

Per una tecnologia amica della Costituzione

Questi saggi esprimono l'intuizione che la tecnologia non sia neutrale per il suo intero ciclo di vita: i dati grezzi lo sono nell'istante in cui sono acquisiti dall'uomo, ma cessano di esserlo quando il decisore politico li legge e li soppesa in forza del mandato rappresentativo e in base al sistema valoriale da lui prescelto. Così mutato l'autore, non è escluso che si pervenga a una decisione opposta a quella iniziale perché fondata su valutazioni relative, temporanee e controvertibili.

Il processo tecnologico può incamminare lungo due assi, e in questo caso dubito che si incontrino all'infinito: il primo consente a chi è in posizione dominante di usare l'evoluzione di mezzi, servizi e piattaforme per mantenere, rafforzare e trasferire il suo *status quo* sui nuovi terreni di gioco resi disponibili dal progresso.

La seconda direttrice è quella che offre alla persona esclusa, ai territori marginali, alle comunità sociali emergenti un'occasione per partecipare alla vita politica, economica, sociale, altrimenti preclusa loro, assicurando così crescita individuale, valorizzazione ambientale e piena dimensione costituzionale dell'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 piegarla all'assetto regolatorio più favorevole ai propri interessi economici. Un assetto questo, 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 riconducibili alla solidarietà sociale e allo sviluppo sostenibile grazie alla sopravvenuta, ma tardiva,

consapevolezza dei decisori sovranazionali. La tecnica può essere nel nuovo millennio una potente leva di innovazione se proiettata verso la libertà e l'eguaglianza; ma la sua preconditione è che sia affidata alla dialettica maggioranza/opposizione.

È immediatamente chiaro il rischio che si corre lasciando abbandonando la tecnologica alla logica puramente mercantile.

Nelle riflessioni sull'accesso a Internet e sulla *net neutrality* verifico alla luce di n'analisi casistica che l'assenza di eteronomia ha rimesso la qualità e la quantità della capacità trasmissiva alla negoziazione *iure privatorum* tra gli imprenditori, che vendono l'accesso, e coloro che forniscono i contenuti. In questo caso il diritto di accesso a Internet è stato trattato come un diritto dominicale, gli si è negata la sua autentica identità di diritto sociale, servente altri diritti fondamentali e libertà economiche, necessariamente sottratto alla disponibilità tra privati.

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

Un'eccessiva timidezza del legislatore, nazionale e 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 ra-

gionamento 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 le asimmetrie o dilatarle, il suo esito dipende solo dalla scelta del bene finale al cui servizio il progresso tecnico è stato posto; 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.

Dall'insieme delle considerazioni svolte nascono interrogativi già centrali prima dell'avvento di Internet, e oggi da ripensare.

Il primo riguarda la RAI: c'è ancora spazio per una *mission* di servizio pubblico nel mondo di Internet? E, in caso di risposta affermativa, perché il nuovo volto della RAI è stato trascurato dal legislatore della riforma? Forse era proprio da Internet che si doveva partire per ridisegnare l'obbligo di servizio pubblico audiovisivo.

Il secondo riguarda il *copyright*, che la nostra Autorità per le garanzie delle comunicazioni si è ostinata a regolare con parole nuove, ma con una sensibilità giuridica *ante* Internet, in dispregio dei 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 più opportunamente 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 esso ha alcuna pretesa di assolutezza: è solo la mia ragionata risposta.

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 dilemma 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 può 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 e dell'individuo.

Due cose vanno ancora dette. 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. 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.

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.

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 massicce 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 offerta dalle raccolte indistinte e generalizzate di dati, i *Big Data*, che sono il motore dell'economia *data-driven*. I giganti della rete offrono servizi digitali, integrati e complementari, apparentemente gratuiti, ricevendo in cambio dagli utenti il loro dati anonimi. Questi costituiscono un patrimonio dal valore economico inestimabile, utilizzabile in avvenire per scopi imprevedibili al tempo della raccolta, acquisito indebitamente dai presunti titolari e non scalabile dalle nuove forze imprenditoriali, che rimangono a guardare una competizione altrui, che non sarà mai anche la loro per la presenza dei Grandi Dati: la barriera tecnologica del nuovo millennio.

Continuare a lasciare questo fenomeno alla libera determinazione dei soggetti che operano la raccolta significa accettare di essere profilati in mo-

do da ricevere pubblicità elettorali o commerciali presuntivamente conformi ai nostri orientamenti o inclinazioni di voto. In tal modo i nostri diritti politici ed economici si ridurranno a essere libertà solo apparenti, venuto meno il momento della genuinità della scelta, già influenzata a monte e a nostra insaputa.

Il nostro tempo, che di recente si è buttato dietro 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 l'equiordinazione delle imprese, perché le inedite oligarchie tecnocratiche riservano all'*incumbent* una situazione di vantaggio, irripetibile perché si basa sull'appropriazione indebita dei dati altrui, generatori di infinita ricchezza. Questi monopoli tecnologici non si prestano a essere contesi dai nuovi operatori, sia perché tendono a essere perpetui in quanto continuamente alimentati dai nuovi dati a differenza dei tradizionali monopoli naturali, destinati a esaurirsi con l'estinzione della risorsa, e sia perché le *new entries* sono scoraggiate dall'entrare in quanto prive degli *asset* essenziali all'*industria data driven*, non diversamente da quanto lo sia stata la rete fissa per le imprese di telecomunicazione. Questo circolo vizioso non procura alcun vantaggio al cittadino-consumatore, già espropriato in via occulta dei propri dati, data l'assenza di regole e di un'effettiva competizione sul mercato digitale.

Sul fronte opposto si potrebbe ipotizzare una regolazione dei *Big Data* minimale sì, ma pur sempre orientata all'uguaglianza sostanziale, come valore base nelle relazioni tra soggetti e nei rapporti tra categorie, da un lato quella imprenditoriale, dall'altro quella dei cittadini-utenti di rete.

L'esempio dei *Big Data* è rilevante non solo perché ci parla della necessità di dare regola a settori in preda all'anarchia, ma perché testimonia che le vecchie categorie giuridiche non hanno retto all'urto con il nuovo. Così è accaduto per il concetto di *privacy*, che non è più consenso anticipato e consapevole sull'impiego dei propri dati, in quanto al momento della raccolta è impossibile individuare lo scopo per cui essa viene fatta e quindi comunicarlo alla persona. Si tratterà di una raccolta al buio, che sarebbe vano rendere trasparente. Destruzzurata la *privacy* da rapporto lineare e bilaterale a figura geometria triangolare, dove uno dei vertici è occupato dall'autore (o dall'utilizzatore) dell'algoritmo, il titolare dei dati non pretenderà più di inseguirli nelle mani in cui momentaneamente siano finiti, ma rivendicherà il diritto di conoscere anticipatamente il funzionamento

dell'algoritmo per correggerlo *ex ante* se *unfair* o *biased*, e, se del caso, per contestarlo davanti al giudice.

A questo punto si apre un mondo per il giurista, non solo dunque per lo studioso del diritto costituzionale, perché la decisione pubblica algoritmica mette in crisi i concetti del diritto pubblico per come li abbiamo conosciuti fino ad ora. È ancora valida la nozione di atto pubblico dinanzi a decisioni autoritative basate, non sulla volontà umana, ma sugli esiti apparentemente incontrovertibili di un'intelligenza artificiale? E quale è lo spazio che residua alla volontà del potere pubblico? Basta la motivazione *per relationem* a esonerare da responsabilità l'amministrazione? E, in ultima istanza, esiste comunque un responsabile in presenza di un algoritmo che ha causato un danno, a prescindere se la discriminazione algoritmica riguardi gli elementi inseriti in questo frullatore intelligente o l'*error in procedendo*? A questi interrogativi ho risposto nel saggio *Internet: rules and anarchy. The test of algorithms* con parole provvisorie perché al momento la definitività è negazione del reale.

Sul versante economico se le Autorità antitrust, nazionali ed Europea, iniziassero – diversamente da quanto accade – a considerare i dati come un mercato nuovo e autonomo, sarebbe possibile individuare comportamenti distorsivi del mercato, che, pur non risolvendosi in abusi in senso stretto, pur riducono la qualità della prestazione, che è la misura protettiva della nuova privacy del consumatore. E allora di fronte a condotte plurioffensive, *competition law* e *privacy regulation*, le sanzioni se disegnate secondo l'angusto parametro della cessazione dalla condotta abusiva non riparano il pregiudizio sofferto dai consumatori e dagli imprenditori. Da qui una nuova generazione di sanzioni, non solo ripristinatorie dello *status quo ante*, ma proiettive del mercato verso scenari diversi da quelli che aveva prima dell'abuso: la condivisione dei dati con i terzi operatori potrebbe essere un esempio. A completare il quadro il legislatore futuro dovrebbe pensare a forme stabili di collaborazione funzionale tra le due autorità, che potrebbero decidere di concerto o meglio su parere dell'una le inedite sanzioni plurimediali di cui prima, soluzione questa, che presenterebbe il vantaggio di non creare un'altra autorità, né di unificare quelle esistenti.

Su questo punto temo che il diritto sia ancora al di là da venire.

Infine, la pandemia è stata l'occasione per riflettere sugli effetti del Covid-19 rispetto agli individui e alla tecnologia: il virus ha limitato i diritti fondamentali di donne e uomini, ma a questa formale equiordinazione nel sacrificio non corrisponde una sostanziale parificazione nell'entità del pregiudizio sofferto. Qualche esempio renderà visivo quanto detto. Si pensi ai bambini diversamente abili, rispetto ai quali i giorni di 'domicilio coatto' sono stati vissuti quasi come una prigionia perché il divieto di allontanarsi da casa è stato insopportabile dato il loro stato fisico o psichico. Anche chi ha perso il lavoro può rappresentare il banco di prova dell'iniquità regolativa: infatti, diversa è la condizione del lavoratore autonomo che ha potuto contare sui risparmi messi da parte da quella del dipendente monoreddito, privo invece di capacità di accumulo. Un recente rapporto Istat ci dice che il secondo lavoratore, esauriti i 2.500 euro risparmiati, non è riuscito a provvedere ai suoi bisogni primari a differenza dell'altro. Ebbene, le misure pubbliche di sostegno al reddito, pur nella varietà di forme e di titoli costitutivi – a partire dal Decreto cura Italia – hanno equiparato queste due condizioni lavorative, che invece andavano trattate secondo il criterio della ragionevole diversità di disciplina data obiettiva diversità dei bisogni e dei tempi della necessità.

Scarsa attenzione è stata riservata anche alla condizione di vulnerabilità delle donne: in particolare, per coloro che già vivevano situazioni di violenza domestica, aggravata dalla chiusura dei consultori, "restare a casa" è stata una condanna. Ebbene, questa particolare condizione femminile non ha ricevuto aiuti *ad hoc* dallo Stato, se non quando i limiti alla libertà personale sono stati allentati per tutti, e quindi anche per le donne. Rimanendo ancora sul terreno delle discriminazioni di genere, i dati ci dicono che la perdita del lavoro dovuta al Covid ha colpito prevalentemente le lavoratrici e che la ripresa in modalità *smart working* – che non agevola la progressione di carriera – ha interessato prioritariamente le donne.

Quanto è accaduto era prevedibile in quanto i più fragili camminano lungo il filo sottile della sopravvivenza; per loro ogni evento che rompe l'ordinato corso delle cose può diventare un fattore insopportabile perché non hanno riserve di mezzi e di energie sufficienti per affrontare la straordinarietà. L'emergenza dunque non ha creato la disuguaglianza, la ha semplicemente resa acuta e fatta emergere con un'evidenza, prima d'ora sconosciuta.

In sintesi, se da un lato il virus ha sottolineato come farebbe un evidenziatore privilegi e rendite di posizione pregressi, dall'altro canto, è stato il decisore politico a non voler considerare i diversi punti di partenza e quindi a ridurre l'azione di *reductio in pristinum* al consueto ritorno allo *status quo ante* delle iniziali disuguaglianze.

Infine, qualche domanda sul tempo che verrà. Come preparare l'avvento di una normalità anomala perché tecnologicamente orientata al funzionamento dei vasi comunicanti tra donne e uomini, tra lavoratori e disoccupati e tra inclusi ed emarginati? E quanto siamo noi disposti a rinunciare a una parte dei nostri privilegi per una tecnica che sposti risorse verso il pieno compimento della dignità umana?

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. Da loro imparo giorno per giorno a tenere gli occhi aperti sulla realtà e a vincere la tentazione innata in ogni studioso a innamorarmi della mie astratte tesi: incapaci a regolare la vita degli uomini o perché nate a prescindere dall'osservazione del dato empirico, o perché la buona intuizione iniziale non è stata verificata sul terreno dei fatti. Ho però anche colto i limiti della estrema fiducia dei giovani, che vivono internet come parte necessaria della quotidianità, vedendola solo come strumento di una libertà piena di conoscere e comunicare. Per questo è importante che acquisiscano invece la 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 capire, di pesare e quindi di scegliere, fasi essenziali allo sviluppo della democrazia e alla piena crescita dell'individuo, come la nostra Costituzione ininterrottamente ci chiede dal 1948.

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 Constitución 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 bis

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

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.medialaws.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

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. CHELI, *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).

norms and steering guidelines, to which the secondary rule must conform.

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 Constitutio-