

Presentazione

di Enzo Cheli

I saggi raccolti in questo volume, che presenta i lavori più recenti di Giovanna De Minico, sono dedicati a Internet e alla possibile “costituzionalizzazione” del mondo della rete. Come questo mondo si colloca nel percorso segnato dal costituzionalismo moderno e quali trasformazioni sta introducendo in questo percorso? Quali nuovi diritti e nuovi doveri stanno oggi emergendo attraverso Internet? In altri termini, come la “cittadinanza digitale” sta oggi allargando i confini della cittadinanza tradizionale, introducendo nuovi rapporti tra cittadini e istituzioni governanti?

Le risposte a queste domande si sviluppano attraverso le analisi e le riflessioni che scorrono nelle pagine di questi saggi dedicati a temi diversi, ma strettamente connessi.

Temi che, in primo luogo, investono il campo delle conquiste delle tecnologie della comunicazione maturati nell’arco degli ultimi trenta anni e, in particolare, dopo l’inizio del nuovo millennio; che, in secondo luogo, mettono in luce gli effetti che queste conquiste stanno determinando nel tessuto economico, sociale e politico dei vari paesi e nelle diverse aree del mondo industrialmente evoluto; che, in terzo luogo, inducono a riflettere sulle sfide che questi effetti stanno oggi ponendo al mondo del diritto costituzionale quando lo stesso si impegna a orientare le trasformazioni in atto verso la ricerca di un “bene comune” in grado di favorire la nascita di nuove forme di democrazia più evolute e diffuse.

Partiamo dalla considerazione del dato storico. Su questo terreno resta agevole constatare come la vita contemporanea risulti segnata dal peso crescente della tecnica, in continua trasformazione ed espansione secondo ritmi mai raggiunti in passato. Il discorso vale per tutti i settori della vita associata, ma investe in particolare il campo della comunicazione, che rappresenta il tessuto nervoso del corpo sociale di ciascun paese e del mondo

nel suo complesso. Da qui la nascita, già negli ultimi decenni dello scorso secolo, di una “società dell’informazione” che ha utilizzato per il suo sviluppo due percorsi fondamentali: la digitalizzazione delle reti (informatiche, di telecomunicazione e radiotelevisive) che ha condotto alla “convergenza” tra le stesse ed ad un loro uso “neutrale” rispetto ai contenuti trasmessi; l’affermazione di Internet che, nell’arco di pochi anni, ha assunto dimensioni planetarie ed ha determinato la nascita del più grande “spazio comune” della storia dell’umanità.

In ragione di questi eventi attraversiamo oggi la fase di avvio di una trasformazione epocale che, nella sua dimensione economica e sociale, può essere equiparata al passaggio tra la società agricola dell’età feudale e la società industriale dell’età moderna e, nella sua dimensione politica, al passaggio dallo Stato assoluto alle forme dello Stato di diritto di matrice liberale.

In questo processo di trasformazione che stiamo vivendo prima viene la tecnologia e ultimo il diritto, la cui funzione, peraltro, resta essenziale ove si voglia orientare tale processo verso l’affermazione di interessi comuni fondati sui valori costituzionali della solidarietà e dell’eguaglianza e non verso la tutela di interessi egoistici fondati sul gioco spontaneo della forza dei mercati. Da qui l’esigenza di adottare politiche costituzionali e regole giuridiche appropriate in grado di limitare e indirizzare i mercati verso obbiettivi di interesse pubblico così da proteggere la società contro i rischi sempre più evidenti che l’impiego delle nuove tecniche sta facendo emergere.

Ma quali contenuti assegnare a queste regole? E chi deve porle? E chi deve garantirne il rispetto?

Per rispondere occorre innanzitutto comprendere qual è la vera natura di Internet, quale la sua funzione nel presente e nelle sue possibili proiezioni future, quali i caratteri salienti della “società dell’informazione” che sta crescendo e si sta consolidando intorno a noi.

Nel preambolo della Dichiarazione dei diritti in Internet che la Camera dei Deputati ha approvato nell’autunno del 2015 il mondo della rete viene qualificato “come uno spazio sempre più importante per l’autorganizzazione delle persone e dei gruppi e come uno strumento essenziale per promuovere la partecipazione individuale e collettiva in processi democratici e l’eguaglianza sostanziale”. E questo in ragione del fatto che Internet “ha contribuito in maniera decisiva a ridefinire lo spazio pubblico e privato, a strutturare i rapporti tra le persone e tra queste e le istituzioni” non-

ché ad “ampliare la possibilità di intervento diretto delle persone nella sfera pubblica”.

Da qui la conseguenza che induce a configurare Internet, per la sua natura, come uno “spazio pubblico” sganciato dalla sfera delle sovranità nazionali, ovvero come un “bene comune”, sottratto alla disponibilità incondizionata del potere privato, “spazio” o “bene” attraverso cui oggi si realizzano le nuove forme di partecipazione individuale e collettiva alla vita democratica.

Ed è per questo che in Internet va oggi individuata la nuova “pietra angolare” della democrazia, cioè quella “pietra angolare” che il costituzionalismo storico, alle sue origini, aveva giustamente riferito alla libertà di espressione del pensiero ed alla stampa. Queste sono le ragioni che spiegano la necessità e l’urgenza di avviare oggi, a livello mondiale, un processo di “costituzionalizzazione” di Internet e delle nuove tecnologie della comunicazione in quanto elementi qualificanti delle nuove forme che le democrazie moderne stanno assumendo.

L’impresa della costruzione di una “Costituzione per Internet” presenta ancora, per l’attuale stato delle relazioni mondiali, connotazioni in gran parte utopistiche, ma è stato giusto avviarla come è stata avviata in Italia con la Dichiarazione sopra ricordata. Una Dichiarazione che pone a fondamento di questa costituzione il “pieno riconoscimento di libertà, eguaglianza, dignità e diversità di ogni persona” e che qualifica l’accesso alla rete come un nuovo diritto fondamentale, “condizione per il pieno sviluppo individuale e sociale della persona”.

Questa costituzione dovrebbe anche fissare con chiarezza – e sempre nel rispetto dei due principi cardine dello Stato liberale, quali la “riserva di legge” e la “riserva di giurisdizione” – i limiti per l’uso del mezzo connessi alle esigenze di tutela della privacy, dell’onorabilità, dei prodotti dell’ingegno, della sicurezza e degli interessi dotati di protezione penale. Tutte finalità da perseguire attraverso un accorto dosaggio tra eteroregolazione ed autoregolazione e mediante una disciplina che, per la stessa natura del mezzo da regolare, non può essere confinata nello spazio del diritto nazionale, ma va proiettata nello spazio di una legalità sovranazionale fondata, oltre che sui diritti dell’uomo, su valori comuni di civiltà giuridica.

Questo, in estrema sintesi, il quadro dei temi e dei problemi che i saggi contenuti in questo volume, che aggiorna e arricchisce la prima edizione comparsa nel 2016, pongono all’attenzione del lettore. Temi e problemi che Giovanna De Minico tratta con forte sensibilità verso i processi di in-

novazione in atto e con una piena padronanza dei fattori tecnici ed economici che stanno alla base di questi processi e che si rivelano essenziali per disegnare un'appropriata regolazione e per valutarne la compatibilità costituzionale. Tutte qualità, frutto di un impegno appassionato e costante, che collocano questo lavoro ben al di là della finalità didattica che l'Autrice dichiara di voler perseguire e che rendono la sua lettura, oltre che affascinante, utile per chiunque voglia acquisire una conoscenza aggiornata di una materia che, oltre a cambiare i confini della scienza giuridica, appare destinata a segnare il futuro della nostra esperienza di cittadini.

Il mio filo rosso

Questo insieme di lavori, già apparsi in riviste italiane e straniere, esprime una mia intuizione iniziale che con il procedere degli studi è divenuta un convincimento: la non neutralità della tecnica, nonostante l'opposta prospettazione di altri studiosi. La tecnica è un dato grezzo che si offre alla lettura del decisore politico al quale spetta – per mandato rappresentativo in un sistema democratico – di scegliere tra due prospettive valoriali.

La prima: consentire l'uso della tecnica da parte di chi si trova in posizione dominante al fine di mantenerla e rafforzarla, anche trasferendola su nuovi terreni di gioco. La seconda: declinare la tecnica per offrire alla persona esclusa o marginale un'occasione di effettiva e più ampia partecipazione politica, economica, sociale, per assicurarne la crescita individuale e valorizzarne la piena dimensione costituzionale di individuo.

Celebrare la tecnica come portatrice *ex se* di virtù benefiche, secondo le promesse di una tesi pan-naturalista, consegnerebbe in ultima analisi le chiavi del progresso nelle mani di poteri privati forti, che saprebbero e vorrebbero con piena consapevolezza farne uso per giungere all'assetto più favorevole ai propri interessi economici. Un assetto che solo il caso potrebbe far coincidere con il bene comune. Vedremmo ripetersi per la tecnica non orientata dalla politica quel che abbiamo già visto accadere per il mercato lasciato alle incontrollate forze della domanda e dell'offerta. La deriva egoistica e la spinta alla massimizzazione del profitto a ogni costo non trovano strumenti di autocorrezione, né sono ricondotte alla solidarietà sociale e allo sviluppo sostenibile dalla sopravvenuta, ma tardiva, consapevolezza dei decisori sovranazionali. La tecnica può essere nel nuovo millennio una potente leva di innovazione volta alla libertà e all'eguaglianza, ma non se sottratta al comando politico di riferimento.

Superare il mito dell'autosufficienza della tecnica è il filo rosso che lega la riflessione da me condotta da punti di vista diversi nei saggi qui raccolti. Una riflessione che assume a premessa un comune fondamento: la stru-

mentalità della tecnica verso lo sviluppo della persona umana e l'esercizio di diritti e libertà.

È immediatamente chiaro il rischio che si corre lasciando l'innovazione tecnologica in una prospettiva puramente mercantile. Nelle riflessioni sull'accesso a Internet e sulla *net neutrality* verifico in base a un'analisi casistica che l'assenza di eteronomia ha affidato la qualità e la quantità della capacità trasmissiva alla negoziazione *iure privatorum* tra gli imprenditori che vendono l'accesso e quelli che forniscono i contenuti. In questo caso il diritto di accesso a Internet è stato trattato alla stregua di un diritto dominicale, e non come un diritto sociale, preordinato all'esercizio di libertà e diritti fondamentali, che come tale invece andrebbe sottratto alla disponibilità tra privati.

Nessuno può dismettere il proprio diritto di accesso a Internet, che è strumento essenziale per la manifestazione del pensiero, per la comunicazione, per la fruizione di servizi pubblici essenziali, non più di quanto possa dismettere quelle stesse libertà.

Un'eccessiva timidezza del legislatore, nazionale e anche comunitario, nel regolare la *net neutrality* potrebbe sembrare di interesse per i soli addetti ai lavori. Ma così non è, perché la neutralità più o meno garantita della rete incide sulla qualità e sulla velocità di trasmissione dei contenuti in rete. Basta questo a rendere evidente che si tocca la chiave di volta del sistema costituzionale fornita dall'art. 21 come diritto a informare ed essere informati. Se il tempo e la qualità dei contenuti dipendono dalla capacità di spesa di chi li fornisce, chi li riceve non potrà valutarli come se fossero tutti sullo stesso piano, perché sarà portato ad apprezzare di più quelli che riceve tecnicamente meglio e ad apprezzare meno quelli che gli perverranno più lentamente o con qualità inferiore. Chi preferirebbe vedere un film a una risoluzione peggiore di quella massima tecnicamente possibile? Più in generale, chi vorrebbe ricevere e inviare più lentamente la posta elettronica, o impiegare un tempo più lungo per una ricerca *online*, o subire interruzioni e pause in una videoconferenza di lavoro, o fruire di un servizio di *e-health* rallentato o qualitativamente insoddisfacente?

Se dunque è vero che la rete può essere strumento di innovazione volta all'eguaglianza, è anche vero che la stessa senza un quadro di regole appropriate può al contrario consentire ai poteri forti, pubblici o privati, di diventare ancora più forti o di rendere alcuni più uguali di altri. Ogni ragionamento sulle regole di Internet è in ultima istanza un discorso sulla uguaglianza, non meno di quanto lo siano state le lotte per affermare i diritti e le libertà agli inizi del costituzionalismo moderno. Internet potrebbe

moltiplicare simmetrie o accentuare asimmetrie dipendendo il suo esito dalla vocazione prescelta al cui servizio poniamo il progresso tecnico; e siccome la rete è velocità e cambiamento incessante, essa potrebbe accorciare distanze tra territori e genti con una rapidità sconosciuta alla concretezza della realtà materiale, ma anche allontanare e condannare all'esclusione interi popoli in un battere d'ali.

Lo stretto rapporto della rete con lo sviluppo della persona viene colto con particolare chiarezza nella prospettiva della *privacy*. Ciascuno di noi vive oggi in un mondo incommensurabilmente più vasto di quello che ci era familiare ancora pochi anni addietro. Posta elettronica, messaggistica, videoconferenze, *chatrooms*, *social networks* moltiplicano all'infinito la nostra presenza e la nostra capacità di comunicare in modo istantaneo in ogni dove. L'identità della persona fisica, che un tempo avremmo definito come un dato per ciascuno inoppugnabilmente certo, si stempera e si moltiplica all'infinito attraverso i dati che noi stessi mettiamo in rete nel comunicare. Ma questa esaltazione della persona resa possibile dalla rete ha aperto la via a forme inedite e fin qui impossibili di controllo di massa. Vicende come la pesca a strascico avviata dalla *National Security Agency* negli Stati Uniti hanno dimostrato che siamo tutti potenzialmente controllati a distanza, a prescindere dall'essere o meno in odore di terrorismo. Un occhio vigile che ci segue fino nella nostra intimità ha eroso i limiti che avremmo un tempo ritenuto invalicabili di una *privacy* di ottocentesca memoria, esposta a intrusioni generalizzate. Le ripetute e massive aggressioni alla *privacy* chiedono che la rete sia attratta al principio di legalità, ma rimane ancora da capire cosa questo possa significare nella realtà di Internet. Una domanda è già evidente: dinanzi ad aggressioni di massa e permanenti nel tempo è ancora efficace una difesa della riservatezza che si esaurisce nella raccolta di un consenso, spesso inconsapevole e di fatto coartato, ceduto in cambio di servizi di cui non riusciamo a fare a meno? Oppure la *privacy*, ma più in generale ogni libertà fondamentale, col mutare del suo terreno di gioco richiede, se non un radicale cambiamento, almeno un ragionevole ripensamento dello *status* di garanzie che la assistono *off line*?

Una conferma è da ultimo offerta dal fenomeno dei *Big Data*, generato dalla crescita e dall'evoluzione dei giganti della rete, che offrono servizi molteplici, integrati e complementari, tali da consentire una vasta raccolta di dati da un grandissimo numero di utenti. Si tratta dunque di collezioni massive, per oggetto e destinatari, di dati anonimi utilizzati per fini non prevedibili al momento in cui gli stessi sono aggregati.

Se il fenomeno è lasciato alla libera determinazione dei soggetti che operano la raccolta, esso viene sfruttato per profilarci, ad esempio in modo da inviare pubblicità elettorali o commerciali presuntivamente conformi ai nostri orientamenti o inclinazioni di voto. In tal modo le nostre libertà rispettivamente politiche ed economiche saranno solo apparenti perché le nostre scelte saranno state influenzate a monte e a nostra insaputa. Il nostro tempo, che solo di recente ha liquidato gli arcaici privilegi dei diritti di esclusiva e di privativa, è minacciato da nuovi monopoli, più pericolosi delle vecchie dominanze per l'uguaglianza dei cittadini e delle imprese, monopoli questi, che si caratterizzano per il fatto che la situazione di vantaggio dell'*incumbent* è costruita sull'appropriazione indebita di confuse masse di dati altrui capaci di generare ricchezza all'infinito. Questi monopoli tecnologici saranno difficilmente contendibili dai nuovi operatori, sia perché essi sono destinati a durare nel tempo in quanto i dati li alimentano in via continuativa a differenza dei tradizionali monopoli naturali, tendenti a esaurirsi con l'estinzione della risorsa, e sia in ragione del fatto che le *new entries* sono scoraggiate dall'entrare perché sprovviste dei dati, *asset* essenziale all'industria *data driven* non diversamente da quanto lo è stata la rete fissa per le imprese di telecomunicazione con l'esito ultimo per l'utente consumatore di non ricavare comunque alcun vantaggio dalla espropriazione occulta dei propri dati in un mercato non regolato e meno concorrenziale.

Invece, una regolazione dei *Big Data* minimale ma orientata all'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale tra gli operatori e tra i cittadini utenti non consentirà a questi ultimi di impedire le raccolte a strascico, ma li metterà in condizione di conoscere in anticipo il funzionamento dell'algoritmo che da quei dati trarrà previsioni comportamentali che li riguardano. Al tempo stesso, potrà essere posta una regola sulla responsabilità di chi quella previsione compie nel caso in cui dovesse risultare erronea. Sul versante economico – e qui non posso che anticipare in breve riflessioni che esporrò compiutamente in un mio successivo lavoro – se le Autorità antitrust, nazionali ed Europea, iniziassero – diversamente da quanto oggi accade – a considerare i dati come un mercato nuovo e autonomo, sarebbe possibile individuare comportamenti distorsivi del mercato unitamente a una sanzione volta a imporre agli operatori che abusano la condivisione dei dati a favore dei soggetti ai quali sono stati preclusi.

L'esempio dei *Big Data* è rilevante non solo perché ci dice quanto sia necessario regolare un settore oggi in preda all'anarchia, ma anche perché

è la prova che le vecchie categorie giuridiche si sbriciolano. Il concetto di privacy non può più essere tradotto, come un tempo, nel consenso anticipato e consapevole sul fine specifico, reso impossibile dall'anonimato al momento della raccolta e dalla conseguente impossibilità di individuare e quindi di comunicare quel fine nel momento in cui la stessa viene effettuata. Si deve dunque passare al controllo sul funzionamento dell'algoritmo di previsione e sulla correttezza dell'esito da esso prodotto. Mentre sul versante delle imprese i paradigmi del diritto antitrust dovranno fare i conti con il nuovo mercato dei dati, le nuove sanzioni comportamentali di messa a disposizione dei dati a favore di imprenditori terzi e la necessaria collaborazione tra le autorità di protezione dei dati e quelle antitrust.

Dall'insieme delle considerazioni svolte vengono alcuni interrogativi su due temi, centrali prima dell'avvento di Internet, ma oggi da ripensare.

Il primo, la RAI: c'è ancora spazio per una *mission* di servizio pubblico della RAI nel mondo di Internet? E, in caso di risposta affermativa, perché allora questa parte qualificante del nuovo volto della RAI è stata quasi dimenticata dal legislatore della riforma? Forse era proprio da Internet che si doveva partire per ridisegnare l'obbligo di servizio pubblico audiovisivo?

Il secondo, il *copyright*, che la nostra Autorità per le garanzie delle comunicazioni si è ostinata regolare con parole nuove ma con una sensibilità giuridica *ante* Internet, senza peraltro osservare i principi cardine della nostra Costituzione, riserva di legge, gerarchia delle fonti e – non ultimo, come la Corte costituzionale ha ricordato – attribuzione espressa del potere regolativo. Possiamo ignorare che l'attributo di diritto a titolarità esclusiva del *copyright* fatalmente si indebolisce in ragione della cultura della condivisione della rete?

Un nuovo mondo, nuove regole, anche costituzionali. Un grande tema, che non si identifica né si esaurisce nel falso bisogno giuridico di aggiungere qualche parola su Internet nella Carta fondamentale italiana. Al regime costituzionale delle libertà digitali ho dedicato alcune riflessioni pubblicate in lingua inglese su una rivista americana, non prima di aver ragionato intorno al se inserire in Costituzione Internet o pensare a un suo *Bill of Rights*.

L'alternativa è la seguente: “la rete nella Costituzione” o “una Costituzione per la rete”? Il saggio *About the regulation of Internet: constitutional issues, models and challenges* mi auguro possa essere una risposta alla domanda, ovviamente non ho pretesa di assolutezza: è solo la mia ragionata risposta.

A oggi, la natura a-territoriale di internet non sottrae la rete al decisore politico maggioritario e detentore del potere nei singoli stati, nell'ambito dei quali si ripete l'eterno problema del rapporto tra individuo e autorità. Qui trova radice la scelta di costruire l'accesso come diritto fondamentale di nuovo conio, premessa per l'effettività in una declinazione moderna di libertà e diritti antichi e noti, ma radicalmente rinnovati dall'avanzamento tecnologico; da qui, ancora, viene la scelta della *net neutrality*, come strumento che meglio di qualsiasi altro più rendere effettiva la spinta alla realizzazione di obiettivi di eguaglianza sostanziale, di parità per tutti nei punti di partenza; da qui, infine, viene la scelta di privilegiare il modello della regolazione per mezzo di autorità indipendenti, a tutela della libertà della rete e nella rete.

Un modello generale costruito su tre scelte di fondo che hanno in comune una premessa: che la capacità espansiva di diritti e libertà sia un fattore positivo nella vita dei popoli, perché offre linfa vitale alla democrazia e contribuisce così decisamente alla crescita economica, sociale, politica delle comunità.

Dobbiamo però fare due considerazioni. La prima è che la capacità espansiva ora menzionata può essere ritenuta non già un fattore positivo, ma al contrario un pericolo dagli stati che non sono retti da regimi – al di là delle definizioni formali – genuinamente democratici. *Freedom of the Net 2017* registra crescenti limitazioni alla libertà della rete in un crescente numero di stati. La libertà della rete e nella rete può essere percepita come un punto di potenziale attacco a valori che si assumono fondanti, strumento di creazione di dissenso e contestazioni avverso l'autorità costituita. Un attacco che può venire dall'interno dello stato, ad esempio favorendo l'autoconvocazione di manifestazioni o la formazione spontanea di correnti di opinione pubblica di critica al potere. Ma che può venire anche dall'esterno, grazie alla a-territorialità che è connotazione fondativa della rete, con l'accesso – che non sarebbe diversamente consentito – a notizie, dati, dibattiti, confronti avvertiti come potenzialmente eversivi.

Mentre l'innovazione tecnologica crea la rete, ne permette anche la censura, lasciando questo strumento nella disponibilità di chi detiene il potere politico. La rete vive nella comunicazione, ed è dunque in questa che si attuano le forme moderne della censura, che possono essere mirate alla preclusione di specifici contenuti, al divieto di accesso a singoli siti web, fino alla chiusura della rete come tale. E certo non è un caso che la rete sia spesso, con la chiusura, la prima vittima di tensioni sociali e politiche che

regimi non democratici avvertono come un pericolo per la propria sopravvivenza. La storia recente ne offre esempi molteplici.

La seconda considerazione è che uscendo dall'adolescenza e giungendo alla maturità la rete mostra un lato oscuro, che anche nei regimi democratici sostiene orientamenti favorevoli al controllo e alla possibile imposizione di limiti. La pervasività della rete in ogni aspetto della vita associata, che è strumento essenziale della sua capacità espansiva di diritti e libertà, è al tempo stesso occasione del moltiplicarsi di attività criminose in forme fin qui ignote o impossibili. Basti pensare alla posta elettronica come possibile veicolo di intrusioni nella nostra privacy volte a carpire per fini criminosi dati personali sensibili, o ai *social* come esposizione volontaria e nondimeno pericolosa di quegli stessi dati. La tematica dei *Big Data*, cui si è fatto riferimento, moltiplica i rischi in misura esponenziale.

Una prova quanto all'uso illecito della rete è dato dalla esperienza recente del condizionamento di diritti fondativi della democrazia, come il diritto di voto. La polemica sull'ultima elezione del presidente degli Stati Uniti, o sulla vendita massiva di dati da Facebook a *Cambridge Analytica* ne sono esempio. E va detto che probabilmente sono noti solo i casi in cui il disegno criminoso ha registrato un almeno parziale fallimento, non potendosi escludere che ve ne siano altri sottratti alla conoscenza per il mantenimento del segreto.

Ma è soprattutto a internet come strumento della paura che si appunta da ultimo l'attenzione. Non sfugge che la rete può essere posta al servizio del terrorismo di ultima generazione, che la usa come mezzo potente di diffusione della propria propaganda, sfruttandone in pieno la a-territorialità e pervasività. La forma più pericolosa – il terrorismo pulviscolare del cane sciolto, che potrebbe essere il vicino di cui nessuno sospetta – è facilitata proprio da internet, che consente la radicalizzazione e l'indottrinamento al di fuori di forme organizzate esposte ai tradizionali metodi di indagine. Il terrorista isolato, che apprende in rete come e dove colpire, può rimanere praticamente invisibile fino al giorno dell'attentato, ed è per questo difficile da prevenire. Nasce così la spinta a considerare il controllo pervasivo della rete come unico mezzo per assicurare una prevenzione efficace.

Possiamo dire conclusivamente che laddove crescono diritti e libertà crescono parallelamente le spinte a limitarne la titolarità o l'esercizio. Il punto di equilibrio è sempre storicamente determinato e inevitabilmente mutevole. È cruciale, almeno in un regime democratico, che la scelta sul dove quel punto debba cadere sia assunta in una sede rappresentativa da

un soggetto politicamente responsabile. Di certo, non potrebbe essere appropriatamente delegata a un soggetto non rappresentativo e politicamente irresponsabile come una autorità indipendente, che deve invece trovare una adeguata cornice di norme generali poste dal legislatore. Il compito del giurista è fornire le opportune coordinate, ed è un compito cui non si può sottrarre in vista dell'intreccio oggi indissolubile tra democrazia e rete.

Questa raccolta di scritti è pensata anche per i miei studenti, e a loro dedicata. I giovani di oggi vivono internet come parte necessaria della quotidianità, e la vedono come strumento di una libertà piena di conoscere e comunicare. Per questo è importante che acquisiscano invece consapevolezza che la tensione tra individuo e autorità, tra libertà e potere, è immanente, e può essere solo dissimulata e occultata, mai cancellata. Lo studio del diritto serve appunto a dare consapevolezza di quella tensione, attraverso gli strumenti di una conoscenza raffinata che consenta di ravvisarne i contorni e i contenuti, e di capire dove e come il potere si colloca ed effettivamente si esercita. Per questo, lo studio del diritto non è volto all'apprendimento mnemonico di regole formali, ma alla formazione di coscienze capaci di concorrere allo sviluppo della democrazia e alla piena crescita della persona umana che è tra i dettati fondamentali della nostra Costituzione.

Capitolo 1

*About the regulation of Internet: constitutional issues, models and challenges**

SUMMARY: 1. Key questions. – 2. Is a constitutional source to the Internet necessary? – 3. The guarantees of modern constitutionalism instead of the constitutional source. – 4. Which is the best regulation of the Internet? – 4.1. Net neutrality in the light of the models of regulation. – 5. The experience of the Italian Boldrini Committee: a new approach. – 6. Its content. – 7. The value. – 8. Conclusion.

1. *Key questions*

My aim is to explore the basic question concerning the sources of the rules designed to regulate the Internet. Preliminarily, the focus will be concentrated on the necessity to constitutionalize the Internet. Then the regulation which best suits the net will be identified; this question implies

* This essay draws its inspiration from the speech I have given at the International Congress “Ethics in Innovation”, held in Munich on June 26-27th, 2017, organized by Max Planck Institute for Innovation and Competition and World Forum for Ethics in Business. I thank prof. Josef Drexl, director of Max Planck, who has kindly allowed me to publish this essay separately while the conference proceedings are forthcoming in a volume of the Oxford University Press. Therefore, the footnotes are compiled with the citation system of the *Bluebook*.

I wish to point out that I will express here only my personal views and opinions. Therefore, what I will say should not be considered an official assessment of the Committee’s work.

Il saggio è stato già pubblicato in <http://www.osservatoriosullefonti>.

per se the rejection of the US thesis according to which Internet should remain the reign of regulatory anarchy¹. Finally, a detailed alternative regulation to the constitutionalizing of the Internet will be offered: namely a supranational “Bill of Rights” for the Internet.

In this perspective I will analyse the Italian experience of the Boldrini Committee in order to assess if its proposal, the Declaration of Internet Rights, can constitute a regulatory framework covering both aims of equality and legality, as conditions for the exercise of fundamental rights in the Net.

The proposal of a Bill prompts further questions: which legislative body should write this Bill? What should the relationship be between binding rules and the policies of self-regulation? What kind of content would be appropriate or necessary for the Bill? Should the Bill give greater weight to fundamental rights than to economic interests? Which value could be assigned to the Bill?

To answer these questions, I will not simply tackle a single freedom concerning netizens. This article’s analysis will instead focus on the basic need that fundamental rights, normally protected by national constitutions, should receive universal protection regardless of territorial boundaries, in accordance with the a-territorial nature of the Internet. Therefore, rather than focusing on specific rights, whether they be freedom of expression, communication, or the right to access the Internet², this article intends to propose the essentials of a statute for fundamental rights, one that is sufficiently general to encompass every freedom, regardless of its specific features. This statute should also be supranational so that every freedom is consistently protected regardless of the variances in national legal systems. This would also ensure equality of treatment.

The above questions refer to the necessity of general regulations that extend beyond both national boundaries and the sectional interests prevailing in any given moment. A comprehensive view of the possible answers will support the assertion that all technical issues concerning the Internet cannot be left to the invisible hand of a market-oriented technologi-

¹J. PERRY BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, <https://www EFF.org/de/cyberspace-independence>.

²Let me allow to refer to G. DE MINICO, ‘New Social Rights and Internet: Which Policies Combine Them’, (2013) 15 *Inter. Comm. L. Rev.* 261. For a wide overview on specific rights, see M. BOARDMAN, ‘Digital Copyright Protection and Graduated Response: A Global Perspective’, (2011) 33 *Loy. L.A. Int’ L & Comp. L. Rev.* 223, 235-243.

cal development, rather, it should be goal-oriented towards achieving a common good. Should this happen, the Internet would finally be a unique and effective opportunity for everyone to pursue personal growth and participation in the virtual political process. Such an outcome, however, can only be ensured through clear choices made by policymakers and netizens. If this outcome has already occurred or is going to happen, we can't anticipate now but we will look at it later.

2. Is a constitutional source to the Internet necessary?

Moving on to the first issue, we will delve here into the matter of whether the Internet should be regulated at the constitutional level, considering that most national Constitutions do not mention the Internet at all. There are few exceptions, for instance the Constitutions of Greece and Ecuador.

As a starting point, two Constitutions – namely the Italian and American ones – will be discussed, as they already entail norms protecting traditional media – radio, television, and newspapers – yet at the same time lack specific rules for online media such as Internet blogs and social network websites³.

More specifically, art. 15 and 21 of the Italian Constitution (freedom of communication and speech, respectively) do not refer to the Internet at all. This is easily explained considering that the constitutional formulas have remained unchanged since 1948. Recently, there has been considerable debate among scholars⁴ and decision makers about the necessity of introducing new *ad hoc* constitutional provisions⁵.

³ Only two Constitutions dealt with new media through explicit provisions, see 2008 Syntagma [SYN.][Constitution] 5a, co. 2 (Greece) and Constitucion de República del Ecuador [C.R.] art. 16.

⁴ S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti e quali vincoli* [The word in the net. What rights and what constraints] (Bari: Editori Laterza, 2014).

⁵ See for what concerns the Leg. VXII the “disegno di legge costituzionale, A.S. 1317, 17/2/2014, modifica all'articolo 21 della Costituzione, <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/43981.htm> [hereinafter Project of constitutional law 1317/2014] and also the “disegno di legge costituzionale, A.S. 1561, 10/7/2014, introduzione dell'articolo 34

It can be argued against the thesis of a formal revision that any new formula would be focused on the existing technology, and could not easily cover the inevitable and unforeseeable future developments.

This would expose any constitutional innovation to the risk of premature obsolescence: a detailed provision might be adequate today, but useless, or even harmful, tomorrow. It should be further noted that the real focus of Internet regulation is found – as it will be explained more extensively later – in the identification of a supranational rule-maker. A national Constitution, applicable within the territory of a single State, might be an obstacle in the broader perspective of a discipline that encompasses a number of States with different legislative histories, experiences, and economic and social interests. From this point of view, a specific and detailed provision might not be the right answer.

An alternative is found in a broad interpretation of the existing constitutional provisions, in order that they may be applied to the new virtual reality.

This approach would be made easier by the inherent flexibility of many Constitutional provisions. This is the case of art. 15 and 21 of the Italian Constitution, which grant protection to the above named media, but also refer respectively to “every other form of communication” (Art. 15) and “any other means of communication” (Art. 21).

A similar example is given by the First Amendment of the U.S. Constitution⁶. In fact, the Supreme Court has encompassed the defence of the Internet within the constitutional safeguards of freedom of speech, and no reform of the Amendment has been deemed necessary⁷.

To avoid any misunderstanding, it is important to clarify that the extension of the same constitutional protection to rights and liberties offline and

bis della Costituzione, <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44665.htm> [hereinafter Project of constitutional law 1561/2014]. In doctrine see: O. POLLICINO, ‘Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)’, <http://www.media.laws.eu/esame-in-sede-referente-dei-ddl-1317-e-1561-diritto-di-accesso-ad-internet/> and G. DE MINICO, ‘A proposito dei disegni di legge di revisione costituzionale, A.S. 1561 e 1317, I Commissione del Senato, Leg. XVII, 10/3/2015’.

⁶On the elasticity of the text and the discretionary power Justice Harlan stated: “I do not see why Congress should not be able as well to exercise its ‘discretion’ by enacting statutes so as in effect to dilute equal protection and due process decisions of this Court.”, in *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 669 (1966). See also J. VARAT *et al.*, *Constitutional law: cases and materials*, (New York: Foundation Press, 14th ed., 2016) 1184.

⁷Supreme Court, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

online does not imply an automatic transfer of the offline discipline, as a whole, into the world of virtual reality. The extension considered here is limited to the basic constitutional guarantees of rights and liberties, while a different sub-constitutional regulation may remain to be provided for in detail.

Therefore, offline media regulations cannot as such be made applicable online. Should this happen, the Internet would lose its uniqueness. Furthermore, an unfettered Internet is essential to the circulation of ideas which is a basic instrument of economic and social growth. As a consequence, regulations should be kept at a minimum level, as we shall see later.

3. The guarantees of modern constitutionalism instead of the constitutional source

The heritage of constitutionalism provides two basic safeguards for fundamental offline rights, valid also for liberties online. To examine these measures we will use the Italian Constitution as a starting point to then discuss them at a supranational level.

In the Italian Constitution these measures consist in both the “riserva di legge”⁸ and the “riserva di giurisdizione”⁹.

A) The first, named the law clause, is a binding way of allocating regulatory work between primary and secondary rules, in force of which the Constitution entrusts in whole or in part the regulation concerning a given matter to the law adopted by Parliament.

As a consequence the Government will be enabled to adopt a more specific secondary regulation only after the legislator has enacted the general norms and steering guidelines, to which the secondary rule must conform.

⁸For the purpose of this essay, it will be sufficient to make reference to: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, (The constitutional system of the law sources) (Torino: Giappichelli, 1984) 84-87; also L. CARLASSARE, *I regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità* [The rules of the Government and the legality principle] (Padova: Cedam, 1966) 223 and E. CHELLI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale* [Regulation power and Constitutional structure] (Milano: Giuffrè, 1977) 50.

⁹To our purpose we just quote: V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, (Padova: Cedam, 1992), 176 ff.; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale* (Padova: Cedam, 2003), 176 ff. and F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, (Torino: Giappichelli, 1998).

Therefore, a preliminary necessity is to test the constitutional compatibility of the rules enacted by the legislator. This compatibility will depend on the completeness of the legislative discipline, which in turn will define the scope of the secondary rules.

In the matters concerning the copyright and Internet, the legislative Decree n. 44/2010¹⁰ doesn't seem to comply with this principle. In fact, the Decree says little about online copyright, leaving the regulatory onus on the competent Independent Authority (Authority for the Guarantee of Communications). In the absence of a specific legislative foundation¹¹, the Authority has assumed the power of closing websites or requiring that some contents be cancelled, following a summary assessment of their illicit nature¹². A strong doubt arises, because the Authority's decision is a secondary source, and therefore in virtue of the "law clause" is not allowed to introduce an original innovation in the legal system without an adequate foundation in a primary source.

Consequently, the compliance of the Legislative Decree 44/2010 with the law clause and the hierarchy principle was challenged before our Constitutional Court. Although the Supreme Judge, having adopted a formal judgment of inadmissibility, didn't define the merit of the issue, he did affirm a very important principle useful to my aim, namely that: "Occorre preliminarmente osservare che le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"¹³. [Preliminari-

¹⁰ See the Legislative Decree, March 15th, 2010, n. 44, at G.U. 29 March 2010, n. 73.

¹¹ In more general terms for what concerns the specific title of regulatory power entrusted to the Independent Authorities see: P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Osservatorio sulle fonti. 2003-2004 (Torino: Giappichelli, 2005); M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione* (Milano: Giuffrè, 1994), 61; G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso* (Torino: Giappichelli, 2005), in part. cap. 1; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei* (Milano: Giuffrè, 2012); F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, (Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2011); R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, (Torino: Giappichelli, 2012), *passim*.

¹² *Deliberation n. 680/13/CONS*, <http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=12228>.

¹³ See: Constitutional Court, *Decision n. 247/2015*, <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>, in part. Cons. 4.2. For an in-depth analysis of the case before the Constitutional Court see: M. AVVISATI, 'Diritto d'autore in rete e Costituzione: concerto tra le

ly it must be noted that the challenged norms do not explicitly give to the AGCOM a regulatory power concerning the topic of copyright on the electronic communications network]”. From my point of view¹⁴, the Court’s statement would not in principle exclude that the lack of lawful basis of the Authority’s regulatory power could determine the invalidation by the hand of the administrative judge of the Deliberation 680 for breach of the law clause. However, it must be noted that recently the administrative Judge has deemed this Deliberation valid despite the lack of a legal basis¹⁵.

At the supra-national level – including both the Court of Justice and the European Court of Human Rights, whose understanding of the rule of law doesn’t entirely overlap¹⁶ – the “rule of law”¹⁷ concept corresponds to the

fonti?’, *Osservatorio sulle Fonti*, (2014), 3. For a lively debate among scholars on the Court’s decision one can listen to the program “*Presi per il web*”, on Radio Radicale, at 19.30, on December 6th, 2015, with interventions of I. ADINOLFI, G. DE MINICO, A. GAMBINO, M. OROFINO and O. POLLICINO.

¹⁴Scholars have drawn opposite conclusions from the ruling of the decision. For some of them, the Court would have held, by way of an *obiter dictum*, that the norms under review were not attributing to the Authority a regulatory power on the subject matter. Hence the Administrative Tribunal could have annulled the regulation because of the lack by the Authority of the necessary power. On this point see: G. DE MINICO, ‘Diritto di accesso e copyright: la parola va al Tar’, *Il Sole 24 Ore*, 6th December 2015; A. GAMBINO, ‘Regolamento Agcom, diritto d’autore e Corte costituzionale’, <https://www.dimt.it/index.php/it/dirittoautoreinrete/14462-24regolamento-agcom-diritto-d-autore-e-corte-costituzionale-prof-gambino-ministro-franceschini-prenda-iniziativa-su-web-e-copyright>, on December 8th, 2015 and F. SARZANA, ‘Corte Costituzionale ed AGCOM: inammissibile la richiesta del TAR, ma l’AGCOM non ha poteri regolamentari sul diritto d’autore’, *Nòva Il Sole 24 Ore*, on December 4th, 2015.

Others believe on the contrary that the Court would have found a basis for the regulatory power of the Authority by means of a systematic interpretation of the provisions: O. POLLICINO-M. BASSINI, *Le parole contano*, ovvero “tanto rumore per nulla”. *Sulla (prevista) inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della base giuridica del Regolamento AGCOM #ddaonline*, *MediaLaws*, on December 4th, 2015, <http://www.medialaws.eu/le-parole-contano-ovvero-tanto-rumore-per-nulla-sulla-prevista-inammissibilita-della-questione-di-legittimita-costituzionale-della-base-giuridica-del-regolament/>.

¹⁵Tar Lazio (Administrative Tribunal Lazio), Decision. n. 04101/2017, at <https://www.civile.it/internet/visual.php?num=93668>.

¹⁶On the well known different opinions of the two judges see: R. LAWSON, ‘Confusion and conflict? Diverging interpretation of the ECHR in Strasbourg and Luxembourg?’, in R. LAWSON-M. DE BLOIJS (eds), *The Dynamics of the protection of human rights in Europe: essays in Honour of Henry G. Schermers* (Netherlands: Kluwer, 1994); P. VAN DIJK-GJK

Italian law clause, albeit with some differences. In the perspective of the rule of law the secondary normative sources of EU law are usually allowed a much wider discretionary power in comparison with the room acknowledged to the Italian secondary sources. Consequently, the decisions from a public authority (containing general and abstract provisions) are allowed to intervene, and not only the Assembly's legislative acts¹⁸.

Therefore, at the supra-national level the form of the normative act (whether parliamentary or governmental) is not as important as "how" the act is expressed. It is requested to be at least "adequately accessible"¹⁹ and "formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct"²⁰.

In addition to the first limit, the previous legislative intervention, the rule of law entails further substantial limits to the policymaker: namely the parameters of necessity and proportionality. The respect of both these criteria doesn't constitute an incontrovertible issue with certain and objective outcomes; instead the binding contents of the above criteria depend on the

VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on human rights* (Netherlands: Kluwer, 3rd ed., 1998) 21; A. ROSAS 'The European Cour of Justice in context: forms and patterns of Judicial dialogue', (2007) 1 *EJLS* 2.

¹⁷The literature concerning the "rule of law" is unlimited. For present comparative purposes, it is sufficient to refer to scholarly contributions based on recent case law developments; with regard to the European Charter of Fundamental rights see, among others: F. FABBRINI, *Fundamental rights in Europe: challenges and transformations in comparative perspective* (Oxford: Oxford University Press, 2014); D. CHALMERS *et al.*, *European Union law: Text and materials*, (Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed. 2014) 256-58; S. PEERS, 'Taking Rights away? Derogations and limitations', in S. PEERS-A.WARD (eds.), *The EU Charter of fundamental rights: politics, law and policy* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004), 141 ss. and D. TRIANTAFYLLOU, 'The European charter of fundamental rights and the "rule of law": restriction in fundamental rights by reference', (2002) 39 *Com. Mark. L. Rev.* 53.

As for the European Convention on Human Rights see: D. HARRIS *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2009) 345-349 and W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2015) 402 ff.

¹⁸Silver, 5 Eur H.R. Rep. at 372. *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 271(47) (1979). For a wide case law survey of the Court of Justice referring to the content of the "provide for by law" requirement (art. 52, par. 1, CH) see: S. PEERS-A. WARD. (eds), *The EU charter of fundamental rights*, quoted.

¹⁹See: ECHR, *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur H.R. Rep. 372 (87) (1980).

²⁰See: ECHR, *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 245, 271 (49) (1980).

margin of discretionary appreciation of the European judge²¹.

The second limit (necessity) is a one-way approach, requiring the sacrifice of a right to be accepted only if it cannot be avoided. Conversely, the sacrifice cannot be accepted if an alternative in which that same right remains uncompromised is viable²².

To clearly explain what the necessity consists of we can refer to a famous Court of Justice Decision, known as Digital Rights Ireland²³, which invalidated the entire Directive 2006/24 on Data retention. In order to prevent terrorism, the Directive allowed a massive collection of data of all persons using electronic communications services, including those persons who were not, even indirectly, in a situation liable to give rise to criminal prosecutions.

The judge gave a clear-cut answer. While acknowledging the demand of public security and the necessity of modern investigation techniques, the Court affirmed that “such an objective of general interest, however fundamental it may be, does not, in itself, justify a retention measure such as that established by Directive 2006/24 being considered to be necessary for the purpose of that fight” (Consid. 51).

It is not without significance that in the reasoning of the Supreme Court the principle of necessity is mentioned 35 times and that its infringement, together with the breach of proportionality, led to the Directive’s invalidation.

The third limit, proportionality, is the real test for the reasonableness of any legal provision. Costs and benefits must be assessed in order to check that a proper balance has been found between the interests embodied in

²¹ On this issue, see, with further references: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Cambridge: Intersentia, 2002) and A. LEGG, *The margin of appreciation doctrine in international human rights law: deference and proportionality* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

²² The distinction between the necessity and the proportionality principles is easy to be drawn at the conceptual level, but it gives rise to difficulties in practice, also because “the case law often makes no clear attempt to separate them”, see: S. PEERS-A. WARD (eds), *The EU charter of fundamental rights*, quoted, 1480.

²³ Court of Justice (Grand Chamber), 8 April 2014, in C-293/12 and C-594/12, at <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0293&lang1=it&type=TEXT&ancre=>. Interesting reflections on this issue can be found in O. LYNSKEY, *The foundations of EU data protection law*, (Oxford: Oxford University Press, 2015) 65.

the protected rights and those on which the legislative restriction is founded. The goal is to prevent limitations to those which do not grant any significant and corresponding advantage to the competing interests²⁴.

An example of regulation which does not comply with the aforesaid principles may be found in the French Law Hadopi 2²⁵, which prevents internet users who visit websites suspected to infringe copyright laws from accessing the net. The law fails on at least three different grounds. Firstly, it balances heterogeneous values: a fundamental right (to access the net)

²⁴Court of Justice, Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) v Netlog NV* (16 February 2012), para. 51, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0360&from=EN>.

For a specific reference to data retention and electronic communications see the above quoted Court of Justice (Grand Chamber) (8 April 2014), in particular, the paragraphs n. 46, 69 e 70, in which the Court recalls its previous decisions and finds in the violation of proportionality one of the conclusive reasons for the invalidity of Data Retention Directive (2002/58).

Just some scholars: T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law* (Oxford: Oxford European Union Law Library, 2007), chapters 3-5. This principle shouldn't be confused with the limit concerning the "essential core" of the fundamental rights. This road map requires the legislator to respect the untouchable core of the right as his first duty. Only after having complied with it, the legislator would be able to shrink the residual part of the liberties in coherence with the proportionality mandates. As noted by P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: law, politics, and treaty reform* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 224, the Court has often merged the doctrine of proportionality with that of the "essential core".

²⁵This version completes Hadopi1 Law n. 2009-1311, on October 28th, 2009 concerning the penal protection of literary and artistic property on the internet *Loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet* (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>), by substituting Hadopi (the independent authority created by Hadopi 1) with the judge, who has the power to sanction Internet users. This change of authority was imposed by the Conseil Constitutionnel (2009-580 DC, 10 June 2009, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>) in that: "eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins". ["seeing the nature of liberty guaranteed by article 11 of the 1789 Declaration, the legislator could not, regardless of the guarantees framing the sanctionary decisions, give these powers to an administrative authority to protect the rights of copyright owners and related rights." *My translation*].

vs. an economic interest (copyright). Secondly, it charges the former (the fundamental right) with excessive and disproportionate bounds. Finally, the restrictions applied were not proved to be necessary.

Indeed, also this new version of Hadopi is unsatisfactory because of its non-compliance with the recalled principles, even if its excessive and disproportionate sanctions are now not inflicted by an Independent Authority but by a judge.

B) Turning now to the second constitutional safeguard we find the jurisdictional clause – known in the Italian doctrine as “riserva di giurisdizione”²⁶ – which is an expression of the principle of divided powers²⁷, which entrusts the power of judicial review solely upon the judiciary.

It means that limitations of constitutional rights and liberties require an authoritative act adopted by an independent judge deciding according to a due process of law²⁸.

The jurisdictional clause is present also at the international level. In the European Court of Human Rights’ decisions, for instance, it is found in the weaker form of due process²⁹. In fact the European Convention on Human Rights (especially, Articles. 5-6) does not require EU Member States to confer power, as detailed above, only to a judge, allowing that it be entrusted also to different authorities, provided that their decisions are based upon a fair hearing and an adequate motivation.

²⁶ For the references see note 10.

²⁷ This concept indicates a more or less rigid division of power between the Legislative, the Executive and the Judiciary aimed at the essential checks and balances required by democracy. For a supra-national analysis beyond specific States, see: C.MOELLERS, *The three branches: a comparative model of separation of powers* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 150.

²⁸ The constitutionality of the Italian Legislative Decree 44 /2010, above quoted, was challenged, not only for its alleged infringement of the law clause, but also upon the allegation that it did not comply with the “riserva di giurisdizione”. As we have said the Constitutional Court did not decide the case on the merits, so this controversial point is still open and could be represented before the Court in the future.

²⁹ The ECHR has developed its own substantive requirements for a “tribunal.” In particular, the body must have the power of decision; operate on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner; determine matters within its competence; motivate its decisions and be independent and impartial. See: M. KUIJERS, *The blindfold of lady justice: judicial independence and impartiality in light of the requirements of article 6 ECHR*, (Nijmegen: Wolf Legal Productions, 2004) 175.

We have illustrated the constitutional safeguards of liberties which cannot in any circumstance be sacrificed in either world, virtual or real. However, we wish to stress the point that the substantial equivalence of guarantees between rights off and online does not entail the automatic extension to the latter of specific regulations enacted for the former.

The basic principle that every regulation must be tailored to the specificity technicalities of the means was construed in the American experience. We have already referred to the well known decision *Reno v. ACLU*, in which the Justice Stevens delivered the Court's opinion, clearly acknowledging the Internet's "uniqueness" and its non-coincidence with traditional media, and calling for regulations independent from those intended for *broadcast*³⁰.

We think that we can draw from *Reno* one more basic assumption: it is necessary to draw for Internet a specific regulation to be in all cases maintained at a *minimum* level, because the net is an irreplaceable instrument for individual growth and the fostering of informative fluxes. This entitles it to protection against heavy authoritative intervention.

4. *Which is the best regulation of the Internet?*

I started my discourse by denying the need for a formal modification of the Constitutions in order to encompass the Internet. It may now be useful to take a further step in stating the necessity of an "Internet Bill of Rights"³¹. A conclusive and satisfactory answer cannot be found in the interpretation broad as it may be of some constitutional provisions written at a time when there was no awareness of this new reality.

³⁰Just to sum up: in that case the heart of the matter was represented by the transferability to the net of the content limitations enforced on television in protected time slots so as to safeguard juvenile public. Such limitations would result in an unjustified and disproportionate restriction of the right of adults to access the so-called hard content of the net. This is because the structure of the net does not lend itself to time-differentiated access, as it is the case with television. Therefore, the provisions of the Communications Decency Act 1996 banning patently offensive speeches (Lipschultz, 2008) on the net were deemed unconstitutional.

³¹Among the most significant voices, see: L. LESSIG, 'Reading the Constitution in Cyberspace', (1996) 45 *Emory L.J.* 3, 7-18.

The global situation does indeed urge a proper “Internet Bill of Rights”. In doing so, another question is then raised: who is the constituent power of the Internet? In other words: which Authority shall be legitimated³² to write the fundamental Charter of the Internet?

The hypothesis of one or more national States assuming such a role must be rejected because the a-territorial nature of the Internet would be incompatible with an Authority entrusted with powers constrained within State boundaries³³.

The features of the Internet require, as stated above, that only a supra-national legislator should be called upon to write its Constitution. Even so, one question remains open: should it rather be the community of Internet ‘surfers’ through self-regulation, or should such a legislator be an international body through an authoritative hard-law regulation?

A) In this former model a State leaves all initiative to private bodies, and gets involved only when self-regulation, although necessary, is missing. This form of self-regulation takes place within the limits of the freedom of negotiation. As long as no problem arises, the State does not directly intervene. Nevertheless, the fact itself that the public authority may act turns its absence into a potential presence, on the assumption that ‘if nothing is done State action will follow’³⁴.

This self-regulation model may be defined as “independent” from the law, since the law is entirely lacking, even as a minimal framework for the *inter partes* negotiation³⁵. It appears to be a historically regressive model³⁶. That is because private stakeholders, left by themselves, have shown time

³²R.W. RIJGERSBERG, *The State of Interdependence. Globalization, Internet and Constitutional Governance* (Hague: Asser Press, 2010) 49-68 and 213-30.

³³C. REED, *Making laws for cyberspace* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 30-34.

³⁴R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding Regulation*, (Oxford: Oxford University Press, 1999)126.

³⁵The name “independent” was a my intellectual creation launched in a my previous work – ‘A Hard Look at Self-Regulation in the UK’, (2006) 1 *EBLR*, 211 – in order to stress its to operate out of a legal framework like an use *prater legem*.

³⁶The example of financial markets can show that when objective values are at stake, such as the good name of single markets, the trust in a free trade economy and the safety of private savings, the English legislature did no longer rely on one-sided regulation. It deeply changed self regulatory models with the purpose of making public regulatory powers prevail.

and again that they pursue only egotistical interests³⁷. Therefore, the achievement of the common good depends on chance, whenever it happens to correspond with private interests and it has frequently proven to be unable to build the consensus necessary to condense and shape the common good in a supranational synthesis³⁸.

B) On the contrary, the latter model consists in a supranational and binding authority that could fall easily under the influence of strong national States, the interests of which only occasionally coincide with a broader common good. In brief, international organizations tend to reproduce, albeit on a smaller scale, the basic flaw of world politics; at best a system of interactions between autonomous nation-States may occur.

Therefore, I propose a median hypothesis coherent with the order which links binding sources and self-regulation. First, the legislative power should be vested in a public supranational authoritative body, based on legal and binding provisions, which also defines the nature and scope of its powers. Second, the decision-making process of such a body should encompass a strong representation of private interests concerning the Internet such as entrepreneurs, web surfers, and consumers. Opposing stakeholders should discuss basic issues before a public authority, which is able to make a final decision after the different views have been listened to and fully taken into account. The problems of standing and those concerning the choice of interests to be admitted to such a procedure have been extensively explored by the American doctrine, which could be a reference on this point³⁹.

We find a complex relationship between binding law and consensual law⁴⁰. A binding framework should be set defining the respective roles of

³⁷J. KAY-J. VICKERS, "Regulatory reform: an appraisal", in G. MAJONE (ed), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States* (London: Pinter, 1990) 239, where the authors underline that the private bodies "may claim that their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate".

³⁸See: G. TEUBNER, *Constitutional fragments. Social constitutionalism and globalization*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 66.

³⁹See, e.g., S.G. BREYER *et al.*, *Administrative law and regulatory policy* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 4th ed., 2017) 869-881; see M. SHAPIRO, 'APA: Past, Present, Future', (1986) 72 *VA. L. REV.* 447; see also R.J. PIERCE, JR., 'Rulemaking and the Administrative Procedure Act', (1996) 32 *TULSA L.J.* 185; and see B. SCHWARTZ, 'Adjudication and the Administrative Procedure Act', (1996) 32 *TULSA L.J.* 203.

⁴⁰G. DE MINICO, 'A hard look at self-regulation in the UK', quoted, 197-200.

law and self-regulation. Not only will the former have to give a foundation to the competence of the latter, but the law will also have to provide guidelines for the substantive regulation to be adopted, and to outline the structural features⁴¹ of the private regulator so that adequate representativeness and the democratic nature of its decision-making processes remain assured⁴². These restrictions are especially justified when self-regulation tends to bind a wider community than the one strictly represented by the self-regulator, i.e. whenever private self-regulation aims towards *erga omnes* effectiveness⁴³.

Conclusively, in a correct order, law comes first, self-regulation follows. If the order is inverted, the inherently secondary nature of self-regulation with respect to the law will be merely fictitious. Self-regulation will be applied as a fully source of law. Damages to the constitutional architecture will be inevitable.

Nevertheless, it may happen that the correct relationship between heteronomy and autonomy⁴⁴ may be found. But such an order does not seem to be wholly accepted in every State⁴⁵. From such an approach could follow the entrusting of the rules on fundamental freedoms on line to the economic powers operating on Internet, that is to say by an uncontrolled self-regulation by the “management of private interest”⁴⁶. This kind of

⁴¹L.B. SOLUM, ‘Models of Internet Governance’, in L.A. BYGRAVE-J. BING (eds.), *Internet governance* (Oxford: Oxford University Press, 2011) 61-69; S. BEATTIE, *Community, space and online censorship* (Burlington: Ashgate, 2009) chap. 5.

⁴²R.H. WEBER, *Shaping Internet governance: regulatory challenges* (Heidelberg: Springer, 2009) 105. Also: J. GOLDSMITH-T. WU, *Who controls the Internet?* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 17.

⁴³J. BLACK, *Constitutionalizing self-regulation*, quoted, 26.

With specific reference to the Internet topic see: J. CAVE, ‘Policy and regulatory requirements for a future internet’, in I. BROWN (ed) *Research Handbook on governance of the Internet* (Cheltenham: Edward Elgar, 2013) 161.

⁴⁴See C. MARSDEN, *Internet co-regulation*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 58.

⁴⁵For opposite approaches consult: G8 Summit, *G8 Declaration renewed commitment for freedom and democracy*, on May 26-27th, 2011, Deauville, France, at http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/uploads/deauville_declaration_final_-_eng_8b.pdf.

⁴⁶The expression belongs to W. STRECK-P.C. SCHMITTER, ‘Community, market, State and associations? The prospective contribution of interest governance to social order’, in W. STRECK-P.C. SCHMITTER (eds), *Private interest government* (London: Sage, 1985) 16.

outcome would expose the net to the danger of a neo-corporative and selfish involution, given the absence of a heteronomous guide towards the common good.

4.1. Net neutrality in the light of the models of regulation

The current *querelle* on how to regulate net neutrality offers a valid example of the antagonist approaches, examined above.

For present purposes suffice it to say that net neutrality is the duty imposed to the Internet service providers (ISPs) to allow the Internet content providers (ICPs) an undifferentiated use of the net in order to permit the netizens to select their digital services regardless of the bandwidth⁴⁷. Should the definition of such a conflict be entrusted to the ISPs, neutrality would soon disappear, since they would find it more convenient to diversify the bandwidth offer, according to the price which the purchaser is willing to pay. Therefore, a small blog, much less competitive than a big online publisher, would inevitably have to settle for a second-rate Internet, because the fast superhighway would have been occupied by the economically stronger and bandwidth-consuming operators. Thus, it is not by chance that the U.S. Federal Communication Commission⁴⁸ claimed jurisdiction in regulating net neutrality, against the request to allow rules discriminating access⁴⁹. The public regulator's claim revealed a concern that net neu-

⁴⁷ A clear and comprehensive definition of net neutrality has been delivered by the FEDERAL COMMUNICATION COMMISSION, *The Open Internet Report and Order*, D.C. 20554, December 2010, par. I, 2, at https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf. While for a recent synthesis see: C. CREECH, *Electronic media law and regulation*, 6th ed., (NY – London: Routledge, 2014) 351. Among the Italian Scholars who have been dedicating attention to the profile of the fundamental rights touched by net neutrality let me quote my recent essay: 'Net neutrality e le generazioni future' ['Net neutrality and the future generations'], in M.R. ALLEGRI-G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, [Access to the Internet among Constitutional principles and the European rules] (Roma: Aracne, 2017), 159-191.

⁴⁸ Hereinafter FCC.

⁴⁹ December 2010: FCC, *Report and order. Act to preserve Internet freedom and openness*, at http://braunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf. For the dissenting opinion: FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, at http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2012/db0822/FCC-12-92A3.pdf.

trality could be at risk, were its protections to be entrusted to market operators, only interested in the perspective of higher profits⁵⁰.

This system was distributed on two different levels of sources: at the top we found the binding rules posed by the FCC. Basically, these norms coincided in the prohibition to the Internet service providers to create a different access to the broad band according to the economic capabilities of the Internet service contents. To sum up: no degradation, no prioritization and no blocking were allowed in order to let both the incumbents and the new entries start at the same playing field.

The second level, occupied by the negotiations between ISPs and ICPs, presents significant derogations to the primary rules provided that these alterations are necessary, proportional and justified by a prevalent public interest – zero rating is one example – and always if this agreement gets the green light from the FCC. Therefore, the first season of net neutrality was characterized by a mixed combination of sources, whether binding or not, and by the *ex post* intervention of the authority, meant as a last resort to assure the defense of fundamental rights from the greed of the “Giants” of the Internet.

January 2014: *D.C. Circuit in Verizon v. FCC*, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014), at [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf), annulled FCC's order for reasons connected to the title of its regulatory power.

February-March 2015: FCC, *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, FCC-15-24, released on March 12, 2015, at https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf, where the FCC claimed her task to protect the net neutrality against discriminatory conducts of ISPs in virtue of a different title.

June 2016: the Court of Appeals, District of Columbia (*United States Telecom Association, et al. v. Federal Communications Commission and United States of America et al.*, No. 15-1063, June 14, 2016, at [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-1063-1619173.pdf)), stated the legitimacy of the previous FCC's order.

May 2017: the Court of Appeals, District of Columbia (*United States Telecom Association v. Federal Communications Commission and United States of America, et al.*, No. 15-1063, May 1, 2017, at [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/06F8BFD079A89E13852581130053C3F8/\\$file/15-1063-1673357.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/06F8BFD079A89E13852581130053C3F8/$file/15-1063-1673357.pdf)) reconfirmed the previous judgment.

⁵⁰ Among others, T. Wu, 'A FEMA-level fail': *The law professor who coined 'net neutrality' lashes out at the FCC's legal strategy*, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/01/14/a-fema-level-fail-the-law-professor-who-coined-net-neutrality-lashes-out-at-the-fccs-legal-strategy/>. The Obama Administration has taken a cautious stand: *Obama Backs Away From Net Neutrality Campaign Promises After FCC Vote*, <http://time.com/101794/obama-backs-away-from-net-neutrality-campaign-promises-after-fcc-vote/>.

I have used the past-tense because with President Trump, and consequently with the new body of the FCC, net neutrality has been rolling back⁵¹, but its repeal is just one small part of a massive, larger plan to eliminate nearly all meaningful federal and state oversight over some of the least-liked and least-competitive companies in America. To be clear: the net neutrality repeal itself is an awful policy because it ignores both competition regulation and consumer needs. In fact it eliminates a wide variety of consumer protections that prevent incumbent ISPs from abusing a lack of competition in the broadband market. Without these rules, ISPs will be able to engage in all forms of bad behavior, from paid prioritization deals that disadvantage smaller competitors, to imposing unnecessary usage caps that their content is allowed to bypass.

Ironically, the FCC order is named “acts to restore Internet Freedom” even if it is able to do everything except allow Internet to grow. This affirmation is justified in the light of two heavily linked situations: the fact that consumer protection will be depending on the economic interests of ISPs and the lack of preventive remedies in the hands of the FCC. Indeed, the latter can only move to protect consumers after a violation has happened and this action can only occur if it’s painfully clear that an ISP engaged in “unfair and deceptive” behavior, something that’s easy for an ISP to dodge in the net neutrality era, where anti-competitive behavior is often buried under faux-technical jargon and claims that it was done only for the health and safety of the network.

This illiberal order seems to be based on a wrong assumption: “[...] that the regulatory uncertainty created by utility-style Title II regulation has reduced Internet service provider (ISP) investment in networks, as

⁵¹FCC, *Acts to restore Internet freedom. Reverses Title II Framework, Increases Transparency to Protect Consumers, Spur Investment, Innovation, and Competition*, December 14th 2017, at http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2017/db1214/DOC-348261A1.pdf.

It must consider that on May 2017 the above act was anticipated by another one directed to repeal the FCC’s *Open Internet Order 2015* (*contra* see: V. Pickard, ‘It’s Not Too Late to Save Net Neutrality From a Captured FCC’, *TheNation.com*, 5/5/2017 at <https://www.thenation.com/article/its-not-too-late-to-save-net-neutrality-from-a-captured-fcc/>; *contra*, cfr. P. AGOSTIN, ‘Trump’s FCC chief is right to roll back net neutrality rule’, *TheHill.com*, 5/5/2017, at <http://thehill.com/blogs/pundits-blog/technology/332099-ajit-pais-fcc-is-right-to-roll-back-the-regulatory-overreach-of>).

well as hampered innovation, particularly among small ISPs serving rural consumers”⁵².

This premise has been only affirmed, not also demonstrated by the chairman. Therefore, the order is more the son of a precise dogma “deregulation is the panacea of all evil” than an outcome of an economic theory. No evidence of the fact that net neutrality would have stifled the investments has been given⁵³. Because of this faith in the unlimited salvific capacity of deregulation, the FCC has left the Internet in the unfettered hands of the Giants, free to behave as they prefer regardless of the well-being of the consumers or the competitive balance of the market, as stated in a recent letter signed by 21 writers⁵⁴.

The history of net neutrality reveals its nature: it is a “political issue”. As such it is susceptible to be the sample of both a self-regulation model encompassed in a legal framework – the reference is obviously to the net discipline enacted by the FCC in the age of Obama – and an example of dangerous deregulation steered by the new Trump administration. We are faced before antagonistic outcomes which depend on opposite political visions.

It is time to conclude our reflections on the sources: to reduce the risk of Internet’s selfish degradation, self-regulation cannot be taken as an exclusive source, or as a source acting independently of the law. Rather, it

⁵²FCC, *Acts to restore Internet freedom. Reverses Title II Framework, Increases Transparency to Protect Consumers, Spur Investment, Innovation, and Competition*, quoted above.

⁵³Chairman A. PAI, *Oral statement, Restoring Internet Freedom*, WC Docket No. 17-108, December 2017, at https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-344948A2.pdf.

⁵⁴*Internet Pioneers and Leaders Tell the FCC: You Don’t Understand How the Internet Works*, <https://pioneersforinternetneutrality.tumblr.com/>, in this letter has been argued that the FCC’s entire rationale for dismantling the net neutrality protections rests on a misunderstanding of how the internet actually operates: “It is important to understand that the FCC’s proposed Order is based on a flawed and factually inaccurate understanding of Internet technology. These flaws and inaccuracies were documented in detail in a 43-page-long joint comment signed by over 200 of the most prominent Internet pioneers and engineers and submitted to the FCC on July 17, 2017. Despite this comment, the FCC did not correct its misunderstandings, but instead premised the proposed Order on the very technical flaws the comment explained. The technically-incorrect proposed Order dismantles 15 years of targeted oversight from both Republican and Democratic FCC chairs, who understood the threats that Internet access providers could pose to open markets on the Internet”.

should be built as ancillary to political decisions and laws⁵⁵. Such a relationship is fit to ensure the construction of public policies, at the service of which self-regulation must place itself.

I want to reconfirm my proposed model as a suitable answer to the questions on rule-maker legitimacy as it would be based on formally legal provisions. It would also offer at least a partial answer to the doubts aroused by the possibility that the supranational body be captured by the interests of the stronger national States participating in its decisions. Such a risk is reduced by the fact that the private competing interests taking part in the decision may formally have a territorial or national identity, but this will not decisively affect their interests or policies.

5. *The experience of the Italian Boldrini Committee: a new approach*

On July 28th, 2014 the President of the Italian Chamber of Deputies, Laura Boldrini, opened the works of the Committee she had established to draw a Declaration of Internet Rights⁵⁶.

Preliminarily, one must note that neither the law nor the Regulation of the Chamber of Deputies gave to the President the power to nominate a Committee of study in a composition of both Deputies and experts. However, it was the exercise of a legitimate faculty aimed at soliciting from the decision-maker a future regulation of the Internet oriented towards the normative framework laid down in the Declaration⁵⁷.

⁵⁵N. KROES, *Introducing speech at Internet Governance Forum*, Nairobi, Kenya, on September 27th, 2011, at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/605&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁵⁶The whole documentation and official meetings of this Committee are found in the website of Chamber of Deputies: <http://www.camera.it/leg17/1179>.

⁵⁷See the speech given by the President L. Boldrini during the first meeting of the Committee on July 28th, 2014, http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/files/000/000/001/Resoconto_28_07_2014_def_initivo.pdf. “Certo, si tratterebbe di forme di regolamentazione diverse dal canonico modello normativo, costituito esclusivamente da regole e sanzioni; si tratterebbe invece, a mio avviso – ma è un aspetto su cui vorrei aprire un confronto – di favorire, alla luce delle ca-