente che l'attività di predicazione, nel corso della quale i dati personali venivano apparentemente raccolti, fosse organizzata, coordinata e incoraggiata da tale comunità. V. altresì §§ 66 e 94 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, caso in commento, § 66 e § 70 della sentenza in commento, nonché § 66, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, cit.

<sup>7</sup> V. art. 2, lett. d). Sulla sostanziale continuità delle categorie tra la direttiva 95/46/CE e il Regolamento (UE) 2016/679 si veda *ex plurimis* P. Passaglia, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consulta online*, 3, 2016, 7.

<sup>8</sup> Nel seguito per brevità, "GDPR".

dei dati personali che la nozione ha trovato una più attenta disciplina nell'ambito della figura del c.d. Contitolare del trattamento *ex art. 26 del GDPR* stesso<sup>9</sup>.

La sentenza prova dunque a delineare le differenti responsabilità che insistono su più corresponsabili coinvolti in un medesimo trattamento. Riconoscendo come tali responsabilità – e con esse i conseguenti obblighi informativi e di ottenimento del consenso – possono essere variamente ponderate a seconda del caso di specie.

## **2. Tasto “Like” e lo spettro degli *shadow profiles***

Nel dibattito intorno al tasto “Like” occorre registrare un primo precedente emerso ancora in Germania. In quella circostanza la questione non era assurta sino alla Corte di giustizia, ma aveva comunque destato un certo scalpore. L'autorità per la protezione dei dati dello Schleswig-Holstein aveva infatti ordinato ai gestori di siti *web* del *lander* di chiudere le proprie *fanpage* Facebook, nonché di rimuovere il pulsante “Like” di Facebook dai propri siti istituzionali; comminando altresì una sanzione alla stessa Facebook. In tale circostanza l'Autorità aveva asserito come il tasto “Like” avrebbe potuto creare dei veri e propri profili ombra anche per quegli utenti non iscritti al social network. Si così è aperto un dibattito che è stato poi oggetto negli anni anche di mediatiche interrogazioni parlamentari al Congresso USA<sup>10</sup> e al Parlamento europeo<sup>11</sup>. A fronte di questioni ancora attuali e sempre più trasversali, il funzionamento del tasto “Like” appare *prima facie* piuttosto lineare.

Come sintetizzato nella ricostruzione dei fatti della sentenza: «[I]l browser comunica al server del fornitore esterno l'indirizzo IP del computer di detto visitatore, nonché i dati tecnici del browser, affinché il server possa stabilire in quale formato il contenuto debba essere inviato a tale indirizzo. Il browser trasmette inoltre informazioni sul contenuto richiesto»<sup>12</sup>. I suddetti dati vengono direttamente comunicati alla terza parte senza che vi sia controllo alcuno da parte di chi ha pubblicato la pagina: «[I]l gestore di un sito internet che propone un contenuto esterno inserendolo in tale sito non può verificare i dati che il browser trasmette e nemmeno l'impiego che ne fa il fornitore esterno, in particolare, se decida di archivarli e di utilizzarli»<sup>13</sup>.

Sicché quando un utente preme tasto “Like” in una qualsiasi pagina del *web*, esso comunica non soltanto con la pagina in cui il contenuto si trova, ma anche con Facebook

---

<sup>9</sup> A mente dell'art. 26 del GDPR «[A]llorché due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono contitolari del trattamento». V. ex plurimis M Bassini, *Data Controller: A Shifting Paradigm in the Digital Age*, in *Bocconi Legal Papers*, 13, 2019, 103 ss.; E. Pelino, *I soggetti del trattamento*, in L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (a cura di), *Il regolamento privacy europeo*, Milano, 2016, 133 ss.; L. Greco, *I ruoli: titolare e responsabile*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 251 ss. M. L. Salvati, *Art. 26*, in G. M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, Padova, 2018, 258 ss.; S. Zipponi, *Art. 26*, in L. Bolognini, E. Pelino (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, 206 ss.

<sup>10</sup> Dell'11 aprile 2018, le cui risposte possono trovarsi in forma estesa online.

<sup>11</sup> Del 24 maggio 2018, reperibile online.

<sup>12</sup> V. § 26 della sentenza in commento.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

stessa. Quest'ultima difatti registra l'avvenuta preferenza, mostrandola poi – attraverso criteri da essa stessa definiti – ai contatti dell'utente potenzialmente interessati a quel medesimo contenuto<sup>14</sup>. E tuttavia, anche quando l'utente non preme il tasto “Like”, il browser dell'utente comunica con Facebook per il solo fatto che l'utente abbia visitato il sito che incorpora il *plug-in*.

Si aggiunga che Facebook al solo passaggio dell'utente nella pagina ospitante il tasto “Like” rilascia i suoi *cookie* “tr” (di durata permanente) e “fr” (di durata di 100 giorni)<sup>15</sup> al fine di registrare l'attività dell'utente per scopi pubblicitari.

Non solo. Il dialogo tra Facebook e l'utente sussiste altresì nei casi in cui, come si accennava, l'utente non è neppure iscritto al social network.

In base a tale struttura, i flussi comunicativi tra un utente e Facebook si rinnovano ogni qual volta nel *browser* dell'utente compare il *plug-in*. Questo sedime di tracce, reiterato nel tempo, può certamente portare a ottenere ad una profilazione altamente definita. Si tratta, infatti, di un insieme sterminato di dati personali e metadati che, come sottolineato dalla Corte di giustizia in altra circostanza: «presi nel loro complesso, possono permettere di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati»<sup>16</sup>.

### **3. Le questioni pregiudiziali**

Prima di procedere oltre nell'analisi, occorre una breve quanto scontata precisazione terminologica. Come noto, il soggetto designato come “responsabile del trattamento” nella vigenza della direttiva 95/46/CE coincide, a seguito dell'adozione del GDPR, con il titolare del trattamento *ex art. 4, par. 1, n. 7, GDPR*, non già con il responsabile del trattamento *ex art. 4, par. 1, n. 8, GDPR* che costituisce invece figura delegata dal titolare<sup>17</sup>. Alla luce di ciò, le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia nel caso di specie possono essere trasposte pressoché *de plano* anche alle nuove categorie definite dal GDPR le quali riprendono per larghi tratti quelle già individuate dal precedente assetto, specie in termini definitivi<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Per chi ha elementi basilari di informatica è sufficiente richiamare le brevi stringhe di codice html da inserire in qualsiasi pagina web per poter generare il tasto mi piace: `<div class="fb-like" data-href="https://developers.facebook.com/docs/plugins/" data-width="" data-layout="standard" data-action=like data-size="small" data-show-faces="true" data-share="true"></div>`, dove il comando “data-href” sta ad indicare la pagina con cui dialoga il tasto in questione, Facebook per l'appunto.

<sup>15</sup> V. § 17, Conclusioni dell'Avvocato generale, cit.

<sup>16</sup> V. CGUE, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, § 27.

<sup>17</sup> Questo mutamento terminologico ha riguardato unicamente la tradizione italiana della direttiva 95/46/CE e del GDPR, mentre nella versione inglese si continua a parlare di “*data controller*”.

<sup>18</sup> Art. 2, c. 1, *lett. d*), direttiva 95/46/CE: «“responsabile del trattamento”: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali. Quando le finalità e i mezzi del trattamento sono determinati da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o comunitarie, il responsabile

Entrando nel merito della vicenda, vale sottolineare come l'associazione Verbraucherzentrale NRW, avente come finalità la tutela dei consumatori, ha promosso un procedimento giudiziario nei confronti di Fashion ID's per obbligarla a porre fine all'inserimento del tasto "Like" di Facebook. Secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, infatti, la convenuta non avrebbe correttamente adempiuto gli obblighi informativi in merito alla finalità e alle modalità del trattamento, con il conseguente mancato ottenimento di un consenso preventivo ed informato da parte dell'utente.

Il Tribunale superiore del Land Düsseldorf ha sottoposto dunque alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. La prima vertente sulla legittimazione della richiamata associazione per i consumatori ad agire in materia di privacy. Le altre sono invece volte a comprendere se la pagina ospitante il tasto "Like" si possa qualificare o meno come *data controller* ai sensi dell'art. 2, lett. d) della direttiva 95/46 CE anche nel caso in cui la stessa pagina non possa incidere sulle concrete modalità di funzionamento del *plug-in*. Conseguenzialmente, un'altra complementare domanda ha ad oggetto l'esatta individuazione dei soggetti obbligati ad ottenere un consenso informato da parte degli utenti ai sensi degli artt. 7, lett. a), 2, lett. b), e 10 della direttiva 96/46/CE.

#### **4. Sulla corresponsabilità**

Chiariti alcuni aspetti procedurali circa la piena legittimazione ad agire di un'Associazione portatrice di interessi esponenziali dei consumatori anche in materia di privacy<sup>19</sup>, la Corte si è poi soffermata sul quesito al centro della vicenda: «in caso di contenuti di terzi inseriti in un sito Internet, chi è responsabile e di cosa esattamente?»<sup>20</sup>. La risposta a tale quesito passa necessariamente dalla possibilità di qualificare o meno il sito web ospitante un *plug-in* generato da terzi come *data controller*.

---

del trattamento o i criteri specifici per la sua designazione possono essere fissati dal diritto nazionale o comunitario».

<sup>19</sup> Con la prima questione, il giudice del rinvio richiede se ai sensi degli artt. da 22 a 24 della direttiva 95/46/CE l'associazione Verbraucherzentrale NRW, ente esponenziale degli interessi dei consumatori, sia legittimata ad agire in giudizio a tutela di una lamentata violazione privacy. Preliminarmente la Corte rileva che non deriva dalla direttiva alcun obbligo per gli Stati Membri di introdurre nel proprio ordinamento la legittimazione per le associazioni esponenziali degli interessi dei consumatori ad agire in giudizio per far valere la normativa privacy (v. § 47). Purtroppo, la Corte ritiene che un siffatto obbligo trovi fondamento nella disposizione di cui all'art. 288, par. 3, TFUE. Ossia il margine di discrezionalità di cui godono Stati Membri nell'attuare una direttiva trova un suo limite nella necessità di conseguire comunque il risultato di fondo della direttiva stessa (in tal senso, al § 49, si cita anche una consolidata giurisprudenza in merito: sentenze del 6 ottobre 2010, C-389/08, *Base e a.*, §§ 24 e 25, nonché del 22 febbraio 2018, C-103/16, *Porras Guisado*, § 57.) E pertanto, risulta coerente all'obiettivo della direttiva 95/46/CE di garantire una tutela efficace e completa con riguardo al trattamento dei dati personali (v. anche *Google Spain*), una normativa come quella tedesca che prevede la legittimazione ad agire per le associazioni nei termini di cui sopra. Viceversa, la Corte non ha accolto quanto eccepito da Fashion ID e Facebook. Ossia che gli enti esponenziali non sarebbero legittimati ad agire in quanto la direttiva, operando un'armonizzazione a riguardo, ai sensi degli artt. 22, 23 e 28 legittimerebbe ad agire solamente le persone interessate e le autorità di controllo della protezione dei dati. A parere della Corte le disposizioni della direttiva in tema di agire giudiziario sono contraddistinte dal carattere di generalità, non recando indicazioni sull'iter procedimentale. Né a parere della Corte, infine, la legittimazione ad agire in capo alle stesse autorità di controllo ne pregiudicherebbe l'esistenza (v. § 60).

<sup>20</sup> V. § 53, Conclusioni dell'Avvocato generale, cit.

Sul punto, vale anzitutto ricordare come ai sensi dell'art. 2 della direttiva 95/46/CE (e ora ai sensi dell'art. 4. par. 1, n. 7, GDPR) la definizione di *data controller* ammette la possibilità che le finalità e gli strumenti di un determinato trattamento vengano determinati anche «insieme ad altri». Tale situazione di responsabilità congiunta è però ammessa nella misura in cui tra due o più soggetti sussista «identità di finalità e di strumenti del trattamento dei dati personali» o di una fase di esso<sup>21</sup>. La Corte muove dunque le proprie argomentazioni dalla pacifica possibilità che un determinato trattamento o alcune sue fasi possano essere svolte congiuntamente da più *data controller* purché ne condividano presupposti e finalità<sup>22</sup>.

La corresponsabilità del trattamento non si traduce però nella parificazione delle responsabilità per i diversi *data controller*. Come la Corte ha avuto modo di sottolineare in altre circostanze, «tali operatori possono essere coinvolti in fasi diverse di tale trattamento e a diversi livelli, di modo che il grado di responsabilità di ciascuno di essi deve essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie». Una responsabilità congiunta, infatti, «non implica necessariamente una responsabilità equivalente»<sup>23</sup>.

L'intervento simultaneo di più *data controller* in un medesimo trattamento, inoltre, non comporta che gli stessi possano avere invariabilmente un pieno accesso ai dati personali degli interessati. Siffatti privilegi d'accesso possono invero diversamente modularsi a seconda delle fasi del singolo trattamento<sup>24</sup>, precedenti o successive l'une dalle altre<sup>25</sup>. Detto altrimenti, «un trattamento di dati personali può essere costituito da una o più operazioni, ciascuna delle quali riguarda una delle diverse fasi nelle quali si può articolare un trattamento di dati personali»<sup>26</sup>.

Nel caso del *plug in* rappresentato dal tasto “Like”, i dati raccolti dalla pagina ospitante, ancorché da quest'ultima non conosciuti, vengono poi inoltrati a Facebook. La raccolta

<sup>21</sup> Ivi, § 100, nonché § 70 della sentenza in commento. V. altresì CGUE, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, cit., § 29.

<sup>22</sup> CGUE, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, cit., §§ 26-27. La Corte segue dunque l'approccio che già era stato suggerito dall'ex WP 29 nell'Opinion 1/2010 sui concetti di “responsabile del trattamento” e “incaricato del trattamento” del 16 febbraio 2010. A mente dell'ex WP 29 infatti «si è in presenza di una situazione di contitolarità quando varie parti determinano, per specifici trattamenti, o la finalità o quegli aspetti fondamentali degli strumenti che caratterizzano il titolare del trattamento». Lo stesso WP29 nel delineare i connotati della c.d. contitolarità asimmetrica afferma che «nel contesto della contitolarità, comunque, la partecipazione delle parti alla determinazione congiunta può assumere varie forme e non deve essere necessariamente ripartita in modo uguale. In effetti, quando vi è una pluralità di attori, questi possono avere una relazione molto stretta (condividendo, ad esempio, tutte le finalità e tutti gli strumenti di un trattamento) o più distante (condividendo ad esempio solo le finalità o i mezzi, o una parte di essi)» (cfr. p. 20). Del resto nell'Opinion richiamata il gruppo ex WP29 aveva annoverato anche la Pubblicità comportamentale tra gli esempi in cui potrebbe sussistere una corresponsabilità tra diversi soggetti. Nel dettaglio «A seconda delle condizioni di collaborazione fra l'editore e il fornitore di reti pubblicitarie (ad es. il fatto che l'editore consento o meno il trasferimento dei dati verso il fornitore di reti pubblicitarie, anche ridirigendo l'utente sulla pagina web di quest'ultimo) essi possono essere corresponsabili per l'insieme di trattamenti sottesi alla pubblicità comportamentale».

<sup>23</sup> V. §§ 66 e 94, Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., nonché GGUE, § 66 e § 70 della sentenza in commento, e *Jehovan todistajat*, cit., § 66, e *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, cit., § 66.

<sup>24</sup> V. CGUE, *Jehovan todistajat*, cit., § 69, nonché *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, cit., § 39.

<sup>25</sup> V. § 101, Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., nonché § 74 della sentenza in commento.

<sup>26</sup> § 72 della sentenza in commento.



e la trasmissione sono dunque le fasi di trattamento per cui la Fashion ID è stata ritenuta a tutti gli effetti un *data controller*.

Ciò che rileva sul punto è la possibilità per la pagina ospitante di determinare, insieme a Facebook, i presupposti e le finalità del trattamento dei dati dei visitatori della pagina per le fasi di raccolta e trasmissione dei dati.

In tal senso, l'accettazione del *plug-in* da parte della pagina ospitante comporta, seguendo le argomentazioni della Corte, un'adesione implicita alla raccolta e alla trasmissione dei dati, al fine di poter trarre quei benefici pubblicitari possibili grazie alla visibilità ottenuta con l'utilizzo dal tasto "Like".

La pagina ospitante e Facebook hanno dunque un intento simile, correlato alla loro reciproca attività economica<sup>27</sup>. Chiare le parole dell'Avvocato generale sul punto: «nonostante il fatto che l'uso commerciale specifico dei dati può non essere lo stesso, in generale, sia la convenuta che la Facebook Ireland sembrano perseguire complessivamente scopi commerciali secondo modalità tali da risultare reciprocamente complementari. In tal modo, sebbene non vi sia identità, sussiste unità di intenti: esiste uno scopo commerciale e pubblicitario».

D'altro canto, e spostando l'analisi alle fasi successive del trattamento, Facebook utilizza il tasto "Like" per estendere e migliorare costantemente le capacità della propria rete pubblicitaria. Per ogni aspetto successivo alla raccolta e alla trasmissione la responsabilità è dunque tutta in capo a Facebook, la quale è l'unica ad avere una piena disponibilità dei trattamenti. Di contro, la responsabilità della pagina ospitante il *plug-in* non si estende a tali fasi: «risulta escluso, a prima vista, che la Fashion ID determini le finalità e gli strumenti delle successive operazioni di trattamento di dati personali, effettuate dalla Facebook Ireland dopo la loro trasmissione a quest'ultima, cosicché la Fashion ID non può essere considerata responsabile di tali operazioni»<sup>28</sup>.

## **5. Sul consenso e l'informativa**

Chiariti gli aspetti della corresponsabilità, occorre ora capire chi debba informare gli utenti e ottenere il consenso e per quali finalità.

Sulla base delle premesse di cui *supra* la Corte, seguendo le argomentazioni dell'Avvocato generale, ha avuto gioco facile nel sostenere che spetta alla pagina ospitante ottenere un consenso informato<sup>29</sup> per quanto concerne le fasi di raccolta e di trasmissione dei dati degli utenti.

Il trattamento dei dati si perfeziona, infatti, ogniqualvolta la pagina Internet viene effettivamente visitata. E un consenso eventualmente successivo, per di più ottenuto dal solo secondo corresponsabile, non sarebbe conforme «a una tutela efficace e tempestiva dei diritti delle persone interessate»<sup>30</sup>.

Conclusioni identiche, e non poteva che essere altrimenti, vengono tratte per quanto

---

<sup>27</sup> §§ 80-85 della sentenza in commento.

<sup>28</sup> § 76 della sentenza in commento.

<sup>29</sup> Ex artt. 2, lett. b) e 7, lett. a) della direttiva 95/46/CE.

<sup>30</sup> § 132, Conclusioni dell'Avvocato generale, cit.

concerne gli obblighi informativi<sup>31</sup>. Le informazioni relative al trattamento o ad alcune sue fasi devono infatti essere fornite al momento in cui dati vengono concretamente raccolti<sup>32</sup>. La pagina ospitante il *plug-in* ha dunque l'obbligo di informare il visitatore dei presupposti e delle finalità dei trattamenti in questione, ancorché limitatamente alle sole fasi di raccolta e trasmissione<sup>33</sup>.

## 6. Tasto “Like” e profilazione alla luce del GDPR

Come anticipato, la sentenza si colloca nel costante dibattito relativo al bilanciamento tra privacy e profilazione degli utenti per fini pubblicitari. Dibattito che negli ultimi anni, anche grazie all'entrata in vigore del GDPR, ha assunto una nuova centralità. Il cambio di paradigma è stato infatti di assoluto rilievo. Basti pensare che nella precedente direttiva la parola profilazione non veniva mai menzionata; mentre nel GDPR essa compare per ben 22 volte<sup>34</sup>.

Ma ciò che più conta è l'esistenza di una definizione di profilazione. Intesa 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 pro-

<sup>31</sup> *Ex art. 10 della direttiva 95/46/CE, a mente del quale «Gli Stati membri dispongono che il responsabile del trattamento, o il suo rappresentante, debba fornire alla persona presso la quale effettua la raccolta dei dati che la riguardano almeno le informazioni elencate qui di seguito, a meno che tale persona ne sia già informata: a) l'identità del responsabile del trattamento ed eventualmente del suo rappresentante; b) le finalità del trattamento cui sono destinati i dati; c) ulteriori informazioni riguardanti quanto segue: i destinatari o le categorie di destinatari dei dati, se rispondere alle domande è obbligatorio o volontario, nonché le possibili conseguenze di una mancata risposta, se esistono diritti di accesso ai dati e di rettifica in merito ai dati che la riguardano nella misura in cui, in considerazione delle specifiche circostanze in cui i dati vengono raccolti, tali informazioni siano necessarie per effettuare un trattamento leale nei confronti della persona interessata».*

<sup>32</sup> § 104 della sentenza in commento, che rimanda al caso CGUE, C-553/07, *Rijkeboer* (2009), § 68, e a C-473/12, *IPI* (2013), § 23.

<sup>33</sup> § 105 della sentenza in commento, e § 133, Conclusioni dell'Avvocato generale, cit.

<sup>34</sup> La sola attività di profilazione è, poi, sufficiente ad estendere in ambito *extra-UE* l'applicazione del GDPR. Parimenti, tale attività costituisce, *ex art. 35, par. 3, lett. a)*, GDPR, uno dei casi in cui la valutazione d'impatto è qualificata come obbligatoria. Per quanto concerne, inoltre, gli obblighi informativi, a mente dell'art. 14, par. 2, lett. g) GDPR (rubricato “Informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l'interessato”), il titolare del trattamento è altresì tenuto a «fornire all'interessato l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, par. 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Infine, è altresì interessante considerare come la profilazione riceva venga espressamente menzionata più volte nell'art. 21 GDPR, dedicato al diritto di opposizione. Per una panoramica si veda F. Pizzetti, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 5 ss.; I. Destri, A. M. Lotto, *La profilazione*, in G. Cassano, V. Colarocco, G.B. Gallus, F.P. Micozzi (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 131 ss.; G. De Gregorio, R. Torino, *Privacy, tutela dei dati personali e big data*, in E. Tosi (a cura di) *Privacy digitale*, Milano, 2019, 447 ss.; M. Siano, L. Montuori, *Evoluzione del concetto di consenso informato nel mondo digitale e transizione del marketing tradizionale alle attuali sfide della profilazione*, in G. Busia, L. Liguria, O. Pollicino (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, Roma, 2016, 125 ss.; sia altresì consentito rimandare alle conclusioni del volume O. Pollicino, V. Lubello, M. Bassini (a cura di), *Identità ed eredità digitali. Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Roma, 2016, 141 ss.

## Note a sentenza - Sezione Europa Corte di giustizia UE

---

fessionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»<sup>35</sup>.

Il tasto “*Like*” al pari di molti altri contenuti di terze parti è dunque uno strumento di profilazione dalla vasta portata capace di costituire un network dalle potenzialità pressoché illimitate, di cui il social network e le sue pagine interne rappresentano soltanto una minima parte.

Una rete così concepita rappresenta inoltre il principale canale di apprendimento dell'intelligenza artificiale promossa dal grande colosso del web. Il permanente *feedback loop* ottenuto dalle interazioni fra gli utenti, i produttori di contenuti, e i fornitori di pubblicità *online* genera infatti una vera e propria conoscenza collettiva, che alimenta ad ogni secondo i pochi cervelloni capaci di accogliere e leggere un flusso così sconfinato di informazioni.

Ben si comprendono allora le premure delle Corti nel delineare le diverse responsabilità in capo ai soggetti coinvolti in tali trattamenti.

Le conclusioni della Corte, peraltro, potrebbero astrattamente trovare applicazione in tutti quei casi in cui una c.d. “terza parte” sia in grado di dialogare con i browser degli utenti. Sicché la sentenza «implicazioni che vanno ben oltre il caso di specie»<sup>36</sup>.

La questione non è di poco conto e potrebbe trovare non facili ostacoli proprio in ragione delle previsioni introdotte con il GDPR. Con riferimento all'informativa e al consenso, infatti, stando agli approdi della sentenza in commento, le pagine ospitanti il *plug-in*, pur non avendo il controllo dei dati, devono ottenere un consenso informato per le fasi di raccolta e trasmissione dei dati nonché, traslando il *reasoning* all'attuale quadro di riferimento, adottare un c.d. accordo di contitolarità ex art. 26, par. 1 e 2, GDPR .

Nel dettaglio i contitolari «determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità ..., con particolare riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, e le rispettive funzioni di comunicazione delle informazioni di cui agli articoli 13 e 14»<sup>37</sup>. Tale accordo «riflette adeguatamente i rispettivi ruoli e i rapporti dei contitolari con gli interessati». Inoltre, «il contenuto essenziale dell'accordo è messo a disposizione dell'interessato»<sup>38</sup>.

All'atto pratico però la questione non è di facile soluzione. Ad oggi, infatti, per inserire contenuti di terze parti in qualsiasi pagina web è sufficiente copiare ed incollare poche stringhe di codice nel codice html della pagina ospitante. Subordinare un tale processo al raggiungimento di un accordo può allora potenzialmente minare molti dei processi ormai consolidati nello sviluppo della rete.

Ma vi è di più. Nell'attuale scenario legislativo, l'interessato «può esercitare i propri

---

<sup>35</sup> Art. 4, n. 4, GDPR; nozione che va poi letta in combinato disposto con il considerando 24 della direttiva il quale afferma che per «Per stabilire se un'attività di trattamento sia assimilabile al controllo del comportamento dell'interessato, è opportuno verificare se le persone fisiche sono tracciate su internet, compreso l'eventuale ricorso successivo a tecniche di trattamento dei dati personali che consistono nella profilazione della persona fisica, in particolare per adottare decisioni che la riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali».

<sup>36</sup> Così l'Avvocato generale Michal Bobek nell'introdurre le questioni alla Corte di giustizia, § 52.

<sup>37</sup> Art. 26, par. 1 GDPR.

<sup>38</sup> Art. 26, par. 2, GDPR.

diritti ai sensi del presente regolamento nei confronti di e contro ciascun titolare del trattamento»<sup>39</sup>.

Interessanti sul punto alcuni chiarimenti prospettati dall'Avvocato generale, che, sebbene non siano stati espressamente ripresi dalla Corte di giustizia, sembrerebbero essere sostanzialmente avallati. L'Avvocato generale ha infatti avuto modo di soffermarsi sul soggetto cui spetta evadere gli obblighi relativi al diritto di accesso e di rettifica circa i dati raccolti e poi trasmessi. Tali obblighi, non potendo essere evasi dalla pagina ospitante che, come visto, non conosce il contenuto dei dati, devono necessariamente ricadere nella responsabilità della terza parte. Vale a dire Facebook: «se responsabilità congiunta significa responsabilità per l'operazione (o le operazioni) per cui sussiste l'unità di finalità e di strumenti tra i responsabili del trattamento, logicamente gli altri obblighi conseguenti previsti dalla direttiva, come quelli riguardanti il consenso, l'informazione, l'accesso o la rettifica dovrebbero corrispondere alla portata di tale obbligo originario»<sup>40</sup>. La soluzione per quanto apparentemente scontata sembra però ancora una volta stridere con quella sorta di obbligazione in solido che sembrerebbe essere prevista dall'articolo 26, par. 3, del GDPR in caso di contitolarità: «l'interessato può esercitare i propri diritti [...] nei confronti di e contro ciascun titolare del trattamento».

---

<sup>39</sup> Art. 26, par. 3, GDPR.

<sup>40</sup> § 136 della sentenza in commento.

---

# Commenti

# Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni\*

Riccardo Borsari

## Sommario

1. Evoluzione dell'Intelligenza Artificiale e diritto penale – 2. Intelligenza Artificiale e criminalità. – 3. Le entità intelligenti come strumento del reato commesso dall'uomo. – 4. Le entità intelligenti di ultima generazione e la crisi del modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo. – 5. Superamento dell'assioma del *machina delinquere (et puniri) non potest?* – 5.1. La tesi positiva di Gabriel Hallevy. – 5.2. Le obiezioni mosse alla teoria di Hallevy. – 5.3. Alternative.

---

## 1. Evoluzione dell'Intelligenza Artificiale e diritto penale

Secondo una definizione accettata a livello internazionale, l'“Intelligenza Artificiale” è quella disciplina, appartenente all'informatica, che studia i fondamenti teorici, le metodologie e le tecniche che consentono di progettare sistemi *hardware* e sistemi di programmi *software* capaci di fornire all'elaboratore elettronico delle prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana<sup>1</sup>.

La rapida evoluzione dell'Intelligenza Artificiale e le sempre più numerose applicazioni che essa trova nei diversi settori della vita quotidiana impongono una profonda riflessione sulle sue implicazioni in ambito giuridico. Qui interessano, in particolare, quelle riguardanti il diritto penale (sostanziale), dove lo straordinario sviluppo dell'Intelligenza Artificiale dell'ultimo decennio ha sollevato questioni assai delicate.

La più delicata – sul piano filosofico ed etico, prima ancora che giuridico – è senz'altro quella concernente la possibilità di concepire le entità intelligenti come autori di reato. I sistemi di Intelligenza Artificiale di ultima generazione sono infatti dotati di un grado di autonomia dall'uomo tale da mettere in crisi il modello tradizionale della responsabilità indiretta di quest'ultimo per i fatti di reato verificatisi a causa del comportamento dell'entità di Intelligenza Artificiale.

Meno problematica è invece la questione, postasi soprattutto in previsione di un ulteriore progresso tecnologico, se sistemi di Intelligenza Artificiale possano essere assunti

---

\* Il presente contributo corrisponde, con alcune integrazioni, al testo dell'intervento svolto in occasione del convegno JusTech e Industry 4.0, i cambiamenti indotti dalle nuove tecnologie nel diritto delle imprese, Università degli Studi di Padova, 14 febbraio 2019.

<sup>1</sup> M. Somalvico, *Intelligenza artificiale*, Milano, 1987.

ad autonomi beni giuridici meritevoli di tutela penale e, per questa via, a vere e proprie vittime del reato, secondo una prospettiva sperimentata di recente con riferimento a forme di vita “non umane”, come gli animali. La qualità di vittima del reato, in effetti, non presuppone gli stessi requisiti psicologici richiesti ai fini della responsabilità penale, che – come si avrà modo di vedere – potrebbero rendere difficoltoso il riconoscimento delle entità intelligenti come autori del reato<sup>2</sup>.

## **2. Intelligenza Artificiale e criminalità**

Recenti studi<sup>3</sup> hanno documentato l’impatto straordinario dell’Intelligenza Artificiale in diverse aree criminali.

Ad esempio, in ambito economico (soprattutto nel settore dei mercati finanziari<sup>4</sup>), si è evidenziato come i *social bot* (*software* che, automatizzando *account* di *social media*, simulano di essere utenti umani) – sono stati impiegati per il *pump and dump*, ossia per quella particolare tipologia di frode che consiste nel fare lievitare artificialmente il prezzo di un titolo, mediante dichiarazioni false, fuorvianti o esagerate, con l’obiettivo di vendere titoli acquistati a buon mercato ad un prezzo superiore. Modelli di simulazione di mercati hanno inoltre dimostrato che un agente commerciale artificiale – attraverso l’apprendimento di rinforzo (tecnica di apprendimento automatico basata sull’assegnazione alla macchina di una “ricompensa” a fronte di una scelta corretta) – può imparare la pratica dello *spoofing* finanziario, cioè piazzare ordini, in modo continuativo per un certo periodo di tempo, senza avere l’intenzione di eseguirli, al fine di manipolare i prezzi di mercato.

Un’altra area criminale in cui viene ampiamente sfruttata l’intelligenza artificiale è il traffico di droga detto *business to business*, che si avvale di droni e sottomarini controllati a distanza. I sottomarini senza equipaggio offrono un chiaro esempio del potenziale duplice utilizzo, positivo e negativo, dell’Intelligenza Artificiale: sono stati ideati per scopi legittimi (difesa, protezione delle frontiere, pattugliamento delle acque), rivelandosi tuttavia funzionali anche ad attività illegali.

Ma è nell’area dei reati contro la persona che si riscontrano i più comuni impieghi dell’Intelligenza Artificiale. In particolare, i *social bot* possono essere utilizzati come strumenti di molestie, dirette o indirette (come il *retweeting* o il gradimento di *tweet* negativi allo scopo di creare una falsa impressione di animosità su larga scala nei confronti di una persona) – esemplare la vicenda del *social twitter* “Tay” di Microsoft, che ha rapidamente imparato dall’interazione con gli altri utenti a dirigere *twitter* osceni ad un’attivista femminista.

---

<sup>2</sup> S. Riondato, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 85 ss.

<sup>3</sup> T. C. King, N. Aggarwal, M. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and engineering ethics*, 14 febbraio 2019, 1 ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*. Con riferimento ai sistemi di *common law*, la letteratura analizzata dagli autori ha segnalato preoccupazioni in relazione all’utilizzo di sistemi di AI nelle c.d. *cartel offences*, e in particolare nei casi di manipolazioni del mercato e collusioni poste in essere tramite il mantenimento di prezzi concordati artificialmente e tacitamente.

### **3. Le entità intelligenti come strumento del reato commesso dall'uomo**

Fino al recente passato, oltre alle macchine automatiche di vecchia generazione esistevano soltanto sistemi di Intelligenza Artificiale che operavano mediante algoritmi integralmente preimpostati dal programmatore, il cui comportamento, quindi, è del tutto predeterminato.

Rispetto a questi sistemi di Intelligenza Artificiale (si pensi ai *software* utilizzati per disattivare il sistema di sicurezza informatica di una banca o a quelli per distruggere o danneggiare i dati di un computer), il modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo ha tenuto e tiene senza particolari problemi. Infatti, non solo, per quanto complessa sia, l'azione dell'entità intelligente (ad esempio, il movimento di un braccio robotico) può essere imputata, sul piano sia oggettivo (causale) che soggettivo (coscienza e volontà), a chi l'abbia utilizzata, programmata e, per le entità dotate di corpo fisico, costruita; ma soprattutto, poiché il comportamento di siffatti sistemi di Intelligenza Artificiale è predeterminato e perciò prevedibile, ad una di queste persone potrà sempre muoversi un rimprovero, almeno a titolo di colpa, per il fatto di reato verificatosi a causa di detto comportamento. In tale prospettiva, l'entità intelligente si atteggia a mero strumento del reato commesso dall'uomo<sup>5</sup>.

Per esempio, se un comandante militare imposta intenzionalmente un drone automatico affinché uccida dei civili, risponderà senz'altro, per dolo, della loro morte; se, invece, il drone spara a dei civili per un difetto di programmazione o di costruzione, a risponderne, per colpa, saranno, rispettivamente, il programmatore o il costruttore, che avrebbero potuto prevedere ed evitare l'evento.

La peculiare natura dello strumento può comunque avere un particolare rilievo sul piano penale – tra l'altro, in sede di commisurazione della pena, quale fattore aggravante o attenuante (v. l'art. 133 c.p., secondo cui il giudice deve tener conto, in primo luogo, dei mezzi dell'azione).

Inoltre, siccome cose che furono destinate alla commissione del reato, le macchine intelligenti possono o devono essere confiscate, in funzione preventiva, anche a prescindere da una sentenza di condanna (v. l'art. 240 c.p.)<sup>6</sup>.

### **4. Le entità intelligenti di ultima generazione e la crisi del modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo**

Come anticipato, il modello di imputazione della responsabilità indiretta dell'uomo entra in crisi di fronte ai sistemi di Intelligenza Artificiale di ultima generazione, cioè quelle che operano in base ad algoritmi aperti ad automodifiche strutturali, determinate dall'esperienza del sistema stesso.

Grazie ai cosiddetti meccanismi di *machine learning* (apprendimento automatico), un si-

---

<sup>5</sup> S. Riondato, *op. cit.*, cit., 85 ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*.



stema di Intelligenza Artificiale è infatti capace di imparare dall'esperienza e di modificare di conseguenza il proprio comportamento, adattandolo agli stimoli nel frattempo ricevuti – uno degli esempi più rilevanti è quello delle automobili a guida autonoma. In molti casi, peraltro, mediante il ricorso alle tecnologie di *cloud computing*, un'entità intelligente, scambiandosi informazioni con altre, anche operanti in ambienti diversi, può incrementare esponenzialmente il proprio apprendimento. Senza considerare – soprattutto in chiave futura – la possibile interazione in *cloud* di sistemi di Intelligenza Artificiale e uomini nel vasto mondo dell'*Internet of Things*.

È evidente, allora, che il comportamento di tali sistemi in Intelligenza Artificiale non è interamente predeterminato, e perciò prevedibile, con la conseguenza che può divenire problematico individuare una persona umana cui muovere un rimprovero per il fatto di reato si sia verificato a causa di tale comportamento.

Il problema si pone in termini sicuramente meno gravi quando, a causa del comportamento imprevedibile dell'entità intelligente, si sia verificato un evento penalmente sanzionato che comunque l'uomo – di regola, l'utilizzatore – si sia prefisso e abbia voluto. Si ritiene, infatti, che, in caso di divergenza tra il decorso causale prefigurato e quello effettivo, sia comunque ravvisabile il dolo in capo all'agente se l'evento verificatosi è pur sempre realizzazione dello specifico rischio insito nella sua azione iniziale. Resta, tuttavia, che, secondo l'interpretazione conforme al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale (art. 27, c. 1, Cost.), l'autore non potrà essere chiamato a rispondere dell'evento penalmente sanzionato (verificatosi a causa del comportamento imprevedibile dell'entità intelligente) più grave (delitto preterintenzionale – per es. omicidio preterintenzionale – art. 584 c.p.) o comunque diverso da quello da lui voluto (*aberratio delicti* – art. 83 c.p.) oppure nei confronti di una persona diversa da quella cui l'offesa era diretta (*aberratio ictus* – art. 82 c.p.).

Ma è soprattutto fuori dalle ipotesi in cui il comportamento imprevedibile dell'entità intelligente si innesti su di una condotta dolosa della persona umana che il modello di imputazione indiretta della responsabilità dell'uomo si rivela inadeguato. Perché, se l'utilizzatore non può essere chiamato a rispondere di un evento verificatosi a causa del comportamento imprevedibile dell'entità intelligente, almeno finché non sia comunque in grado evitarlo (si pensi ad un'automobile a guida semi-automatica, che sia cioè dotata di comandi che consentano all'utente di intervenire in caso di emergenza), non potrà nemmeno risalirsi sempre al programmatore o al produttore.

Il funzionamento degli agenti intelligenti di ultima generazione si articola infatti sulle metodologie di *deep learning*, che sono fondate su quelle che vengono definite le *black box algorithms*. In queste tecnologie il processo che dagli *input* conduce agli *output* rimane avvolto da un inevitabile grado di opacità, per cui non si riesce a comprendere come il *software* abbia posto in essere il risultato finale<sup>7</sup>, il quale rimane al di fuori delle capacità previsionali dei programmatori<sup>8</sup>.

Il rischio, pertanto, è che interessi anche primari rimangano sguarniti di tutela penale

---

<sup>7</sup> S. Doncieux, J. Mouret, *Beyond black-box optimization: a review of selective pressures for evolutionary robotics*, in *Evolutionary Intelligence*, 7, 2014, 71 ss.

<sup>8</sup> S. Beck, *Google cars, software agents, autonomous weapons systems – New challenges for criminal law?*, in E. Hilgendorf, U. Seidel (eds.), *Robotics, Autonomics, and the Law*, Baden-Baden, 2017, 227 ss.

di fronte a pericoli di aggressione che evidentemente diventeranno sempre più gravi e diffusi.

### **5. Superamento dell'assioma del *machina delinquere (et puniri) non potest?***

Di fronte a siffatto scenario, ci si chiede se le macchine intelligenti non possano essere concepite come soggetti attivi del reato, superandosi l'assioma del *machina delinquere (et puniri) non potest*.

#### **5.1. La tesi positiva di Gabriel Hallevy**

Una risposta positiva a tale quesito proviene da una parte della letteratura straniera di *common law* e, in particolare, da Gabriel Hallevy<sup>9</sup>.

Secondo l'Autore, non ci sono ragioni valide per negare la punibilità dei sistemi di Intelligenza Artificiale.

In particolare, quanto, anzitutto, all'elemento oggettivo del reato, l'*actus reus* – inteso, com'è negli ordinamenti di *common law*, in termini meramente materialistici – potrebbe essere ricondotto direttamente al sistema di intelligenza artificiale, sia che si tratti di una condotta attiva (integrata da un movimento fisicamente apprezzabile della macchina – ad esempio, il movimento di un braccio robotico) sia che si tratti di un'omissione (integrata dall'inerzia della macchina).

In secondo luogo, per quanto concerne il profilo psicologico, in capo all'entità intelligente potrebbero benissimo configurarsi alcune forme di *mens rea* e, in particolare, la *negligence* e addirittura il *general intent* (categoria dogmatica che ricomprende *intention*, *knowledge* e *recklessness*). Infatti, guardando alle modalità tecniche di funzionamento delle macchine più avanzate, esse, acquisendo i dati dal mondo esterno e rielaborandoli, “si rappresentano” la realtà, potendo definirsi quali *aware* in virtù delle capacità, da una parte, di assorbire dati fattuali attraverso i molteplici sensori di cui dispongono, dall'altra, di creare una rilevante generale immagine della realtà dall'analisi dei dati raccolti.

Inoltre, secondo l'autore, i sistemi di IA di ultima generazione possono “prevedere” e “volere” un certo risultato come conseguenza della propria azione, grazie ai processi di *decision-making* che, dalla valutazione delle probabilità che un determinato evento possa verificarsi, permettono alla macchina di direzionare il proprio operato conseguentemente.

Infine, l'agire dell'agente intelligente può qualificarsi anche quale *reckless* (imprudente), nei casi in cui il sistema non abbia preso in considerazione una probabilità che avrebbe dovuto essere compresa sulla base degli *inputs* inseriti, o nei casi di *miscalculation*, quando si verifica un errore di calcolo nei processi di apprendimento. È irrilevante, peraltro, che la macchina non provi sentimenti, in quanto estranei di regola al dolo.

In definitiva, per Hallevy, alla base dell'assioma del *machina delinquere (et puniri) non potest*

---

<sup>9</sup> G. Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Berlino, 2015, 47 ss.

sta lo stesso pregiudizio antropocentrico che per molto tempo si è opposto al riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche, finché non è giustamente prevalsa l'esigenza di regolazione sociale. D'altra parte, a differenza delle persone giuridiche, i sistemi di intelligenza artificiale sono dotati sempre – in quanto *software* pur sempre funzionanti tramite *hardware* – di un corpo fisico su cui può incidere la pena (ad esempio, distruzione).

Hallevy ha quindi teorizzato tre paradigmi di responsabilità, tutti fondati sul presupposto necessario del riconoscimento della personalità giuridica alle entità intelligenti.

Il primo, definito *perpetration through another*, rappresenta l'aggiornamento di quello, tradizionale, di responsabilità indiretta dell'uomo: in base ad esso, i sistemi di intelligenza artificiale sono ricondotti alla categoria degli "agenti innocenti", che vengono strumentalizzati per la commissione del reato da una persona umana, che potrà individuarsi nel programmatore del *software* o nell'utente finale, e che ne risponderà in via esclusiva.

Il secondo (*natural probable consequence*) e il terzo (*direct liability*) paradigma prevedono, invece, la possibilità di individuare una responsabilità dell'entità intelligente, in via cumulativa o autonoma rispetto alla responsabilità del programmatore e/o dell'utente.

## **5.2. Le obiezioni mosse alla teoria di Hallevy**

Alla tesi di Hallevy viene obiettato essenzialmente che al riconoscimento dei sistemi di intelligenza artificiale come soggetti attivi del reato si oppone il principio di colpevolezza che informa di sé gli ordinamenti penali moderni. In quello italiano, tale principio è sancito dal già citato art. 27, co. 1, cost., secondo cui «la responsabilità penale è personale».

Infatti, nell'ambito delle tradizionali teorie sulla pena, la colpevolezza, che ne rappresenta il presupposto logico necessario, postula a sua volta la libertà del volere, per il semplice fatto che, in tanto ha senso infliggere una pena che compensi il male arrecato dal reato, in quanto il suo autore avesse la possibilità di agire diversamente. Una tale possibilità non apparterebbe ai sistemi di intelligenza artificiale, perché anche quelli capaci di agire indipendentemente e in modo imprevedibile sono programmati per farlo; né, comunque, la responsabilità di tali sistemi è ancora un'idea acquisita nella nostra coscienza morale e nella nostra vita sociale, a differenza di quella dell'uomo, rispetto al quale pure la libertà del volere non è stata ancora dimostrata e, anzi, è stata di recente messa in discussione dalle neuroscienze.

D'altra parte, nei confronti di un sistema di intelligenza artificiale, la pena non potrebbe svolgere nemmeno una delle diverse funzioni generalmente attribuite alla pena. In ordine a quella di prevenzione generale, basti considerare che i sistemi di intelligenza artificiale non sono capaci di provare timore e sono quindi immuni dall'effetto dissuasivo della minaccia della pena e, tantomeno sono in grado di cogliere l'effetto pedagogico connesso alla comminatoria legislativa della sanzione più grave, di accreditamento sociale dei valori tutelati. Per quanto concerne, invece, la funzione di prevenzione speciale – intesa, alla stregua del principio rieducativo enunciato dall'art. 27, co. 3, Cost. – come risocializzazione e, quindi, non come mera neutralizzazione (ad esempio,

disattivazione della macchina) –, i sistemi di intelligenza artificiale non sono in grado di apprendere dalla sanzione irrogata, a meno che non siano a ciò programmati; mentre un trattamento per così dire terapeutico, mediante l'implementazione di meccanismi di *machine learning*, non potrebbe essere imposta, richiedendo il consenso del destinatario. All'argomento dell'assimilazione dei sistemi di intelligenza artificiale agli enti, si è peraltro replicato che, nell'ambito della *corporate liability*, sia il comando sotteso alla norma incriminatrice che la pena si rivolge in definitiva a uomini.

### 5.3. Alternative

Di fronte al vuoto di tutela penale connesso ai nuovi sistemi di Intelligenza Artificiale, a parte i possibili rimedi civilistici o amministrativi (si potrebbero ipotizzare misure corrispondenti a quelle sanitarie previste per gli animali pericolosi), le strade sono due: o si vieta radicalmente la realizzazione di tali sistemi, in base al principio di precauzione, con la conseguente rinuncia ai benefici sociali apportati dagli stessi; oppure si individua un'area di rischio consentito, attraverso complessi bilanciamenti tra l'utilità collettiva e i rischi imponderabili dei vari sistemi. Ad esempio, potrebbe essere consentito l'ingresso sul mercato di auto senza conducente, nonostante il rischio di cagionare lesioni, se non la morte, ad altri utenti della strada, perché tali auto sono comunque migliore soluzione per i problemi del traffico; e vietare senz'altro la realizzazione di droni armati.

Non manca nemmeno, tuttavia, chi, in funzione provocatoria, ipotizza pratiche afflittive *lato sensu* penali nei confronti dei sistemi di intelligenza artificiale, che, in quanto *res*, potrebbe essere sacrificata per apportare un beneficio psicologico della vittima, assecondando la sua irrazionale sete di vendetta.

---

# Recensioni

## **Recensione a Marco Delmastro - Antonio Nicita, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, 2019**

Massimiliano Trovato

---

È piuttosto raro che un libro riesca a coniugare il tempismo di un *instant book*, il rigore di una pubblicazione accademica e l'accessibilità di un resoconto giornalistico. Marco Delmastro, direttore del Servizio economico-statistico dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, e Antonio Nicita, ordinario di politica economica all'Università di Roma "La Sapienza", nonché commissario uscente dell'Autorità medesima, hanno il grande merito di aver saputo conciliare queste tre esigenze divergenti in una breve ma ricca monografia dedicata a un tema – "Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo" (Il Mulino) – tra i più attuali e stimolanti nel panorama economico-giuridico. E una trattazione spassionata della materia appare ancor più preziosa, ove si consideri che negli ultimi due o tre anni hanno acquisito sempre maggior credito – persino nel dibattito specialistico – alcune ricostruzioni del fenomeno tanto radicali, quanto approssimative, all'insegna di quella tendenza alla polarizzazione che sembra ormai dominare ogni ambito disciplinare e che non poteva, dunque, risparmiare un tema che influenza – come evidenziano immediatamente gli autori – «ogni sfera della nostra vita, pubblica e privata» (p. 8) e che ha implicazioni dirette o indirette non solo per la riservatezza dei dati personali, ma anche per la tutela della concorrenza nei mercati innovativi e per l'evoluzione dei sistemi politici e l'integrità delle competizioni elettorali. Ma di cosa parliamo, quando parliamo di big data? L'aggettivo «fa riferimento ad alcune caratteristiche fondamentali: la *velocità*, la *varietà* e il *volume* dei dati raccolti e processati. È da queste tre caratteristiche che si genera [...] la quarta *v*, il *valore* dei dati» (p. 10). Ma questa messe di dati ha l'ulteriore caratteristica di essere largamente «“non strutturata”, ossia [...] acquisita e immagazzinata secondo criteri che differiscono da quelli dei tradizionali database». A mettere ordine in questo mare d'informazioni, provvedono i famigerati algoritmi, che attraverso l'individuazione di regolarità e correlazioni nelle scelte degli individui, possono giungere a prevederne con un certo grado di affidabilità le condotte.

Questo «nuovo modello di organizzazione capitalistica» si articola, dunque, in quattro passaggi – «a) la raccolta di dati rivelati dai comportamenti di imprese e utenti; b) il loro trattamento da parte di appositi algoritmi; c) l'elaborazione di modelli predittivi; d) la valorizzazione economica dell'attenzione e dei dati in genere» (p. 20) – che, come si vede, sono tra loro concatenati in una dinamica circolare: i dati sono al contempo input e output del processo, gli algoritmi se ne servono per affinare le proprie capacità predittive e, così facendo, producono nuove informazioni.

È facile comprendere come la configurazione dell'intero processo dipenda dallo statuto giuridico che riconosciamo al dato: Delmastro e Nicita individuano con grande chiarezza l'interrogativo di fondo dell'indagine nella scelta tra due paradigmi alternativi: «la cessione del dato», si domandano, «è una transazione economica che certifica la natura “proprietaria” del dato o è solo una manifestazione del consenso che ne “delega” il trattamento?» (p. 21). E ancora, se la risposta più convincente è la prima, come gli autori non nascondono di ritenere, «com'è accaduto che siamo stati (auto) esclusi da quel “mercato dei dati” che pure la nostra attenzione ha generato, nello scambio implicito tra attenzione e servizi in gran parte “gratuiti”?» (p. 22).

A ben vedere, però, quella tra proprietà e delega non è una vera dicotomia. Nel presentare i dati come bene economico, con tanto di una propria catena del valore, gli autori tentano di vincere le resistenze di «quanti vedono, giustamente, nel dato personale una caratteristica intimamente connessa con i diritti della persona» (p. 29) muovendo da un approccio pragmatico: «non basta affermare il principio di un dato personale sacro e inviolabile, per essere sicuri che qualcuno non ci abbia già costruito sopra un business» (p. 30). In questo senso, la necessità di applicare ai dati una logica proprietaria – e, dunque, una tutela inibitoria e non solo risarcitoria – non è il riflesso di un dogma ideologico, ma il requisito minimo per la «costruzione giuridica, oltre che economica, di un vero e proprio mercato trasparente dei dati» (p. 31).

Questa costruzione, tuttavia, si rivela meno lineare del previsto: Delmastro e Nicita si appoggiano a una teoria dell'informazione come bene pubblico che non sembra attagliarsi pienamente ai dati personali, i quali esibiscono sicuramente le caratteristiche dell'assenza di rivalità nel consumo, ma non, o almeno non pacificamente, quella della non escludibilità – come, del resto, gli stessi autori riconoscono implicitamente quando ne lamentano, in modo un po' contraddittorio, la privatizzazione *de facto* da parte di «chi se ne appropria in via esclusiva ai fini dell'attività di profilazione pubblicitaria» (p. 32). Un bene pubblico in senso tecnico potrebbe essere definito come un bene insuscettibile di appropriazione, sicché non appare persuasivo stipulare che «in questi passaggi avv[enga] una trasformazione fondamentale del dato (o meglio del suo contenuto informativo) da bene pubblico a bene privato» (p. 33).

A ben vedere, l'equivoco sta forse in questo: le teorie dell'informazione come bene pubblico partono dal presupposto che per essere valorizzata o consumata l'informazione debba essere direttamente (un brano musicale) o indirettamente (un farmaco) rivelata: anche in quel caso, invero, non sembra venir meno il carattere dell'escludibilità – e in effetti strumenti giuridici come i brevetti e il diritto d'autore hanno precisamente la funzione di privatizzare l'informazione, e vi ottemperano con una certa efficacia – ma si può almeno affermare che gli incentivi per gli attori di mercato vadano nella direzione opposta; nel caso dei big data, invece, il vantaggio competitivo discende proprio dal controllo esclusivo o semi-esclusivo.

E anche questo è implicitamente confermato da un ulteriore passaggio del ragionamento degli autori, secondo i quali il fatto che «nella gran parte dei casi [...] i dati veng[ano] acquisiti e analizzati all'interno di una stessa organizzazione [...] è il risultato dell'approccio al dato come “delega” all'uso esclusivo e non come diritto di proprietà oggetto di cessione», con l'ulteriore conseguenza d'ingenerare la fallace impressione

che «se un asset è usato in via esclusiva all'interno di una piattaforma, e non sul mercato, esso non sia un bene economico e non permetta di identificare un mercato, distinto, del dato» (pp. 40-41).

Si tratta di una ricostruzione sottile e per certi versi controintuitiva, che merita di essere esaminata nella sua articolazione. Secondo Delmastro e Nicita, i big data nascono come bene pubblico e vengono privatizzati *de facto* da un numero limitato di operatori che, in assenza di una cornice giuridica definita, ne detengono il controllo all'interno di strutture verticalmente integrate (p. 127); viceversa, riconoscere lo statuto proprietario dei dati, permetterebbe lo sviluppo di un mercato funzionante e ne agevolerebbe la circolazione. In altre parole, gli autori propongono di privatizzare un bene pubblico per aumentarne la disponibilità – una tendenza che potrebbe essere rafforzata da meccanismi come l'interoperabilità o la portabilità, eventualmente con il supporto dell'intervento regolamentare.

Ma sotto questo profilo emerge una duplice tensione, di cui peraltro gli autori mostrano piena consapevolezza. Da un lato, una volta concluso che i dati debbano essere trattati come risorse proprietarie, occorre determinare a chi attribuirne la titolarità. Delmastro e Nicita sostengono, in modo un po' apodittico, che essa tocchi a chi li genera, cioè agli utenti (pp. 37 e 128 e *passim*). Ma questo è un approdo tutt'altro che scontato, per almeno due ragioni: la più ovvia è che i big data, come abbiamo già discusso, permettono di sintetizzare informazioni che gli utenti non hanno mai rivelato; la seconda, più sfumata, è che non sussiste una coincidenza perfetta tra la condotta di un soggetto e la generazione del dato corrispondente (nonché il suo contenuto informativo).

Questo è piuttosto evidente nel mondo analogico. Ipotizziamo che Tizio sia un assiduo frequentatore del ristorante di Caio e che quest'ultimo, da oste provetto, sappia ormai prevedere che ogni martedì il cliente richiederà una carbonara. Chi ha generato quel dato: Tizio, che si è limitato a ordinare il pranzo, o Caio che ha notato e memorizzato la cosa e ne ha ricavato una previsione, la cui affidabilità peraltro può essere compromessa dall'eventualità che martedì prossimo Tizio opti per una gricia? È vero che in un ambiente digitale la distanza tra le due distinte funzioni si riduce – è lo stesso clic con cui l'utente esprime una preferenza a far scaturire l'archiviazione del dato – ma ciò non significa che venga meno, come si coglie in tutte le situazioni in cui un clic debba essere interpretato: per esempio, seguire gli aggiornamenti di un esponente politico su Twitter può essere una manifestazione di ammirazione, ma anche di disprezzo, o più banalmente di mero interesse per gli affari pubblici.

Inoltre, venendo alla seconda possibile aporia, non necessariamente attribuire agli utenti la proprietà dei dati che li riguardano condurrebbe all'esito ipotizzato dagli autori, cioè una maggior circolazione dei dati; o ancora questo scenario si potrebbe effettivamente concretizzare, ma a dispetto – anziché in virtù – delle preferenze degli utenti. E ciò potrebbe avvenire tanto laddove i costi di transazione fossero particolarmente alti, quanto semplicemente qualora – pur a fronte di meccanismi di contrattazione collettiva sufficientemente oliati da abbattere i costi di transazione – si trattasse di un esito più efficiente. Sono domande empiriche a cui è impossibile dare risposta sulla base della sola teoria.

In termini di policy, però, questo punto rivela un'altra tensione sottostante, quella tra



privacy e concorrenza: una cornice che limiti la circolazione dell'informazione può essere paradossalmente più garantistica dal punto di vista della riservatezza, ma finirebbe per rafforzare gli attori dominanti e favorire la concentrazione dei mercati digitali – almeno a giudicare dagli argomenti di chi ritiene che l'impossibilità di attingere ai dati di cui gli operatori consolidati dispongono costituisca una delle principali barriere all'ingresso dei nuovi entranti (p. 73). Alla questione gli autori dedicano un capitolo particolarmente apprezzabile per l'equilibrio e la completezza della trattazione, in cui danno conto degli argomenti contrari – per esempio, dei rendimenti fortemente crescenti e poi altrettanto rapidamente decrescenti dei dati (p. 79) – e illustrano le implicazioni pratiche della concentrazione dei dati – si veda la discussione del rapporto tra profilazione e discriminazione di prezzo (pp. 81-82).

Più in generale, se la cifra contenutistica del volume è la proposta di riconoscere un diritto di proprietà sui dati, la sua cifra stilistica è quella di un ragionamento spassionato e di vasto respiro, che rifugge la tentazione di cavalcare i luoghi comuni diffusi sul tema – i dati come il «nuovo petrolio» (p. 28), il «capitalismo senza capitali» dei giganti del digitale (p. 51) – tanto popolari nel dibattito pubblico, quanto fuorvianti. Il risultato è un testo che parla ai curiosi, che vi troveranno un'ottima introduzione ai rischi e soprattutto alle promesse dei big data, e agli specialisti, che vi riconosceranno un contributo rigoroso e originale, che arricchisce un campo d'indagine ancora giovane ma destinato ad accompagnarci a lungo.



## **Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo**

Marco Delmastro - Antonio Nicita

Il Mulino

Anno di edizione: 2019

Pagine: 148

ISBN: 9788815283290

## **Elenco autori**

---

### **Bianca, Mirzia**

professore ordinario di istituzioni di diritto privato, La Sapienza – Università di Roma

### **Borsari, Riccardo**

professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Padova

### **Butturini, Daniele**

ricercatore di diritto costituzionale, Università degli Studi di Verona

### **De Felice, Alfredo**

avvocato in Milano

### **Fasano, Gianluca**

tecnologo, Consiglio Nazionale delle Ricerche

### **Foltran, Francesco**

avvocato in Treviso

### **Fumo, Maurizio**

già presidente della V sezione penale, Suprema Corte di Cassazione

### **Gobbato, Sara**

avvocato in Milano; cultrice di diritto amministrativo, Università degli Studi di Padova

### **Grandinetti, Ottavio**

avvocato in Roma

### **Lubello, Valerio**

assegnista di ricerca in diritto dell'economia, Università Bocconi

### **Morgante, Valentina**

avvocato in Treviso

### **Monti, Matteo**

dottorando di ricerca in persona e tutele giuridiche, Scuola Superiore Sant'Anna

### **Moro, Paolo**

professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi di Padova

### **Pantalone, Pasquale**

ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano

### **Peron, Sabrina**

avvocato in Milano

### **Pistilli, Annalisa**

avvocato in Roma

### **Thobani, Shaira**

assegnista di ricerca in diritto privato, Università degli Studi di Torino

### **Troilo, Silvio**

professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo

### **Trovato, Massimiliano**

research fellow, Istituto Bruno Leoni

### **Vimercati, Silvia**

cultrice di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano - Bicocca

## CODICE ETICO

La **Rivista di diritto dei media** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, il Comitato degli esperti per la valutazione e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

**Autori:** in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submission, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

**Direzione:** la direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione (ivi compresi direttori e vice-direttori) non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

**Comitato degli esperti della valutazione:** i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.

