

Osservatorio sulle fonti
Collana di studi

Diretta da P. Caretti, U. De Siervo, M.C. Grisolia

Processi democratici e tecnologie digitali

a cura di

Giovanni Di Cosimo



Giappichelli

Osservatorio sulle fonti

Collana di studi

Diretta da

P. Caretti, U. De Siervo, M.C. Grisolia

| 2

La Collana rappresenta l'ultimo prodotto di una intensa attività di studi e di ricerche dedicate alla problematica delle fonti del diritto, che prende avvio dalla pubblicazione del primo volume cartaceo "Osservatorio sulle fonti" edito da Giappichelli nel 1996. È ad Ugo De Siervo, direttore, assieme a Paolo Caretti e M. Cristina Grisolia della Collana, al quale si deve il progetto di sviluppare studi e ricerche che avessero l'intento di unire al profilo teorico generale lo studio e l'analisi dell'ampia e complessa prassi che caratterizza in concreto il continuo divenire delle fonti normative.

Tale intento, che oggi caratterizza ed identifica la Rivista on line "Osservatorio sulle fonti" contraddistingue anche la Collana. Essa ha l'obiettivo di collocarsi nel panorama degli studi dedicati a questa problematica con uno sguardo che non trascuri i due diversi profili e tenga conto delle molteplici prospettive che ormai la caratterizzano in un unicum inscindibile: il diritto interno, il diritto eurounitario, il diritto internazionale e comparato.

La Collana intende ospitare studi monografici, lavori collettanei, atti di congressi e seminari, nonché ricerche a carattere interdisciplinare e traduzioni autorizzate di testi stranieri. Particolare attenzione è dedicata a lavori collettanei già pubblicati sulla Rivista on line, frutto di ricerche anche di giovani studiosi, delle quali si vuole sottolineare il rilievo e l'importanza per l'originalità dei temi trattati o l'approfondimento dei profili analizzati.

I volumi pubblicati nella Collana sono oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento concordato dall'editore con i direttori della collana, che ne conservano la relativa documentazione.

Comitato scientifico:

Adelina Adinolfi, Marco Armanno, Stefania Baroncelli, Laura Buffoni, Andrea Cardone, Massimo Carli, Ana M. Carmon Contreras, Vincenzo Casamassima, Elisabetta Catelani, Annalisa Ciampi, Cecilia Corsi, Elena D'Orlando, Giovanna De Minico, Giovanni Di Cosimo, Filippo Donati, Vincenzo Ferrari, Anna Bettina Kaiser, Franck Laffaille, Erik Longo, Nicola Lupo, Pietro Milazzo, Otto Pferrsmann, Marta Picchi, Giusto Puccini, Orlando Roselli, Monica Rosini, Emanuele Rossi, Deborah Russo, Christoph Schmid, Andrea Simoncini, Rolando Tarchi, Giovanni Tarli Barbieri, Giuseppe Verde.

Segreteria scientifica:

Edoardo Caterina, Matteo Giannelli, Costanza Masciotta.

www.osservatoriosullefonti.it



Processi democratici e tecnologie digitali

a cura di

Giovanni Di Cosimo



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4597-9

La presente pubblicazione è finanziata nell'ambito del Progetto di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (Bando PRIN 2017) "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH).



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	XIII
IN ORIGINE VENNE ROUSSEAU. LE REGOLE DEI PARTITI SULL'USO DELLE TECNOLOGIE DIGITALI	
<i>Giovanni Di Cosimo</i>	
1. Partiti digitali	1
2. Statuto 2017	2
3. Il modello e la realtà	4
4. Addio a Rousseau	7
5. Statuto 2021	7
6. Trasparenza	9
7. Regole autonome ed eteronome	10
LA COMUNICAZIONE ELETTORALE SUI <i>SOCIAL MEDIA</i> TRA AUTOREGOLAZIONE E PROFILI DI DIRITTO COSTITUZIONALE	
<i>Edoardo Caterina</i>	
1. Alla ricerca di uno statuto costituzionale della comunicazione elettorale online	19
2. Il diritto della comunicazione elettorale online: caratteristiche peculiari	22
3. Il (non-) diritto elettorale delle piattaforme digitali	25
4. Il finanziamento della propaganda politica online	30
5. Conclusioni (con alcune proposte)	32
IL FENOMENO DELLE <i>SMART CITIES</i> COME ESEMPIO DI CO-REGOLAZIONE DELLE NUOVE TECNOLOGIE. LA DEMOCRAZIA LOCALE DI FRONTE ALLE SFIDE GLOBALI	
<i>Ylenia Guerra</i>	
1. Introduzione: la <i>governance</i> locale e l'erompere di un nuovo concetto di città	37
2. Origine storica delle <i>smart cities</i> : dall'urbanistica al diritto	39
2.1. La nozione giuridica di <i>smart city</i> tra legislatore e interprete	43

	<i>pag.</i>
3. Le conseguenze del modello <i>smart</i> sulla <i>governance</i> locale	49
3.1. (segue) cenni sulle ripercussioni con riguardo alla cittadinanza locale: partecipazione e condivisione delle scelte	51
3.2. (segue) cenni sulle ricadute in termini di garanzia dei diritti: ampliamento ed efficientamento dei servizi socio-assistenziali?	54
3.3. (segue) cenni sulle <i>smart cities</i> come strumento di protezione dell'ambiente	55
4. Talune traiettorie di ricerca: lo studio sistematico della prassi e l'elaborazione di una nozione univoca di <i>smart city</i>	57

LA REGOLAZIONE PRIVATA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE
DELL'UNIONE EUROPEA. RIFLESSIONI SULLA DISCIPLINA
RELATIVA AL SETTORE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA

Maria Eugenia Bartoloni

1. Premessa	63
2. Il quadro giuridico/costituzionale in cui collocare la regolazione privata: il sistema della delega dei poteri	68
2.1. La regolazione privata come "ulteriore" forma di delega di poteri	69
2.2. Le condizioni per il conferimento di una delega di poteri a soggetti privati	71
3. Il quadro concettuale per un inquadramento dei meccanismi regolatori privati: l'Accordo interistituzionale del 2003	74
3.1. L'autoregolazione	76
3.2. La coregolazione	78
4. Le variabili che condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi	79
4.1. L'autoregolazione nella prassi	81
4.2. La coregolazione nella prassi	82
5. Considerazioni conclusive	85

"PROVA A PRENDERMI". ECOSISTEMA DIGITALE E CONSAPEVOLEZZA
DEGLI UTENTI: UNO SPAZIO PER LA REGOLAZIONE NAZIONALE?

Chiara Bergonzini

1. Introduzione	91
2. L'ecosistema digitale e i <i>Big Data</i> (cenni)	92
3. Tre domande per il diritto costituzionale: un fenomeno regolabile?	98
4. Quale livello di normazione?	99
4.1. La proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale: i settori di intervento	100
5. Quale ruolo per il legislatore nazionale? Dati come prezzo dei servizi digitali ...	102
5.1. (segue) ... e persone come generatori di <i>Big Data</i> : un problema di consapevolezza degli utenti	105

BITCOIN: LE SFIDE DELL'AUTOREGOLAZIONE*Ermanno Calzolaio*

1. Il fenomeno <i>bitcoin</i> come esempio di autoregolazione	111
2. I caratteri del fenomeno <i>bitcoin</i>	112
3. L'autoregolazione nella concreta realtà applicativa	114
4. Le prime iniziative regolatorie nel diritto dell'Unione europea	115
5. La proposta di regolamento europeo sulle cripto-attività	117
6. Spunti conclusivi	119

COMPARATIVE LAW BETWEEN BITCOINS AND DATA*Ermanno Calzolaio*

1. Introduction: the emergence of "law of new technologies" and its implications	123
2. The phenomenon of bitcoins	124
3. The legal qualification of bitcoins	127
4. The EU proposal for the regulation of cryptoassets	131
5. Data	133
6. Conclusive remarks. The new role of comparative law	134

THE "UNSTABLE" WORLD OF SELF-REGULATING STABLECOINS*Claudia Pennacchietti and Peter Stewart*

1. Introduction	139
2. Bitcoin: a self-regulating currency?	140
3. Stablecoins: categories and purpose	143
3.1. Collateralised stablecoins	143
3.2. Algorithmic stablecoins	145
4. The risks of self-regulation	146
5. Proposed regulatory responses	147
6. Conclusion	149

**LA REGOLAZIONE DELLA SHARING ECONOMY:
OLTRE LA SELF-REGULATION***Giacomo Menegus*

1. Introduzione	153
2. <i>Sharing economy</i> : difficoltà definitorie	155
3. La regolazione agli albori della <i>sharing economy</i> : gli argomenti a favore della <i>self-regulation</i> ...	161

	<i>pag.</i>
4. ... e gli orientamenti sovranazionali: l' <i>Agenda europea per l'economia collaborativa</i> e la comunicazione <i>Piattaforme online e Mercato unico digitale</i>	166
5. L'evoluzione concreta del panorama regolatorio negli Stati membri: il caso <i>Airbnb ...</i>	169
6. ... e i riflessi sul piano europeo: l'iniziativa della Commissione sugli affitti brevi	178
7. Critica agli argomenti a favore della <i>self-regulation</i>	182
8. Conclusioni: oltre la <i>self-regulation</i>	186
<i>Post scriptum</i>	190

DALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI ALL'ORDINAMENTO DEI DATI (L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO CINESE E DEL DIRITTO EUROPEO DEI DATI)

Simone Calzolaio

1. Oggetto del contributo e introduzione	197
2. Il quadro giuridico europeo e cinese in materia di dati: il <i>Brussels effect</i> sul PIPL	199
3. Le categorie giuridiche di dati e informazioni personali nel diritto europeo e nel diritto cinese: verso un effetto del PIPL sull'ordinamento europeo?	205
4. <i>Data governance</i> : quadro unitario cinese vs. mosaico europeo?	211

LA FIDUCIA CONTRATTUALE TRA REGOLAZIONE TECNOLOGICA E GIURIDICA: RIFLESSIONI COMPARATISTICHE SUL PROBLEMA DELL'ORACOLO *BLOCKCHAIN*

Laura Vagni

1. La tecnologia <i>blockchain</i> come rimedio al "problema" della fiducia tra parti contrattuali	215
2. L'affidabilità dell'oracolo tra regole tecnologiche e giuridiche	217
3. La presupposizione: l'oracolo non mente	220
4. Il calcolo esatto, ma non veritiero: a proposito della decisione della <i>Court of appeal</i> di Singapore nel caso <i>Quoine v. B2C2</i>	223
5. La tutela della fiducia tra regolazione tecnologica e giuridica	226

LA PARTECIPAZIONE NELL'ERA DIGITALE

Giovanni Di Cosimo

1. Premessa	231
2. Voto digitale	232
3. Sottoscrizione	234
4. Consultazione	236
5. Regole	238

pag.

PIATTAFORME DIGITALI E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE
 FRA AUTOREGOLAMENTAZIONE E COREGOLAMENTAZIONE:
 NOTE RICOSTRUTTIVE

Raffaella Niro

1. *Piercing the platform veil* nella “*concurring opinion*” del Justice Thomas 245
2. Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla “ricchezza delle reti” alla concentrazione dell’informazione nelle mani di pochi 249
3. Gli interventi di “*content moderation*”: condizioni contrattuali o regole limitative della libertà di espressione? In margine all’autoregolazione delle piattaforme 253
4. Il dibattito fra le due sponde dell’Atlantico: fra “*state doctrine action*” e “*Drittwirkung*”, gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati 256
5. La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione 260
6. Verso il *Digital Service Act*, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione 265

Notizie sugli autori 271

INTRODUZIONE

Questo volume affronta il tema della regolazione delle nuove tecnologie, che rappresenta una delle principali sfide per i giuristi e i legislatori a tutti i livelli di governo, a causa della tecnicità e complessità crescente della materia, della velocità con la quale le tecnologie pervadono sempre nuovi settori e relazioni sociali, delle difficoltà che la regolazione incontra nel contemperamento tra protezione degli interessi pubblici e dei diritti fondamentali e necessità di non porre freni all'innovazione tecnologica.

Il volume nasce nell'ambito del Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale (PRIN 2017) “*Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law*” (SE.CO.R.E TECH), che intende indagare le nuove forme di auto- e co-regolazione delle tecnologie emergenti, il ruolo dei soggetti che intervengono nei processi di regolazione e i problemi che le nuove tecnologie pongono agli ordinamenti giuridici esistenti.

Nel contesto della ricerca si colloca il lavoro svolto dall'unità dell'Università di Macerata, i cui risultati sono confluiti nel volume. I contributi che seguono approfondiscono in prima battuta il funzionamento della *self-regulation* delle nuove tecnologie, al contempo indagandone i limiti e l'impatto su istituti, principi e categorie del costituzionalismo contemporaneo, sulla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti nel contesto tecnologico. A partire dalla rilevazione delle criticità insite nella auto-regolazione in determinati ambiti applicativi delle tecnologie emergenti, vengono poi sviluppati percorsi di analisi di fenomeni di co-regolazione, ovvero di interazione tra legislazione e auto-regolazione.

Il profilo della pervasività delle trasformazioni tecnologiche ben oltre i confini nazionali e sovranazionali è trattato ricorrendo agli strumenti del diritto costituzionale dell'Unione europea e alla prospettiva giuridica comparata, guardando anche a modelli di regolazione, auto- e co-regolazione adottati nel diritto cinese, negli Stati Uniti e nel Regno Unito.

Ampio è lo spettro degli ambiti di regolazione delle tecnologie emergenti oggetto di riflessione: organizzazione e attività dei c.d. partiti digitali, comunicazione elettorale sui *social media*, *smart city* come esempio di co-regolazione delle nuove tecnologie, tecnologia *blockchain* applicata alle c.d. criptovalute (*bitcoins* e *stablecoins*) e agli *smart contracts*, piattaforme di *sharing economy*, voto digitale

e suo impatto sulla partecipazione democratica dei cittadini, regolamentazione privata delle restrizioni alla libertà di parola sulle piattaforme online. L'attenzione è rivolta anche alla sicurezza cibernetica; al tema della regolazione privata nel campo dell'innovazione tecnologica nel contesto dell'assetto costituzionale dell'Unione europea; agli spazi di regolamentazione rimasti al legislatore nazionale in un ecosistema digitale privo di confini; alla qualificazione delle nozioni giuridiche che ruotano attorno al diritto dei dati, indagato in una prospettiva comparata e osservando i modelli cinese ed europeo di *data governance*.

IN ORIGINE VENNE ROUSSEAU. LE REGOLE DEI PARTITI SULL'USO DELLE TECNOLOGIE DIGITALI*

di *Giovanni Di Cosimo*

Sommario: 1. Partiti digitali. – 2. Statuto 2017. – 3. Il modello e la realtà. – 4. Addio a Rousseau. – 5. Statuto 2021. – 6. Trasparenza. – 7. Regole autonome ed eteronome.

1. *Partiti digitali*

La più recente tappa del processo di trasformazione dei partiti politici corrisponde all'avvento delle tecnologie digitali¹. Al pari di molti altri ambiti della vita collettiva, la digitalizzazione pervade ormai anche l'organizzazione delle formazioni politiche, tanto che si parla di “partiti digitali”². Di qui il tema delle regole che le formazioni politiche si danno relativamente all'uso delle tecnologie digitali, dell'auto-regolazione relativa al loro impiego per lo svolgimento delle attività associative³.

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 969 ss.

¹ Sulla trasformazione dei partiti cfr. O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari-Roma, 2004 e, più di recente, A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2015, p. 8 ss.; D.R. PICCIO, *La scommessa democratica dei partiti in trasformazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 59 ss.; M. GORLANI, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Cacucci, Bari, 2017; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2018; C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, p. 211 ss.

² P. GERBAUDO, *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, Pluto Press, London, 2018; G. DI COSIMO, *Personale e digitale. Le metamorfosi del partito*, in *Forumcostituzionale.it*, 17 gennaio 2019; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 109 ss., che usano l'espressione “partito cybercratico”; M. BARBERIS-G. GIACOMINI, *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria politica. Nuova serie*, X, 2020, p. 333 ss., i quali distinguono fra partiti digitali e partiti digitalizzati; F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 1/2021, p. 127 ss.

³ Sulla più ampia questione della *self regulation* applicata alla rete internet cfr. M. BETZU, *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino,

Il partito italiano che su questo fronte ha adottato la disciplina più avanzata è il MoVimento 5 stelle⁴, che peraltro ha cambiato più volte le proprie regole nel corso del tempo⁵. In particolare, va dapprima considerata la versione dello statuto del dicembre 2017, che individua nella piattaforma digitale lo strumento per assumere le principali decisioni politiche, e poi quella dell'agosto del 2021 che innova su questo specifico aspetto.

2. Statuto 2017

Benché teorizzi che la rete internet costituisce la dimensione naturale per lo svolgimento dell'azione politica, il MoVimento 5 stelle non è titolare di una propria piattaforma digitale. Lo statuto del 2017 stabilisce che le consultazioni degli iscritti e le votazioni si svolgono attraverso la "piattaforma Rousseau", che appartiene a un altro soggetto, l'omonima associazione, con la quale, precisa il testo, il movimento deve stipulare un accordo⁶.

Secondo lo statuto gli iscritti esercitano per mezzo di questa piattaforma digitale rilevanti poteri: eleggono il comitato direttivo e altri organi interni (il garante, il comitato di garanzia, il collegio dei probiviri); scelgono i candidati alle elezioni e approvano il programma elettorale; approvano proposte di legge; possono sfiduciare il comitato direttivo⁷ e revocare il garante⁸.

2012; G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012; ID., *About the regulation of Internet: constitutional issues, models and challenges*, in ID. (a cura di), *Libertà in Rete. Libertà dalla rete*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 1 ss., P. MARSOCCHI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già sfatare?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 1 ss.; M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws*, n. 2/2018, p. 55; da ultimo, T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Mucchi, Modena, 2021, p. 23 ss.

⁴ «Il M5S può essere senza dubbio considerato come il partito digitale o virtuale per eccellenza: caso unico tra i partiti italiani poiché del tutto privo di una struttura fisica» (F. RANIOLO, *Organizzazione e leadership nei partiti politici*, in *il Mulino*, n. 6/2019, p. 936).

⁵ Si sono succedute svariate modifiche delle regole interne e dell'organizzazione a partire dal cosiddetto "non statuto" del dicembre 2009, nel quale si legge che il movimento si organizza e si struttura «attraverso la rete Internet cui viene riconosciuto un ruolo centrale nella fase di adesione al MoVimento, consultazione, deliberazione, decisione ed elezione» (art. 4). Sull'uso (e la retorica) della rete come chiave del successo grillino cfr. M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017, p. 128 ss.

⁶ «Gli strumenti informatici attraverso i quali l'associazione si propone di organizzare le modalità telematiche di consultazione dei propri iscritti [...] nonché le modalità di gestione delle votazioni, [...] saranno quelli di cui alla cd. "Piattaforma Rousseau", mediante appositi accordi da stipularsi con l'Associazione Rousseau» (art. 1 st.). L'associazione ha lo scopo «di promuovere lo sviluppo della democrazia digitale nonché di coadiuvare il "MoVimento 5 Stelle"» (art. 4.1 st. dell'associazione Rousseau).

⁷ Su proposta del garante (art. 4 st.).

⁸ Su proposta del comitato di garanzia (art. 8, lett. c) st.).

E in effetti il movimento ha preso alcune decisioni politiche di rilievo a seguito delle consultazioni effettuate per mezzo della piattaforma Rousseau. Da ultimo, il via libera al Governo Draghi, nato per gestire l'emergenza sanitaria e per attuare un vasto piano di riforme finanziato con fondi europei. In precedenza, gli iscritti avevano approvato l'accordo dal quale è sortito il Governo Conte, e poi avallato la nascita del secondo esecutivo guidato dal medesimo personaggio, frutto di un accordo di segno politico assai diverso.

Tramite voti sulla piattaforma Rousseau gli iscritti scelgono il capo politico (settembre 2017), organo che successivamente decidono di sostituire con il comitato direttivo (febbraio 2021), che poi a sua volta sostituiscono con la figura del presidente, assimilabile a quella del capo politico (agosto 2021). Queste oscillazioni fra guida monocratica e collegiale generano una situazione di incertezza⁹.

Inoltre, è significativo che il ritorno alla guida monocratica consegua alla volontà del garante del movimento, prima ancora che a un voto sulla piattaforma. Più precisamente, l'insediamento del comitato direttivo viene congelato allorché il garante Grillo decide di consegnare la leadership al Presidente del consiglio uscente Conte (marzo 2021). Lo statuto non contempla questo potere del garante, ma la sua decisione si impone in via di fatto, col risultato che per mesi, fino alla modifica del testo, rimane inattuata la norma che assegna agli iscritti il potere di eleggere il comitato direttivo mediante una consultazione in rete¹⁰. Conseguentemente il voto che ratifica la designazione del garante si svolge a distanza di tempo dal pronunciamento del garante, col risultato che in tutto questo periodo il designato guida il partito in via di fatto, in particolare nell'interlocuzione con il Governo relativamente alla riforma della giustizia funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, e nella preparazione delle modifiche dello statuto.

⁹ Sulla questione del legale rappresentante del movimento, dopo che il capo politico si è dimesso nel gennaio 2020, e quando ancora non si è insediato il comitato direttivo, interviene nel maggio 2021 la Corte di appello di Cagliari, nell'ambito di un procedimento intentato da una consigliera regionale contro l'espulsione decretata nei suoi confronti (a quel che mi risulta la sentenza non è stata pubblicata, ma gli organi di stampa riportano puntuali riferimenti al testo della decisione: cfr. ad es. M. CECCATO, *La battaglia legale sulla nomina di un curatore speciale del M5s*, in *Agenzia Giornalistica Italiana*, 5 maggio 2021).

¹⁰ Sul ruolo egemone di Grillo, cfr., per tutti, T. CASADEI, *Il mito del «popolo della rete» e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, n. 3/2015, p. 882 ss., il quale osserva che il comico-blogger ha fondato un «movimento patronale».

3. Il modello e la realtà

Il modello del MoVimento 5 stelle esalta il ruolo decisionale degli iscritti per mezzo dello strumento della piattaforma digitale. Si tratta di una soluzione organizzativa ascrivibile al frastagliato orizzonte concettuale dell'*e-democracy*¹¹. In astratto, il modello promette di aumentare considerevolmente il potere della base rispetto ai vertici del partito. Ma alcuni decisivi dettagli dimostrano che le cose non stanno esattamente così¹². Indicativo è che siano i vertici del partito (capo politico o garante) a indire le consultazioni online, a decidere inoltre aspetti rilevanti quali la durata del voto e il testo del quesito¹³, e perfino ad avere il potere di farla ripetere, senza che siano tenuti a motivarne la ragione¹⁴. Simili previsioni statuta-

¹¹ Sul tema cfr. M. AINIS, *Democrazia digitale*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2013, p. 263 ss.; M. BASSINI, *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, n. 3/2015, p. 861 ss.; A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA-M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori Education, Firenze, 2017, p. 19 ss.; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer, Milano, 2017; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 1 ss.; P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 71 ss.; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 583 ss.; G. VILELLA, *E-Democracy. On Participation in the Digital Age*, Nomos, Baden-Baden, 2019; AA.VV., *Le sfide della democrazia digitale*, in il *Forum – Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, p. 231 ss.; F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 487 ss. Riguardo all'impatto che il rapporto fra partiti e internet ha sulle trasformazioni della democrazia cfr., fra i primi, F. PIZZETTI, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in Associazione italiana dei costituzionalisti. *Annuario 2008, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009, p. 277 ss.

¹² Sui vari nodi che rendono problematico nell'esperienza del movimento il ricorso allo strumento delle consultazioni cfr. L. MOSCA, *Problemi e limiti del modello organizzativo «cybercratico» nell'esperienza del Movimento 5 Stelle*, in *Ragion pratica*, n. 1/2015, p. 42 s. Per la constatazione che il ricorso alle tecnologie digitali non risolve la tensione fra la volontà della dirigenza oligarchica di controllare in modo ferreo la linea politica e il desiderio della base di partecipare cfr. L. MOSCA-C. VACCARI, *Il Movimento e la rete*, in P. CORBETTA-E. GUALMINI (a cura di), *Il partito di Grillo*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 194. Sul carattere fortemente accentrato e opaco che ha contraddistinto la gestione del blog utilizzato dal movimento prima della piattaforma Rousseau cfr. M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2015, p. 290 ss. Sulla «pochezza di prospettiva della democrazia elettronica» praticata dal movimento cfr. F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino, 2020, p. 57 ss. Sulle cause del calo costante della partecipazione alle attività della piattaforma cfr. L. MOSCA, *Democratic vision and online participatory spaces in the Italian Movimento 5 Stelle*, in *Acta Politica*, n. 1/2020, p. 1 ss.

¹³ Che non di rado ha carattere suggestivo (cfr. P. VILLASCHI, *Voto e partecipazione nel sistema «Rousseau»: di quale democrazia stiamo parlando?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 604).

¹⁴ Cfr., fra gli altri, A.G. LANZAFAME, *Alcuni partiti di «nuova generazione» visti attraverso i loro statuti. Tendenze e problemi*, in *DPER online*, n. 2/2019, p. 158. Si può aggiungere che in caso il garante ha perfino annullato la votazione per scegliere tramite la piattaforma i candidati alle elezioni (S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, in *DPER*

rie limitano il potere decisionale effettivamente trasferito alla base¹⁵, e impattano negativamente sulla democrazia interna¹⁶, anche perché non consentono ad organi diversi di attivarsi per indire la consultazione¹⁷. Lo stesso effetto consegue alla prassi nella quale le consultazioni vengono indette con un breve preavviso, circostanza che impedisce lo sviluppo di un autentico dibattito fra gli iscritti¹⁸. Considerazioni analoghe si possono fare per le proposte di modifica dello statuto, che il vertice presenta senza che vi sia stato un previo dibattito fra gli iscritti (anche l'ultima, quella del 2021, di cui si dirà a breve)¹⁹. Aspetti critici che rimandano al paradosso per cui i partiti digitali permettono un maggior coinvolgimento dei cittadini e al contempo accrescono le possibilità di centralizzazione²⁰.

La realtà non corrisponde al modello ideale anche per quanto riguarda la gestione della piattaforma Rousseau²¹. Intanto, perché la piattaforma adotta un

online, n. 1/2021, p. 405): l'efficacia della sua decisione è stata sospesa dall'ord. 10 aprile 2017 del Tribunale di Genova (cfr. R. BIN, "Onestà! Onestà!" Ma ci può essere onestà senza legalità? Il Tribunale di Genova dà ragione a Cassimatis, in *LaCostituzione.info*, 10 aprile 2017; G. GRASSO, *La «cifra democratica» del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2017, p. 616 ss.).

¹⁵ C. BIANCALANA, *Il populismo nell'era di internet. Retorica e uso del web nel Movimento 5 stelle*, in *il Mulino*, n. 1/2014, p. 57. Sul consolidamento della gestione centralizzata che ha fatto seguito all'adozione della piattaforma Rousseau cfr. M. DESERIIS, *Digital movement parties: a comparative analysis of the technopolitical cultures and the participation platforms of the Movimento 5 Stelle and the Piratenpartei*, in *Information, Communication & Society*, n. 12/2020, p. 1770 ss.

¹⁶ M. DESIRIIS-D. VITTORI, *The Impact of Online Participation Platforms on the Internal Democracy of Two Southern European Parties: Podemos and the Five Star Movement*, in *International Journal of Communication*, n. 13/2019, p. 5696 ss.; M. CALISE-F. MUSELLA, *op. cit.*, p. 114.

¹⁷ D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 191, il quale osserva che le consultazioni servono a ratificare decisioni già assunte dai vertici (p. 203).

¹⁸ P. VILLASCHI, *op. cit.*, p. 604 ss. Piattaforme come Rousseau presentano criticità quali «la verificabilità dei risultati delle consultazioni degli iscritti (soprattutto nei casi in cui esse passino per votazioni a scrutinio segreto), la più o meno occulta interferenza politica degli amministratori su tali consultazioni e la sicurezza informatica, sia sotto il profilo della riservatezza dei dati personali degli utenti sia sotto quello delle possibili alterazioni/manomissioni dall'esterno» (G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, ETS, Pisa, 2017, p. 112; dello stesso autore cfr. *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion pratica*, n. 52/2019, p. 242).

¹⁹ C. BIANCALANA-D.R. PICCIO, *L'organizzazione de Movimento 5 stelle: continuità o cambiamento?*, in *Quaderni di scienza politica*, n. 3/2017, p. 460.

²⁰ Sul paradosso cfr. M. CALISE-F. MUSELLA, *op. cit.*, p. 113, e, con specifico riferimento al Movimento 5 stelle, G. GIACOMINI, *Da Rousseau a rousseau.it. L'ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*, in *Biblioteca della libertà*, n. 227/2020, p. 19, il quale osserva che «a una "orizzontalità" partecipativa corrisponde una spinta altrettanto forte (ma contraria), ovvero una spinta "verticista" da parte dei fondatori del Movimento (e dello staff organizzativo alle loro dipendenze)». V. anche P. D'ALEO, *Il problematico rapporto tra cyberspazio e democrazia rappresentativa. I movimenti politici dell'e-democracy*, in *Politica & Società*, n. 1/2018, p. 45 ss.

²¹ P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, num. spec. 1/2017, p. 14. Più in generale, sul tema dei rischi a

software a “codice chiuso”, di cui dispone soltanto l’associazione Rousseau in contrasto con le esigenze di trasparenza dei sistemi di voto elettronico²². Inoltre, perché è sprovvista di efficaci meccanismi contro la manomissione dei risultati del voto²³. Infine, perché il database degli iscritti e i verbali delle votazioni sono nella esclusiva disponibilità dell’associazione²⁴. Tutto ciò implica il rischio che l’associazione eserciti un controllo penetrante in riferimento a funzioni della massima delicatezza come la scelta dei vertici del partito e dei candidati alle elezioni²⁵. A questo riguardo, pare significativo che nel dicembre 2017 il Garante per la privacy abbia rilevato alcune criticità in relazione alla riservatezza delle operazioni di voto, dato che la piattaforma associa a ogni voto espresso il numero di telefono dell’iscritto, con la conseguenza che i gestori sono in grado di controllare come votano gli iscritti²⁶; e che, più recentemente, abbia eccepito che la piattaforma non garantisce adeguatamente la protezione dei dati personali durante le operazioni di voto²⁷.

carico del processo democratico che derivano dall’uso di piattaforme digitali in mancanza di una regolazione trasparente cfr., fra gli altri, M. BETZU-G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 218 ss.

²² P. BECCHI, *Democrazia diretta, democrazia digitale e M5s*, in *Cyberspazio e diritto*, n. 2/2017, p. 254.

²³ «Because voting in Rousseau is not based on an end-to-end auditable voting system, which is currently considered the most resistant system to vote tampering, the integrity of the vote is hardly guaranteed» (M. DESERIIS, *Direct Parliamentarianism: An Analysis of the Political Values Embedded in Rousseau, the ‘Operating System’ of the Five Star Movement*, in *JeDEM – EJournal of EDemocracy and Open Government*, n. 2/2017, p. 54).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ E giustifica le perplessità in merito alla supposta maggiore democraticità del partito digitale rispetto ai partiti tradizionali (cfr. P. GERBAUDO, *Are digital parties more democratic than traditional parties? Evaluating Podemos and Movimento 5 Stelle’s online decision-making platforms*, in *Party Politics*, n. 4/2021, p. 730 ss.).

²⁶ Secondo il Garante «sarebbe necessario che il sistema di e-voting venisse riconfigurato in modo da minimizzare i rischi per i diritti e per le libertà delle persone fisiche, prevedendo la cancellazione o la trasformazione in forma anonima dei dati personali trattati (laddove per specifiche esigenze fossero presenti), una volta terminate le operazioni di voto. A tale scopo andrà modificato lo schema del database laddove prevede l’utilizzo del numero telefonico dell’iscritto in connessione ai voti elettronici espressi» (parere del 21 dicembre 2017).

²⁷ La «piattaforma Rousseau non gode delle proprietà richieste a un sistema di evoting, come descritte, per esempio, nel documento “E-voting handbook – Key steps in the implementation of e-enabled elections” pubblicato dal Consiglio d’Europa a novembre 2010 e nel documento “Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting” adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 14 luglio 2017, che prevedono la protezione delle schede elettroniche e l’anonimato dei votanti in tutte le fasi del procedimento elettorale elettronico». La piattaforma «non appare in grado, tra l’altro, né di prevenire gli eventuali abusi commessi da addetti interni [...], né di consentire l’accertamento a posteriori dei comportamenti da questi tenuti, stante la limitata efficacia degli strumenti di tracciamento delle attività»

4. *Addio a Rousseau*

Il modello previsto dallo statuto presuppone che sussista un rapporto fiduciario fra il MoVimento 5 stelle e l'associazione Rousseau. Invece a un certo punto nascono gravi contrasti sia per ragioni finanziarie (la piattaforma vanta crediti ingenti nei confronti dei parlamentari del movimento), sia per ragioni politiche (il presidente dell'associazione viene considerato vicino alla posizione di un gruppo di parlamentari che sono stati espulsi perché non hanno votato la fiducia al Governo Draghi).

La contrapposizione si accentua allorché il capo designato fa sapere di aver preso contatti con una nuova piattaforma destinata a sostituire Rousseau, e di aver predisposto un nuovo statuto che reintroduce la figura del capo politico (sia pure sotto il diverso titolo di presidente del movimento). Di conseguenza intima all'associazione Rousseau di consegnarli la lista degli iscritti, necessaria per procedere sulla nuova piattaforma al voto che, fra l'altro, ne dovrebbe ufficializzare il ruolo di capo politico. Inizialmente, l'associazione rifiuta di trasferire gli elenchi degli iscritti invocando la circostanza che allo stato delle cose manca un vertice formalmente legittimato. Ma infine, dopo l'ingiunzione del Garante per la privacy a trasmettere al movimento i dati personali degli iscritti, acconsente²⁸.

5. *Statuto 2021*

La modifica statutaria dell'agosto 2021 non mette in discussione i caratteri del partito digitale tratteggiati dalla versione precedente del testo²⁹. Resta fermo il ruolo degli iscritti di indirizzo e di determinazione delle scelte fondamentali «in specie attraverso lo strumento della rete»³⁰.

(provvedimento del 4 aprile 2019). Cfr. M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 34.

²⁸ Provvedimento del 1° giugno 2021.

²⁹ Sui contenuti della modifica cfr. D. CODUTI, *L'organizzazione del M5S nel nuovo statuto: equilibrio tra poteri o equilibrio di potere?*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2021.

³⁰ Art. 2, (2) finalità, lett. b). Più nel dettaglio, gli iscritti continuano ad esercitare una serie di poteri (elezione del garante, dei componenti del comitato di garanzia; dei componenti del collegio dei probiviri; individuazione dei candidati; approvazione del programma politico per le elezioni; approvazione di proposte di legge; conferma della sfiducia al presidente, al garante, al comitato di garanzia, al collegio dei probiviri) che esercitano «mediante lo strumento di democrazia diretta e partecipata costituito dalla consultazione in Rete» (art. 7, lett. a). La predilezione per lo strumento digitale emerge anche da altre previsioni; per esempio, ogni iscritto ha il diritto «di concorrere alla definizione dell'indirizzo politico degli eletti sotto il simbolo del MoVimento 5 Stelle, attraverso la partecipazione alle discussioni su tematiche ed iniziative di interesse nazionale e locale, anche nel-

Un importante elemento di discontinuità è tuttavia costituito dalla eliminazione del rapporto esclusivo con la piattaforma Rousseau previsto dallo statuto del 2017. Ora la questione dello strumento digitale con il quale gli iscritti prendono importanti decisioni politiche viene disciplinata in termini generali, senza fare riferimento a una specifica piattaforma, prevedendo che il movimento possa utilizzare sia piattaforme proprie che di società di servizi esterne³¹. Gli accordi con le società esterne «dovranno garantire che tutte le questioni e le decisioni di rilievo politico saranno integralmente rimesse alle iniziative dell'Associazione e dei suoi competenti Organi sociali»³². Inoltre, allo scopo di favorire la più larga partecipazione al voto, «l'Associazione può organizzare hub informatici ove chi lo richieda possa votare e partecipare con la modalità telematica, nel rispetto della sicurezza e della segretezza del voto e della partecipazione»³³.

Le due consultazioni dell'agosto 2021, quella per approvare la modifica statutaria e quella per scegliere il presidente, si svolgono pertanto tramite la piattaforma Skyvote. Relativamente al voto sullo statuto ciò costituisce una forzatura dato che in quel momento è ancora vigente il testo del 2017 che indica in via esclusiva la piattaforma Rousseau³⁴. Va notato che la certificazione del notaio relativa alla regolarità del voto fa correttamente riferimento al «vigente statuto», ossia il testo del 2017, ma omette di dire che quel testo stabilisce che debba essere utilizzato la piattaforma Rousseau. Viceversa, il successivo voto per il presidente si fonda su una coerente base normativa, dato che nei giorni immediatamente precedenti gli iscritti avevano approvato la modifica dello statuto che rimuove il riferimento a Rousseau. Piuttosto, la seconda consultazione solleva ancora una volta la questione dell'ampio potere di cui dispongono i vertici del partito, che non lasciano spazi effettivi di decisione alla base, in questo specifico caso per effetto dell'indicazione di un candidato unico.

l'ambito delle piattaforme internet organizzate o comunque riconosciute dal» movimento (art. 5, lett. g); il movimento organizza forum tematici «anche a mezzo di piattaforma informatica» (art. 8, lett. a); l'assemblea degli iscritti si può svolgere mediante piattaforma informatica e può prendere decisioni mediante consultazioni online (art. 10, lett. c).

³¹ «L'Associazione, al fine di consentire lo svolgimento in modalità telematica delle consultazioni dei propri Iscritti [...], potrà ricorrere a piattaforme digitali e/o a strumenti informatici propri o affidati a società di servizio anche esterne. Queste prestazioni saranno regolate da specifici accordi che dovranno garantire che tutte le questioni e le decisioni di rilievo politico saranno integralmente rimesse alle iniziative dell'Associazione e dei suoi competenti Organi sociali» (art. 1 lett. e).

³² Art. 1, lett. e).

³³ Art. 1, lett. e).

³⁴ Stessa cosa per il precedente voto del 21 luglio 2021, il primo effettuato tramite Skyvote, con il quale gli iscritti hanno scelto il candidato sindaco per le elezioni comunali di Torino.

6. Trasparenza

Allargando lo sguardo, occorre chiedersi se la modifica statutaria del 2021 risolva le criticità legate alla precedente versione del testo, le quali, in fin dei conti, impattano sul fronte della democrazia interna al partito³⁵. Sul punto si registrano segnali contraddittori. Da un lato, l'ultima versione circoscrive opportunamente il potere discrezionale del capo politico (ora presidente) di far ripetere le consultazioni, dato che potrà esercitarlo solo in presenza di vizi, irregolarità, violazione di norme statutarie³⁶; dall'altro, non condiziona in nessun modo il potere del garante di decidere la ripetizione del voto dell'assemblea sulle modifiche dello statuto³⁷.

In merito alla questione cruciale della trasparenza delle operazioni di scrutinio, il testo stabilisce che la «regolarità delle consultazioni è in ogni caso certificata da un organismo indipendente, nominato dal Comitato di Garanzia, o da un notaio»³⁸. Per capire l'impatto effettivo di tale norma, occorre guardare alla sua applicazione. La prassi precedente, avviata sotto lo statuto del 2017 che conteneva una norma analoga, è caratterizzata dalla netta preferenza per la seconda alternativa. In questi casi il notaio redigeva una certificazione relativa alle operazioni di voto alla quale allegava la certificazione di una società informatica in merito a eventuali accessi non autorizzati ed eventuali modifiche dell'applicativo. Una verifica, dunque, che non si estendeva a eventuali manipolazioni dei risultati *ab intra*³⁹.

Come accennato, la preferenza cade sulla seconda alternativa anche in occasione delle due consultazioni dell'agosto 2021, nelle quali, peraltro, ci si discosta dalla prassi precedente, dal momento che la società che gestisce la piattaforma Skyvote applica un sistema di cifratura⁴⁰. Ciò pare più coerente con l'obiettivo di

³⁵ Sulla mancanza di democrazia interna e di trasparenza cfr., per tutti, A. DAL LAGO, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Raffello Cortina, Milano, 2017, in particolare p. 131 ss.

³⁶ Art. 1, lett. h).

³⁷ E sulle modifiche della Carta dei principi e valori (art. 10, lett. i)).

³⁸ Art. 7, lett. g).

³⁹ Sono stati inoltre sollevati dubbi sulla terzietà della società certificatrice (cfr. F. LO DICO, *Rousseau, voto certificato dalla stessa società che ha progettato la piattaforma*, in *Il Messaggero*, 4 settembre 2019).

⁴⁰ Nella certificazione del notaio, alla quale è allegata la dichiarazione del legale rappresentante della società, si afferma che «il sistema di voto si basa sull'utilizzo di chiavi di cifratura pubblica e di chiavi di decifratura privata basate sull' algoritmo asimmetrico ECC generate dal sistema informatico *SkyVote* prima dell'inizio delle operazioni di voto». Il legale rappresentante della società Multicast srl dichiara di aver consegnato al notaio le chiavi di decifratura privata di ogni scheda, in forma di file unico, prima dell'inizio delle operazioni di voto, e che le operazioni di voto si sono svolte regolarmente, «nel pieno rispetto dei requisiti di riservatezza e di segretezza». Alla certificazione del notaio è anche allegata la dichiarazione del legale rappresentante della società ITI – Innovazione Tecnologica Italiana che attesta che «il sistema non è stato soggetto ad intrusione ed il perimetro di sicurezza non è stato violato».

impedire la manipolazione dei risultati, e con la previsione dello statuto che impone il «rispetto della sicurezza e della segretezza del voto e della partecipazione», di quanto non fosse la certificazione relativa alle operazioni di voto con la piattaforma Rousseau. Vero è, tuttavia, che per attestare senza ombra di dubbio la trasparenza delle operazioni di scrutinio, sarebbe opportuno che la dichiarazione della società che gestisce la piattaforma sia avallata da un soggetto terzo, quale potrebbe ben essere uno degli organismi indipendenti di cui fa cenno la norma dello statuto. In altre parole, l'intervento dell'organismo terzo dovrebbe essere finalizzato a verificare la corretta e imparziale gestione del voto da parte del gestore della piattaforma, oltre che ad accertare eventuali manomissioni dall'esterno⁴¹.

7. Regole autonome ed eteronome

Come è ovvio, anche gli altri partiti politici utilizzano strumenti digitali per le proprie attività. Per un verso, ciò ha condotto a nuove forme di comunicazione politica, e per l'altro ne ha cambiato la tradizionale struttura organizzativa⁴².

Sul primo punto, che non interessa direttamente il nostro discorso, ci si può limitare a constatare che le potenzialità dei nuovi strumenti sono state sfruttate in particolare dai capi dei partiti, i quali, grazie ai *social media*, hanno stabilito un contatto diretto e costante con cerchie di sostenitori⁴³ (ma non bisogna trascurare

⁴¹ In occasione delle votazioni nel 2013 sul blog di Grillo per la scelta del candidato del movimento alla Presidenza della Repubblica, le cosiddette Quirinarie, la società di certificazione rileva un'anomalia che ha «compromesso in modo significativo la corrispondenza tra i voti registrati e l'espressione di voto del votante» (dichiarazione della società DNV GL – Business Assurance Italia – srl dell'11 aprile 2013), motivo per cui i responsabili del movimento decidono di annullare le votazioni e di ripeterle il giorno successivo. Dopo l'introduzione della piattaforma Rousseau nel 2016, nell'ambito delle votazioni sulle modifiche al “non statuto” e al regolamento (27 settembre – 28 ottobre 2016), la medesima società dichiara di aver svolto una «verifica di terza parte», e attesta l'assenza di anomalie durante le operazioni di voto.

⁴² I. RIVERA, *La rete, i populismi e i partiti politici 2.0*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2/2017, p. 273 ss.; C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Politica del diritto*, n. 3/2019, p. 387 ss.

⁴³ I leader politici trovano terreno fertile in alcuni fenomeni che caratterizzano l'esperienza digitale in rete come le *filter bubble* («*The basic code at the heart of the new Internet is pretty simple. The new generation of Internet filters looks at the things you seem to like – the actual things you've done, or the things people like you like – and tries to extrapolate. They are prediction engines, constantly creating and refining a theory of who you are and what you'll do and want next. Together, these engines create a unique universe of information for each of us – what I've come to call a filter bubble – which fundamentally alters the way we encounter ideas and information*»: E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from you*, Penguin Press, New York, 2011, p. 10; cfr. anche C.R. SUNSTEIN, *#republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, che nella prefazione parla del «*power to create one's very own echo chamber*»:

il fattore della accresciuta mobilità dell'elettorato)⁴⁴. Questo fenomeno ha ridimensionato il ruolo dei quadri intermedi, e assecondato la dinamica plebiscitaria del sistema politico.

Riguardo al secondo punto, si può osservare che gli altri partiti concepiscono le tecnologie digitali essenzialmente come strumenti per consultare la base⁴⁵, o per favorire l'esercizio di poteri che già spettano agli iscritti⁴⁶. In queste ipotesi il ricorso agli strumenti digitali non si accompagna al trasferimento di rilevanti poteri dal vertice verso la base come, per intendersi, avviene (almeno sulla carta) nel modello del Movimento 5 stelle. Rientra in questo perimetro anche la

the power of personalization, or gated communities, which can diminish individual freedom and endanger self-government itself»), riconducibili all'orizzonte tematico della *bubble democracy* (v. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 28 ss.; D. PALANO, *La democrazia alla fine del "pubblico". Sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una "bubble democracy"?*, in *Governare la paura*, aprile 2019, p. 35 ss.). Sugli effetti negativi che tali fenomeni (della cui reale entità si discute: cfr. S. FLAXMAN-S. GOE-J.M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News*, in *Public Opinion Quarterly*, vol. 80, Issue S1, 2016, p. 298 ss.) comportano a carico del principio di rappresentanza v. ora A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 70 ss. Su tali questioni cfr. inoltre A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, p. 15 s.; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws*, n. 2/2019, p. 39 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, fasc. spec. 2019, p. 111; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, p. 22 ss.; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 9 ss.; G. MARCHETTI, *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 29 ss.; R. MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 225 ss.; F. SAMMITO-G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'era di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 77 ss.

⁴⁴ Cfr., per tutti, B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, New York, 1997, il quale propone la categoria della "democrazia del pubblico".

⁴⁵ Emblematica la previsione dello statuto di Fratelli d'Italia secondo cui il partito «promuove l'utilizzo delle nuove tecnologie come mezzo di consultazione degli iscritti e dei cittadini» (art. 2). Sostanzialmente simili la previsione dello statuto di +Europa (art. 8.2), di Articolo Uno (art. 6), di Italia Viva (art. 6), del Partito democratico (art. 30.7). Rientra in tale quadro anche la recente iniziativa di quest'ultimo partito, le cosiddette Agorà Democratiche, dal momento che l'impegno del partito a far proprie una parte delle proposte emerse dal confronto, non attribuisce alla base un reale potere decisionale. Va notato che per questa iniziativa il partito utilizza un software open source, Decidim (su questa piattaforma di democrazia partecipativa cfr. I. PEÑA-LÓPEZ, *Convirtiendo participación en soberanía: el caso de decidim.barcelona*, Huygens Editorial, Barcelona, 2019, p. 55 ss.; G. SMORTO, *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4/2019, p. 911 ss.; P. BENANTI-S. MAFFETTONE, *Algoritmi e nuovi strumenti di partecipazione politica*, in *Il Corriere della sera*, 27 luglio 2021).

⁴⁶ Ad es. prevedendo che la piattaforma possa essere utilizzata per favorire il voto degli aventi diritto al congresso del partito (st. Italia Viva, art. 13.2). A questo riguardo va rilevato che un partito ha svolto nel gennaio 2021 il proprio congresso in forma digitale (cfr. regolamento congressuale votato dalla Direzione nazionale di Sinistra italiana il 20 dicembre 2020).

norma secondo cui la piattaforma digitale serve per favorire «la co-decisione» fra gli iscritti, dato che non si accompagna alla introduzione di nuovi poteri in loro favore⁴⁷.

Il quadro delineato da tali previsioni statutarie evidenzia due aspetti. In primo luogo, mostra come, non diversamente dal modello 5 stelle, anche gli altri partiti siano mossi dalla volontà di mantenere l'effettivo monopolio decisionale in capo ai vertici, obiettivo che perseguono adottando previsioni statutarie vaghe e quindi facilmente aggirabili⁴⁸. In secondo (e conseguente) luogo, mostra come questi altri partiti non sfruttino adeguatamente le potenzialità della rete internet⁴⁹.

Tutto ciò porta ad interrogarsi sulla forma e sui contenuti della regolazione di tali fenomeni, considerando che i partiti, pur essendo formalmente associazioni non riconosciute, non sono semplici soggetti privati dal momento che agiscono all'interno del circuito istituzionale. Per questo motivo dovrebbero prestare particolare attenzione ai modi di utilizzo degli strumenti digitali.

Eppure, le armi dell'auto-regolazione rischiano di risultare spuntate, tutte le volte che la volontà politica si imponga, come accaduto con la decisione del garante del Movimento 5 stelle sul ritorno alla guida monocratica, che ha di fatto sospeso il potere di decidere tramite la rete che lo statuto riconosce alla base⁵⁰. E questo malgrado che gli interventi legislativi del 2012 e del 2013 in materia di finanziamento dei partiti abbiano valorizzato lo strumento degli statuti⁵¹.

Sarebbe allora opportuno che il legislatore (e quindi, in buona sostanza, i medesimi partiti che tramite i gruppi parlamentari operano nelle Camere) predisponga una disciplina quadro sull'uso delle tecnologie digitali, che, ormai è chiaro, ha un impatto crescente sul processo democratico-rappresentativo⁵². Una disciplina

⁴⁷ Art. III.4 st. Sinistra italiana.

⁴⁸ I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 1/2020, p. 220 ss.

⁴⁹ F. SCUTO, *L'organizzazione e il funzionamento interno dei partiti: vecchi e (apparentemente) nuovi modelli di fronte all'art. 49 Cost.*, in *Dir. cost. Rivista quadrimestrale*, n. 3/2019, p. 140.

⁵⁰ Vero è che la decisione del garante è stata poi avallata dagli iscritti, ma resta il punto: la volontà manifestata dal vertice ha derogato alle prerogative che lo statuto assegna alla base.

⁵¹ Sulla capacità degli statuti di regolare effettivamente la vita interna dei partiti cfr., a seguito delle due riforme parziali citate (legge n. 96/2012 e d.l. n. 149/2013), L. GORI, *La "reazione" degli statuti dei partiti dopo la nuova disciplina in tema di finanziamento pubblico*, in G. TARLI BARBIERI-F. BIONDI, (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 144 ss.; per una lettura (fin troppo) ottimistica dell'impatto di tali riforme sulla democrazia interna cfr. M.R. ALLEGRI, *Prime note sulle nuove norme in materia di democraticità, trasparenza e finanziamento dei partiti politici*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, marzo 2014. Sulle norme organizzative degli statuti cfr. S. D'ASCOLA, *L'organizzazione centrale negli statuti dei partiti politici*, in E. ROSSI-L. GORI, *Partiti politici e democrazia. Riflessioni di giovani studiosi sul diritto dei e nei partiti*, Plus – Pisa University Press, Pisa, 2011, p. 105 ss.

⁵² Basterebbe, per esempio, integrare l'art. 3 d.l. n. 149/2013 sul finanziamento, che enuncia i contenuti necessari degli statuti dei partiti. Sulla necessità di un intervento legislativo v. E. CHELLI,

che miri particolarmente a tutelare la democrazia interna e il principio di trasparenza. Anche così, non si può affatto escludere che la volontà politica finisca col prevalere, visto che non sembra infondato il sospetto che le regole interne siano, almeno in parte, un ipocrita tributo allo *Zeitgeist*. Ma resta il fatto che l'intervento del legislatore rafforzerebbe la linea che assegna alla base poteri decisionali da esercitarsi con strumenti digitali⁵³, e verosimilmente spingerebbe i capi dei partiti a un maggiore rispetto delle regole interne che, altrimenti, rischiano di restare mere proclamazioni⁵⁴.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Le sfide della democrazia digitale*, in *Forum – Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, p. 231 ss.
- AINIS M., *Democrazia digitale*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2013, p. 263 ss.
- ALGOSTINO A., *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2015, p. 8 ss.
- ALLEGRI M.R., *Prime note sulle nuove norme in materia di democraticità, trasparenza e finanziamento dei partiti politici*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, marzo 2014.
- BARBERIS M.-GIACOMINI G., *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria politica. Nuova serie*, X, 2020, p. 333 ss.

Una legge-quadro per i partiti, in *il Mulino*, n. 6/2011, p. 932 ss.; ID., *La democrazia interna dei partiti politici: un percorso solo avviato*, in *il Mulino*, n. 6/2019, p. 902 ss.; P. LOGROSCINO-M. SALERNO, *Il metodo democratico nei partiti e la centralità "in ombra" dell'output legitimacy*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 467 ss.; con specifico riferimento alla necessità di norme volte a fissare standard minimi di democrazia interna relativamente ai processi di scelta dei vertici cfr. P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2008, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009, p. 47. Sull'importanza del controllo democratico dei processi di progettazione algoritmica cfr. E. MEDINA, *Rethinking algorithmic regulation*, in *Kybernetes*, n. 6-7/2015, p. 1005 ss.; G. BUCHHOLTZ, *Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law*, in T. WISCHMEYER-T. RADEMACHER (eds), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer Nature, Cham, 2020, spec. p. 186.

⁵³ Per quanto bisogna tenere conto che le previsioni legislative sono aggirabili dai partiti (cfr. R. BIN, *Rappresentanti di cosa? Legge elettorale e territorio*, in *Le Regioni*, n. 4/2013, p. 662).

⁵⁴ In realtà, recenti decisioni prospettano l'ipotesi che il giudice tuteli gli associati in base agli art. 2 e 49 della Costituzione, malgrado l'assenza di una legge sugli standard minimi di democrazia interna (cfr. E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016, che sottolinea come un eventuale intervento legislativo consoliderebbe tale orientamento). Sulla necessità di valutare le regole interne alla luce del parametro democratico che impone la trasparenza del potere e il rispetto di forme e procedure cfr. M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, spec. p. 291.

- BASSINI M., *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, n. 3/2015, p. 861 ss.
- BECCHI P., *Democrazia diretta, democrazia digitale e M5s*, in *Cyberspazio e diritto*, n. 2/2017, p. 243 ss.
- BENANTI P.-MAFFETTONE S., *Algoritmi e nuovi strumenti di partecipazione politica*, in *Il Corriere della sera*, 27 luglio 2021.
- BETZU M., *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- BETZU M.-DEMURO G., *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media-Laws*, n. 1/2020, p. 218 ss.
- BIANCA M., *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws*, n. 2/2019, p. 39 ss.
- BIANCALANA C., *Il populismo nell'era di internet. Retorica e uso del web nel Movimento 5 stelle*, in *il Mulino*, n. 1/2014.
- BIANCALANA C.-PICCIO D.R., *L'organizzazione de Movimento 5 stelle: continuità o cambiamento?*, in *Quaderni di scienza politica*, n. 3/2017, p. 435 ss.
- BILANCIA P., *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. spec. 1/ 2017, p. 1 ss.
- BIN R., *Rappresentanti di cosa? Legge elettorale e territorio*, in *Le Regioni*, n. 4/2013, p. 649 ss.
- BIN R., *"Onestà! Onestà!" Ma ci può essere onestà senza legalità? Il Tribunale di Genova dà ragione a Cassimatis*, in *LaCostituzione.info*, 10 aprile 2017.
- BUCHHOLTZ G., *Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law*, in T. WISCHMEYER-T. RADEMACHER (eds), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer Nature, Cham, 2020.
- CALISE M.-MUSELLA F., *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 109 ss.
- CARDONE A., *"Decisione algoritmica" vs decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 70 ss.
- CASADEI T., *Il mito del «popolo della rete» e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, n. 3/2015, p. 882 ss.
- CASONATO C., *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, fasc. spec. 2019, p. 101 ss.
- CATERINA E., *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatoriosulfonti.it*, n. 3/2016, p. 1 ss.
- CECCATO M., *La battaglia legale sulla nomina di un curatore speciale del M5s*, in *Agenzia Giornalistica Italiana*, 5 maggio 2021.
- CHELI E., *Una legge-quadro per i partiti*, in *il Mulino*, n. 6/2011, p. 932 ss.
- CHELI E., *La democrazia interna dei partiti politici: un percorso solo avviato*, in *il Mulino*, n. 6/2019, p. 902 ss.
- CIARALLI C.A., *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Politica del diritto*, n. 3/2019, p. 387 ss.
- CIARLO P., *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 1 ss.

- CODUTI D., *Regolare i partiti politici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 2019.
- CODUTI D., *L'organizzazione del M5S nel nuovo statuto: equilibrio tra poteri o equilibrio di potere?*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2021, p. 505 ss.
- COSSIRI A., *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2018.
- COSTANZO P., *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 71 ss.
- CUNIBERTI M., *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2015, p. 290 ss.
- CUNIBERTI M., *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws*, n. 2/2018, p. 39 ss.
- CURRERI S., *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti per un tema vecchio*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 399 ss.
- D'ALEO P., *Il problematico rapporto tra cyberspazio e democrazia rappresentativa. I movimenti politici dell'e-democracy*, in *Politica & Società*, n. 1/2018, p. 45 ss.
- D'ALOIA A., *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, p. 22 ss.
- D'ASCOLA S., *L'organizzazione centrale negli statuti dei partiti politici*, in E. ROSSI-L. GORI (a cura di), *Partiti politici e democrazia. Riflessioni di giovani studiosi sul diritto dei e nei partiti*, Plus – Pisa University Press, Pisa, 2011, p. 105 ss.
- D'ATENA A., *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, p. 1 ss.
- D'ATENA A., *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 583 ss.
- DAL LAGO A., *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Raffello Cortina, Milano, 2017.
- DE FIORES C., *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, p. 211 ss.
- DE MINICO G., *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012.
- DE MINICO G., *About the regulation of Internet: constitutional issues, models and challenges*, in ID. (a cura di), *Libertà in Rete. Libertà dalla rete*, Giappichelli, Torino, 2020.
- DESIRIIS M., *Direct Parliamentarianism: An Analysis of the Political Values Embedded in Rousseau, the 'Operating System' of the Five Star Movement*, in *JeDEM – EJournal of EDemocracy and Open Government*, n. 2/2017, p. 47 ss.
- DESIRIIS M., *Digital movement parties: a comparative analysis of the technopolitical cultures and the participation platforms of the Movimento 5 Stelle and the Piratenpartei*, in *Information, Communication & Society*, n. 12/2020, p. 1770 ss.
- DESIRIIS M.-VITTORI D., *The Impact of Online Participation Platforms on the Internal Democracy of Two Southern European Parties: Podemos and the Five Star Movement*, in *International Journal of Communication*, n. 13/2019, p. 5696 ss.
- DI COSIMO G., *Personale e digitale. Le metamorfosi del partito*, in *Forumcostituzionale.it*, 17 gennaio 2019.
- FIORIGLIO G., *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.
- FLAXMAN S.-GOEL S.-RAO J.M., *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News*, in *Public Opinion Quarterly*, vol. 80, Issue S1, 2016, p. 298 ss.

- FROSINI T.E., *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Mucchi, Modena, 2021.
- GALLO F., *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 487 ss.
- GERBAUDO P., *The Digital Party. Political Organization and Online Democracy*, Pluto Press, London, 2018.
- GERBAUDO P., *Are digital parties more democratic than traditional parties? Evaluating Podemos and Movimento 5 Stelle's online decision-making platforms*, in *Party Politics*, n. 4/2021, p. 730 ss.
- GIACOMINI G., *Da Rousseau a rousseau.it. L'ideale della democrazia diretta (attraverso il digitale) e la sua (im)praticabilità*, in *Biblioteca della libertà*, n. 227/2020, p. 1 ss.
- GOMETZ G., *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, ETS, Pisa, 2017.
- GOMETZ G., *Populismo digitale e democrazia eterodiretta: il pericolo sta nel mezzo*, in *Ragion pratica*, n. 52/2019, p. 233 ss.
- GORI L., *La "reazione" degli statuti dei partiti dopo la nuova disciplina in tema di finanziamento pubblico*, in G. TARLI BARBIERI-F. BIONDI (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 144 ss.
- GORLANI M., *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Cacucci, Bari, 2017.
- GRASSO G., *La «cifra democratica» del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2017, p. 616 ss.
- LANZAFAME A.G., *Alcuni partiti di "nuova generazione" visti attraverso i loro statuti. Tendenze e problemi*, in *DPER online*, n. 2/2019, p. 151 ss.
- LO DICO F., *Rousseau, voto certificato dalla stessa società che ha progettato la piattaforma*, in *Il Messaggero*, 4 settembre 2019.
- LOGROSCINO P.-SALERNO M., *Il metodo democratico nei partiti e la centralità "in ombra" dell'output legitimacy*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 467 ss.
- MANIN B., *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, New York, 1997.
- MARCHETTI G., *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 29 ss.
- MARSOCCI P., *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 1 ss.
- MASSARI O., *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari-Roma, 2004.
- MEDINA E., *Rethinking algorithmic regulation*, in *Kybernetes*, n. 6-7/2015, p. 1005 ss.
- MONTALDO R., *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 225 ss.
- MOSCA L.-VACCARI C., *Il Movimento e la rete*, in P. CORBETTA-E. GUALMINI (a cura di), *Il partito di Grillo*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 169 ss.
- MOSCA L., *Problemi e limiti del modello organizzativo «cybercratico» nell'esperienza del Movimento 5 Stelle*, in *Ragion pratica*, n. 1/2015, p. 37 ss.
- MOSCA L., *Democratic vision and online participatory spaces in the Italian Movimento 5 Stelle*, in *Acta Politica*, n. 1/2020, p. 1 ss.
- NUNZIATA F., *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 1/2021, p. 127 ss.
- PALANO D., *La democrazia alla fine del "pubblico". Sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una "bubble democracy"?*, in *Governare la paura*, aprile, 2019, p. 35 ss.
- PALLANTE F., *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino, 2020, p. 57 ss.

- PARISER E., *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from you*, Penguin Press, New York, 2011.
- PELLIZZONE I., *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 1/2020, p. 220 ss.
- PEÑA-LÓPEZ I., *Convirtiendo participación en soberanía: el caso de decidim.barcelona*, Huygens Editorial, Barcelona, 2019, p. 55 ss.
- PERINI M., *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Giuffrè Francis Le-fevre, Milano, 2019.
- PICCIO D.R., *La scommessa democratica dei partiti in trasformazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 59 ss.
- PITRUZZELLA G., *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 28 ss.
- PIZZETTI F., *Partiti politici e nuove tecnologie*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2008, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009, p. 277 ss.
- RANIOLO F., *Organizzazione e leadership nei partiti politici*, in *il Mulino*, n. 6/2019, p. 932 ss.
- REVELLI M., *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017, p. 128 ss.
- RIDOLA P., *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2008, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009, p. 7 ss.
- RIVERA I., *La rete, i populismi e i partiti politici 2.0*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2/2017, p. 273 ss.
- ROSINI M., *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 1 ss.
- SAMMITO F.-SICHERA G., *L'informazione (e la disinformazione) nell'era di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 77 ss.
- SCUTO F., *L'organizzazione e il funzionamento interno dei partiti: vecchi e (apparentemente) nuovi modelli di fronte all'art. 49 Cost.*, in *Dir. cost. Rivista quadrimestrale*, n. 3/2019, p. 113 ss.
- SIMONCINI A., *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APAM. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori Education, Firenze, 2017, p. 19 ss.
- SMORTO G., *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4/2019, p. 911 ss.
- SPADARO I., *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 9 ss.
- SUNSTEIN C.R., *#republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, Princeton, 2017.
- VILELLA G., *E-Democracy. On Participation in the Digital Age*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- VILLASCHI P., *Voto e partecipazione nel sistema "Rousseau": di quale democrazia stiamo parlando?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 589 ss.

LA COMUNICAZIONE ELETTORALE SUI SOCIAL MEDIA TRA AUTOREGOLAZIONE E PROFILI DI DIRITTO COSTITUZIONALE*

di *Edoardo Caterina*

Sommario: 1. Alla ricerca di uno statuto costituzionale della comunicazione elettorale online. – 2. Il diritto della comunicazione elettorale online: caratteristiche peculiari. – 3. Il (non-) diritto elettorale delle piattaforme digitali. – 4. Il finanziamento della propaganda politica online. – 5. Conclusioni (con alcune proposte).

1. *Alla ricerca di uno statuto costituzionale della comunicazione elettorale online*

In questo contributo si cercherà di affrontare, in un'ottica di diritto costituzionale, le problematiche sollevate dalla propaganda elettorale online¹. La disciplina delle campagne elettorali in Italia si ritrova principalmente nelle leggi nn. 515 del 1993 e 28 del 2000²; queste, come noto, prevedono una serie di regole volte a garantire le pari opportunità tra i vari partiti e candidati e a prevenire episodi di corruzione politica³ (ad esempio, ponendo tetti di spesa e regolando l'accesso ai

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, p. 1393 ss. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Processi democratici e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 29 gennaio 2021.

¹ Sul tema si vedano, nel panorama italiano, le riflessioni di M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e auto-disciplina*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

² Altro riferimento normativo valorizzato da M.R. ALLEGRI (ivi, p. 84 ss.) è quello della legge n. 212/1956. L'A. evidenzia come tale disciplina sarebbe di impossibile applicazione e inopportuna se estesa in via analogica anche alla propaganda online.

³ Cfr. G. ARCONZO, *La regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali. Limiti di spesa, obblighi di trasparenza e sistemi di controllo*, in G. TARLI BARBIERI-F. BIONDI, *Il finanziamento della politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016. Sul tema della corruzione politica e le sue molteplici implicazioni costituzionali cfr. G. TARLI BARBIERI, *Corruptio optimi pessima*, Mucchi editore, Modena, 2020.

mezzi audiovisivi nei periodi antecedenti alle votazioni). Si tratta di un impianto legislativo ormai invecchiato, anche solo per il fatto che non contempla espressamente nessuna regola per il mezzo Internet, ormai cruciale nella formazione dell'opinione pubblica. Una regolazione delle campagne elettorali su Internet è certamente possibile e con ogni probabilità diventerà presto oggetto di attenzione da parte del diritto positivo. Tuttavia, il mezzo Internet, e in particolare quello dei *social media*, sembra mostrare esigenze tutte *sui generis* e una meccanica trasposizione delle regole valide per i *mass media* tradizionali risulta impossibile per una serie di ragioni che verranno di seguito esposte e che sono in parte facilmente intuibili⁴. Una prima domanda da porsi è quindi: in cosa la regolazione della comunicazione elettorale sui *social media* differisce dalla regolazione della comunicazione elettorale sugli altri *media*? Posta questa domanda astratta, occorrerà andare a indagare nel concreto appurando dapprima quali siano *de iure condito* le disposizioni normative applicabili alla comunicazione elettorale online. Anticipiamo fin da subito che l'anomia in questo settore regna quasi incontrastata. Ma se il legislatore è inerte e non *regola*, ciò non toglie che una regolazione possa provenire da altri soggetti. Si parla innanzitutto delle stesse "piattaforme digitali", per usare la terminologia adoperata nella bozza di Regolamento UE sui servizi digitali (c.d. *Digital Services Act*), e cioè di quei *media* come Facebook e Google che selezionano i contenuti e li indirizzano agli utenti della rete. Come si vedrà, questi soggetti hanno predisposto autonomamente alcune regole in questo delicato ambito. Questa autoregolazione è sufficiente? E se non lo fosse, come dovrebbe configurarsi una possibile regolazione *ex lege*? Quali spazi andrebbero in ogni caso lasciati alla autoregolazione? Detto in altri termini, come deve modellarsi in concreto la *co-regolazione*, ossia quella interazione normativa tra le piattaforme digitali e il legislatore statale? In questo frangente non può non venire in rilievo l'attività, sempre più centrale, di autorità amministrative indipendenti (in Italia è ovviamente il caso dell'AGCOM).

Prima di tentare di rispondere a queste domande, è d'obbligo chiarire un po' meglio i termini della questione e delimitare l'ambito dell'indagine. Innanzitutto va notato che "comunicazione elettorale" non è un sinonimo di "comunicazione politica"⁵. L'ordinamento costituzionale lascia tendenzialmente libera la comunicazione politica in quanto espressione dell'art. 21 Cost. e del principio democratico, in modo da creare un *free marketplace of ideas*⁶. Lo stesso non avviene per

⁴ Parla di una «crisi delle regole tradizionali delle campagne elettorali»: M. MONTI, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, in *DPCE online*, vol. 50, num. spec. 2021, p. 1269 ss.

⁵ Per un inquadramento più generale del *political speech* online si fa rinvio a M. MONTI, *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online*, cit.

⁶ La fortunatissima metafora, vale sempre la pena ricordarlo, è dovuta al giudice Holmes nella sua *dissenting opinion* alla sentenza *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): «*the ultimate*

la comunicazione elettorale⁷, ovvero per tutte le attività volte a influenzare le opinioni politiche dei cittadini in prossimità delle elezioni. Qui limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero sono ammissibili, in estrema sintesi, al fine di: 1) garantire trasparenza circa i mezzi di finanziamento; 2) garantire il rispetto di limiti di spesa fissati per singoli candidati e partiti; 3) garantire in ogni caso le pari opportunità per tutti i candidati e i partiti, in modo che ciascuno possa “far sentire la sua voce” (c.d. *par condicio*); 4) evitare interferenze da paesi esteri. Queste limitazioni sono in parte da ricondurre allo stesso art. 21 Cost., in quanto fondante anche un diritto ad essere informati correttamente, in parte all’art. 48 Cost.⁸, che garantendo la libertà e l’eguaglianza del voto garantisce anche un confronto elettorale “ad armi pari”⁹. La trasparenza circa i mezzi di finanziamento delle campagne elettorali si interseca, nel caso della comunicazione online, anche con quella, “suggerita” dalla *ratio* dell’art. 21, comma 5, Cost. Se nel 1948 era una esigenza democratica conoscere i finanziatori della stampa periodica, nel mondo di oggi pare che una simile esigenza possa valere anche con riferimento alle piattaforme digitali che selezionano e ci propongono contenuti informativi. Ulteriori limitazioni possono essere configurate ove il messaggio promozionale venga inquadrato non alla stregua di una espressione dell’art. 21 Cost., ma dell’art. 41 Cost., come alcuni autori fanno parlando a tal proposito di un «messaggio politico commercializzato»¹⁰. Tale tesi, a parere di chi scrive, non è del tutto condivisibile. Da un lato non è strettamente necessario negare di essere in presenza di una manifestazione del pensiero ai sensi dell’art. 21 Cost. al fine di giustificare la presenza di un impianto regolatorio e di particolari limitazioni (come già avviene per i media tradizionali), dall’altro è il contenuto del messaggio a qualificare in primo luogo la sua natura commerciale, e non le modalità con cui è diffuso: un conto è pubblicizzare un prodotto puramente commerciale, un conto è la propa-

good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution» (630). Per una critica in italiano a questa costruzione: I. D’ANDREA, *Denaro, politica e libertà d’espressione: spunti da una recente pronuncia della Corte Suprema U.S.A.*, in *Giur. cost.*, n. 4/2010, p. 3675 ss. (p. 3679 ss.).

⁷ Si veda per tutti: F. LANCHESTER, *Propaganda elettorale*, in *Enc. dir.*, XXXVII (1988), p. 126 ss. (p. 130 s.).

⁸ Si vedano per tutti le sentenze della Corte costituzionale n. 502 del 2000 e 155 del 2002. Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell’ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 54.

⁹ Sul principio della libertà del voto applicato alla fase di formazione della volontà dell’elettore: M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 99 ss.; più in generale sulla “eguaglianza delle chances” (*Chancengleichheit*) dei partiti politici: P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), p. 66 ss. (p. 82 ss.).

¹⁰ Così G. D’IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 159 ss.

ganda politico-elettorale vera e propria, anche se i mezzi impiegati sono simili (ad es., le medesime strategie di targeting *online*). Vale la pena ricordare a tal proposito che la Corte Suprema degli Stati Uniti nel *leading case Virginia Board* (1976)¹¹ ha definito il *commercial speech* come «*speech which does no more than propose a commercial transaction*». Certo, la Corte EDU ha adottato una nozione più estensiva di *commercial speech*, includendovi anche messaggi dal contenuto non strettamente commerciale, ma situati all'interno di un «contesto commerciale»¹². Cionondimeno non pare corretto ridurre le tutele costituzionali prescindendo del tutto dall'effettivo contenuto del messaggio promozionale.

Non si affronterà invece in questa sede la delicata questione dei limiti contenutistici posti dai social media alla libertà di manifestazione del pensiero e ai vari fenomeni di censura privata (*hate speech*, *fake news*, ecc.): si tratta infatti di temi che trascendono quello specifico della comunicazione elettorale, anche se ovviamente si intrecciano con esso (si pensi alla diffusione di *fake news* nell'ambito di una campagna elettorale)¹³.

2. Il diritto della comunicazione elettorale online: caratteristiche peculiari

Come è stato già detto, il mezzo Internet conferisce alla propaganda elettorale caratteristiche tali da richiedere una regolazione *sui generis*. Quali siano queste caratteristiche, è ormai noto ed è stato studiato con attenzione da giuristi, scienziati politici ed esperti di comunicazione¹⁴. La principale particolarità del mezzo Internet è data, in estrema sintesi, dalla presenza di “piattaforme digitali” che monopolizzano l'informazione convogliata *online*, cosicché quando si parla di “comunicazione su Internet” si parla in realtà di “comunicazione sulle piattaforme digitali” (questa identificazione tra Internet e piattaforme digitali non è necessitata,

¹¹ U.S. Supreme Court, *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U. S. 748 (1976). Su questa giurisprudenza cfr. *ex multis* C.E. BAKER, *The First Amendment and Commercial Speech*, in *Indiana Law Journal*, 2009 (84), p. 981 ss.

¹² Cfr. ad es. ECtHR 12.04.2001, *SRG v. Switzerland*, no. 43524/98. Cfr. L. WOODS, *Article 11*, in: S. Peers et al. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 311 ss.

¹³ Su questo tema si veda, in questo stesso *Volume*: R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*. Si vedano inoltre: M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019, p. 259 ss.; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2019, p. 35 ss.

¹⁴ Per una panoramica con ampi riferimenti anche a studi non giuridici: E. LONGO, *Dai big data alle «bolle filtro»: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2019, p. 29 ss. e si veda anche M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 19 ss.

ma è ormai una realtà). A sua volta, la comunicazione sulle piattaforme digitali è contraddistinta dalla possibilità che il messaggio politico-elettorale sia rivolto non tanto a un gruppo non predeterminato di cittadini (ad es. telespettatori, lettori di un giornale), quanto ad ogni *singolo* cittadino e che sia “tagliato su misura” in base al suo profilo e alle sue preferenze (*microtargeting*), ricavate grazie all’impiego dei c.d. *big data*.

Ciò avviene in particolar modo su quelle particolari piattaforme che sono i *social media*.

Sui *social media* è possibile fare propaganda politico-elettorale in due modi: come “semplice utente” condividendo contenuti politici sul proprio profilo; oppure utilizzando i servizi di “inserzione”, e cioè pagando il *social* affinché pubblici i contenuti politici di una determinata pagina/profilo tra la generalità degli utenti. Facendo una similitudine: se i *social media* fossero un parco pubblico, ognuno avrebbe il proprio “angolo” in cui potere fare comunicazioni politiche, ma ognuno potrebbe anche pagare il gestore del parco perché faccia pubblicità a un determinato “angolo” indirizzandovi passanti e potenziali interessati¹⁵. Non solo: il gestore del parco sarebbe in grado di sapere in anticipo anche quali tra i passanti sono più “ben disposti” nei confronti di determinata propaganda politica. Sulla pagina informativa di Facebook intitolata «In che modo Facebook decide quali inserzioni mostrarmi?»¹⁶ si legge:

Per noi è importante che le inserzioni che vedi su Facebook siano interessanti e utili per te. Ecco alcuni esempi di elementi che prendiamo in considerazione quando decidiamo quali inserzioni mostrarti: la tua attività su Facebook (ad esempio, quando metti “Mi piace” a una Pagina o clicchi sulle inserzioni che vedi); altre informazioni su di te presenti nel tuo account Facebook (ad esempio, età, genere, luogo, dispositivi che usi per accedere a Facebook); informazioni che gli inserzionisti, i loro partner e i nostri partner di marketing possiedono e condividono con noi, come il tuo indirizzo e-mail; se dai il consenso, le tue attività su siti web e app esterni a Facebook.

Un’altra caratteristica della propaganda politica online è che le “inserzioni politiche” a pagamento sono sostanzialmente gestite per intero dal duopolio composto dal gruppo Facebook (che include Instagram)¹⁷ e dal gruppo Google (che include Youtube). Twitter, terzo potenziale concorrente di Google e Facebook in questo settore, ha per il momento deciso di non offrire servizi di pubblicità a pa-

¹⁵ La similitudine non è casuale: negli USA la Corte Suprema ha paragonato i *social network* a delle *public squares* (cfr. *infra*, nota n. 50).

¹⁶ Cfr. <https://www.facebook.com/help/562973647153813>.

¹⁷ In generale, sulla posizione sostanzialmente monopolista di Facebook nel settore pubblicitario online: D. SRINIVISAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist’s Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers’ Preference for Privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2019 (16), p. 39 ss.

gamento per messaggi con contenuti politico-elettorali. Il motivo di questa decisione è stato chiarito da Jack Dorsey, creatore e proprietario di Twitter, con una sua dichiarazione del 30 ottobre 2019¹⁸. La decisione di Dorsey si fonda non solo sulla considerazione della particolarità del *social* Twitter, ma anche su di una presa di posizione etico-politica: «crediamo che la diffusione del messaggio politico debba essere guadagnata e non acquistata»¹⁹. Va ad ogni modo notato che, nonostante la presenza di Google, Facebook ha una posizione del tutto dominante, detenendo quote di mercato di gran lunga più ampie. Ad esempio, per le elezioni tenutesi nel 2017 nel Regno Unito, i partiti hanno speso “solo” un milione di sterline per farsi propaganda per mezzo di Google & co., a fronte di 3,2 milioni di sterline spese per la pubblicità su Facebook²⁰. La stessa tendenza si è avuta anche in Italia: dal marzo 2019 sono state spesi oltre 30 milioni di euro in pubblicità su temi sociali su Facebook, mentre su *Google ads* la cifra spesa in propaganda politico-elettorale nello stesso arco di tempo non raggiunge i 700mila euro²¹.

¹⁸ La dichiarazione è stata resa, *ça va sans dire*, su *Twitter*. Non è privo di interesse riportarne alcuni stralci: «*We've made the decision to stop all political advertising on Twitter globally. We believe political message reach should be earned, not bought. Why? A few reasons ... A political message earns reach when people decide to follow an account or retweet. Paying for reach removes that decision, forcing highly optimized and targeted political messages on people. We believe this decision should not be compromised by money. While Internet advertising is incredibly powerful and very effective for commercial advertisers, that power brings significant risks to politics, where it can be used to influence votes to affect the lives of millions. We considered stopping only candidate ads, but issue ads present a way to circumvent. Additionally, it isn't fair for everyone but candidates to buy ads for issues they want to push. So we're stopping these too. [...] In addition, we need more forward-looking political ad regulation (very difficult to do). Ad transparency requirements are progress, but not enough. The Internet provides entirely new capabilities, and regulators need to think past the present day to ensure a level playing field. [...] A final note. This isn't about free expression. This is about paying for reach. And paying to increase the reach of political speech has significant ramifications that today's democratic infrastructure may not be prepared to handle. It's worth stepping back in order to address*».

¹⁹ Su questa *policy* di *Twitter*, cfr. *amplius*: P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 265 ss. (in part.: p. 272 ss.).

²⁰ Cfr. K. DOMMETT-S. POWER, *The Political Economy of Facebook Advertising: Election Spending, Regulation and Targeting Online*, in *The Political Quarterly*, n. 2/2019, p. 257 ss.

²¹ Cfr. <https://transparencyreport.google.com/political-ads/region/IT>. Queste cifre vanno tuttavia soppesate tenendo conto che Facebook include nelle pubblicità su temi “sociali” anche contenuti che non sono propaganda politico-elettorale (ad es., le pubblicità di ONG come Emergency, Unicef e Greenpeace). La somma spesa in pubblicità strettamente politico-elettorale su Facebook supera comunque nettamente quella spesa su Google/YouTube. A titolo di raffronto, il solo partito “Lega – Salvini Premier” ha speso in pubblicità su Facebook nel periodo compreso tra aprile 2019 e ottobre 2021 una cifra pressoché uguale da quella spesa da tutti gli inserzionisti politici su Google nello stesso periodo (oltre 600mila euro, di cui oltre 460mila a beneficio della pagina di Matteo Salvini).

3. Il (non-) diritto elettorale delle piattaforme digitali

La disciplina delle inserzioni politiche sui social media rappresenta uno dei casi più interessanti di “autoregolazione” della comunicazione politica. In primo luogo vanno notate le caratteristiche della tecnica di autoregolazione: non esiste un testo articolato e redatto secondo le consuete tecniche di normazione (ad es. un “codice del diritto di Facebook”), ma disposizioni sparpagliate che possono trovarsi sulle pagine informative delle varie piattaforme (i c.d. *community standards*)²². Queste “informazioni” sono soggette a frequenti revisioni e variano a seconda dei paesi.

De iure condito attualmente in Italia non vi sono che disposizioni di *soft law* che mirano a promuovere la trasparenza circa l’identità degli acquirenti di messaggi politici a pagamento su piattaforme digitali²³. Al livello UE si segnala a tal proposito il “Codice di buone pratiche sul tema della disinformazione online” del 2019²⁴ a sua volta ispirato dal rapporto dell’*High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation* (2018)²⁵. L’approccio di *soft law* non sembra tuttavia destinato a durare a lungo: la trasparenza delle inserzioni diverrà obbligo di legge se la proposta di *Digital Services Act* venisse approvata nella sua attuale forma (versione del 15 dicembre 2020). In particolare, l’art. 24 della proposta prevede che²⁶:

²² Questi possono essere definiti come un “set di regole semipubbliche” che costituiscono un vero e proprio corpo normativo: così K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, n. 8/2020, p. 2418 ss.

²³ Vi sono anche disposizioni di legge applicabili in via analogica alla propaganda online. Ad es., l’art. 3, comma 2, legge n. 515/1993, che impone di indicare il nome del committente responsabile «di tutte le pubblicazioni di propaganda elettorale a mezzo di scritto, stampa [...] ed ogni altro mezzo di divulgazione». Così M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 92. Tuttavia si tratta appunto di disposizioni non concepite appositamente per la propaganda online e che non possono veramente trovare applicazione senza una disciplina ad hoc e l’individuazione di un soggetto preposto a vigilare sul loro rispetto.

²⁴ Cfr. *EU Code of practice on disinformation*, online: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

Su cui: M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell’UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *MediaLaws*, n. 1/2019 e ID., *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell’Unione Europea* (Code of practice on disinformation), in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 282 ss.

²⁵ Cfr. EU Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 2018, online: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

²⁶ Si veda il *considerando* n. 63: «[...] Le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovrebbero garantire l’accesso del pubblico ai registri della pubblicità visualizzata sulle loro interfacce

Le piattaforme online che visualizzano pubblicità sulle loro interfacce online provvedono affinché i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro e non ambiguo e in tempo reale, per ogni singolo messaggio pubblicitario mostrato a ogni singolo destinatario:

- a) la natura pubblicitaria delle informazioni visualizzate;
- b) la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità;
- c) informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità.

In Italia il *soft law* si è prodotto soprattutto grazie all’iniziativa dell’AGCOM che, a partire dal 2019, è intervenuta per supplire al vuoto legislativo stipulando degli accordi con le piattaforme online volti a garantire il rispetto di alcuni principi in campagna elettorale²⁷. Nell’ambito del “Tavolo Tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali”²⁸ sono stati siglati di volta in volta, in occasione delle diverse campagne elettorali (europee 2019, regionali e referendum 2020), degli «Impegni»²⁹ volti a «garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale». Tali impegni invero poco aggiungono rispetto a quelli già assunti dalle piattaforme in sede europea (in primo luogo per quanto riguarda la trasparenza del finanziamento delle inserzioni politiche). Le piattaforme coinvolte si sono in aggiunta impegnate a prendere in esame in via prioritaria le segnalazioni effettuate dalla Autorità e a collaborare con la stessa al fine di garantire il rispetto del divieto di comunicazione istituzionale nel periodo elettorale (art. 9 legge n. 28/2000) e del divieto di diffusione di sondaggi nei 15 giorni che precedono il voto. Molto vaghe le raccomandazioni della Autorità in tema di *fake news*, account falsi e *bot* (raccomandazioni che non sono niente di più che un generico invito a ... “fare qualcosa”).

Volgendo lo sguardo all’estero, occorre notare che la Francia ha già superato

online per facilitare la vigilanza e la ricerca sui rischi emergenti derivanti dalla distribuzione della pubblicità online, ad esempio in relazione alla pubblicità illegale o alle tecniche di manipolazione e alla disinformazione che hanno ripercussioni negative reali e prevedibili sulla salute pubblica, sulla sicurezza pubblica, sul dibattito civico, sulla partecipazione politica e sull’uguaglianza. I registri dovrebbero comprendere i contenuti della pubblicità e i relativi dati sull’inserzionista e sulla fornitura della pubblicità, in particolare qualora si tratti di pubblicità mirata.

²⁷ Sull’approccio AGCOM alla comunicazione politico-elettorale online: M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 102 ss.

²⁸ Istituito con la delibera n. 423/17/CONS.

²⁹ «Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale». Cfr. online: <https://www.agcom.it/documents/10179/13511391/Documento+generico+15-05-2019/8a187ec9-5a3b-467c-be5e-13791de74bb6?version=1.0> (elezioni 2019) e <https://www.agcom.it/documents/10179/19601687/Documento+generico+05-08-2020+1597742697668/834379a2-a160-4567-8277-8001ccd94177?version=1.0> (elezioni 2020).

l'impostazione *soft law* passando a un approccio regolatorio più tradizionale. Qui nel 2018 è stata approvata una legge, la *loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, che mira a regolare anche la propaganda elettorale online e novella il *Code électoral*, imponendo sostanzialmente quella trasparenza circa i *political ads* che nel "Codice di buone pratiche" del 2019 viene solamente incentivata³⁰. Di grande interesse il ruolo che la legge affida al *CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel)*, l'autorità indipendente francese preposta al settore audiovisivo. Il *CSA* non solo ha poteri sanzionatori, ma compie anche una attenta opera di monitoraggio pubblicando rapporti annuali in cui vengono esaminate tutte le *policies* delle varie piattaforme e vengono fornite raccomandazioni sia al legislatore che ai gestori di piattaforme³¹.

Al di fuori della UE, va segnalato che anche nel Regno Unito si va delineando un percorso regolatorio simile. Qui già nel 2018 la *Electoral Commission* aveva invitato il legislatore a prendere misure volte a garantire proprio la trasparenza delle inserzioni politiche e ad evitarne il finanziamento con danaro proveniente dall'estero³². Ne è seguita una consultazione conclusasi a fine 2020³³ e a giugno 2021 il Governo ha annunciato un progetto di riforma elettorale che include tra l'altro una regolazione *ad hoc* della comunicazione elettorale online finalizzata ad assicurare la trasparenza, soprattutto in relazione alle fonti di finanziamento³⁴. A

³⁰ Sull'impianto complessivo di questa legge: R. RAMBAUD, *Lutter contre la manipulation de l'information*, in *L'Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)*, n. 8/2019, p. 453 ss.; in italiano si veda: M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 119 ss. e sia consentito il rinvio anche a E. CATERINA, *op. cit.*

³¹ L'ultimo rapporto, pubblicato nel settembre 2021, è consultabile online al seguente link: <https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Lutte-contre-la-manipulation-de-l-information-le-CSA-publie-le-bilan-des-mesures-mises-en-oeuvre-par-les-plateformes-en-ligne-en-2020>.

³² Cfr. UK Electoral Commission, *Report: Digital campaigning – increasing transparency for voters*, 1° giugno 2018, online: <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/changing-electoral-law/transparent-digital-campaigning/report-digital-campaigning-increasing-transparency-voters>. Nelle *Recommendations* rivolte al legislatore si legge: «Each of the UK's governments and legislatures should: change the law so that digital material must have an imprint saying who is behind the campaign and who created it; [...] clarify that spending on election or referendum campaigns by foreign organisations or bodies is not allowed. They would need to consider how it could be enforced and the impact on free speech; increase the maximum fine we can sanction campaigners for breaking the rules, and strengthen our powers to obtain information outside of an investigation».

³³ Cfr. Cabinet Office, *Transparency in digital campaigning. Technical consultation on digital imprints*, online: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1014665/Digital_imprints_consultation.pdf.

³⁴ Si veda lo *statement* del 15 giugno 2021 del ministro Chloe Smith: *Strengthening Transparency and Fairness in Elections, Statement made on 15 June 2021*, online: <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2021-06-15/hcws92>. Qui si legge: «The Elections Bill will legislate to extend the 'imprint' regime to digital campaigning material. The imprint regime ensures there is accountability over who is promoting campaigning material (and on whose behalf), provides a recourse to challenge, and can help discourage the publication of anonymous intimidatory

luglio 2021 è stato presentato il progetto di legge (*Elections bill*) alla Camera dei Comuni³⁵: il sesto capo del progetto è dedicato interamente alle «informazioni che devono essere accluse al materiale elettronico» e conferisce alla *Electoral Commission* un ruolo centrale nell'*enforcement* delle previsioni di legge, con poteri di irrogare sanzioni e di ordinare la rimozione di contenuti online.

Venendo alle “politiche” (*policies*) delle varie piattaforme, si illustreranno di seguito quelle di Facebook e Google³⁶, i due attori che ricoprono un ruolo preponderante nella raccolta pubblicitaria online.

Google consente ai candidati di pagare per una “precedenza” nei risultati ottenuti nel motore di ricerca per determinati termini (*search ads*); su Youtube (che è parte del gruppo Google) è inoltre possibile fare campagna elettorale acquistando gli spazi pubblicitari che precedono i video sponsorizzati presenti sulla piattaforma (*Youtube ads*); vi sono infine i *display ads*, ovvero le caselle con le pubblicità che compaiono sulle pagine dei siti che si visitano una volta indirizzati dal motore di ricerca. Google nelle sue *Advertising policies*³⁷ dichiara di sostenere «la propaganda politica responsabile» e di richiedere il rispetto dei requisiti di legge presenti in ciascun paese, «includere le leggi relative a campagne elettorali ed elezioni e i periodi obbligatori di silenzio elettorale». Nell'area UE e in altre aree geografiche Google richiede la «verifica degli annunci elettorali», e cioè che questi rechino un'informativa che identifica chi ha pagato l'annuncio (su cui compare un avviso «pagato da [...]»)³⁸. Caratteristica particolarmente interessante

material. The Government today is publishing a response to the consultation on how digital imprints should be implemented. This is a complex area, given the need to avoid unreasonably restricting the free speech of individuals, or impose disproportionate measures which would discourage political campaigning. These balanced measures on digital imprints will update our campaigning laws for the modern age and protect the integrity of our democratic processes. A copy of the response has been placed in the Libraries of both Houses. The Government has engaged with the Electoral Commission, social media companies and political parties through the Parliamentary Parties Panel in developing all these provisions, and carefully considered policy recommendations made by respondents to the consultation, think tanks and by Parliamentary Select Committees. Overall, these measures strike the right balance between further strengthening our regulatory framework and ensuring democratic engagement in this country can continue to be vibrant and inclusive».

³⁵ Il testo del progetto è consultabile online al seguente indirizzo: <https://bills.parliament.uk/bills/3020>.

³⁶ Per una ricognizione più esaustiva si rinvia a P. BONINI, *op. cit.*

³⁷ Cfr. <https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595?hl=it>.

³⁸ Per l'area UE Google dà questa definizione di «annuncio elettorale»:

«Nell'Unione europea, gli annunci elettorali includono quelli che presentano:

- un partito politico, un funzionario eletto in carica o un candidato al Parlamento dell'UE;
- un partito politico, un funzionario eletto in carica o un candidato per un ufficio elettivo nazionale in uno stato membro dell'UE. Alcuni esempi sono i membri di un parlamento nazionale e i presidenti che vengono eletti direttamente.
- una votazione referendaria, un gruppo di campagne referendarie o un invito a partecipare a un referendum nazionale oppure a un referendum regionale o provinciale sulla sovranità.

delle “politiche” di Google in materia di propaganda elettorale è che per questo specifico tipo di annunci viene escluso il *microtargeting* più pervasivo. Infatti nella *Guida di Google ads* si può leggere:

Per il targeting degli annunci elettorali, nelle aree geografiche in cui è richiesta la verifica degli annunci elettorali [NdR: come in tutti i paesi UE], possono essere utilizzati solo i seguenti criteri:

- Località geografica (tranne un’area definita da un raggio intorno a una località);
- Età, sesso;
- Opzioni di targeting contestuale quali: posizionamenti degli annunci, argomenti, parole chiave relative a siti, app, pagine e video.

Tutti gli altri tipi di targeting non sono ammessi negli annunci elettorali.

Infine, Google pubblica anche un “Rapporto sulla trasparenza per la propaganda politica”³⁹ in cui si trovano raccolti, divisi per area geografica, tutti gli annunci politici pubblicati, con la possibilità di per ciascuno di conoscere, per ogni annuncio, il nome dell’acquirente, il numero di visualizzazioni che ha avuto e la fascia dell’importo speso⁴⁰ (ma non l’importo esatto).

Facebook, a differenza di Google, non prevede un regime particolare per i *political ads* quanto a *targeting*. È però previsto un regime di trasparenza, in conformità con gli impegni presi nel “Codice di buone pratiche”. Come Google, anche Facebook ha iniziato, a partire da marzo/aprile 2019, a pubblicare, in una apposita sezione online denominata *Ad Library* (“biblioteca delle inserzioni”)⁴¹, i nomi dei soggetti finanziatori di ogni inserzione che concerna temi politici o sociali⁴², creando un archivio consultabile da tutti con tutte le inserzioni pubblicate. Tale archivio fornisce anche più dati di quello di Google, visto che è conoscibile anche l’esatto importo speso in inserzioni da ciascun soggetto politico. I dati sulle inserzioni rimangono disponibili al pubblico per sette anni dopo la pubblicazione.

Gli annunci elettorali non includono quelli per prodotti o servizi, tra cui prodotti promozionali a scopo politico come le magliette, né quelli pubblicati da agenzie di stampa per promuovere la copertura di referendum, partiti politici, candidati o funzionari eletti in carica.

³⁹ Cfr. online: <https://transparencyreport.google.com/political-ads/region/EU>.

⁴⁰ Attualmente sono presenti sei fasce: 1) Meno di € 50; 2) € 50-€ 500; 3) € 500-€ 30.000; 4) € 30.000-€ 60.000; 5) Più di € 60.000.

⁴¹ La versione italiana di Facebook traduce erroneamente «Libreria delle inserzioni». Cfr. online la *Ad Library* italiana: https://www.facebook.com/ads/library/?active_status=all&ad_type=political_and_issue_ads&country=IT&media_type=all.

⁴² Viene dato infatti una nozione molto ampia di «inserzione politica». Cfr. online: <https://www.facebook.com/business/help/167836590566506?id=288762101909005>: «Ads about social issues, elections or politics are: Made by, on behalf of, or about a candidate for public office, a political figure, a political party or advocates for the outcome of an election to public office; or About any election, referendum, or ballot initiative, including “go out and vote” or election campaigns; or About social issues in any place where the ad is being placed; or Regulated as political advertising».

Facebook ha anche tentato di limitare le interferenze estere nella propaganda online. Infatti, tra le regole applicabili ai paesi UE si legge: «tutti gli inserzionisti che desiderano pubblicare inserzioni su temi sociali, elezioni o politica devono far pubblicare l'inserzione da una persona autorizzata nel Paese dell'UE a cui è destinata»⁴³. Si potrebbe parlare, tra il serio e il faceto, di un principio *cuius regio eius insertio*: solo un cittadino italiano può acquistare una pubblicità su temi politici sociali destinata al pubblico italiano su Facebook.

4. Il finanziamento della propaganda politica online

La propaganda politica online rappresenta uno snodo fondamentale del “danaro politico”. Sempre maggiori risorse, siano esse di provenienza pubblica ovvero privata, vengono investite dai soggetti politici in questo tipo di propaganda⁴⁴. Dal punto di vista della regolazione del finanziamento della politica la disciplina della propaganda online rappresenta quindi una sfida fondamentale. La ragione più evidente è che una trasparenza sulla propaganda online consente un controllo diffuso sul rispetto dei tetti di spesa previsti dalla legislazione per le campagne elettorali. Ma vi è anche una ulteriore ragione: acquistando *political ads* online per conto terzi è possibile eludere i vari divieti di finanziamento previsti per partiti politici e candidati. Si tratta delle c.d. “azioni parallele”⁴⁵. Un esempio di scuola: Tizio, cittadino straniero che non può effettuare donazioni in favore del partito X (cfr. art. 1, comma 12, legge n. 3/2019) acquista, per aggirare il divieto, delle inserzioni su Facebook che fanno propaganda per il medesimo partito o che riguardano un tema vicino alle posizioni politiche del partito (c.d. *issue advocacy*). Molti altri esempi possono essere fatti con riferimento ai vari divieti posti dalla legislazione.

Tanto maggiore sarà la trasparenza della propaganda *online* tanto più ridotte saranno le possibilità elusive date dalle “azioni parallele”. Da questo punto di vista, il quasi-monopolio di Facebook sulle inserzioni politiche assume paradossalmente una valenza positiva, perché aiuta il regolatore a controllare più agevolmente questo particolare mercato. Le *policies* di Facebook in materia di *political ads*, siano esse “sollecitate” dal *soft law* o frutto di spontanea iniziativa, assumono così una valenza materiale quasi di legge di settore. Questo perché, nonostante la

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Ciò si inserisce nella generale tendenza che vede ormai la raccolta pubblicitaria online superare di gran lunga quella dei mezzi di informazione tradizionali. Cfr. AGCOM – OSSERVATORIO SULLE COMUNICAZIONI, *Focus pubblicità online*, online: <https://www.agcom.it/documents/10179/4763755/Allegato+31-7-2020/56faf730-d62e-4cbf-a0b7-7fb60fa0fa70?version=1.0>.

⁴⁵ Impiego il felice termine (*Parallektionen*) adottato dalla dottrina tedesca e coniato da M. MORLOK, *Spenden – Rechenschaft – Sanktionen. Aktuelle Rechtsfragen der Parteienfinanzierung*, in *NJW*, 2000, p. 761 ss. Il termine trae origine dal celebre romanzo di Musil, “L'uomo senza qualità”.

sua rilevanza cruciale, la materia, come detto, è ad oggi rimessa alla autoregolazione delle piattaforme *online*. Il menzionato “Codice di buone pratiche sulla disinformazione online” impone ai firmatari una «*public disclosure of political advertising [...] which could include actual sponsor identity and amounts spent*». I dati pubblicati sono significativi e testimoniano il crescente impiego di risorse finanziarie in queste attività di propaganda online. Si è già detto che in Italia dall’aprile 2019 all’ottobre 2021 sono stati spesi più di 30 milioni di euro in inserzioni su temi politico-sociali; ebbene, negli USA nello stesso periodo sono stati spesi quasi tre miliardi di dollari, il che forse ci fa presagire una tendenza verso un sempre maggiore afflusso di “danaro politico” verso le piattaforme digitali. Può essere di interesse qualche dato sulle elezioni politiche nazionali (attualmente non disponibile per quelle italiane del 2018, tenutesi prima che fossero applicate le nuove regole di trasparenza). In Germania, nei due mesi antecedenti le elezioni politiche del 26 settembre 2021, i sei maggiori partiti (SPD, CDU/CSU, FDP, Linke, Verdi e AfD) hanno speso circa 3,3 milioni di euro in inserzioni su Facebook: più di 50mila euro al giorno⁴⁶.

Come valutare il “*corpus* normativo” Facebook? Vi sono sicuramente molti aspetti positivi da accogliere con favore. La autoregolazione privatistica di Facebook potenzia notevolmente la trasparenza prevista dalle disposizioni di legge circa le risorse finanziarie della politica e aiuta a raggiungere obiettivi costituzionali in tema di finanziamento della politica. Senza la *Ad Library* sapremmo molto di meno circa l’impiego di risorse finanziarie da parte dei soggetti politici in Italia. Dagli schemi di rendiconti previsti dalla legge o comunque impiegati dai partiti non è possibile desumere l’importo speso nella “propaganda social”. Ancora, la trasparenza Facebook rende più difficile l’aggiramento delle regole di legge tramite “azioni parallele”. Infine, Facebook con il principio *cuius regio eius insertio* aiuta a rendere effettivo il divieto di donazioni estere.

D’altra parte sono pure evidenti i limiti di questa autoregolazione di Facebook. Innanzitutto questa copre le esigenze di trasparenza, ma non quelle di pari opportunità. Ad es.: non vi sono tetti di spesa alle inserzioni pubblicitarie. Solo la regolazione *ex lege* può stabilire simili misure; la trasparenza di Facebook può aiutare ad attuarle con effettività. Il principio *cuius regio eius insertio* è facilmente aggirabile tramite prestanome, e quindi Facebook non si sostituisce veramente alla vigilanza di autorità pubbliche sul rispetto del divieto di finanziamenti esteri. Ma soprattutto, si pone un problema di garanzie dei soggetti politici. Va infatti sempre tenuto a mente che fare propaganda politica è un diritto fondamentale che di-

⁴⁶ Si fa riferimento alle cifre indicate nella *Ad Library* come spese dai partiti o da loro articolazioni locali (escluse le spese sostenute dai singoli candidati). Per una dettagliata analisi delle spese dei partiti spagnoli in inserzioni su Facebook: D. CALVO-L. CANO-ORÓN-T. BAVIERA, *Global Spaces for Local Politics: An Exploratory Analysis of Facebook Ads in Spanish Election Campaigns*, in *Social sciences (Basel)*, 2021 (10), p. 271 ss.

scende direttamente, nel nostro ordinamento, dall'art. 21 Cost. (e, nel caso di propaganda fatta dai partiti, anche dall'art. 49 Cost.)⁴⁷. Data la posizione para-monopolistica di Facebook sulle inserzioni politiche sui social media, il suo eventuale rifiuto di pubblicare inserzioni a pagamento può costituire una grave lesione di questo diritto fondamentale⁴⁸. Se poi il rifiuto colpisce esclusivamente una determinata parte politica si può anche configurare una violazione del principio costituzionale delle pari opportunità dei partiti politici (artt. 3 e 49 Cost.). Da una lettura delle “regole” Facebook non è chiaro quali siano le garanzie procedurali in caso di diniego di pubblicazione. Ovviamente resta impregiudicata la possibilità di agire in giudizio in tali casi; ma quali sarebbero i possibili riferimenti normativi per un giudice?

Vi è poi una questione ulteriore e, per così dire, radicale: dobbiamo veramente fidarci dei dati diffusi da Facebook? Chi ci garantisce che siano corretti e corrispondano al vero? È giusto che sia un privato, senza alcuna supervisione o controllo di autorità pubbliche, a curare in via esclusiva la raccolta e diffusione di informazioni così cruciali per la vita democratica di un paese?

5. Conclusioni (con alcune proposte)

Vi è sovente un certo scetticismo sulla effettiva possibilità di regolare le piattaforme online e i social media. Ciò è dovuto alla loro natura transnazionale, alla velocità dei mutamenti tecnologici e alla difficoltà di un *enforcement* in un “ecosistema digitale” di cui le piattaforme digitali sono signore incontrastate⁴⁹. Chi scrive non condivide questo afflato pessimistico: è ben possibile una regolazione del *digital campaigning* che consenta una piena applicazione dei precetti costituzionali anche al c.d. ecosistema digitale. Lo dimostra il percorso intrapreso negli ultimi anni, che è chiaramente segnato da una crescente presenza di regole e limi-

⁴⁷ In questo senso, per tutti: M. MANETTI, *Propaganda politica radiotelevisiva*, in EAD., A. PACE (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario Branca-Pizzorusso*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 759 ss.

⁴⁸ Si può parlare di un diritto fondamentale alle pari opportunità. Cfr. in tal senso, con riferimento all'ordinamento tedesco e alla *Chancengleichheit* tra partiti politici: T. KOCH, *Neutralitätspflicht und Chancengleichheit bei Leistungen an politische Parteien*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 4, 2002, p. 694 ss. Ritiene in particolare che sia illegittimo, in quanto lesivo della libertà del voto, il rifiuto di un mezzo di informazione in posizione monopolistica di pubblicare l'annuncio elettorale di un determinato partito: H. MEYER, *Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, § 46, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, III, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, p. 543 ss. (p. 558 s.). Della stessa opinione, ma ritiene violato in tal caso il principio delle pari opportunità tra i partiti politici: M. MORLOK, *Art. 21*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, § 96.

⁴⁹ Sottolinea bene questi aspetti: P. BONINI, *op. cit.*, p. 268.

tazioni⁵⁰. Notevolissimi i passi in avanti fatti in materia di trasparenza del finanziamento, come si è fin qui mostrato. Molto modesti invece i progressi sul versante della *par condicio*. Tuttavia, a ben vedere, misure volte a garantire la *par condicio* online sono facilmente configurabili, ad esempio ponendo dei limiti di spesa per le inserzioni politiche online nel periodo elettorale (limiti di spesa che si affiancherebbero a quelli già previsti in via generale per partiti e candidati dalla legge n. 515/1993)⁵¹. Sarebbe inoltre non fuori luogo differenziare ulteriormente le inserzioni politiche rispetto alle normali inserzioni commerciali, vietando per esse le forme di *microtargeting* più insidiose e spregiudicate (ad esempio vietando in ogni caso l'impiego in tal senso di dati forniti da terze parti). Anche la disciplina del silenzio elettorale può essere estesa allo spazio digitale, rimettendone ai gestori delle piattaforme l'attuazione pratica.

Si tratta di operazioni tecnicamente fattibili e che però richiedono la vigilanza di una autorità pubblica che ne garantisca fattivamente il rispetto, irrogando se del caso adeguate sanzioni. In Italia questa autorità sarebbe certamente da individuare *de iure condendo* nella AGCOM. Il modello della vigilanza non sarebbe dissimile da quello che la proposta di *Digital Services Act* attualmente delinea per il “coordinatore dei servizi digitali”⁵² con riferimento alle piattaforme “molto grandi”: sarebbero in particolare da attribuire significativi poteri ispettivi alla autorità, in modo che questa sia in grado di verificare autonomamente che le piattaforme digitali si conformino alla normativa vigente. Il legislatore dovrebbe inoltre preoc-

⁵⁰ Al livello dottrinale e giurisprudenziale si segnala anche l'abbandono della concezione esclusivamente privatistica delle piattaforme e dei rapporti che sorgono nel loro “spazio digitale”. Si parla invece delle piattaforme come di “piazze pubbliche” (così la sentenza della Corte Suprema USA *Packingham v. North Carolina*, 582 US; 2017) sulle quali è lecita una azione del potere pubblico. Su questo punto si vedano, con particolare riferimento alla riflessione della dottrina nordamericana: M. BASSINI, *op. cit.*, p. 223 ss.; M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, p. 811 ss. La dottrina nordamericana sembra ormai andare (non senza difficoltà) verso un riconoscimento della natura pubblicistica delle piattaforme, con tutte le conseguenze del caso alla luce della *state action doctrine*: cfr. M. BASSINI, *ivi*, p. 189 ss.; da ultimo si veda anche la *concurring opinion* del giudice Thomas nel caso “Trump contro Twitter”, che pure opera uno sforzo ricostruttivo nel senso di imporre limiti alla discrezionalità delle piattaforme nell'esercizio di una “censura privata”: cfr. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in questo Volume e in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1369 ss. e M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 2781 ss. Non dissimile la concezione abbracciata dalla dottrina tedesca, per cui si esclude che le piattaforme siano titolari di un vero e proprio *Hausrecht* e quindi di una piena potestà sui propri “affari interni”: cfr. G. PIRAS, *Virtuelles Hausrecht?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

⁵¹ Ritengono che sia da considerare un tetto alle spese nella propaganda online: D. CALVO-L. CANO-ORÓN-T. BAVIERA, *op. cit.*, p. 15.

⁵² Per cui sia consentito il rinvio a E. CATERINA, *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021.

cuparsi di assicurare una maggiore procedimentalizzazione delle decisioni provenienti dalle piattaforme digitali e che possano incidere sul godimento di diritti fondamentali (si pensi alla decisione di non accettare inserzioni a pagamento da determinate parti politiche o a quella di cancellare una determinata pagina online che fa propaganda politica). Sarebbe auspicabile in particolare la predisposizione di rimedi non giurisdizionali davanti ad organi per quanto possibile imparziali (ad es.: reclami da proporre davanti all'AGCOM o a commissioni di esperti formate secondo il modello dell'*Oversight Board* di Facebook⁵³).

La dimensione transnazionale dell'ecosistema digitale non sembra un argomento particolarmente persuasivo contro un approccio regolatorio di *hard law* – lo suggerisce anche solo l'esempio della Francia: le piattaforme hanno già dimostrato di potere applicare regole diverse paese per paese, a seconda della diversa normativa vigente.

Da ultimo, preme rilevare che, anche nella stasi del legislatore, alle autorità pubbliche non mancano alcune possibilità di intervento. Lo si è visto bene in Italia con le meritorie iniziative della AGCOM. E ve ne sono anche di ulteriori che potrebbero essere messe in campo. Ad esempio, un'opera di monitoraggio costante delle varie *policies* delle piattaforme da pubblicare in rapporti periodici (sul modello delle relazioni annuali del *CSA*). Ma anche, più banalmente, la valorizzazione dei dati diffusi dalle piattaforme al fine di rafforzare la rete di controlli (spesso lacunosa) sul finanziamento dei soggetti politici. Le autorità preposte alla vigilanza sulle risorse finanziarie della politica (Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, Collegi di garanzia elettorale, Presidenza della Camera) potrebbero iniziare ad impiegare i dati pubblicati da Facebook e Google per incrociarli con quelli dei rendiconti presentati dai partiti e dai singoli eletti/candidati o anche per desumere la sussistenza di una "azione parallela" che, ai sensi della legge n. 3/2019, comporta obblighi di trasparenza per il soggetto che la effettua⁵⁴.

⁵³ Su cui in termini positivi cfr.: K. KLONICK, *op. cit.*

⁵⁴ Cfr. art. 5, comma 4, d.l. n. 149/2013 (come novellato dal comma 20, legge n. 3/2019): «sono equiparate ai partiti e movimenti politici [...] le fondazioni e le associazioni che erogano somme a titolo di liberalità o contribuiscano in misura pari o superiore a euro 5.000 l'anno al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni interne, di membri di organi di partiti o movimenti politici o di persone che ricoprono incarichi istituzionali».

BIBLIOGRAFIA

- AGCOM – OSSERVATORIO SULLE COMUNICAZIONI, *Focus pubblicità online*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/4763755/Allegato+31-7-2020/56faf730-d62e-4cbf-a0b7-7fb60fa0fa70?version=1.0>.
- ALLEGRI M.R., *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e auto-disciplina*, FrancoAngeli, Milano, 2020.
- ARCONZO G., *La regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali. Limiti di spesa, obblighi di trasparenza e sistemi di controllo*, in G. TARLI BARBIERI-F. BIONDI (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- BAKER C.E., *The First Amendment and Commercial Speech*, in *Indiana Law Journal*, vol. 84, n. 3/2009, p. 981 ss.
- BASSINI M., *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Roma, 2019.
- BONINI P., *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 265 ss.
- CABINET OFFICE, *Transparency in digital campaigning. Technical consultation on digital imprints*, in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1014665/Digital_imprints_consultation.pdf.
- CALVO D.-CANO-ORÓN L.-BAVIERA T., *Global Spaces for Local Politics: An Exploratory Analysis of Facebook Ads in Spanish Election Campaigns*, in *Social sciences (Basel)*, 2021 (10), p. 271 ss.
- CATERINA E., *Trasparenza della decisione algoritmica: quale ruolo per le autorità di garanzia nelle comunicazioni? Un quadro europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021.
- D'ANDREA I., *Denaro, politica e libertà d'espressione: spunti da una recente pronuncia della Corte Suprema U.S.A.*, in *Giur. cost.*, n. 4/2010, p. 3675 ss.
- D'IPPOLITO G., *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 159 ss.
- DOMMETT K.-POWER S., *The Political Economy of Facebook Advertising: Election Spending, Regulation and Targeting Online*, in *The Political Quarterly*, n. 2/2019, p. 257 ss.
- EU COMMISSION, *A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 2018, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.
- KLONICK K., *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, n. 8/2020, p. 2418 ss.
- KOCH T., *Neutralitätspflicht und Chancengleichheit bei Leistungen an politische Parteien*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, n. 4/2002, p. 694 ss.
- LANCHESTER F., *Propaganda elettorale*, in *Enc. dir.*, XXXVII (1988), p. 126 ss.
- LONGO E., *Dai big data alle «bolle filtro»: nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2019, p. 29 ss.
- MANETTI M., *Propaganda politica radiotelevisiva*, in EAD., A. PACE (a cura di), *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario Branca-Pizzorusso*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 759 ss.

- MEYER H., *Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, § 46, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, III, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, p. 543 ss.
- MONTI M., *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *MediaLaws*, n. 1/2019.
- MONTI M., *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE online*, n. 1/2021, p. 2781 ss.
- MONTI M., *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea* (Code of practice on disinformation), in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 282 ss.
- MONTI M., *Le categorie del costituzionalismo e le fonti alla prova della propaganda politica online: utente-consumatore o utente-cittadino?*, in *DPCE online*, vol. 50, num. spec. 2021, p. 1269 ss.
- MONTI M., *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, p. 811 ss.
- MORLOK M., *Art. 21*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- MORLOK M., *Spenden – Rechenschaft – Sanktionen. Aktuelle Rechtsfragen der Parteienfinanzierung*, in *NJW*, 2000, p. 761 ss.
- NIRO R., *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, p. 1369 ss.
- PIRAS G., *Virtuelles Hausrecht?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- RAMBAUD R., *Lutter contre la manipulation de l'information*, in *L'Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)*, n. 8/2019, p. 453 ss.
- RIDOLA P., *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), p. 66 ss.
- RUBECHI M., *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2016.
- SRINIVISAN D., *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, vol. 16, n. 1/2019, p. 39 ss.
- TARLI BARBIERI G., *Corruptio optimi pessima*, Mucchi editore, Modena, 2020.
- TARLI BARBIERI G., *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018.
- UK ELECTORAL COMMISSION, *Report: Digital campaigning – increasing transparency for voters*, 1° giugno 2018, in <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/changing-electoral-law/transparent-digital-campaigning/report-digital-campaigning-increasing-transparency-voters>.
- WOODS L., *Article 11*, in S. PEERS ET AL. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 311 ss.

IL FENOMENO DELLE *SMART CITIES* COME ESEMPIO DI CO-REGOLAZIONE DELLE NUOVE TECNOLOGIE. LA DEMOCRAZIA LOCALE DI FRONTE ALLE SFIDE GLOBALI

di Ylenia Guerra

Sommario: 1. Introduzione: la *governance* locale e l'erompere di un nuovo concetto di città. – 2. Origine storica delle *smart cities*: dall'urbanistica al diritto. – 2.1. La nozione giuridica di *smart city* tra legislatore e interprete. – 3. Le conseguenze del modello *smart* sulla *governance* locale. – 3.1. (segue) cenni sulle ripercussioni con riguardo alla cittadinanza locale: partecipazione e condivisione delle scelte. – 3.2. (segue) cenni sulle ricadute in termini di garanzia dei diritti: ampliamento ed efficientamento dei servizi socio-assistenziali? – 3.3. (segue) cenni sulle *smart cities* come strumento di protezione dell'ambiente. – 4. Talune traiettorie di ricerca: lo studio sistematico della prassi e l'elaborazione di una nozione univoca di *smart city*.

1. *Introduzione: la governance locale e l'erompere di un nuovo concetto di città*

A seconda della disciplina scelta per indagare il fenomeno, alla città¹ sono stati attribuiti nel tempo vari significati: da comunità politica composta da cittadini² a

¹ Sul significato pubblicistico di città v. J.B. AUBY, *Droit de la ville: Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, Paris, 2013. V., anche, R. CAVALLO PERIN, *Beyond the municipality: the city, its rights and its rites*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2/2013, p. 307 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, n. 2/2019, pp. 365-383; P. COSTA, *Il costituzionalismo e la non-città*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOCCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 33 ss.; H. LEFEVRE, *Il diritto alla città*, Ombre Corte, Verona, 2014. Sulla non univocità di significato del lemma città v., recentemente, G. PIPERATA, s.v. *'Infrastrutture, strade e mobilità'*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, III – Funzioni amministrative*, 2022, p. 716-719, v., in particolare, nt. 197. Infine, v., anche, S. BOERI, *Urbania*, Laterza, Bari, 2021.

² Si pensi a cosa segnalava A. BISCARDI, *La città antica come fatto di cultura nei suoi aspetti giuridici: introduzione*, in AA.VV., *La città antica come fatto di cultura. Atti del Convegno di Como Bellagio 16/19 giugno 1979*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 177: «Il problema generale della città antica, sotto il profilo giuridico, presenta due aspetti distinti, ma fra loro interdipendenti: il problema della città come "ordinamento" e il problema della città come "agglomerato urbano"». V., anche, U.

grande nucleo di aggregazione e conurbazione (v. metropoli e, nel diritto pubblico contemporaneo, città metropolitana)³, sino agli sviluppi più recenti, ove la città è intesa anche come centro di innovazione e ricerca tecnologica. Tale evoluzione è stata spesso accompagnata, soprattutto con riguardo ai mutamenti afferenti alla contemporaneità, da un ritardo della riflessione giuridica rispetto agli studi e alle sperimentazioni delle scienze dure⁴; si pensi, in tal senso, all'indagine sul fenomeno della conurbazione e, venendo all'oggetto della presente indagine, agli sviluppi tecnologici che contraddistinguono la dimensione urbana⁵.

CURI, *Alle radici dell'idea di città*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3-7.

³ Sul concetto di metropoli, v. A. PUBUSA, s.v. 'città metropolitana', in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, 360 e P. URBANI, s.v. 'area metropolitana', in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, pp. 111-112.

⁴ G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, in ID. (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017, 11. Tale dato è unanimemente riconosciuto in dottrina, si v., in tal senso, C. LAURI, s.v. 'smart city', in *Dig. disc. pubbl.*, 2021, p. 378 ove si legge «Solo di recente l'attenzione della giuspubblicistica italiana si è volta alla smart city, espressione di derivazione extragiuridica oggetto di richiamo crescente nelle politiche pubbliche e nelle prassi amministrative, ma che ancora di rado compare nei testi normativi. Pochi i lavori monografici sul tema improntati alla ricerca di una contestualizzazione nel sistema ordinamentale; alcune le opere collettanee, spesso frutto di un proficuo dialogo con discipline non giuridiche; più numerosi i contributi in forma di articolo talora organizzati in volumi speciali. La smart city è sovente richiamata a latere di trattazioni su tematiche settoriali che in parte ad essa si sovrappongono e rispetto alle quali si pone come elemento innovativo ed ulteriore. La contaminazione con la dottrina straniera ha costituito una base florida per l'esplorazione dei molteplici profili teorici e applicativi della smart city, anche grazie all'ampio confronto interdisciplinare che, in ragione della derivazione e della portata del concetto, appare come un tratto caratterizzante il dibattito».

V., anche, M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2014, p. 858; E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo*, Anno II, n. 4/2015, p. 1270: «[...] intorno al tema delle Smart cities si [sono] sviluppati filoni di studi di vario genere, soprattutto in ambito economico, sociologico e urbanistico; meno approfondito, invece, pare essere il profilo giuridico dell'argomento»; ID., *Riflessioni sul patto globale per l'ambiente: quale ruolo per le "smart cities"?*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 2/2019, p. 127 ss.; F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, n. 22/2015, p. 3, nt. 3.; M. TIMO, *Dialogo e collaborazione nelle smart cities: la dimensione orizzontale della sussidiarietà e la partecipazione*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021, p. 59; G. URBANO, *Le "Città intelligenti" alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2019, p. 463: «Nell'ambito di una significativa riviviscenza degli studi sulle smart cities in ambito prevalentemente sociologico, economico e urbanistico, si è imposto, solo di recente, e sotto la spinta del legislatore comunitario, un nuovo filone di studi orientato ad approfondire il concetto di smart city nelle sue possibili declinazioni giuridiche».

Tra gli studi scientifici può farsi riferimento almeno a V. ALBINO-U. BERARDI-R. MARIA D'ANGELICO, *Smart cities: definitions, dimensions, and performance*, in *Journal of Urban Technology*, vol. 22, 2015; G. DALL'Ò, *Smart city. La rivoluzione intelligente delle città*, il Mulino, Bologna, 2014; A. VANOLLO, *Smartmentality: the smart city as disciplinary strategy*, in *Urban Studies*, vol. 51, Issue 5, 2013.

⁵ Al di là della dimensione urbana e, in via predittiva rispetto al presente, spunti interessanti possono rinvenirsi in L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*,

Questo fenomeno – che, guardando all'Italia, ha registrato nella prassi una forte implementazione anche in ragione dell'ambizioso Piano nazionale di ripresa e resilienza⁶ relativo ai territori – rappresenta, per chi scrive, un esempio di applicazione delle nuove tecnologie nella sfera giuridica dell'individuo, la cui regolazione vede una partecipazione pubblico-privato⁷. Tuttavia, l'equilibrio tra gli spazi di regolazione del pubblico e del privato è variabile nel tempo e lo studioso oggi è chiamato, perlomeno, a tentare di fotografare l'esistente⁸.

Per tale ragione, il contributo muoverà anzitutto dalla ricerca di una nozione giuridica di *smart city* secondo le categorie proprie del diritto pubblico. Nel fare ciò, dovrà necessariamente darsi conto dell'origine teorica dell'anzidetto concetto, ripercorrendone i principali mutamenti (parr. 2, 2.1., 2.2.) e illustrandone, altresì, la vigente disciplina. Soltanto allora sarà possibile indagare l'insieme delle conseguenze del modello *smart* sulla *governance* locale, analizzando talune delle categorie classiche del diritto costituzionale che, nel fenomeno in esame, possono dirsi sotto *stress*: democrazia, partecipazione e garanzia dei diritti per citarne alcune (parr. 3, 3.1., 3.2., 3.3).

2. Origine storica delle *smart cities*: dall'urbanistica al diritto

Come ricordato in premessa, l'elaborazione teorica sulle *smart city* si sviluppa precipuamente nel contesto dei saperi tecnici, dall'ingegneria all'architettura e all'urbanistica, arrivando a interessare, soltanto in un secondo momento, la socio-

Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017 e in ID., *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022. Nell'assai sterminata letteratura, sia consentito rinviare a L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 3 ss.

⁶ Su tali considerazioni si tornerà nel prosieguo della trattazione, ciò che deve essere sin d'ora precisato riguarda la visione, volutamente *sistemica*, che emerge dalla lettura del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ove, seguendo le traiettorie già indicate in dottrina, l'intelligenza di una città si misura per un connubio di più fattori: ambientale, tecnologico e sociale. Affronta tali questioni L. BUSCEMA, *Smart city e rigenerazione urbana*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi e teoria di ricerca sociale*, n. 3/2020, pp. 1-31.

⁷ Sul punto si tornerà *infra*, sia qui sufficiente ricordare come parte della dottrina abbia evidenziato la prominenza del profilo auto-regolatorio, v. A. VOORWINDEN, *The privatised city: technology and public-private partnerships in the smart city*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 13, n. 2/2021, p. 439: *Over the past twenty years, through the growth of the 'smart city' movement, technology companies have been involved in urban governance in unprecedented ways.*

⁸ V., anche, la critica mossa da B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., p. 457 ss. ove si legge che la vittima designata di questi nuovi meccanismi sembra essere proprio la capacità regolatoria delle istituzioni pubbliche tradizionali.

logia. In quel contesto, pertanto, non sono state analizzate le questioni aperte in termini di regolazione del fenomeno e non sono state indagate, al contempo, le conseguenze di questo sul piano della *governance* locale e della tutela dei diritti.

In generale – senza tralasciare come anche per le scienze dure si sia prodotto, perlomeno agli albori teorici e applicativi, un profluvio di nozioni – si conviene nel definire *smart* quella città connotata dall'uso funzionale delle nuove tecnologie (nel prosieguo anche ICT) al fine di promuovere taluni settori strategici della vita di comunità, come la mobilità (soprattutto sostenibile), la partecipazione alla decisione politica, l'iniziativa economica; e per promuovere, altresì, un disegno dell'urbe rispondente ai bisogni di quella determinata comunità⁹.

Tali riflessioni hanno caratterizzato soprattutto la letteratura anglo-americana sin dal 2008¹⁰ e, per alcuni autori, già dagli anni '80 (nel dibattito noto come *New Urbanism*) il concetto di intelligenza inizia a essere impiegato con riguardo alle questioni urbane (v. lo sviluppo della c.d. *smart growth*)¹¹.

All'epoca si era cercato di costruire una nozione di *smart city* attraverso l'impiego del metodo induttivo: dallo studio della prassi allo sviluppo di un insieme di fattori comuni che, contraddistinguendo in maniera diffusa i casi esaminati, consentivano, in un'operazione di astrazione, di arrivare a un comune concetto di *intelligenza*, non confinata alle sole questioni ICT. L'approfondimento di quelle ricerche consegna allo studioso un dato comune anche all'analisi attuale: ciò che oggi è difficile, ossia la ricerca di una univoca nozione di *smart city* secondo le categorie proprie del diritto, lo è stato anche nel passato, con riferimento ai primi approcci classificatori svolti da altre discipline. Si pensi, in tal senso, a cosa scriveva il sociologo Robert G. Hollands nel 2008:

⁹ Per G. DALL'Ò, *Smart city. La rivoluzione intelligente delle città*, cit., p. 30 «sistono [...] almeno degli elementi comuni nelle diverse definizioni di smart city. Una città intelligente è innanzitutto una città per l'uomo e l'intelligenza sta nel riuscire a promuovere un modello di vita nel quale le esigenze del singolo possano coincidere con le esigenze della collettività, il tutto in una visione che non sia solo passiva – il cittadino tutelato e fruitore di servizi – ma anche attiva – nella quale il cittadino possa essere protagonista della programmazione, della gestione del cambiamento». V., anche, C. COLETTA-L. EVANS-L. HEAPHY-R. KITCHIN, *Introduction*, in C. COLETTA-L. EVANS-L. HEAPHY-R. KITCHIN (ed.), *Creating Smart City*, Routledge, Oxon, 2019, p. 2, ove è riportata una tabella riepilogativa delle c.d. *smart technologies*.

¹⁰ Il riferimento cronologico è tratto da G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, in ID. (a cura di), *La prossima città*, cit., 2017, p. 9.

¹¹ Il riferimento si rinviene in C. BUZZACCHI, *Le smart cities tra sicurezza delle tecnologie e incertezza della dimensione democratica*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOCCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., p. 83. Per maggiori approfondimenti sul c.d. *New Urbanism* sia consentito rinviare a *What's New About the New Urbanism?*, in E. TALEN, *Chater of the New Urbanism*, Second Edition, Mc Graw-Hill Education, New York, 2013, p. 1 ss. che ripercorre la nascita e lo sviluppo del Congresso sul nuovo urbanismo.

*Yet despite numerous examples of this 'urban labelling' phenomenon, we know surprisingly little about so-called smart cities, particularly in terms of what the label ideologically reveals as well as hides*¹².

Ciò emerge, pure, dalla semplice lettura dei principali commenti dottrinali: le *smart cities* si caratterizzano, infatti, per «l'uso massivo delle tecnologie»¹³; possono fungere da veicolo [...] per «una migliore utilizzazione degli spazi pubblici (soprattutto strade e piazze, oggi occupate dalle automobili) con la valorizzazione dell'uso dell'informatica [...]»¹⁴; ancora, l'aggettivo *smart* afferisce alle sole città che gestiscono in modo intelligente «[...] attività economiche, mobilità, risorse ambientali, relazioni tra le persone, politiche dell'abitare e metodo di amministrazione»¹⁵. Per taluni, ancora, la *smart city* è letteralmente «il nome della città in rete»¹⁶, ascrivendo alle potenzialità della connessione e dell'impiego delle ICT la caratteristica che connota, più delle altre, l'essere *smart* di un territorio.

Più di recente, sembra prevalere, anche alla luce degli ultimi sviluppi tecnici, un approccio sistemico al concetto di *smart city* come elaborato, tra gli altri, dall'Università di Vienna e ritenuto in dottrina tra i più accreditati:

*a Smart City is a city well performing in a forward-looking way in these six characteristics, built on the "smart" combination of endowments and activities of self-decisive, independent and aware citizens*¹⁷.

¹²R.G. HOLLANDS, *Will the real smart city please stand up? Intelligent, progressive or entrepreneurial?*, in *City*, vol. 12, n. 3/2008, pp. 303-320.

¹³C. LAURI, s.v. '*smart city*', in *Dig. disc. pubbl.*, cit., pp. 376-378.

¹⁴C. LAURI, s.v. '*smart city*', in *Dig. disc. pubbl.*, cit., pp. 376-378.

¹⁵C. LAURI, s.v. '*smart city*', in *Dig. disc. pubbl.*, cit., pp. 376-378 che richiama la definizione elaborata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, v. *Indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione Machine to Machine (M2M)*, Allegato A alla delibera n. 120/15/CONS.

¹⁶Così F. PIZZOLATO, *Floating cities, resti e territorio: il costituzionalismo transnazionale tra funzionalismo e istanza democratica*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., p. 187.

¹⁷Richiamano la nozione dell'Università di Vienna M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, cit., p. 859: «La definizione che risulta maggiormente diffusa e condivisa sul piano internazionale è quella proposta dall'Università di Vienna, individuata sulla base di sei assi principali attorno ai quali si svilupperebbero le smart cities: smart economy; smart mobility; smart environment; smart people; smart living; smart governance. [...] Tale definizione deve il suo successo probabilmente alla sua natura aperta, che tuttavia rende classificabili e identificabili le smart cities, rispettandone la multidimensionalità, in quanto definisce sulla base dei sei assi un insieme di ben settantaquattro indicatori della smartness, diversamente modulabili»; C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, fasc. 2, marzo-aprile 2019, p. 446, nt. 2. V., anche, C. LAURI, s.v. '*Smart City*', in *Dig. disc. pubbl.*, cit., pp. 377-396.

Le sei caratteristiche che possono essere impiegate come parametro per misurare l'intelligenza di un territorio sono allora l'economia, le persone, la *governance*, la mobilità, l'ambiente e la vivibilità¹⁸. Tali indicatori sono stati ripresi anche nei primi studi giuridici che si sono avvicinati a questo nuovo concetto, divenendo, anche per il diritto, il metro di misura della *intelligenza* di un territorio.

Oggi, pertanto, possono definirsi *smart* quelle città che, sfruttando appieno le potenzialità derivanti dall'impiego delle ICT, si contraddistinguono per una promozione integrata di diversi fattori come ambiente, servizi sociali, partecipazione.

Tuttavia, non è revocabile in dubbio come dietro a tale parvenza di omogeneità nella individuazione di comuni connotati che fanno dell'intelligenza un requisito da ascrivere a talune dimensioni locali e di bontà dei fini perseguiti, vi siano anche profili critici che debbono essere richiamati, per consegnare al lettore un quadro rispondente alle complessità teoriche e applicative di tale nuovo concetto¹⁹. In questi termini – oltre a quelle che si affronteranno nelle pagine che seguono, incentrate sulle problematiche *dentro* le *smart city*²⁰ – si richiama la speculare questione delle conseguenze *fuori* da queste ultime e ascrivibili a tutti quei fenomeni di spopolamento delle aree interne o delle zone rurali²¹, per ragioni che spaziano

¹⁸ R. GIFFINGER-H. GUDRUN, *Smart Cities Ranking: An Effective Instrument For The Positioning Of Cities?*, in *Arquitectura, Ciudad y Entorno*, año IV, núm 12/2010, pp. 7-25, in particolare v. p. 14: «These six characteristics were regarded as the relevant group characterizing a smart city. They can be broken down into 31 relevant factors [...] which reflect the most important aspects of every smart characteristic. Finally, every factor of a smart characteristic has been defined empirically through a group of corresponding indicators. In total, 74 indicators were defined and used for operationalizing and aggregating the relevant factors [...]».

¹⁹ Molto nitido è il pensiero di G.M. FLICK, *La Sorte Degli Ultimi, Dalla Bibbia Alla Costituzione Attraverso La Pandemia*, in *Cassazione Penale*, n. 4/2022, p. 1299: «La città è l'emblema paradigmatico della meraviglia e della tecnologia, ma anche dei rischi della tecnologia. Ci stiamo illudendo che la tecnologia sia la bacchetta magica, che l'algoritmo e la digitalizzazione possano risolvere tutti i problemi della città con la *smart city* o la città "in un quarto d'ora". In realtà però rimangono aperti tutti i problemi di una convivenza nella megalopoli urbana. In essa la così detta "città giusta" è rimasta un'utopia; le città adesso sono ridotte a ghetti dei ricchi che si fronteggiano con i ghetti dei poveri. La città non è più quella indicata dalla Costituzione come formazione sociale ove si svolge la personalità dell'uomo attraverso il rispetto dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili. È piuttosto una realtà di convivenza in nome del commercio, del profitto e/o della sicurezza (spesso illusoria); o di convivenza in nome del potere, della burocrazia, del conflitto di competenze».

²⁰ Affronta chiaramente tali questioni C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, cit., pp. 448-449 che evidenzia come il fenomeno dell'iper-popolamento delle città rechi seco grandi problemi con riguardo all'occupazione, alla garanzia dei servizi di base, alle esigenze abitative, per citarne alcuni.

²¹ All'anzidetta questione è dedicato il numero monografico della rivista "Istituzioni del Federalismo", n. 2/2020. In particolare, si rinvia ai contributi di J.-B. AUBY, *Territori rurali intelligenti e spopolamento*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2020, pp. 537-545; E. CARLONI, *Ripensare le istitu-*

dal disegno nazionale di distribuzione dei servizi essenziali, all'attrattività lavorativa dei grandi centri urbani.

2.1. La nozione giuridica di smart city tra legislatore e interprete

In Italia, la regolazione delle *smart city* segue, in massima parte, un procedimento di tipo *top-down*, anche alla luce della netta influenza giocata dall'Unione europea; in ciò si differenzia dai fenomeni che hanno contraddistinto, invece, le principali città nord-americane ove la disciplina può definirsi il risultato di procedimenti *bottom-down* rispondenti, cioè, a esigenze di determinati settori: si pensi alle grandi imprese economiche che hanno spinto le amministrazioni locali ad adeguare il funzionamento e la gestione della città a *velocità e tecnologia*²².

Nel contesto nazionale, pertanto, non è affatto facile operare una sistematizzazione delle disposizioni che si occupano di *smart city*. Le ragioni non si arre-

zioni ai margini. I limiti della governance territoriale, tra specialità urbana e aree interne, in *Istituzioni del Federalismo*, ivi, pp. 323-345.

²² Richiamano tale dicotomia in C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, cit., p. 447 ove è dato leggere: «Uno bottom-up, in azione nei Paesi anglosassoni in generale e negli Stati Uniti in particolare, ove il vero “motore” nell’attuazione della città smart è riconducibile alla libera iniziativa dei privati a fronte della quale l’amministrazione pubblica si limita a garantire la cornice normativa entro cui a tale «moto» dal basso è consentito muoversi. [...] Un altro top-down, in azione nei Paesi europei, ove, invece, è lo stesso settore pubblico a determinare le linee d’intervento ed i percorsi attivabili per conseguire e garantire alla collettività un contesto smart. Siffatto ed inverso “moto” procede dall’alto verso il basso e conosce negli stessi livelli di governo i principali attori nella definizione delle azioni che è possibile intraprendere, nonché delle risorse, innanzitutto finanziarie, da destinare alla trasformazione delle città [...]» ed E. FERRERO, *Le smart cities nell’ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo*, cit., p. 1272 che parla di «[...] due linee d’azione completamente opposte: il primo [bottom-up] non richiede un ruolo particolarmente attivo da parte degli apparati amministrativi, al contrario del secondo [top-down], che, per essere attuato, presuppone investimenti pubblici considerevoli ed un’intensa attività di indirizzo e pianificazione da parte degli organi di governo. Alla base c’è una differente concezione dell’idea di innovazione: secondo l’approccio statunitense, l’innovazione rappresenta un processo dal basso verso l’alto (c.d. *bottom-up*), nel cui ambito si verifica un effetto di sostanziale ritrazione delle autorità pubbliche».

Sulla costruzione teorica delle *smart city* v., anche, L. SARTORI, *Alla ricerca della smart citizenship*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 933, che scrive: «Le città sono votate a una svolta imprenditoriale nel senso che non solo sostengono le decisioni degli investitori privati – espressione di gruppi sociali privilegiati – come nel XIX secolo, ma ne condividono il rischio economico, entrando a pieno titolo nelle azioni concrete di sviluppo della città. Da un lato, cambiano i rapporti tra pubblico e privato, per esempio, attraverso le partnership pubblico-private e, dall’altro, si inseguono modelli di sviluppo di successo (per esempio, Silicon Valley), cercando di replicarli. Le città si pongono ora l’obiettivo di attrarre nuovo capitale umano e sociale per alimentare classi sociali emergenti che si configurano come attori collettivi e volano di sviluppo, come nel caso della “classe creativa”».

stano alle considerazioni circa il procedimento scelto, dovendo estendere le stesse pure alla netta prevalenza, per lo più nel livello sovra-statale, di norme afferenti alla categoria della *soft law*²³, nonché alla più volte richiamata non univocità nella individuazione del significato da attribuire all'intelligenza applicata ai territori.

In questo complesso tracciato si inseriscono le previsioni internazionali. Su scala globale, infatti, a conclusione dei lavori della Conferenza ONU su *Housing and Sustainable Urban Development* (la c.d. Habitat III) tenutasi a Quito, il 20 ottobre 2016, è stata adottata la *New Urban Agenda*²⁴. In quella sede, nella parte dedicata al Piano di implementazione, si legge:

*66. We commit ourselves to adopting a smart-city approach that makes use of opportunities from digitalization, clean energy? and technologies, as well as innovative transport technologies, thus providing options for inhabitants to make more environmentally friendly choices and boost sustainable economic growth and enabling cities to improve their service delivery*²⁵.

Tale intento, in poche parole, si sostanzia in un uso marcatamente strumentale del concetto di *smart city* (e delle nuove tecnologie) in chiave di tutela ambientale e promozione sociale, e non è isolato. Va, infatti, osservato come tale documento sia stato adottato nel solco già tracciato dall'Agenda ONU 2030²⁶ e dall'Accordo di Parigi, tra l'altro testualmente richiamati nella parte in premessa della *New Urban Agenda*.

Da queste iniziali considerazioni, allora, è possibile trarre un punto fermo, perlomeno negli intenti globali che accompagnano la teorizzazione sulle *smart city*, ovvero sia che le stesse sono intese come strumenti non limitati alla promozione dell'impiego di nuove tecnologie nei territori urbanizzati, ma divengono, inoltre, dispositivi che, nel contesto urbano, veicolano la promozione sociale e la tutela dell'ambiente intesa in senso ampio.

Tale approccio è stato fatto proprio dall'Unione europea²⁷ attraverso una linea di azione per lo più verticale ed esplicitata in strumenti sussumibili nella categoria della *soft law*. Volendo richiamare, in maniera assai sintetica, i passi compiuti dall'Unione nel definire una comune idea di città – la cui azione è spesso ricondotta

²³ Ripercorre tale problematica C. LAURI, s.v. 'smart city', in *Dig. disc. pubbl.*, cit., pp. 378-380.

²⁴ In questa sede, si è scelto di consultare la versione redatta in lingua inglese, consultabile al seguente link: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-English.pdf>.

²⁵ V. *New Urban Agenda, Implementation Plan*, p. 19, <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-English.pdf>.

²⁶ V. l'obiettivo 11 "Make cities inclusive, safe, resilient and sustainable".

²⁷ V. G. COMAZZETTO, *Le città nel processo di integrazione europea*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSACCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., pp. 129-139.

alla dimensione della politica di coesione europea – si deve fare riferimento almeno alla Carta di Lipsia del 2007, risultato dell’incontro dei ministri degli stati membri competenti per materia, e al Patto di Amsterdam a cui si ascrive la c.d. *Urban Agenda* dell’Unione europea. Con riguardo all’approccio metodologico, gli obiettivi fissati nel documento sono perseguiti attraverso la creazione di Partnership composte, per ogni città, da stato membro, Commissione e parti interessate, come le ONG²⁸.

Nell’ultimo periodo, sulla spinta di accadimenti che hanno riportato la dimensione urbana all’attenzione del dibattito pubblico (la crisi economico-finanziaria del 2008 e la pandemia da covid-19) il decisore politico ha scelto di integrare e modificare le politiche urbane europee attraverso i già sperimentati metodi di co-regolazione. I partenariati agiscono al fine di perseguire i seguenti temi prioritari: l’inclusione di migranti e rifugiati; la qualità dell’aria; la povertà urbana, le abitazioni (il problema *casa*); l’economia circolare; il lavoro e le competenze nell’economia locale; l’adattamento al clima (comprese le soluzioni per la promozione di infrastrutture verdi); la transizione energetica; l’uso sostenibile del territorio; la mobilità urbana; la transizione digitale; gli appalti pubblici innovativi e responsabili²⁹.

Nel 2020 è stata poi sottoscritta, a seguito dell’incontro informale dei competenti ministri degli stati membri aderenti, la Nuova Carta di Lipsia e, nel novembre 2021, è stato raggiunto, altresì, l’Accordo di Ljubljana³⁰ con cui si ribadisce la centralità delle città nel perseguimento degli obiettivi UE. In particolare, con riguardo alle *smart cities* si legge che i competenti ministri:

Recognise the European cities and regions of all sizes as determining drivers for the future of Europe and their active role in implementing priority policies and achieving goals set in inter alia the European Green Deal, the European Digital Strategy, the European Pillar of Social Rights, the Renovation Wave, the New European Bauhaus initiative, the Recovery and Resilience Facility of the Next Generation EU, Cohe-

²⁸ Cfr. https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/themes/urban-development/agenda/. Precisamente, nel Patto di Amsterdam si legge: «*In order to address the increasingly complex challenges in Urban Areas, it is important that Urban Authorities cooperate with local communities, civil society, businesses and knowledge institutions. Together they are the main drivers in shaping sustainable development with the aim of enhancing the environmental, economic, social and cultural progress of Urban Areas. EU, national, regional and local policies should set the necessary framework in which citizens, NGOs, businesses and Urban Authorities, with the contribution of knowledge institutions, can tackle their most pressing challenges*», v. <https://futurium.ec.europa.eu/en/urban-agenda/library/pact-amsterdam>.

²⁹ Cfr. <https://futurium.ec.europa.eu/en/urban-agenda/library/pact-amsterdam>. Ogni tema prioritario risponde ad un Piano d’azione, consultabili al seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/urban-agenda/action-plans/news/action-plans-available>.

³⁰ Cfr. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/brochure/ljubljana_agreement_2021_en.pdf.

*sion Policy, Horizon Europe's Mission for 100 Climate-Neutral and Smart Cities by 2030*³¹ and the *Long-term Vision for Rural Areas*. We recognise the work done and contributions by urban authorities in the UAEU³².

Invero, di regolazione delle *smart cities* parlava anche il Comitato economico e sociale europeo nel 2015³³ quando, con parere d'iniziativa recante "*Smart cities as drivers for development of a new European industrial policy*" insisteva per «una semplificazione e integrazione del quadro regolamentare, attraverso una normativa comune europea»³⁴.

Più recentemente³⁵, il Comitato europeo delle Regioni, su impulso dell'allora Presidente finlandese, ha presentato il parere "*Opinion of the European Committee of the regions – Smart cities: new challenges for a just transition toward climate neutrality – how to implement the SDGs in real life?*" che ha certificato il passaggio definitivo a una lettura integrata del concetto di *smart city*, non più riferito solamente agli aspetti tecnologici, ma esteso anche ad altri settori come l'ambiente, lo sviluppo sostenibile e la partecipazione della cittadinanza ai processi di *governance* locale³⁶.

Sul piano nazionale, le disposizioni di riferimento non seguono un ordine sistematico e sono sovente contenute in atti aventi forza di legge. In particolare, ol-

³¹ È recente l'annuncio della Commissione europea con riferimento alla selezione di cento città che parteciperanno al programma *smart cities*, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2591 e <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/822ee360-c9bf-11ec-b6f4-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-256649647>. A ben vedere ci si accorge che la quasi totalità delle città selezionate, basti pensare all'Italia, rientra nel concetto giuridico di città metropolitana, a significare come la dimensione (e, forse, l'organizzazione amministrativa) abbia avuto un impatto importante.

³² Cfr. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/brochure/ljubljana_agreement_2021_en.pdf.

³³ Va rimarcato come per taluni, l'approccio europeo sulle città è di molto successivo al riconoscimento, sul piano internazionale, della centralità dell'urbe. Si v. E. CARLONI-M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 878 ss. per i quali «la politica urbana dell'Europa è recente, e tradizionalmente debole: priva di basi nei Trattati, si sviluppa essenzialmente su base intergovernativa, mediante riunioni organizzate e presiedute dalla Presidenza del Consiglio».

³⁴ Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Le città intelligenti quale volano di sviluppo di una nuova politica industriale europea" (parere d'iniziativa) (2015/C 383/05). Taluni Autori ricordano come il cammino europeo di valorizzazione della dimensione urbana sia antecedente rispetto alla valorizzazione della dimensione *smart*, v., almeno, E. CARLONI-M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., p. 878 ss.

³⁵ Pubblicato sulla Gazzetta ufficiale europea il 5 febbraio 2020.

³⁶ E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo*, cit., p. 1274 fa risalire la nascita "giuridica" delle *smart city* alla politica energetica europea, riconoscendo nel c.d. Patto dei Sindaci, l'esempio «più eloquente».

tre a poggiare le informazioni su lavori dottrinali³⁷, si è scelto di esperire un tentativo di ricostruzione attraverso lo studio delle principali fonti del diritto³⁸. Considerati in ordine cronologico, dal più recente, i provvedimenti genericamente riferiti al concetto di città intelligente sono:

- il d.l. 6 novembre 2021, n. 152, recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, convertito dalla legge n. 233/2021;

- il dPCM 18 dicembre 2020, n. 179 recante *Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56*³⁹;

- la legge 27 dicembre 2019, n. 160, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*;

- la legge 4 agosto 2017, n. 124, la c.d. *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*;

- il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, *Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*;

- il d.lgs. 22 gennaio 2016, n. 10, *Modifica e abrogazione di disposizioni di legge che prevedono l'adozione di provvedimenti non legislativi di attuazione, a norma dell'articolo 21 della legge 7 agosto 2015, n. 124*;

- la legge 17 dicembre 2012, n. 221, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*;

³⁷ V., in tal senso, M. BUZZACCHI, *Le smart cities tra sicurezza delle tecnologie e incertezza della dimensione democratica*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., p. 85 ss.; M. CAPORALE, *L'attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, pp. 958-963; C. LAURI, s.v. 'smart city', in *Dig. disc. pubbl.*, cit., pp. 377-396; A. MICIELI, *Smart city: verso l'autogoverno digitale*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., p. 177 ss.; E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo*, cit., pp. 1275-1278; E. SPILLER, *Citizens in the loop: partecipazione e smart city*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA, *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 292-295.

³⁸ Per fare ciò, si è impiegato il motore di ricerca *Normattiva* (<https://www.normattiva.it/>). La ricerca, effettuata sino al giorno 28 maggio 2022, si è svolta immettendo nella maschera di ricerca dell'anzidetto motore i seguenti sintagmi: "smart city" (tre risultati), "smart cities" (due risultati), "città intelligente" (un risultato) e "comunità intelligente" / "comunità intelligenti" (cinque risultati).

³⁹ In quella sede il riferimento alle *smart city* riguarda la qualificazione dei dati sensibili raccolti attraverso le tecnologie preposte all'ottimizzazione della qualità delle infrastrutture e dei servizi pubblici, v. art. 6, comma 2, lett. c), n. 6 del Regolamento.

- la legge 4 aprile 2012, n. 35, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*.

Nel 2012, in sede di conversione del d.l. n. 5/2012, è stato inserito, all'art. 47 sull'agenda digitale italiana, il riferimento alle *smart communities* o comunità intelligenti, «finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura»⁴⁰, poi abrogato espressamente dall'art. 64, comma 3, d.lgs. n. 179/2016. Di poco successivo era il d.l. n. 179/2012 convertito, con modificazioni, con legge n. 221/2012 e che istituisce le c.d. comunità intelligenti individuando, altresì, i compiti affidati all'Agenzia per l'Italia digitale (nel prosieguo anche AGiD)⁴¹, poi parzialmente abrogato dal d.lgs. n. 10/2016. A ciò seguiva il comma 184 della legge annuale sulla concorrenza del 2017 (legge n. 124/2017), ove si prevedeva una delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di applicazione ICT ai trasporti pubblici anche al fine di promuovere lo sviluppo delle *smart city*. Soltanto con legge n. 160/2019 si ritrova, in una fonte di rango primario, un chiaro allargamento delle finalità perseguite attraverso il fenomeno delle *smart city*; si legge infatti che:

437. Al fine di concorrere alla riduzione del disagio abitativo con particolare riferimento alle periferie e di favorire lo scambio tra le varie realtà regionali, è promosso il Programma innovativo nazionale per la qualità dell'abitare, di seguito denominato "Programma". Il Programma è finalizzato a riqualificare e incrementare il patrimonio destinato all'edilizia residenziale sociale, a rigenerare il tessuto socio-economico, a incrementare l'accessibilità, la sicurezza dei luoghi e la rifunzionalizzazione di spazi e immobili pubblici, nonché a migliorare la coesione sociale e la qualità della vita dei cittadini, in un'ottica di sostenibilità e densificazione, senza consumo di nuovo suolo e secondo i principi e gli indirizzi adottati dall'Unione europea, secondo il modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile (*Smart City*).

⁴⁰ V. legge n. 35/2012.

⁴¹ Tra le singole previsioni tuttora in vigore si ricordano le seguenti: l'Agenzia emana le linee guida recanti definizione di *standard* tecnici, compresa la determinazione delle ontologie dei servizi e dei dati delle comunità intelligenti; istituisce e gestisce la piattaforma nazionale delle comunità intelligenti. In aggiunta, la menzionata Agenzia, nel termine assegnato dalla normativa primaria, istituisce la piattaforma nazionale delle comunità intelligenti, v. art. 20, d.l. n. 179/2012. V., anche, la notizia informativa rinvenuta sul sito ufficiale dell'AgID: <https://www.agid.gov.it/it/node/1835>. A titolo esemplificativo, è stato di recente annunciata la fase conclusiva del progetto c.d. *Smart Ivrea* (<https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2021/02/18/comunita-intelligenti-entra-vivo-il-progetto-smart-ivrea>). Esso si sostanzia in un primo prototipo della piattaforma nazionale per la gestione delle comunità intelligenti, con l'obiettivo di progettare e implementare la prima piattaforma nazionale per la gestione delle comunità intelligenti.

In sostanza, la promozione di politiche di edilizia residenziale sociale volte alla riduzione del disagio abitativo è ricondotta dal legislatore italiano anche nell'alveo del concetto europeo di *smart city*, intesa come quella città intelligente, inclusiva e sostenibile, ove l'ICT non è finalizzata a se stessa ma funge da strumento per la promozione di un territorio inclusivo, che guarda quindi alle imprescindibili dimensioni sociale e ambientale. Infine, in ordine di tempo, il provvedimento più recente in cui si rinvencono riferimenti alle *smart cities* è il d.l. n. 152/2021, convertito con legge n. 233/2021. In quella sede di *smart city* si parla con riferimento ai Piani integrati promossi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza per cui sono assegnate risorse alle città metropolitane al fine di sostenere i progetti legati alla *smart city* e con particolare riferimento, in chiave funzionale, ai trasporti, al consumo energetico (art. 21, comma 1) e alla rivitalizzazione economica (art. 21, comma 6).

Questo breve *excursus* normativo consegna al lettore un quadro abbastanza nitido delle problematiche ancora irrisolte. Manca, infatti – risulta forse ovvio ribadirlo –, un assetto sistematico che consenta di comprendere in maniera chiara il quadro giuridico di riferimento. Ciò in quanto, se non può ritenersi contestabile *a priori* l'assunto secondo cui ogni città ha una propria dimensione in termini di abitanti e caratteristiche geografiche che, nell'idea di unicità dei territori, rende difficile teorizzare a livello giuridico un univoco modello di riferimento, allo stesso tempo però non può questa tesi essere la giustificazione della confusione che contraddistingue gli interventi normativi succedutisi in tema di *smart cities*.

A essere, invece, chiaramente identificati sono gli obiettivi, ancorché spesso mutevoli negli elenchi di *hard law* e *soft law* consultati. In questi termini, se taluni di essi (si pensi alla dimensione digitale e ambientale in senso lato) sembrano ripetersi con una certa costanza, la questione sociale, al contrario, viene presa in considerazione in maniera ondivaga e, con più costanza, soltanto nell'ultimo periodo di riferimento. In generale, si può, tuttavia, convenire sulla tesi secondo cui oggi il concetto di *smart city* debba essere considerato in senso integrato, come peraltro è accaduto nel tempo con riguardo al diverso fenomeno della rigenerazione urbana.

3. Le conseguenze del modello smart sulla governance locale

Il primo quesito che nasce spontaneo a seguito delle considerazioni sinora svolte, tra teorizzazione delle *smart city* e disciplina delle stesse, è se ogni ente locale, nell'articolazione costituzionale italiana, possa davvero aspirare a ricevere l'attribuzione di *smart city*; ciò alla luce di talune caratteristiche che nella prassi connotano i singoli enti. Si pensi, innanzitutto, al fattore dimensionale che vede contrapposti i grandi comuni capoluoghi ai piccoli borghi e che incide sull'appa-

rato amministrativo di riferimento, sulle dotazioni economico-finanziarie degli stessi e sulle generali capacità attrattive. Un ulteriore dato di distinzione attiene alla diversificazione compiuta dal legislatore tra comuni, città metropolitane e province, in termini di funzioni amministrative. In tal senso, alle città metropolitane, con legge n. 56/2014, è affidata la funzione di promozione e coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano (art. 1, comma 44, lett. f). In aggiunta, non limitando l'analisi al mero dato testuale, va rimarcato come, accanto al c.d. coordinamento digitale, alla città metropolitana siano affidate funzioni di pianificazione territoriale generale, ivi comprese la pianificazione delle strutture di comunicazione e delle reti di servizi nonché la gestione della mobilità e la promozione delle attività economiche⁴².

Va da sé come, attraverso una semplice lettura di tali funzioni, e considerato il ruolo strategico affidato alle città metropolitane, sembri logico immaginare che lo sviluppo delle *smart cities* veda protagoniste le grandi metropoli e non i piccoli comuni. Questo, nondimeno, involve profonde questioni che non possono tacersi. Alla velocità che contraddistingue l'erompere nel diritto delle *smart cities* si affianca un continuo fenomeno di marginalizzazione dei piccoli borghi; questa forbice non farà che aumentare nel tempo, con tutte le conseguenze del caso in termini di elargizione dei servizi e garanzia dei diritti. Al legislatore allora non può che spettare il compito di bilanciare l'auspicabile promozione delle *smart cities* in chiave integrata, facendosi carico di trovare adeguati strumenti anche per le piccole comunità.

Una parziale risposta a tale problema sembra rinvenirsi nel progetto denominato *Smarter Italy*, un programma finanziato e promosso da vari ministeri e attuato dall'AgID, con l'adesione di ventitré Comuni selezionati, tra cui dodici centri definiti "*Borghi del futuro*"⁴³. Dalle informazioni rinvenute si direbbe che l'obiettivo del programma sia la promozione di c.d. appalti innovativi con lo scopo pre-

⁴² V., anche, S. ANTONIAZZI, *Smart city: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, cit., p. 479 ss., in particolare p. 487; M. CAPORALE, *L'attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., p. 950; M. TIMO, *Dialogo e collaborazione nelle smart cities: la dimensione orizzontale della sussidiarietà e la partecipazione*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 68 ss. V., anche, V.E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, pp. 238-239.

⁴³ V. <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2022/05/23/il-24-maggio-presentazione-del-progetto-smarter-italy-al-mind-milano-innovation> e https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/pianotriennale-ict-doc/it/2019-2021/10_modelli-e-strumenti-innovazione.html#smart-landscape-verso-un-nuovo-modello-di-smart-community. Sembra questa la direzione indicata dalla Commissione europea nella Comunicazione COM(2021) 118 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale" ove è dato leggere: «La digitalizzazione svolge inoltre un ruolo fondamentale nello sviluppo dei "piccoli comuni intelligenti", ossia delle comunità delle zone rurali che utilizzano soluzioni innovative per migliorare la loro resilienza, sfruttando i punti di forza e le opportunità locali».

cipuo di soddisfare svariate esigenze, tra le quali la promozione della *smart mobility*, del benessere delle persone e la salvaguardia ambientale⁴⁴.

Nel prosieguo della trattazione si è scelto di tracciare le principali questioni aperte *dentro* le *smart cities* raggruppandole in tre grandi aree, spesso seguite anche dalla dottrina che sinora si è occupata di indagare in chiave giuspubblicistica le città intelligenti. I primi spunti di riflessione muovono dall'esame delle conseguenze che si registrano sul piano della *governance* locale in applicazione del concetto di *smart city*; a ciò seguiranno gli studi delle ricadute sul piano delle garanzie dei diritti, con precipuo riguardo al sistema di offerta dei servizi locali; infine, si concentrerà l'attenzione sulla tutela sistemica dell'ambiente che, data la centralità acquisita nel dibattito pubblico nazionale e sovranazionale⁴⁵, segna anche la traccia di fondo degli ultimi spunti ricostruttivi sulle *smart cities*.

3.1. (segue) cenni sulle ripercussioni con riguardo alla cittadinanza locale: partecipazione e condivisione delle scelte

In dottrina sono riconosciute, spesso con grande entusiasmo, le ricadute positive delle teorie sulle *smart cities* in punto di condivisione della scelta e partecipazione alla decisione politico-amministrativa dell'ente locale. Si pensi, in tal senso, alle già sperimentate ipotesi di partecipazione alla pianificazione urbanistica generale e alla possibilità di gestire, in maniera condivisa, beni comuni⁴⁶. A ciò si aggiungano tutti quegli studi, in massima parte afferenti al diritto amministrativo, che hanno valorizzato i miglioramenti apportati sulla collettività amministrata per opera della c.d. amministrazione digitale, competente, connessa e tecnologica⁴⁷.

⁴⁴ <https://innovazione.gov.it/progetti/smarter-italy/>.

⁴⁵ I riferimenti vanno alla legge cost. n. 1/2022 che, tra le altre cose, inserisce l'espressa tutela ambientale nell'art. 9 Cost. e alle tante novità registrate trasversalmente sul piano della giurisprudenza con riguardo alla lotta ai cambiamenti climatici (si v. il fenomeno noto come *climate change litigation*).

⁴⁶ Richiama tali visioni E. CARLONI, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, p. IX che ricorda: «[...] la realtà delle città italiane manifesta una chiara preferenza per un approccio dal basso, nel quale l'autonomia locale – ossia l'autonomia dell'ente preposto al governo di un determinato territorio – contribuisce in maniera decisiva a definire i procedimenti e gli istituti del nuovo diritto. Il caso dei regolamenti approvati finora da più di cento Comuni italiani, grandi e piccoli, in tema di cura, manutenzione e rigenerazione dei beni comuni urbani rappresenta un'esperienza in tal senso assai significativa». In senso critico, v. A. VANOLO, *Smart city e sviluppo urbano: alcune note per un'agenda critica*, in *Scienze del Territorio*, n. 3/2015, pp. 111-118.

⁴⁷ Più in generale, e recentemente, si v. G. DUNI, s.v. 'Amministrazione digitale', in *Enciclopedia del Diritto*, Annali I, 2007, pp. 13-49; F. FAINI, *Intelligenza artificiale, diritto e pubblica amministrazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 385-413; B. MARCHETTI, s.v. 'Amministrazione digitale', in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, III – Funzioni Amministrative, 2022, pp. 1-35; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, il Mulino, Bologna, 2021.

In questo senso, si è allora teorizzata, in connessione al concetto di *smart city*, una idea di pubblica amministrazione locale intesa come una piattaforma digitale volta alla promozione della c.d. *smartness* urbana, ovvero sia destinata allo sviluppo di una proficua interazione tra decisore locale e amministrato che porti quest'ultimo a essere parte attiva nel processo decisionale.

Tentando di tracciare alcune linee distintive di tale fenomeno con riguardo all'applicazione in concreto di un modello *smart* di *governance* del territorio emergono alcune considerazioni.

Se si guarda ai *soggetti*, oltre al ruolo assunto dalla pubblica amministrazione, debbono evidenziarsi le diversità (e le conseguenze delle stesse) che sussistono tra singolo cittadino, gruppi di cittadini (residenti e non residenti, v. *infra*) e imprese. In questi termini, come peraltro già evidenziato in dottrina⁴⁸, sono ritenute maggiormente incisive nel processo decisionale locale le istanze provenienti da gruppi o *target* di cittadini («i pendolari, gli esperti, i portatori di interessi di settore, di rione, fasce specifiche della popolazione, ecc.»⁴⁹). Ancor più determinanti sono le istanze di partecipazione e condivisione che muovono da gruppi di interesse variamente definiti, come le imprese con peso economico nazionale e sovranazionale, che, a titolo esemplificativo, nel localizzare un impianto avranno un potere contrattuale rilevante sulle scelte della pubblica amministrazione (si pensi all'offerta di lavoro in astratto generata dall'operazione). Tali problematiche – che non nascono con la teorizzazione delle *smart cities*, ma che in esse trovano un importante *climax* – richiedono una rinnovata attenzione verso i processi decisionali locali focalizzata sulle regole generali della democrazia, anche in chiave partecipativa.

Sempre con riguardo al richiamato profilo soggettivo, si è andata teorizzando nel tempo una visione combinata della città intelligente come cura diffusa dei beni comuni, in cui i cittadini, in sostanza, non si limitano alla partecipazione e alla condivisione del processo di decisione locale, ma divengono parte attiva e, in un certo qual modo, *amministratori* degli anzidetti beni. Così, «l'intelligenza urbana è [...] espressione di una capacità di azione e di risposta che va al di là di quelle dei soli attori istituzionali: la *governance* della *smartness* urbana richiede l'intervento di tutti gli attori del contesto antropico di riferimento, secondo coordinate che rimandano all'idea di città come bene comune»⁵⁰.

⁴⁸ V. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, p. 248 ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ V. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, cit. V., anche, A. PIN, *Città-stato e città-santuario. Residenti o utenti*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOCCHETTI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., pp. 119-128 e S. BOLOGNINI, *Il paradigma smart city e le sue evoluzioni: strumento di governance?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, cit., pp. 181-195.

Se poi si sposta lo sguardo all'*oggetto* della condivisione e della partecipazione, le considerazioni devono muovere dal chiedersi *cosa può essere condiviso*. In questo senso, oltre ai beni comuni delle città, l'erompere della tecnologia nella dimensione amministrativa locale consente di individuare altri approdi. Si pensi agli strumenti come "DecidiTorino", attraverso cui i cittadini sono invitati a dibattere liberamente sulle proposte locali sino a tangere profili di co-regolazione (v., ad es., gli impatti della pianificazione urbanistica partecipata⁵¹), o al progetto *open data* promosso dal Comune di Milano, che rende possibile ai cittadini la consultazione di un portale di accesso unico a tutti i dati posseduti dall'amministrazione locale, non soltanto con riguardo ai c.d. fascicoli personali, ma rendendo disponibili, altresì, gli *open data*⁵².

Un altro caso è quello della Regione Lazio che, con legge 22 ottobre 2018, n. 7, "*Disposizioni per la semplificazione e lo sviluppo regionale*", ha istituito una sorta di Laboratorio sulle *smart cities* (art. 2) le cui finalità – rese esplicite al primo comma del menzionato art. 2 – sono quelle di creare uno spazio di partecipazione della comunità in punto di innovazione digitale. Si legge infatti:

Il Laboratorio smart city Lazio, di seguito denominato Laboratorio, è un ambito partecipativo per promuovere e condividere con i cittadini, singoli e associati, soggetti pubblici e privati, le problematiche sull'innovazione digitale della Regione e sul monitoraggio dei correlati programmi attuativi⁵³.

Anche questo secondo profilo di innovazioni non è privo di insidie. La creazione di piattaforme digitali per la consultazione e la partecipazione attiva dei cittadini deve muoversi di pari passo con la garanzia dell'accesso a Internet per tutta la cittadinanza, rimuovendo, quindi, quegli ostacoli economico-sociali che non consentono a una fascia ancora molto ampia di cittadini di accedere all'anzidetto sistema. Gli ostacoli, che possono essere di ordine economico, ma anche educativo, devono essere colmati giacché altrimenti si ricadrebbe in una situazione per la quale soltanto una quota di cittadini partecipa attivamente e condivide l'agire della pubblica amministrazione locale, lasciando l'altra parte nella impossibilità di

⁵¹ V. M. SAVINO, *Urbanistica e progettazione partecipata. Riflessioni sul piano e su presunte soluzioni alla sua crisi*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA, *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, cit., pp. 336-339.

⁵² Tali casistiche sono tratte dal contributo di C. BENETAZZO, *Appalti innovativi e città del futuro tra innovazione e partecipazione*, in F. PIZZOLATO-G. RIVISECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, cit., p. 292. V., anche, per altri aspetti, F. DONÀ, *La prospettiva cultural-glocal delle città contemporanee: territorio, cittadini e beni culturali*, ivi, pp. 295-305. Ulteriori esempi possono ritrovarsi in altri comuni, molti dei quali, tra l'altro, compresi nel c.d. Piano europeo sulle "100 Climate-Neutral and Smart Cities by 2030", v. Implementation Plan – master copy 19 05 (europa.eu).

⁵³ Per il funzionamento del Laboratorio è stato prevista, con legge di stabilità regionale 2019 (l.r. Lazio n. 13/2019), all'art. 7, comma 36, una spesa pari a euro 25.000 per l'anno 2019.

esercitare un diritto alla partecipazione; così producendosi, nei fatti, una doppia discriminazione: il *digital divide* e l'impossibilità di farsi parte attiva nei processi di decisione e condivisione locale.

3.2. (segue) cenni sulle ricadute in termini di garanzia dei diritti: ampliamento ed efficientamento dei servizi socio-assistenziali?

Gli scienziati insegnano che una città *smart* può, in potenza, rispondere al bisogno di garantire una adeguata qualità della vita, a partire dal servizio sanitario⁵⁴. L'emergenza pandemica ha forse reso più veloce il cammino intrapreso verso una promozione della digitalizzazione della tutela della salute e della garanzia dei servizi socio-educativi.

La tutela della salute – profilo spesso ritenuto marginale nella teorizzazione delle *smart cities*⁵⁵ anche alla luce della articolazione di competenze e funzioni che caratterizza i diversi livelli di governo⁵⁶ – si atteggia come elemento determinante per lo sviluppo della intelligenza urbana, sia attraverso l'uso delle ICT nell'ambito di gestione e organizzazione dei servizi socio-assistenziali, garantendo un'adeguata personalizzazione degli stessi⁵⁷, sia, per via indiretta, attraverso l'adozione di misure volte alla riduzione dell'inquinamento variamente inteso (i. dell'aria, i. acustico, ecc.), anche attraverso la previsione di idonei spazi verdi in funzione di mitigazione e volti a garantire, altresì, un'adeguata attività motoria alla cittadinanza⁵⁸. Un esempio, in tal senso, è stato portato all'attenzione da Carlo Casonato e Simone Penasa, che descrivono il caso AIR Louisville sul monitoraggio dell'inquinamento dell'aria nell'omonima città, con precipuo riguardo ai soggetti asmatici. Il risultato della ricerca, svolta in massima parte grazie allo sviluppo di una *partnership* tecnologica con un'azienda privata del settore, ha consentito all'amministrazione locale di adattare, nel solco delle competenze a essa riconosciute, il disegno della città, intervenendo ad esempio su mobilità e distribuzio-

⁵⁴ G. DALL'Ò, *Smart city. La rivoluzione intelligente della città*, cit., p. 59 ss.

⁵⁵ M. TOMASI, *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., pp. 522-523.

⁵⁶ C. CASONATO-S. PENASA, *Intelligenza artificiale e medicina del domani*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 575.

⁵⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla c.d. medicina digitale che, attraverso l'impiego di sofisticati strumenti tecnologici può garantire una visita domiciliare. V. M. TOMASI, *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 519 ss.

⁵⁸ M. TOMASI, *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti*, cit., p. 523 e C. CASONATO-S. PENASA, *Intelligenza artificiale e medicina del domani*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 575, che richiamano il concetto suggestivo di "salute in tutte le politiche" (HiAP).

ne del verde⁵⁹. In tal senso sembrerebbe muoversi la missione 6 del PNRR volta, tra le altre cose, anche alla promozione della c.d. salute di prossimità.

Tutte queste novità, tuttavia, richiedono – come già rilevato – «che a livello politico (prima) e regolatorio (poi) si adottino tutte le misure affinché i servizi alla persona nella smart city non si traducano in città a due velocità, quella digitale con servizi di serie A per chi può e quella di serie B per chi non ha accesso alle tecnologie»⁶⁰.

Tali considerazioni possono applicarsi anche agli ulteriori servizi che trovano nelle realtà locali il centro di origine e promozione: dall'assistenza sociale a determinate fasce di popolazione ai servizi socio-educativi. In questi termini, l'applicazione delle ICT e le procedure di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni possono senz'altro portare a un efficientamento nella elargizione dei servizi, ciò senza trascurare il punto di fondo evidenziato poc'anzi: nella dimensione *smart* di elargizione e gestione dei servizi le pubbliche amministrazioni debbono necessariamente farsi carico delle fragilità e delle diseguaglianze che sono il prodotto dello sviluppo tecnologico della contemporaneità. Ciò implica prima di tutto una conoscenza capillare delle condizioni di accesso alla rete delle comunità di riferimento, anche attraverso l'impiego delle ICT, e poi l'individuazione degli strumenti e delle risorse che, alla luce dell'art. 3, comma 2, Cost., possano consentire di rimuovere detti ostacoli al fine di garantire in modo eguale l'accesso ai servizi. Il problema sarà allora, alla luce delle regole in punto di competenze e del principio di sussidiarietà verticale, individuare il soggetto che meglio sia in grado di agire in tal senso, anche nel solco già segnato dall'Unione europea nel piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali⁶¹. In quella sede, tra i tre obiettivi fondamentali prefissati vi è anche la promozione della educazione digitale, indice chiaro che non possono prevedersi sviluppi tecnologici all'avanguardia e digitalizzazione dei servizi senza immaginare, al contempo, un percorso di alfabetizzazione e – si aggiunge – di equa distribuzione di strumenti *hard* e *soft*, che constano a tutti l'accesso agli stessi da pari posizioni.

3.3. (segue) cenni sulle smart cities come strumento di protezione dell'ambiente

Il settore che più di tutti sembra poter beneficiare, in termini di risultati positivi riscontrabili, dell'applicazione in concreto del fenomeno delle *smart city* è

⁵⁹ C. CASONATO-S. PENASA, *Intelligenza artificiale e medicina del domani*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 575.

⁶⁰ L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione e interoperability: l'ottimizzazione dei servizi alla persona nella smart city sostenibile*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 620.

⁶¹ <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/it/#chapter2>.

l'ambiente, inteso come concetto unitario⁶². Questa considerazione poggia non soltanto su argomenti solidi portati all'attenzione del dibattito dalle scienze che nel tempo hanno indagato il fenomeno dell'intelligenza dei territori, e che hanno consegnato al lettore un quadro chiaro sulle emissioni climalteranti provenienti dagli agglomerati urbani, ma anche sulla volontà espressa in sede europea di coniugare al tema della digitalizzazione delle città quello della lotta ai cambiamenti climatici. Tutto ciò specificando come il perseguimento della tutela ambientale in senso unitario, attraverso gli strumenti della *smart city*, porti seco il coinvolgimento di ulteriori settori: quello della mobilità (la c.d. *smart mobility*, la cui funzionalizzazione in chiave tecnologica non ha ricadute soltanto in termini prettamente ambientali, ma anche di efficientamento del servizio con riguardo alla mobilità pubblica) e quello dello *smart living*.

Le città, per le caratteristiche di concentrazione in termini di popolazione stanziata e lavoratori, involve plurimi problemi dal punto di vista ambientale: è nella città, infatti, che si registrano i più alti bisogni in termini di energia, ed è sempre nelle grandi metropoli che si segnalano i più alti livelli di inquinamento atmosferico connessi anche alla mobilità. Il riferimento a tali problemi, che permea l'asse strategico del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, chiama le amministrazioni locali a un grande sforzo, nelle direzioni indicate a livello europeo e nazionale.

In questi termini, l'applicazione e l'impiego delle ICT nella gestione di una serie di questioni locali possono rappresentare un importante punto di evoluzione: si pensi in tal senso, al censimento degli edifici dotati di strumenti di produzione di energia rinnovabile (privati, non soltanto pubblici), alla promozione di una mobilità di tipo sostenibile e condivisa o, ancora, alla possibilità di prevedere strumenti tecnologici in grado di stimolare e meccanizzare la raccolta differenziata (si pensi a quegli strumenti in grado di pesare il rifiuto non differenziato prodotto, il cui impiego consente un calcolo ponderato del corrispondente tributo locale dovuto).

Questi stimoli, se gestiti in maniera oculata e diffusa, possono senz'altro rappresentare lo strumento affinché gli enti locali partecipino attivamente al compito di tutela dell'ambiente che la Costituzione assegna alla Repubblica, oggi con espressa previsione nell'art. 9, comma 3, Cost.⁶³.

⁶² In tema, la letteratura è ampia; sia, pertanto, consentito rinviare a B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionale e tecniche di normazione*, in S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto* (I), L.S. Olschki, Firenze, 1999; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2012; ID., s.v. 'Ambiente (tutela dell')', in *Enc. dir.*, Annali I, 2007; P. FOIS, s.v. 'Ambiente (tutela dell') nel diritto internazionale', in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2011; F. FONDERICO, s.v. 'Ambiente (tutela dell')', in *Enc. giur.*, 2008. Dato il punto di partenza, ovverosia la concezione unitaria del bene ambiente, anche alla luce della recente legge cost. n. 1/2022, ne consegue come è da ritenersi compreso pure il principio di sostenibilità e di sviluppo sostenibile, v., sulle *smart city*, R. LOIERO, *La programmazione italiana per lo sviluppo sostenibile delle città*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., pp. 136-151.

⁶³ V. legge cost. n. 1/2022.

4. *Talune traiettorie di ricerca: lo studio sistematico della prassi e l'elaborazione di una nozione univoca di smart city*

Tracciate le linee generali del problema – riassumibili nell'interrogativo se il fenomeno noto come *smart city* possa rappresentare un modello latamente univoco e impiegabile nell'organizzazione delle comunità locali – residuano una serie di ulteriori questioni aperte che abbracciano le categorie proprie del diritto pubblico. Ciò in quanto, se le scienze tecniche sono state in grado, attraverso i progressi della ricerca, di proporre sempre nuove sperimentazioni e innovazioni che toccano il campo della vita nella città (dalla mobilità al risparmio energetico, dalla *e-health* all'implementazione di strumenti di partecipazione e decisione condivisa nelle scelte dell'amministrazione locale), manca tuttavia un quadro giuridico chiaro che consenta all'operatore di individuare distintamente competenze e funzioni e che sia in grado, soprattutto, di contrastare e/o prevenire le ricadute in termini di fruizione dei servizi e tutela dei diritti sociali che l'applicazione delle ICT porta seco.

Con riguardo al primo punto, è auspicabile, anche alla luce della riforma degli enti locali, l'individuazione di strumenti di concertazione tra realtà vocate alla funzione strategica, le c.d. aree metropolitane, e comuni, per non produrre (o aumentare) i divari territoriali di tipo orizzontale, non riferibili cioè alla dicotomia nord e sud del Paese. In questo senso sono almeno tre i punti che dovranno essere oggetto di studio: (i) il ruolo della pubblica amministrazione nell'innovazione tecnologica delle città; (ii) la previsione di linee guida ovvero di buone prassi che tengano in considerazione la capacità tecnica e dimensionale di ciascuna realtà locale; (iii) l'agire (quindi) a rete delle realtà locali, attraverso il ruolo di sintesi affidato a province e città metropolitane, garantendo un livello sostanzialmente eguale di *smartness* tra comune capoluogo e comuni satellite.

Ciò senza dimenticare che le città e i borghi sono espressione di unicità, vuoi per la conformazione territoriale e urbanistica, vuoi ancora per peculiari caratteristiche legate a commercio, turismo⁶⁴ e patrimonio storico e artistico, ragione per cui una regolazione uniforme del fenomeno dovrebbe limitarsi ai profili generali e rispondere all'articolazione di competenze *ex art.* 117 Cost., dando spazio a fenomeni di co-regolazione tra pubblico e privato con riguardo ai profili che più intersecano le peculiarità territoriali.

In riferimento alla fruizione dei servizi e alla garanzia dei diritti, oltre a seguire le indicazioni europee in punto di promozione dell'alfabetizzazione digitale, servirà farsi carico anche del divario economico che contraddistingue l'impiego delle ICT nella vita quotidiana dei singoli individui, al fine di garantire una effettiva

⁶⁴ V. E. OLIVITO, *Le diseguglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, pp. 69-98.

parità dei punti di partenza e una concreta partecipazione ai passi che le comunità locali vanno compiendo verso la *smartness*, ragione per la quale, a fronte del fenomeno di co-regolazione che è dato attendersi in un settore in pieno sviluppo come quello delle città intelligenti, chi scrive pone all'attenzione del dibattito la necessità di prevedere, perlomeno nei tratti essenziali della garanzia dei servizi e per la promozione di un accesso sostanzialmente eguale alle piattaforme digitali, regole generali comuni, dettate dal legislatore nazionale.

BIBLIOGRAFIA

- ALBINO V.-BERARDI U.-MARIA D'ANGELICO R., *Smart cities: definitions, dimensions, and performance*, in *Journal of Urban Technology*, vol. 22, 2015.
- ANTONIAZZI S., *Smart city: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017, p. 479 ss.
- AUBY J.B., *Droit de la ville: Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, Paris, 2013.
- AUBY J.B., *Territori rurali intelligenti e spopolamento*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2020, p. 537 ss.
- AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, v. *Indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione Machine to Machine (M2M)*, Allegato A alla delibera n. 120/15/CONS.
- BENETAZZO C., *Appalti innovativi e città del futuro tra innovazione e partecipazione*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOCCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022.
- BISCARDI A., *La città antica come fatto di cultura nei suoi aspetti giuridici: introduzione*, in AA.VV., *La città antica come fatto di cultura. Atti del Convegno di Como Bellagio 16/19 giugno 1979*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 177 ss.
- BOERI S., *Urbania*, Laterza, Bari, 2021.
- BOLOGNINI S., *Il paradigma smart city e le sue evoluzioni: strumento di governance?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017, p. 181 ss.
- BUSATTA L., *Partecipazione, inclusione e interoperability: l'ottimizzazione dei servizi alla persona nella smart city sostenibile*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021.
- BUSCEMA L., *Smart city e rigenerazione urbana*, in *Riv. trim. Scienza dell'Amministrazione. Studi e teoria di ricerca sociale*, n. 3/2020, p. 1 ss.
- BUZZACCHI C., *Le smart cities tra sicurezza delle tecnologie e incertezza della dimensione democratica*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOCCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022.
- CAPORALE M., *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2014, p. 857 ss.

- CAPORALE M., *L'attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 958 ss.
- CARAVITA B., *Costituzione, principi costituzionale e tecniche di normazione*, in S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto (I)*, L.S. Olschki, Firenze, 1999.
- CARAVITA DI TORITTO B., *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 457 ss.
- CARLONI E., *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, p. 235 ss.
- CARLONI E., *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, p. IX.
- CARLONI E., *Ripensare le istituzioni ai margini. I limiti della governance territoriale, tra specialità urbana e aree interne*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2020, p. 323 ss.
- CARLONI E., VAQUERO PIÑEIRO M., *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 878 ss.
- CASONATO C., PENASA S., *Intelligenza artificiale e medicina del domani*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021, p. 553 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Beyond the municipality: the city, its rights and its rites*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2/2013, p. 307 ss.
- CAVALLO PERIN R., *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, n. 2/2019, p. 365 ss.
- COLETTA C.-EVANS L.-HEAPHY L.-KITCHIN R., *Introduction*, in C. COLETTA-L. EVANS-L. HEAPHY-R. KITCHIN (ed.), *Creating Smart City*, Routledge, Oxon, 2019.
- COMAZZETTO V.G., *Le città nel processo di integrazione europea*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 129 ss.
- COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *"Le città intelligenti quale volano di sviluppo di una nuova politica industriale europea"*, (parere d'iniziativa) (2015/C 383/05).
- COSTA P., *Il costituzionalismo e la non-città*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 33 ss.
- CURI U., *Alle radici dell'idea di città*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 3 ss.
- D'AVACK L., *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.
- DALL'Ò G., *Smart city. La rivoluzione intelligente delle città*, il Mulino, Bologna, 2014.
- DONÀ F., *La prospettiva cultural-glocal delle città contemporanee: territorio, cittadini e beni culturali*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 295 ss.
- DUNI G., s.v. *'Amministrazione digitale'*, in *Enciclopedia di Diritto*, Annali I, 2007, p. 13 ss.
- FAINI F., *Intelligenza artificiale, diritto e pubblica amministrazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 385 ss.
- FERRARI G.F., *L'idea di smart city*, in ID. (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017.
- FERRERO E., *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, Anno II, n. 4/2015, p. 1267 ss.

- FERRERO P., *Riflessioni sul patto globale per l'ambiente: quale ruolo per le "smart cities"?*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 2/2019, p. 127 ss.
- FLICK G.M., *La Sorte Degli Ultimi, Dalla Bibbia Alla Costituzione Attraverso La Pandemia*, in *Cassazione Penale*, n. 4/2022, p. 1299 ss.
- FLORIDI L., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.
- FLORIDI L., *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022.
- FOIS P., s.v. 'Ambiente (tutela dell') nel diritto internazionale', in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2011.
- FONDERICO F., s.v. 'Ambiente (tutela dell')', in *Enc. giur.*, 2008.
- FRACCHIA F.-PANTALONE P., *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, n. 22/2015, p. 1 ss.
- GIFFINGER-H. GUDRUN R., *Smart Cities Ranking: An Effective Instrument For The Positioning Of Cities?*, in *Arquitectura, Ciudad y Entorno*, año IV, núm 12/2010, p. 7 ss.
- GRASSI S., s.v. 'Ambiente (tutela dell')', in *Enc. dir.*, Annali I, 2007.
- GRASSI S., *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2012.
- HOLLANDS R.G., *Will the real smart city please stand up? Intelligent, progressive or entrepreneurial?*, in *City*, vol. 12, n. 3/2008, p. 303 ss.
- LAURI C., s.v. 'smart city', in *Dig. disc. pubbl.*, 2021.
- LEFEVRE H., *Il diritto alla città*, Ombre Corte, Verona, 2014.
- LOIERO R., *La programmazione italiana per lo sviluppo sostenibile delle città*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021, p. 136 ss.
- MARCHETTI B., s.v. 'Amministrazione digitale', in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, III – Funzioni Amministrative, 2022, p. 1 ss.
- MICHELIELI A., *Smart city: verso l'autogoverno digitale*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 177 ss.
- NAPOLI C., *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, fasc. 2, marzo-aprile 2019, p. 444 ss.
- OLIVITO E., *Le diseguglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, p. 69 ss.
- PASCUZZI G., *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, il Mulino, Bologna, 2021.
- PIN A., *Città-stato e città-santuario. Residenti o utenti*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 119 ss.
- PIPERATA G., s.v. 'Infrastrutture, strade e mobilità', in *Enc. dir.*, I Tematici, III – Funzioni amministrative, 2022, p. 716 ss.
- PIZZOLATO F., *Floating cities, resti e territorio: il costituzionalismo transnazionale tra funzionalismo e istanza democratica*, in A. SCALONE-F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 185 ss.
- PUBUSA A., s.v. 'città metropolitana', in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999.
- SARTORI L., *Alla ricerca della smart citizenship*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 927 ss.
- SAVINO M., *Urbanistica e progettazione partecipata. Riflessioni sul piano e su presunte soluzioni alla sua crisi*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 336 ss.

- SPILLER E., Citizens in the loop: *partecipazione e smart city*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 292 ss.
- TALEN E., *Chater of the New Urbanism*, Second Edition, Mc Graw-Hill Education, New York, 2013, p. 1 ss.
- TIMO M., *Dialogo e collaborazione nelle smart cities: la dimensione orizzontale della sussidiarietà e la partecipazione*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021, p. 59 ss.
- TOMASI M., *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano, 2021, pp. 522-523.
- URBANI P., s.v. 'area metropolitana, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001.
- URBANO G., *Le "Città intelligenti" alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2019, p. 463 ss.
- VANOLO A., *Smartmentality: the smart city as disciplinary strategy*, in *Urban Studies*, vol. 51, n. 5/2013, p. 894 ss.
- VANOLO A., *Smart city e sviluppo urbano: alcune note per un'agenda critica*, in *Scienze del territorio*, n. 3/2015, p. 111 ss.
- VOORWINDEN A., *The privatised city: technology and public-private partnerships in the smart city*, in *Law, Innovation and Technology*, vol. 13, n. 2/2021, p. 439 ss.

LA REGOLAZIONE PRIVATA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA. RIFLESSIONI SULLA DISCIPLINA RELATIVA AL SETTORE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA*

di *Maria Eugenia Bartoloni*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il quadro giuridico/costituzionale in cui collocare la regolazione privata: il sistema della delega dei poteri. – 2.1. La regolazione privata come “ulteriore” forma di delega di poteri. – 2.2. Le condizioni per il conferimento di una delega di poteri a soggetti privati. – 3. Il quadro concettuale per un inquadramento dei meccanismi regolatori privati: l’Accordo interistituzionale del 2003. – 3.1. L’autoregolazione. – 3.2. La coregolazione. – 4. Le variabili che condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi. – 4.1. L’autoregolazione nella prassi. – 4.2. La coregolazione nella prassi. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il ricorso alla regolazione privata¹, nelle forme della auto- e co-regolazione, rappresenta probabilmente una delle manifestazioni più significative di un fenomeno complesso conosciuto, oltre che nell’ambito dell’Unione europea, anche a livello nazionale². Fenomeno che, per semplicità, può essere riassuntivamente (e

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1331 ss.

¹ Si può parlare anche di “approccio”, “processo” o “metodo” della regolazione privata.

² La letteratura che si è occupata del tema in relazione all’ordinamento dell’Unione europea è piuttosto nutrita. Oltre alla recente e interessante collettanea di M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen’s Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, che tratta, sotto varie prospettive e approcci, il fenomeno di cui si sta parlando, v., tra studi meno recenti, C. SCOTT-F. CAFAGGI-L. SENDEN, *The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2011, p. 1 ss.; P. VERBRUGGEN, *Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 425 ss. Sul piano interno v., per quanto riguarda l’ordinamento italiano, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, in part. p. 63 ss. che discute, con il consueto spirito critico, come la regolazione privata, tra gli altri motivi, metta in crisi il sistema delle fonti; v., inoltre, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001. Tra gli studi generali in tema di regolazione privata nella prospettiva *governance*/teoria generale v., tra gli altri, J.

forse inappropriatamente) qualificato come “*governance* o normazione alternativa³” e che si sostanzia nella partecipazione di soggetti privati a funzioni tradizionalmente prerogativa del potere pubblico: attraverso le modalità della auto- e co-regolazione, soggetti di diritto privato concorrono nell’esercizio di competenze proprie del legislatore, contribuendo a disciplinare situazioni giuridiche soggettive che spetterebbero, in principio, esclusivamente all’autorità pubblica⁴.

Le manifestazioni più note, almeno nell’ambito dell’UE, della regolazione privata possono essere rintracciate, a mo’ di esempio, nei codici di condotta, nelle linee guida (o *guidelines*), nelle buone pratiche, nei c.d. *standards*, cioè in misure che, *prima facie*, sono ascrivibili alla categoria degli atti di *soft law*⁵ perché formalmente non vincolanti, ma non per questo prive della capacità di indirizzare la condotta di amministrazioni, cittadini, imprese. A queste si aggiunge tutta quella regolamentazione che, altrimenti denominata, viene, a seconda dei casi, promossa, riconosciuta o, addirittura, incorporata, con modalità e con effetti diversi, in atti di diritto derivato. Manifestazioni, dunque, assai eterogenee che non si prestano, in quanto tali, ad un inquadramento unitario⁶.

BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, p. 24 ss.; J. ZILLER, *Constitutional Boundaries to Self-Regulation: A Comparative Appraisal*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, p. 147 ss.

³ V., per questa definizione, tra gli altri, L. SENDEN-E. KICA-M. HIEMSTRA-K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission, DG Connect*, Utrecht University, RENFORCE, March 2015, disponibile all’indirizzo <https://www.eesc.europa.eu/en/documents/mapping-self-and-co-regulation-approaches-eu-context>.

⁴ V., pur in un contesto diverso, A. ROSANÒ, La “privatizzazione” nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: tre esempi per una tendenza, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2020, p. 179 ss.

⁵ V., *ex multis*, K.C. WELLENS-G.M. BORCHARDT, *Soft Law in European community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1989, p. 267 ss.; F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Rev.*, 1993, p. 19 ss.; F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in D. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel*, Springer, Dordrecht, 1994, p. 197 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford-Portland, 2004; A. PETERS, *Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law*, in A. EPINEY-M. HAAG-A. HEINEMANN (eds), *Die Herausforderung Von Grenzen / Le défi des frontières / Challenging Boundaries: Festschrift für Roland Bieber / Mélanges en l’honneur de Roland Bieber / Essays in Honor of Roland Bieber*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 405 ss.; P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, in *Europ. Law Journal*, 2015, p. 68 ss.; v., inoltre, l’analisi bibliografica a cura di O. STEFAN *et al.*, *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, in *SoLaR Working Paper*, 2018, disponibile all’indirizzo https://www.researchgate.net/publication/332114834_EU_Soft_Law_in_the_EU_Legal_Order_A_Literature_Review.

⁶ Estremamente efficace K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU’s Competence Order*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen’s Perspective*, cit., p. 375: «‘Private Regulation’ must be understood as a rather elusive umbrella concept, which, in principle, may encompass a whole universe of different regulatory practices, ranging from forms of purely

Ciò detto, conviene, innanzitutto, sfatare l'idea secondo cui l'esigenza di ricorrere a forme nuove di *governance* o a meccanismi di normazione alternativa si sia affermata, almeno nello spazio giuridico europeo, soltanto di recente. Le Istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, già ad inizio Duemila, avevano maturato un certo interesse nei confronti dei c.d. metodi alternativi di normazione. È sufficiente fare riferimento al Libro bianco della Commissione sulla *Governance* europea del 2001⁷ e al successivo Accordo interistituzionale del 2003⁸ (che, in parte, ne ha recepito il contenuto) per cogliere una tendenza che, di lì ai successivi venti anni, diventerà, pur con tutte le sue contraddizioni, un obiettivo costantemente perseguito: quello di migliorare la qualità della legislazione europea e, insieme ad essa, le procedure decisionali, contribuendo a realizzare quegli obiettivi di razionalizzazione normativa che ruotano intorno alle proposte "*Better Regulation*" e "*Smart Regulation*"⁹. Cosa debba intendersi attraverso il riferimento a nozioni, quali *better* e *smart regulation*, non è facile da cogliere per le numerose implicazioni di carattere politologico e sociologico che queste recano¹⁰; è tuttavia intuibile, almeno nella sua accezione giuridica più immediata, a quale esigenza si faccia riferimento: «rinnovare il metodo comunitario adottando un'impostazione meno verticistica ed integrando in modo più efficace i mezzi di azione delle sue politiche con strumenti di tipo non legislativo»¹¹. L'idea, dunque, è quella di migliorare la qualità della legislazione, di accelerare i procedimenti normativi, attraverso l'utilizzo di meccanismi flessibili al fine di realizzare uno spazio normativo in cui strumenti di regolazione differenti siano integrati ed in cui soggetti diversi dal legislatore siano pienamente coinvolti nel procedimento decisionale¹². In sin-

autonomous self-regulation by private constituencies to all kinds of 'semi-private', 'collaborative' or 'hybrid' regulatory and enforcement mechanisms» (p. 376).

⁷ Commissione europea, *La governance Europea – Un libro bianco*, COM(2001) 428 def.

⁸ European Parliament, Council and the Commission, *Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking*, 2003.

⁹ V., riguardo ai due programmi, European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Second Strategic Review of Better Regulation in the European Union, A Strategic Review of Better Regulation*, COM(2006) 289 final; European Commission, 2010, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Smart Regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final.

¹⁰ S. BORRÁS-T. CONZELMANN, *Democracy, Legitimacy and Soft Modes of Governance in the EU: The Empirical Turn*, in *Journal of European Integration*, 2007, p. 531 ss.

¹¹ Commissione europea, *La governance Europea – Un libro bianco*, cit.

¹² V. A. ALEMANN, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 382 ss.; P. VERBRUGGEN, *Private Regulation in EU Better Regulation. Past Performance and Future Promises*, in *European Journal of Law Reform*, 2017, p. 139.

tesi, l'idea è che lo "spazio regolatorio" non sia governato esclusivamente dal legislatore, ma piuttosto sia occupato e condiviso da attori pubblici e privati.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, questo complessivo fenomeno sta manifestando implicazioni significative, essenzialmente per due ordini di motivi. Innanzitutto, la regolazione privata, pur utilizzata nel contesto di differenti settori materiali (come, ad es., quello della sicurezza alimentare, dell'*advertising*, della politica ambientale, della politica sociale, ecc.)¹³, di recente si sta affermando soprattutto nella disciplina delle nuove tecnologie. Poiché la disciplina di settori relativi all'innovazione tecnologica esige un grado di *expertise* e competenze tecniche possedute essenzialmente da quegli stessi soggetti privati che devono essere regolati, si ritiene che una regolazione efficace non possa prescindere dal loro coinvolgimento¹⁴. Ne è una riprova il cospicuo numero di atti di diritto derivato che, pur con modalità e forme diverse, coinvolge la sfera privata nella disciplina del settore dell'innovazione tecnologica o di ambiti "tecnologicamente sensibili"¹⁵. Non appare dunque irragionevole affermare che, in relazione a questi am-

¹³ V. i complessivi contributi raccolti in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, cit.

¹⁴ OECD, *OECD Report on Regulatory Reform, Synthesis*, OEDC Publishing, Paris, 1997, disponibile all'indirizzo <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>; v., inoltre, A. MCHARG, *The Constitutional Dimension of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, p. 77 ss.; D. CHALMERS, *The Government and Citizenship of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation*, cit., p. 163 ss.

¹⁵ Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico; Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online; Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersicurezza»); Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE; Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE; Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione); Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea; Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione; Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure

biti materiali, il ricorso massiccio a tecniche regolatorie alternative si stia imponendo come prassi consueta. Il secondo motivo è intimamente correlato a questo scenario: l'utilizzo ricorrente della regolazione privata pone la questione della sua conformità all'assetto costituzionale stabilito dai Trattati, *in primis* alle procedure decisionali che presiedono l'adozione degli atti, le quali, dal canto loro, sono volte a garantire la legittimità democratica all'interno dell'UE. La delega o, quantomeno, il riconoscimento di poteri regolatori, che spetterebbero per definizione all'autorità pubblica investita di legittimazione democratica, in capo a soggetti privati pone, senz'alcun dubbio, una questione di compatibilità con i Trattati istitutivi. Problemi che possono essere variamente declinati nei termini di mancanza di trasparenza e di certezza del diritto, di pregiudizio all'interesse pubblico, di abuso di potere, ecc.; problemi che, in ogni caso, toccano i caposaldi democratici dell'UE e sono idonei ad interferire con i principi di legalità e dello stato di diritto su cui l'Unione si fonda¹⁶.

Il presente contributo si prefigge di verificare se, e in quale misura, l'esigenza di ricorrere alla regolazione privata nella disciplina delle nuove tecnologie determini o meno un affievolimento del rispetto delle regole, di quelle in particolare che sovrintendono a garantire la legittimità dei processi decisionali. Lo scritto prenderà innanzitutto le mosse, in una prospettiva generale, dall'analisi dell'attuale quadro giuridico/costituzionale al fine di verificare, nell'ambito di un ordinamento fondato sul principio di attribuzione, la legittimità di eventuali deleghe di poteri regolamentari nei confronti di attori privati (par. 2). Sempre in un'ottica di carattere generale, dopo quello giuridico, si esaminerà l'ambito concettuale nel quale collocare la regolazione privata. Questa indagine sarà volta essenzialmente a definire le nozioni di autoregolazione e coregolazione e il loro rispettivo ambito d'applicazione alla luce, in particolare, dell'Accordo Interistituzionale del 2003 (par. 3). Dopo questo complessivo inquadramento generale e prevalentemente di carattere teorico, in una prospettiva parzialmente diversa, saranno esaminate variabili di differente natura che, nel loro reciproco interagire, condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi. Questa analisi consentirà di mettere in luce

volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE; Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione; Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE; Direttiva 2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

¹⁶ V. P. VERBRUGGEN, *Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy?*, cit., p. 425 ss.; A. OGUS, *Rethinking Self-regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, p. 95 ss.; K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 377 ss.

le varie modalità con cui, in via di fatto, si manifestano l'autoregolazione e la coregolazione nell'ambito del settore, pur eterogeneo, relativo all'innovazione tecnologica (par. 4) e di valutarne la conformità con l'assetto costituzionale dell'Unione (par. 5).

2. *Il quadro giuridico/costituzionale in cui collocare la regolazione privata: il sistema della delega dei poteri*

In termini strettamente giuridici, il ricorso ad uno spazio regolatorio “complementare” o “alternativo” a quello assegnato alla competenza normativa del legislatore dell'UE può essere inteso, a rigor di logica, soltanto come una “delega” di poteri. Poiché è ragionevole pensare che, in un ordinamento fondato sul principio di attribuzione, il legislatore possa delegare l'esercizio della sua competenza normativa solo nella misura in cui sia autorizzato dai Trattati¹⁷, è necessario verificare se questi ammettano, esplicitamente o implicitamente, siffatta possibilità.

Nell'attuale sistema dei Trattati, la delega dei poteri è regolata da due procedure che, pur da tempo conosciute nell'ambito dell'ordinamento UE, sono state soltanto di recente formalmente distinte: la procedura di delega (art. 290 TFUE), che potrebbe essere definita di carattere “sub-legislativo” e la procedura d'esecuzione degli atti (art. 291 TFUE) che introduce invece uno strumento di carattere “non legislativo”¹⁸. Nella procedura di delega, l'atto legislativo trasferisce alla Commissione un potere regolamentare volto ad integrare o modificare elementi non essenziali dell'atto di base. Dal canto suo, l'art. 291 TFUE disciplina l'esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti stabilendo che, laddove vi sia necessità di condizioni uniformi di esecuzione di tali atti, questi conferiscono competenze d'esecuzione alla Commissione. Nella pratica, non sempre può risultare chiara la distinzione tra la necessità di integrare elementi non essenziali di un atto legislativo, ricorrendo all'art. 290 TFUE, e quella di dargli esecuzione uniforme attraverso disposizioni di portata generale che, adottate ai sensi dell'art. 291 TFUE, ne definiscano in maniera più dettagliata il contenuto¹⁹.

¹⁷ V. J. ZILLER, *Constitutional Boundaries to Self-Regulation: A Comparative Appraisal*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation*, cit., p. 147, in part. p. 157; A. VON BOGDANDY-J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 278. V., inoltre, il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE*, INT/754 Self-regulation and co-regulation, Bruxelles, 22 aprile 2015.

¹⁸ V. T. CHRISTIANSEN-M. DOBBELS, *Non-Legislative Rule Making After the Lisbon Treaty: Implementing the New System of Comitology and Delegated Acts*, in *European Law Journal*, 2013, p. 42 ss.

¹⁹ V. R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 221.

In ogni caso, è invece chiaro che entrambi i meccanismi assoggettano la delega dei rispettivi poteri a condizioni di carattere sostanziale e procedurale assai rigorose e ad un altrettanto stringente sistema di controllo *ex ante* ed *ex post*. Sulla base della procedura stabilita dall'art. 290 TFUE, gli atti legislativi non solo «delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega», ma conferiscono altresì al Parlamento e al Consiglio sia il potere di revocare la delega che di impedire, attraverso «obiezioni» che l'atto delegato entri in vigore²⁰. In applicazione dell'art. 291 TFUE, l'esercizio della competenza d'esecuzione è invece soggetto al controllo degli Stati membri in applicazione del regolamento comitologia²¹. Quest'ultimo stabilisce infatti, attraverso le due differenti procedure consultiva e d'esame, le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio dei poteri d'esecuzione attribuiti alla Commissione.

Alla luce di quanto descritto, i Trattati hanno dunque stabilito, in termini piuttosto dettagliati, la complessiva cornice del sistema di delega delle competenze, disciplinando in termini parimenti dettagliati le modalità del conferimento della delega e del suo esercizio. In questa articolata cornice, la delega di competenze nei confronti di attori privati – ad eccezione, forse, del c.d. «dialogo fra le parti sociali a livello di Unione» ai sensi degli artt. 154 e 155 TFUE²² – non trova invece alcuna disciplina. A fronte di questo silenzio e della centralità che ha acquisito nella prassi la regolazione privata è ragionevole chiedersi se, ed eventualmente in che misura, il sistema costituzionale dell'Unione acconsenta l'utilizzo di strumenti e modalità regolatori non previsti.

2.1. La regolazione privata come “ulteriore” forma di delega di poteri

La giurisprudenza sembra fornire una risposta positiva a questo quesito: attraverso un approccio non formalistico, ma ispirato all'apertura e alla flessibilità, la Corte di giustizia – scardinando un sistema apparentemente chiuso – non sembra escludere forme di delega diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste dai Trattati²³. Questo approccio, che si colloca nel solco tracciato da

²⁰ V. art. 290, parr. 2 e 3, TFUE.

²¹ V. Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

²² V., al riguardo, F. PENNING, *The Special Position of Agreements by Social Partners in EU Law*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 37 ss.

²³ V. C. BARNARD-S. PEERS, *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 201; L. ANKERSMIT, *The Legal Limits to 'Agencification' in the EU? Case C-270/12 UK v Parliament and Council (27 January 2014)*, disponibile all'indirizzo <https://europeanlawblog.eu/2014/01/27/the-legal-limits-to-agencification-in-the-eu-case-c-27012-uk-v-parliament-and-council/>.

sentenze storiche come *Meroni* e *Romano*²⁴, è stato inaugurato, come è noto, con la sentenza sul caso *ESMA*²⁵, ed è culminato, per quanto ci interessa, con la sentenza *Elliott*²⁶.

Nella sentenza sul caso *ESMA*, la Corte ha riconosciuto che il sistema instaurato dagli artt. 290 e 291 TFUE, che attribuisce poteri delegati e di esecuzione esclusivamente alla Commissione, non esclude che si possa «prevedere ulteriori sistemi di delega di poteri siffatti ad organi o ad organismi dell'Unione»²⁷. Tuttavia, se in questa pronuncia le implicazioni che derivano dall'esistenza di un sistema di deleghe che, dunque, non è chiuso né tassativo sono limitate (esaurendosi nella possibilità di prevedere poteri di delega anche in capo ad organi ed organismi dell'UE²⁸), nella successiva sentenza sul caso *Elliott*, la Corte ha tratto conclusioni maggiormente significative.

In questa sentenza, la Corte è stata per la prima volta chiamata a stabilire la natura giuridica di norme tecniche armonizzate adottate da soggetti privati su mandato della Commissione conferito nell'ambito di direttive che si ispirano al c.d. “nuovo approccio”²⁹. Si tratta cioè di direttive che non realizzano una armonizzazione tecnica esaustiva, ma che rinviano a soggetti privati – singoli organismi europei di normalizzazione – la successiva adozione delle norme contenenti le specificazioni tecniche dettagliate. Questo “nuovo approccio”, che si caratterizza dunque per una tecnica di armonizzazione per gradi, rappresenta probabilmente una delle prime manifestazioni di coregolazione nell'ambito dell'Unione europea³⁰. Nella sentenza sul caso *Elliott*, nell'indicare che la norma armonizzata, sebbene sia «indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, [...] co-

²⁴ V. Corte giust. 13 giugno 1958, causa 9/56, *Meroni* e 14 maggio 1981, causa 98/80, *Romano*.

Nella causa *Meroni*, la Corte ha statuito che l'Alta Autorità era autorizzata a delegare i suoi poteri ad uno o più organismi esterni. Tuttavia, tale delega era soggetta alle limitazioni imposte dal Trattato CECA. La Corte ha ritenuto che l'Alta Autorità non potesse conferire ad un organismo delegato poteri diversi da quelli attribuiti all'Alta Autorità dal Trattato CECA (p. 37). Per esempio, le decisioni degli organismi di Bruxelles (enti privati di diritto belga) non erano soggette al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 33 CECA, mentre tale condizione si applicava agli atti giuridici dell'Alta Autorità (p. 40). Inoltre, la Corte ha sottolineato che la delega di poteri era legittima solo qualora fosse risultata necessaria per la realizzazione dei compiti dell'Alta Autorità. Qualsiasi delega di poteri poteva riferirsi soltanto a poteri esecutivi chiaramente definiti, l'esercizio dei quali doveva rimanere soggetto interamente alla vigilanza dell'Alta Autorità (p. 44).

²⁵ Corte giust. 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio (ESMA)*.

²⁶ Corte giust. 27 ottobre 2016, causa C-613/14, *Elliott*.

²⁷ *ESMA*, cit., punto 78.

²⁸ *ESMA*, cit., punto 79 ss.

²⁹ V. M. HIEMSTRA-L. SENDEN, *Private Regulation in the Internal Market: Assessing European Technical Standardisation Through a Citizen's Eye*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 57.

³⁰ V., tra gli altri, E. BEST, *Alternative Methods and EU Policy-Making: What Does “Co-Regulation” Really Mean?*, in *EIPAScope*, 2008, p. 11 ss.

stituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria [...] [che produce] effetti giuridici»³¹, la Corte non solo riconosce che tale norma fa parte del *corpus* giuridico dell'UE³², ma legittima, pur implicitamente, anche la possibilità di delegare poteri regolamentari a soggetti sia diversi dalla Commissione, che da organi e organismi dell'Unione.

2.2. Le condizioni per il conferimento di una delega di poteri a soggetti privati

A fronte di questa audace apertura, e forse proprio in conseguenza di questa, la Corte si è premurata di indicare le condizioni cui subordinare le deleghe di poteri che si collocano fuori dalle previsioni dei Trattati. La principale cornice di riferimento per inquadrare la questione dell'ammissibilità della delega di poteri nei confronti della sfera privata è fornita proprio dalla sentenza sul caso *Elliott*: «sebbene l'elaborazione di tale norma armonizzata sia indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali definiti da tale direttiva, realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione, e i suoi effetti giuridici sono soggetti alla previa pubblicazione da parte di quest'ultima dei suoi riferimenti nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, serie C»³³.

La sentenza stabilisce dunque le condizioni che, cumulativamente considerate, devono essere soddisfatte per rendere legittima una delega di poteri a soggetti privati.

Innanzitutto, l'esercizio di poteri normativi da parte di soggetti privati deve fondarsi su un mandato³⁴ da parte dell'autorità delegante, nel quale siano definiti i requisiti specifici che consentano non solo di circoscrivere l'ambito d'applicazione ed il contesto nel quale si colloca l'attività delegata, ma che permettano anche all'autorità delegante di esercitare un controllo durante lo svolgimento del mandato³⁵. La delega sembra dunque ammissibile soltanto laddove l'esercizio del potere

³¹ *Elliott*, cit., punto 43.

³² *Elliott*, cit., punto 40. Sul solco tracciato dalla sentenza *Elliott*, si colloca anche la pronuncia sul caso *SAAKSA* in cui la Corte conferma «che una norma armonizzata, elaborata da un organismo di diritto privato, può essere considerata come rientrante nel diritto dell'Unione dal momento che è stata concepita su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione» (Corte giust. 22 febbraio 2018, causa C-185/17, *Varna*, punto 39).

³³ *Elliott*, cit., punto 43.

³⁴ «Una delega di poteri non si può presumere ed anche ove abbia la facoltà di farla, l'autorità delegante deve emanare una decisione da cui la delega espressamente risulti» (*Meroni*, cit., p. 39).

³⁵ La Corte ha, ad es., indicato che il «monitoraggio dettagliato da parte della Commissione, associato a un obbligo di relazionare regolarmente la Commissione stessa nonché al controllo di conformità da parte di tale istituzione dei progetti finali di norme armonizzate» soddisfano questa condizione (*Elliott*, cit., punto 45).

regolatorio da parte del privato sia “strettamente regolamentato”. In questa indicazione si scorge la nota dottrina *Meroni* secondo cui una delega è legittima soltanto se riguarda «poteri di esecuzione nettamente circoscritti e il cui esercizio, per tale ragione, è soggetto a un controllo rigoroso in base a criteri oggettivi stabiliti dall'autorità delegante»³⁶. Soltanto in questa ipotesi, infatti, «la delega non può notevolmente modificare le conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri che essa attribuisce»³⁷. Implicita in questa conclusione la premessa, fatta propria dalla sentenza *Meroni*, secondo cui l'autorità delegante deve sottoporre l'esercizio dei poteri delegati a quelle stesse condizioni cui sarebbe soggetta essa stessa ove li esercitasse direttamente³⁸. Se il conferimento di poteri deve dunque essere strettamente regolamentato, sarebbe difficilmente compatibile con questo modello una delega che, attraverso l'attribuzione di un potere discrezionale, comportasse una ampia libertà di valutazione. In questo caso, la delega, col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determinerebbe «un vero spostamento di responsabilità», compromettendo l'equilibrio dei poteri³⁹.

Una seconda condizione cui fa riferimento la sentenza *Elliott* riguarda il carattere attuativo che deve contraddistinguere la misura privata. Sulla base di questa indicazione, la delega di poteri a soggetti privati dovrebbe essere funzionalmente circoscritta al conferimento di poteri d'esecuzione, in conformità a quanto stabilito dall'art. 291 TFUE. Tuttavia, poiché non è sempre agevole distinguere, da un punto di vista sostanziale, come si è già accennato, una funzione integrativa da una funzione meramente esecutiva, è ragionevole pensare che il riferimento della Corte ad «una misura d'attuazione» non escluda forme di conferimento di poteri di differente natura. In questa prospettiva, il termine “attuazione” ricomprenderebbe genericamente la complessiva categoria di poteri regolatori delegabili che possono, a loro volta, manifestarsi come poteri delegati o d'attuazione⁴⁰. D'altra parte, l'elemento che appare realmente significativo risiede nel fatto che il conferimento di poteri, a prescindere dalla forma con cui si manifesta, sia circoscritto.

Senza altro più rilevante appare l'altro requisito che deve caratterizzare la misu-

³⁶ *Meroni*, cit., p. 41.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ «[L]a facoltà degli organismi di Bruxelles di adottare provvedimenti senza l'osservanza delle prescrizioni alle quali essi sarebbero stati soggetti ove l'Alta Autorità li avesse direttamente emanati, dà in fatto a detti organismi poteri più ampi di quelli che il Trattato conferisce all'Alta Autorità» (*Meroni*, cit., p. 38).

³⁹ «Una delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che il Trattato ha istituito per esplicitarli o controllarne l'esercizio nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni, violerebbe tali garanzie» (*Meroni*, cit., p. 41). V., sul punto, H. HOFMANN ET AL., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford Scholarship online, Oxford, 2011, p. 242.

⁴⁰ V. K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 391.

ra privata: questa deve poter essere qualificata come una misura d'attuazione "necessaria" di un atto dell'Unione. Conviene osservare che la "necessarietà" dell'intervento regolatorio privato per la piena realizzazione dell'atto UE instaura un nesso di carattere funzionale particolarmente qualificato tra l'atto che conferisce i poteri regolatori e l'atto regolatorio privato tale che, senza il secondo, il primo non sarebbe idoneo ad esplicare i suoi effetti giuridici⁴¹. La sussistenza di questo nesso determina, a sua volta, alcune conseguenze che, tra le altre, appaiono particolarmente significative. Innanzitutto, l'atto regolamentare privato, in virtù del collegamento funzionale che si crea con l'atto UE, ricade "nel diritto dell'Unione", come indica esplicitamente la Corte, e viene, in conseguenza di ciò, ascritto nel suo corpo normativo. Tale assorbimento determina l'ulteriore conseguenza che la norma privata, poiché "rientra nel diritto dell'Unione" è, a tale titolo, assoggettabile al sindacato giurisdizionale. Come rilevato esplicitamente, «la Corte è competente a interpretare atti che, pur essendo stati indubbiamente adottati da organi che non possono essere qualificati come «istituzioni, organi o organismi dell'Unione», presenta[va]no tuttavia la natura di misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione»⁴². Infine, e forse questa è l'implicazione maggiormente rilevante, se un atto di regolazione privata è necessario allo scopo di garantire l'efficacia di disposizioni di diritto dell'UE aventi carattere vincolante, ciò significa che tale atto è idoneo a produrre effetti giuridici⁴³. Tali effetti giuridici, ancorché non vincolanti, non possono tuttavia essere messi "in discussione"⁴⁴.

In conclusione, pur nel silenzio dei Trattati, una dimensione regolatoria "alternativa" o "complementare" a quella accentrata e pubblica può essere ammessa e considerata compatibile con l'ordinamento costituzionale dell'Unione soltanto nell'ambito del sistema di delega dei poteri. In questo sistema, che la Corte ha forzatamente aperto e reso flessibile, la regolazione privata trova la sua ragion d'essere in quanto componente necessaria a completare il quadro normativo pre-

⁴¹ *Ivi*, p. 395.

⁴² *Elliott*, cit., punto 34. [I]l fatto che un atto di diritto dell'Unione sia privo di effetti obbligatori non può impedire alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di tale atto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE» (punto 35).

⁴³ Nella fattispecie oggetto della sentenza *Elliott*, l'effetto giuridico si esplica nella circostanza che «il rispetto della norma armonizzata da parte di un prodotto fa sorgere la presunzione che tale prodotto risponda ai requisiti della direttiva 89/106, il che ne facilita la commercializzazione senza ostacoli nel mercato interno» (Conclusioni dell'Avv. gen. M. Campos Sánchez-Bordona, del 28 gennaio 2016, causa C-613/14, *Elliott*, par. 62). V., inoltre, C. COLOMBO-M. ELIANTONIO, *Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns? Case C-613/14 James Elliot Construction Limited v. Irish Asphalt Limited*, EU:C:2016:821, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 339.

⁴⁴ *Elliott*, cit., punto 42. La Corte indica espressamente che «[s]e è vero che la conformità di un prodotto da costruzione ai requisiti essenziali sanciti dalla direttiva 89/106 può essere dimostrata, all'occorrenza, mediante mezzi diversi dalla prova della conformità a norme armonizzate, ciò non può mettere in discussione l'esistenza degli effetti giuridici connessi a una norma armonizzata».

disposto dal legislatore. Nello specifico, alla sfera pubblica appartiene la funzione di definire gli “aspetti essenziali” dell’atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla sfera privata spetta di intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un’attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio. L’autonomia privata trova dunque spazio soltanto nella specifica forma di attività esecutiva o integrativa, necessaria per attuare o completare la disciplina dettata dal legislatore e limitata a quanto prescritto dal diritto derivato. Soltanto in questa accezione la regolazione privata può produrre effettivi giuridici, pur non vincolanti, ed imporsi come uno strumento di normazione alternativo.

3. *Il quadro concettuale per un inquadramento dei meccanismi regolatori privati: l’Accordo interistituzionale del 2003*

Delineato il quadro giuridico-costituzionale in cui collocare la regolazione privata, conviene inquadrare quello concettuale. Occorre, in altre parole, chiedersi, da un punto di vista fenomenologico, cosa si intenda per regolazione privata nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione, interrogarsi sulle forme nelle quali si manifesta, individuare le categorie “concettuali” nelle quali si esprime. Nelle prossime pagine si tenterà dunque di sistematizzare questo fenomeno sul piano definitorio, verificandone la conformità con il quadro giuridico appena esaminato.

Al tal fine, conviene prendere le mosse dal già menzionato Accordo interistituzionale (AI) del 2003 nel quale sono state elaborate le definizioni rispettivamente di autoregolazione e coregolazione. Tale accordo, pur sostituito da quello più recente del 2016⁴⁵, rappresenta infatti il riferimento principale, anche se non l’unico⁴⁶, per circoscrivere la portata normativa di nozioni intrinsecamente ambigue che necessitano, in quanto tali, di essere preliminarmente definite.

L’AI «Legiferare meglio», per il quale è ragionevole escludere il carattere vincolante⁴⁷, stabilisce una serie di iniziative e di linee guida che le tre Istituzioni po-

⁴⁵ Si tratta dell’Accordo Interistituzionale “Legiferare meglio” del 13 aprile 2016 tra Parlamento, Consiglio e Commissione.

⁴⁶ Molteplici sono i documenti via via elaborati dalla Commissione nell’ambito dei programmi “Better Regulation” e “Smart Regulation”, del Programma *REFIT* e delle sue *Impact Assessment guidelines* che prendono a riferimento le nozioni di co-regolazione e auto-regolazione formulate nell’Accordo Interistituzionale del 2003. Tra questi, ci limitiamo a menzionare la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, Brussels, 25 October 2011 COM(2011) 681 final.

⁴⁷ Ancorché il TFUE preveda, all’art. 295, che gli accordi interistituzionali possano «assumere carattere vincolante» è ragionevole escludere che l’AI del 2003 fosse dotato di un tale carattere. Essenzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché l’AI del 2003 è stato adottato prima

litiche si impegnano ad osservare al fine di promuovere «la semplicità, la chiarezza e la coerenza nella redazione dei testi legislativi nonché la massima trasparenza nell'iter legislativo», nel rispetto delle procedure previste dai Trattati, dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità e di certezza del diritto⁴⁸. Tra questi strumenti si fa espressa menzione ai c.d. «meccanismi di regolamentazione alternativi», espressione con cui sono qualificati l'autoregolazione e la coregolazione.

Questi meccanismi alternativi, innanzitutto, trovano un riconoscimento formale in conseguenza dell'approccio politico, fatto proprio anche dai Trattati, secondo cui l'Unione «legifera solo nella misura necessaria, conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità» e nella misura in cui il diritto UE «non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo»⁴⁹. Si tratta dunque di strumenti complementari il cui ricorso deve, in ogni caso, soddisfare alcune condizioni preliminari qui di seguito indicate. L'utilizzo della regolazione privata, innanzitutto, deve essere valutato, oltre che opportuno (in conseguenza del suo carattere flessibile), idoneo a rappresentare un valore aggiunto per l'interesse generale e conforme al diritto dell'UE. Sotto quest'ultimo profilo, il ricorso alla regolazione privata non deve incidere, in particolare, sui principi della concorrenza né interferire con l'unicità del mercato. Il ricorso alla regolazione privata impone, inoltre, il rispetto del criterio della trasparenza e quello della rappresentatività delle parti interessate⁵⁰.

Se la sfera applicativa dei meccanismi di auto e coregolazione, nel rispetto dei parametri indicati, appare dunque potenzialmente illimitata, l'accordo indica tre

che il Trattato di Lisbona sancisse questa possibilità; in secondo luogo, perché la sua formulazione sembra escludere la produzione di effetti giuridici vincolanti. Come giustamente sostiene L. SENDEN (*Soft Law, Self-Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they Meet*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, p. 1 ss.) «[A]s regards the Interinstitutional Agreement on better law-making, its having at least binding force inter partes can be defended on the basis of two arguments. Firstly, it contains a number of rather compelling terms ('agree', 'will'), which can be said to express the intention of the institutions to enter into a binding commitment. A confirmation of this intention can also be seen in its points 37 and 38 on the implementation and monitoring of the Agreement, providing, inter alia: 'The three Institutions will take the necessary steps to ensure that their staff have the means and resources required for the proper implementation of the provisions of this Agreement'(point 38). Secondly, where 'agreed acts' are specifically intended to reinforce inter-institutional cooperation such as the Interinstitutional Agreement at issue here, it can be argued that there is a specific duty of cooperation which in conjunction with the duty of sincere cooperation laid down in Article 10 EC may actually lead to the conclusion that such an agreed act must be considered binding upon the concluding parties». Dovrebbe invece ammettersi la capacità dell'AI del 2003, così come di ogni altro AI, di svolgere una funzione integrativa *praeter legem*, al fine completare la disciplina del Trattato colmando quelle lacune che pregiudicano, ad es., il corretto funzionamento delle procedure decisionali. V. R. ADAM-A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 197.

⁴⁸ Parr. 1 e 2, AI del 2003, cit.

⁴⁹ Par. 16, *ibidem*.

⁵⁰ Par. 17, *ibidem*.

criteri volti ad attenuarne la capacità espansiva. Ai sensi del par. 7, infatti, «tali meccanismi non si applicano se sono in gioco i diritti fondamentali o scelte politiche importanti, oppure nelle situazioni in cui le regole devono essere applicate uniformemente in tutti gli Stati membri»⁵¹. L'AI sancisce dunque una riserva di competenza a favore dell'autorità pubblica, ad esclusione di una partecipazione di attori privati, non in settori materiali specifici ma in relazione ad ambiti che, per motivi di opportunità politica o per esigenze di carattere tecnico, necessitano di una disciplina accentrata in capo legislatore. In presenza di tali circostanze, i meccanismi di regolazione privata arretrano, mantenendosi inalterato lo spazio d'azione proprio dei meccanismi regolatori tradizionali. Tra le cause di esclusione meritano una certa attenzione quelle che fanno riferimento rispettivamente ai “diritti fondamentali” e a “scelte politiche importanti”. È infatti ragionevole che la disciplina di settori sensibili, che implicano interferenze con la tutela dei diritti fondamentali o che richiedono scelte di carattere politico, sia devoluta all'esclusiva competenza del legislatore, il quale è per definizione investito della necessaria legittimazione democratica per operare scelte politiche e per bilanciare eventuali diritti in conflitto. Altra e più complicata questione è stabilire quando i diritti fondamentali o certe scelte politiche entrano “in gioco” nella disciplina di una determinata fattispecie e se occorra raggiungere un'eventuale soglia di carattere qualitativo/quantitativo al fine di innescare la clausola di esclusione.

3.1. L'autoregolazione

L'autoregolazione è descritta come quel meccanismo che consente agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni di settore di disciplinare la propria condotta, attraverso l'adozione di orientamenti comuni a livello europeo (in particolare attraverso codici di condotta o accordi settoriali) che hanno una efficacia limitata alle parti. Come indicato dall'Accordo interistituzionale, tali iniziative sono «autonome» e non presuppongono alcuna presa di posizione da parte delle Istituzioni, «specialmente quando intervengono in settori non rientranti nell'ambito dei trattati o in cui l'Unione non ha ancora legiferato»⁵².

In questo contesto, la Commissione si limita ad esaminare la conformità delle

⁵¹ Per la tesi secondo cui questa clausola, in quanto non ripresa dall'AI del 2016, non sia più applicabile, v. J.M. EMAUS, *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., p. 448 ss. Una tesi opposta è abbracciata da M. DE COCK BUNING-L. SENDEN, *Introduction: EU Private Regulation and Enforcement – Mapping its Contextual, Conceptual, Constitutional and Citizens' Dimensions*, *ivi*, p. 29.

⁵² Par. 22, AI del 2003, cit.

prassi di autoregolazione con le disposizioni dei Trattati⁵³, informando il Parlamento europeo e il Consiglio su quelle considerate compatibili e adeguate sotto il profilo della rappresentatività dei soggetti interessati, dell'ambito d'applicazione settoriale e geografico e del valore aggiunto degli impegni assunti. Laddove la prassi autoregolatoria si colloca in un settore di competenza dell'UE, la Commissione esamina «la possibilità di presentare una proposta di atto legislativo, in particolare su richiesta dell'autorità legislativa competente oppure in caso di inosservanza di tali prassi»⁵⁴.

Sulla base della definizione accolta nell'Accordo interistituzionale, l'autoregolazione costituisce uno strumento di disciplina volontario, privo di effetti giuridici, distinto e separato dai meccanismi di regolazione pubblica. L'autoregolazione è infatti elaborata, sviluppata, monitorata e garantita esclusivamente dalle parti private, senza alcun tipo di interferenza da parte delle Istituzioni europee, ad eccezione del limitato ruolo che svolge la Commissione nel verificare la conformità della prassi al diritto UE. Nell'accezione accolta dall'AI, l'autoregolazione si afferma, dunque, come strumento parallelo alla regolazione pubblica, senza tuttavia che le due sfere entrino in reciproco contatto. Anche laddove la Commissione dovesse presentare una proposta di atto legislativo nel settore disciplinato dall'iniziativa volontaria, tra la sfera privata e quella pubblica non si instaurerebbe alcun collegamento; in uno scenario del genere, infatti, la regolazione pubblica si andrebbe a sostituire a quella privata.

In sintesi, le iniziative volontarie di regolazione procedono parallelamente alla normazione centralizzata: l'autoregolazione, pur essendo uno strumento idoneo a concorrere nella disciplina di determinate fattispecie, non implica, infatti, (anzi esclude) collegamenti di carattere normativo o istituzionale tra la sfera privata e quella pubblica. In questa accezione di meccanismo spontaneo e privo di collegamenti con la sfera pubblica, l'autoregolazione non solleva questioni di compatibilità con il quadro costituzionale dell'Unione.

I collegamenti con la sfera pubblica rappresentano invece l'essenza della coregolazione.

⁵³ Anche prassi autoregolarie che non investono settori di competenza dell'UE o, se di competenza, non ancora disciplinati, possono interferire con la corretta interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione. È dunque ragionevole pensare che il dovere della Commissione di esaminarne il contenuto alla luce del diritto UE si estenda anche a quelle prassi che hanno ad oggetto competenze che residuano in capo agli Stati membri.

⁵⁴ Par. 23, AI del 2003, cit.

3.2. La coregolazione

Questo strumento è definito dall'AI come quel meccanismo mediante il quale un atto legislativo⁵⁵ dell'Unione conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dal legislatore ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore⁵⁶. La coregolazione instaura dunque un collegamento tra la normazione di carattere accentrato e pubblico ed un tipo di normazione di carattere decentrato e privato. Alla prima sfera normativa appartiene la funzione di definire gli «aspetti essenziali» dell'atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla seconda spetta intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un'attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio. Siffatta disciplina deve risultare «adeguata ai problemi e ai settori interessati» e deve giustificarsi per «l'esperienza» dei soggetti portatori di interessi⁵⁷. A tal fine, l'atto legislativo non solo determina i criteri volti ad orientare l'attività dei soggetti privati per garantirne l'adeguatezza rispetto agli obiettivi prefissati, ma anche «l'ampiezza possibile della coregolamentazione nel settore interessato»⁵⁸.

Passando alle modalità attuative, l'AI indica che, nel contesto definito dall'atto di base, «i soggetti interessati dall'atto legislativo possono concludere accordi autonomi»⁵⁹, che devono fondarsi sul dialogo ed una consultazione reciproca tra le parti sociali⁶⁰. I progetti di accordo, previa verifica da parte della Commissione della loro conformità all'atto di base e al diritto UE nel suo complesso, sono da questa trasmessi al legislatore Ue⁶¹. Laddove l'atto di base lo preveda, il Consiglio e il Parlamento europeo, entro un termine di due mesi a decorrere dalla data di comunicazione del progetto, potranno suggerire modifiche se ritengono che il progetto di accordo non risponda agli obiettivi indicati, oppure opporsi all'entrata in vigore di quest'ultimo. In quest'ultima ipotesi, entrambe le istituzioni potranno chiedere alla Commissione di presentare una proposta di atto legislativo⁶².

⁵⁵ Il termine «atto legislativo» è qui utilizzato in maniera atecnica per indicare l'atto normativo. Al momento della redazione dell'AI del 2003 i Trattati non prevedevano ancora la categoria dell'atto legislativo.

⁵⁶ Questi, in particolare, sono gli operatori economici, le parti sociali, le organizzazioni non governative o le associazioni, (v. par. 18, AI del 2003, cit.).

⁵⁷ Nella relazione che accompagna le proposte, la Commissione illustra all'autorità legislativa competente le ragioni per cui essa propone di ricorrere a tale meccanismo (par. 19, AI del 2003, cit.).

⁵⁸ Par. 21, AI del 2003, cit.

⁵⁹ Par. 20, *ibidem*.

⁶⁰ Il par. 19 stabilisce che «[G]li accordi tra le parti sociali devono rispettare le disposizioni previste agli articoli 138 e 139 del trattato CE» (ora artt. 154 e 155 TFUE).

⁶¹ V. par. 20.

⁶² *Ibidem*.

Per quanto riguarda le modalità di monitoraggio dell'accordo, queste sono stabilite nell'atto di base, il quale definisce «misure appropriate per la verifica dell'applicazione, con riguardo all'ipotesi dell'inosservanza dell'accordo ad opera di una o più parti o dell'insuccesso dell'accordo stesso»⁶³. Tali misure possono consistere, ad esempio, nel prevedere «un'informazione regolare dell'autorità legislativa da parte della Commissione in merito alla verifica dell'applicazione» oppure «una clausola di revisione secondo cui la Commissione riferisce alla scadenza di un determinato termine proponendo, se del caso, la modificazione dell'atto legislativo o qualsiasi altra misura legislativa idonea»⁶⁴.

Alla luce della complessiva disciplina formulata nell'AI, il meccanismo della coregolazione si fonda dunque sull'utilizzo congiunto di strumenti di normazione pubblica in combinazione con strumenti di regolazione privata. In particolare, tale meccanismo – nel riservare al legislatore gli elementi essenziali di una normativa, assegnando al contempo alle parti private il compito di integrarne, svilupparne o ampliarne il contenuto – innesta due metodi differenti, rendendoli complementari, al fine di regolare una complessiva situazione. La coregolazione, quindi, a differenza della autoregolazione, non procede separatamente e parallelamente rispetto ad una disciplina pubblica e centralizzata, ma in maniera complementare a questa, attraverso una condivisione dell'attività regolatoria ripartita sulla base di un criterio funzionale.

Non può sfuggire che il modello della coregolazione prospettato nell'AI presenta profonde analogie con il sistema di deleghe dei poteri che, come sottolineato sopra, può essere considerato l'unico schema per collocare la regolazione privata nel più ampio sistema costituzionale dell'Unione. In questa prospettiva, la regolazione privata, nell'accezione di coregolazione accolta dall'AI, può essere considerata uno strumento alternativo ad una regolazione accentrata e pubblica, compatibile con il quadro costituzionale dell'UE.

4. *Le variabili che condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi*

Se la distinzione tra autoregolazione e coregolazione è netta sulla carta, la prassi non solo evidenzia che la demarcazione tra le due modalità tende a sfumare (i due modelli in molti casi si sovrappongono), ma mostra anche una gamma quanto mai variegata di applicazioni che, a loro volta, si distanziano dai due schemi di riferimento⁶⁵.

⁶³ Par. 21.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ V. L. SENDEN-E. KICA-M. HIEMSTRA-K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission*, cit., p. 31.

In particolare, se il modello dell'autoregolazione implica la totale assenza di coinvolgimento da parte delle autorità pubbliche⁶⁶, in via di prassi si assiste ad una loro pur modulata partecipazione⁶⁷; se la coregolazione comporta una netta ripartizione di competenze tra il potere pubblico e gli attori privati – spettando al primo la definizione di obiettivi e criteri e ai secondi la normativa di dettaglio – in via di prassi la sfera pubblica tende, a seconda dei casi, ad imporre una normativa dettagliata⁶⁸ o, al contrario, a lasciare ampi margini discrezionali⁶⁹.

Insomma, tra i due poli rappresentati dai modelli di autoregolazione, da una parte, e di coregolazione, dall'altra, (così come descritti dall'AI), è individuabile tutta una scala di sfumature che dipendono da alcune variabili emerse nella prassi applicativa. Tra le principali, possono esserne menzionate essenzialmente quattro.

La prima riguarda il *momento* nel quale si colloca il coinvolgimento dell'autorità pubblica nell'ambito del processo regolatorio. Esso può situarsi nella fase di elaborazione delle politiche, laddove si definisce la portata e l'intensità dell'intervento privato; in una fase successiva relativa al monitoraggio dell'attuazione dell'attività privata; oppure può spalmarsi sull'intero processo regolatorio, coprendo ciascuna fase dell'*iter*⁷⁰.

Una seconda variabile è legata alla *natura* del coinvolgimento del potere pubblico il quale, a seconda dei casi, può assegnare in via formale compiti di regolazione a soggetti privati (attraverso deleghe che, a loro volta, possono essere provviste o meno di carattere vincolante), oppure può limitarsi a promuoverne o sostenerne le attività. Il fondamento dell'intervento regolatorio da parte di attori privati può dunque spaziare da una delega espressa (ed eventualmente vincolante) a modalità informali e prive di carattere obbligatorio⁷¹.

Una terza variabile è rappresentata dall'*intensità* dell'intervento pubblico nel complessivo *iter* regolatorio. L'autorità pubblica può infatti stabilire un quadro giuridico dettagliato in cui si inserisce l'attività regolatoria privata, oppure può

⁶⁶ Si tratterebbe di una “pure self-regulation”.

⁶⁷ V., *infra*, par. 4.1.

⁶⁸ Ad es., v. Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

⁶⁹ Ad es. v. la Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

⁷⁰ L. SENDEN-E. KICA-M. HIEMSTRA-K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches*, cit., p. 35 ss.

⁷¹ *Ibidem*.

limitarsi ad intervenire attraverso modalità meno pregnanti (orientamenti e linee guida formulati in modo del tutto generico)⁷².

Infine, la variabile maggiormente significativa è costituita dalla *portata* giuridica dell'attività regolatoria privata. L'intervento regolatorio privato in via, rispettivamente, integrativa, sostitutiva o di sostegno dell'attività normativa pubblica può, a seconda dei casi, essere sprovvisto di qualsiasi effetto, produrre effetti giuridici ancorché non vincolanti, oppure essere equiparato per gli effetti prodotti ad un atto giuridico vincolante dell'UE. Questo è un aspetto non privo di rilevanza in quanto è plausibile ritenere che soltanto in determinati e specifici contesti l'attività privata possa assumere carattere vincolante.

Il concreto atteggiarsi e manifestarsi di queste variabili e la loro reciproca combinazione rendono i meccanismi di coregolazione e autoregolazione assai più diversificati rispetto al modello prospettato nell'AI.

4.1. *L'autoregolazione nella prassi*

Limitatamente alla disciplina sulle nuove tecnologie, lo strumento dell'autoregolazione non appare mai nella sua forma assoluta; esso, piuttosto, tende ad essere "accreditato" dal sistema regolatorio dell'Unione come "sostegno" o "complemento" di meccanismi normativi accentrati, attraverso un differente grado ed intensità della partecipazione dell'autorità pubblica nel processo di riconoscimento o di incentivazione. In questa prospettiva, l'autoregolazione, pur così denominata, raramente è tale – cioè estranea a forme pur blande di interferenza da parte dell'autorità pubblica – ma il più delle volte è inglobata in un quadro normativo pubblico più articolato, tendendo spesso ad assumere le fattezze della coregolazione.

Tra le manifestazioni di intersezione più lievi tra la dimensione pubblica e quella privata, si collocano quelle forme di coinvolgimento del potere pubblico che si limitano ad un mero "riconoscimento" (o "presa d'atto") dell'attività privata. Manifestazioni del genere, pur presupponendo l'autoregolazione o essendo volte ad incentivarla, non sembrano tuttavia idonee ad intaccare la sua natura autonoma. La prassi offre numerosi esempi.

Una prima ipotesi può essere tratta dalla decisione 854/2005 che istituisce un programma UE destinato a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie online⁷³. Tra le azioni contemplate vi è la predisposizione di piattaforme di discussione volte a incoraggiare l'autoregolazione tra le parti interessate al fine di discutere le modalità attraverso cui l'industria possa contribuire a contrastare

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Decisione n. 854/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, che istituisce un programma comunitario pluriennale inteso a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie online.

i contenuti illegali. Siffatte piattaforme, tuttavia, pur preordinate a «[f]avorire la formazione del consenso e l'autoregolamentazione» in merito a determinate questioni⁷⁴, si limita a fornire un contenitore alle attività private di regolazione senza incidere sul loro svolgimento. Si tratta dunque di un intervento da parte dell'autorità pubblica meramente prodromico all'incentivazione di attività di autoregolazione, le quali restano nella piena disponibilità dei privati.

Un'altra ipotesi di intervento normativo pubblico che, volto a sostenere iniziative di autoregolazione, non determina alcuna interferenza sul loro svolgimento si ravvisa, ad es., laddove la Commissione, nell'ambito della disciplina di determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, si limita a stabilire, ancorché in via ipotetica, che «potrebbe chiedere [...] la redazione di un codice di condotta da parte delle associazioni di categoria e le altre organizzazioni rappresentative» al fine di «sostenere l'attuazione uniforme della presente direttiva»⁷⁵. Anche in questo caso, se la richiesta di elaborazione di un codice di condotta allo scopo di sostenere l'attuazione di una direttiva attrae l'attività regolatoria privata nell'ambito di un quadro normativo più ampio, l'assenza di ulteriori indicazioni ne lascia impregiudicata l'autonomia.

A fronte di queste ipotesi nelle quali l'autoregolazione, pur attratta – con le diverse modalità esaminate – nella sfera pubblica dell'Unione, non subisce interferenze, si registrano casi nei quali, al contrario, l'autonomia regolatoria viene indurizzata e plasmata. In queste pur diverse ipotesi, l'attività regolatoria dei privati, pur continuando sovente ad essere qualificata autoregolazione, si trasforma in una forma, pur blanda, di coregolazione.

4.2. *La coregolazione nella prassi*

La prassi della coregolazione nell'ambito della disciplina delle nuove tecnologie si allinea, nel suo complesso, al modello prospettato nell'AI del 2003: l'atto dell'Unione circoscrive la portata della delega, determinando obiettivi e oggetto dell'attività regolatoria privata; quest'ultima interviene con una normativa di dettaglio. Ciò non toglie che, in applicazione delle variabili di cui si è già detto, la coregolazione possa essere distinta sulla base di due schemi di riferimento.

In un primo, l'intervento regolatorio privato, inglobato nel complessivo *iter* normativo UE in funzione integrativa/attuativa, è chiaramente equiparato, quanto

⁷⁴ Tra queste, sono menzionate «la certificazione di qualità dei siti web, la classificazione dei contenuti intermediali, la classificazione e i sistemi di filtraggio, estendendoli a nuovi tipi di contenuti quali i giochi online e a nuovi tipi di accesso quali la telefonia mobile» (Allegato I, punto 3, par. 5(2)).

⁷⁵ Considerando n. 50, Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

alla sostanza, ad un atto d'esecuzione ai sensi dell'art. 291 TFUE⁷⁶, ma non ne è equiparato, sul piano formale, quanto agli effetti. Se un atto d'esecuzione della Commissione è, come visto sopra, vincolante, la disciplina privata, pur ponendosi come strumento alternativo d'attuazione, non è dotata di tale carattere. Questo schema si riscontra non solo laddove i criteri indicati nell'atto di base si limitano ad orientare l'attività regolatoria, lasciando ai privati un ampio margine discrezionale di intervento⁷⁷, ma anche laddove tendono a veicolare in maniera molto rigida l'elaborazione della disciplina privata. Un esempio può essere tratto dal regolamento 2018/1807 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea⁷⁸. A fronte di criteri stringenti⁷⁹, dettati sia nella fase di elaborazione che in quella di monitoraggio, i codici di condotta, pur integrati in senso lato nella complessiva regolamentazione UE, non sono idonei a produrre effetti vincolanti; la loro applicazione è completamente rimessa alle dinamiche della prassi⁸⁰.

⁷⁶ V., *supra*, il par. 2.

⁷⁷ Un es. è offerto dalla Direttiva (UE) 2018/1808, cit. Il suo art. 4 *bis* stabilisce criteri assai generici in vista dell'elaborazione di codici di condotta: «Tali codici: a) sono concepiti in modo da essere ampiamente accettati dai principali soggetti interessati negli Stati membri; b) stabiliscono chiaramente e senza ambiguità i loro obiettivi, c) forniscono un monitoraggio e una valutazione regolari, trasparenti e indipendenti degli obiettivi fissati; e d) prevedono un'applicazione effettiva, comprensiva altresì di sanzioni effettive e proporzionate». V., inoltre, per un altro esempio, il Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. V., al riguardo, i contributi di O. GRAY, *Trust through Responsibility: Advertising and Self-Regulation in Europe* e di M. DE COCK BUNING, *Private Regulation and Enforcement in the EU: Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective – The Protection of Minors against Online Harms*, entrambi in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., rispettivamente a p. 243 ss. e p. 295 ss.

⁷⁸ Cit.

⁷⁹ Il regolamento indica che «si incoraggia l'elaborazione di codici di condotta che, per essere efficaci e rendere trasparente il cambio tra fornitori di servizi e la portabilità dei dati dovrebbero essere esaustivi e riguardare almeno gli aspetti fondamentali che sono importanti durante il processo di portabilità dei dati, quali le procedure per e il luogo in cui è effettuato il backup dei dati, i formati e i supporti dei dati disponibili, la configurazione informatica e la larghezza minima di banda della rete richieste, il tempo necessario per avviare la procedura di trasferimento dei dati e il periodo in cui i dati saranno disponibili per il trasferimento, nonché le garanzie di accesso ai dati in caso di fallimento del fornitore di servizi. I codici di condotta dovrebbero altresì chiarire che le pratiche di «vendor lock-in» non sono pratiche commerciali accettabili, prevedere tecnologie che incrementino la fiducia ed essere periodicamente aggiornati per restare al passo con gli sviluppi tecnologici. La Commissione dovrebbe garantire che tutte le parti interessate, incluse le associazioni di piccole e medie imprese (PMI) e le start-up, gli utenti e i fornitori di servizi cloud siano consultate durante tutte le fasi del processo. La Commissione dovrebbe valutare l'elaborazione e l'efficacia dell'attuazione di tali codici di condotta» (Cons. n. 31; v., inoltre, gli artt. 6 e 8).

⁸⁰ Ciò non significa che non siano idonei a produrre effetti giuridici. Un effetto che, ad es., producono i codici di condotta preordinati ad attuare un atto dell'Unione è il c.d. "effetto d'esclusione".

In un secondo schema, che è senz'altro quello più interessante, la disciplina privata, oltre a svolgere una funzione esecutiva sul piano sostanziale, ha anche una «validità generale all'interno dell'Unione»⁸¹. Essa cioè produce effetti vincolanti di portata generale al pari di un atto derivato UE. Tale effetto, tuttavia, non promana automaticamente dalla misura privata, ma è conseguenza del suo processo di incorporazione in un atto d'esecuzione adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 291 TFUE.

Significativo, al riguardo, è il regolamento 2016/679 relativo al trattamento dei dati personali⁸². Senza addentrarci troppo nei particolari di una disciplina piuttosto complessa, il regolamento, tra gli altri strumenti, prevede l'elaborazione di codici di condotta preordinati a contribuire alla corretta applicazione dello stesso, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento dei dati personali⁸³. A tal fine, il regolamento circoscrive la sfera applicativa dell'intervento privato, stabilendo non solo i criteri e le condizioni che devono essere osservati nell'elaborazione dei codici⁸⁴, ma anche il complessivo *iter* procedurale che attesti la loro conformità al regolamento⁸⁵. A conclusione dell'*iter* di certificazione e alla luce dei pareri positivi formulati dai vari attori coinvolti nella procedura, la Commissione può decidere, mediante atti d'esecuzione, che il codice di condotta abbia validità generale⁸⁶.

Come si vede, si tratta di due modelli di coregolazione assai differenti. A fronte di una comune funzione integrativa/esecutiva svolta dalla regolazione privata nel contesto della normativa UE, il primo modello esclude che l'attività privata possa essere equiparata, quanto agli effetti, ad un atto d'esecuzione dell'Unione; il

Nei limiti in cui un atto UE riceva attuazione attraverso un codice di condotta, l'effetto di esclusione si manifesta nella circostanza che la Commissione potrebbe astenersi dall'adottare misure d'esecuzione ai sensi dell'art. 291 TFUE.

⁸¹ Per questa espressione v. l'art. 40, par. 9 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁸² Cit. Cfr. gli scritti di P. BLOK, *The Role of Private Actors in Data Protection Law and Data Practice* e di J.M. EMAUS, *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, entrambi in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU*, cit., rispettivamente a p. 95 ss. e p. 443 ss.

⁸³ V. art. 40, par. 1, Regolamento 2016/679, cit.

⁸⁴ V. art. 40, par. 2, *ibidem*.

⁸⁵ V. art. 40, parr. 5, 6, 7, 8, *ibidem*. In estrema sintesi, questi i passaggi rilevanti. Innanzitutto, le associazioni e gli organismi rappresentanti le categorie di titolari o responsabili del trattamento che intendono elaborare (o modificare) un codice di condotta devono presentare il progetto di codice all'autorità di controllo che esprime un parere di conformità del progetto al regolamento. Un parere ben più significativo è richiesto al comitato europeo per la protezione dei dati, il quale deve esprimersi sull'idoneità del codice a fornire adeguate garanzie sulla tutela dei diritti degli interessati.

⁸⁶ V. art. 40, par. 9, *ibidem*.

secondo, al contrario, implica che l'intervento regolatorio privato produca effetti giuridici vincolanti. In questa ipotesi, tuttavia, tali effetti scaturiscono in via mediata, attraverso l'assorbimento della regolazione privata in un atto formale d'esecuzione.

5. Considerazioni conclusive

L'innesto della regolazione privata nello spazio giuridico europeo dà origine a svariate forme di cooperazione tra la dimensione pubblica e quella privata nella disciplina di settori, materie, fattispecie assegnate alla competenza del legislatore UE. Queste forme di cooperazione, che non sono inedite nel panorama europeo, di recente si stanno affermando soprattutto in quegli ambiti materiali che, in conseguenza del rapido sviluppo dell'economia dei dati e delle tecnologie emergenti, richiedono l'*expertise* degli stessi attori economici e sociali la cui condotta deve essere regolata.

A fronte, dunque, del ricorso alla regolazione privata come *sostegno, complemento o alternativa* a quella pubblica, ci si è chiesti se, e in quale misura, forme ibride di regolazione possano considerarsi compatibili con l'assetto costituzionale dell'Unione. La portata non trascurabile del fenomeno ed il carattere trasversale che ha assunto impongono una riflessione approfondita sulla legittimità del ricorso a forme di delega di potere in capo a soggetti privati come meccanismo sostitutivo alla normazione centralizzata. L'ordinamento dell'Unione si basa sul principio di attribuzione ed è regolato da procedure decisionali che – pur improntate a logiche diverse rispetto a quelle che ispirano le procedure legislative in ambito nazionale – si fondano, pur sempre, su un processo di legittimazione democratica⁸⁷. Di conseguenza, anche nel sistema giuridico UE, la delega di poteri a soggetti che non sono incaricati di adottare le decisioni in nome della volontà popolare sembrerebbe quantomeno determinare un'attenuazione del rispetto del principio democratico-rappresentativo.

L'indagine che si è affrontata in questo scritto ha tentato di verificare questa ipotesi, attraverso l'inquadramento del fenomeno della regolazione privata nel più generale contesto giuridico costituzionale dell'Unione, senza tralasciare l'analisi

⁸⁷ Il principio democratico-rappresentativo si articola, nel sistema europeo, su due distinti livelli: il primo è assicurato dal Parlamento europeo, che rappresenta direttamente i cittadini dell'Unione; il secondo è offerto dal Consiglio e dal Consiglio europeo, nell'ambito dei quali gli Stati membri sono rappresentati «dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini» (art. 10, par. 2, TUE). Non avrebbe senso, come acutamente osservato da E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 248), pensare che il concetto di democrazia sia legato unicamente all'esperienza giuridica statale.

delle concrete dinamiche che si instaurano tra potere pubblico e autonomia privata. Peraltro, proprio la difficoltà di mappare in maniera analitica il reciproco integrare della sfera pubblica con quella privata nella disciplina di settori, anche molto eterogenei gli uni dagli altri, ha suggerito di circoscrivere la ricerca all'ambito, a sua volta assai articolato, della disciplina delle nuove tecnologie.

Ciò premesso, il quadro che ne scaturisce appare sorprendentemente rassicurante.

Innanzitutto, il sistema di deleghe di potere, stabilito nei Trattati in termini in apparenza rigidi, non sembra invece escludere forme di delega diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste. La Corte di giustizia, attraverso un approccio non formalistico, sembra considerare legittime anche deleghe di potere conferite a soggetti privati, pur nel rispetto di determinate condizioni⁸⁸. Tra queste, significativa è la condizione che impone una delega oggettivamente circoscritta e non attributiva di poteri discrezionali, bensì volta alla mera attuazione o integrazione dell'atto di base.

In secondo luogo, laddove la regolazione privata è utilizzata e "accreditata" dal sistema, essa non tende a sostituirsi a meccanismi accentrati di produzione giuridica, ma appare essenzialmente relegata ad una funzione d'ausilio. Ciò avviene non solo in relazione allo strumento dell'autoregolazione che, nei casi in cui è richiamato e riconosciuto dall'UE, riveste una mera funzione di sostegno o complemento di meccanismi normativi accentrati, ma anche riguardo al ben più articolato fenomeno della coregolazione. Se, infatti, è senz'altro vero che, sulla base del doppio binario decisionale insito nel meccanismo della coregolazione, la disciplina privata, nel recepire e attuare le direttive formulate dall'atto UE, svolge una attività essenzialmente esecutiva/integrativa, è altrettanto vero che questa attività non è mai equiparata ad un atto d'esecuzione adottato dalla Commissione. Gli strumenti di regolazione privata, come ad es. i codici di condotta, anche se preordinati a completare la disciplina stabilita nell'atto UE, non sono infatti dotati di effetti giuridici vincolanti, ma operano nell'ordinamento generale su base volontaria. Essi, dunque, pur equiparati ad un atto d'esecuzione da un punto di vista funzionale, non ne sono mai equiparati quanto agli effetti.

La regolazione privata, dunque, non scardina il sistema delle fonti producendo norme che vincolano la collettività. Infatti, laddove la regola privata viene dotata di forza obbligatoria, ciò si verifica attraverso la sua incorporazione in una fonte di diritto – cioè l'atto d'esecuzione adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 291 TFUE. Si può discutere a lungo se la "legalità procedurale", data dall'assorbimento della regola privata in una fonte di diritto, possa compensare il difetto iniziale di "legalità sostanziale"⁸⁹. In ogni caso – e questo è ciò che conta – l'eserci-

⁸⁸ V., *supra*, parr. 2.1. e 2.2.

⁸⁹ V. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., p. 98.

zio di poteri regolatori da parte di privati può tradursi in una normativa dagli effetti vincolanti soltanto per il tramite di un atto d'esecuzione. E questa constatazione è forse sufficiente per concludere che la regolazione privata, pur potendo assumere valenza integrativa o suppletiva della disciplina europea, non sembra idonea a violare le regole che presiedono a garantire la legittimità dei processi decisionali e a rivoluzionare la tradizionale categoria di "fonte".

In definitiva, la regolazione privata, quantomeno in relazione alla prassi esaminata, non sembra mettere in discussione il ruolo delle istituzioni politico-rappresentative nella loro funzione di garanti degli interessi pubblici. Se il ricorso all'intervento regolatorio privato determina, in principio, la progressiva erosione della intermediazione degli organi politici, ovvero la compressione e, in ogni caso, la trasformazione del ruolo delle istituzioni pubbliche che tradizionalmente sono preposte alla normazione, questo effetto non appare, nel contesto europeo, così dirompente.

BIBLIOGRAFIA

- ADAM R.-TIZZANO A., *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2020.
- ALEMANNO A., *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 382 ss.
- ANKERSMIT L., *The Legal Limits to 'Agencification' in the EU? Case C-270/12 UK v Parliament and Council (27 January 2014)*, in <https://europeanlawblog.eu/2014/01/27/the-legal-limits-to-agencification-in-the-eu-case-c-27012-uk-v-parliament-and-council/>.
- BARNARD C.-PEERS S., *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BEST E., *Alternative Methods and EU Policy-Making: What Does "Co-Regulation" Really Mean?*, in *EIPAScope*, 2008, p. 11 ss.
- BIN R., *Critica della teoria delle fonti*, FrancoAngeli, Milano, 2021.
- BLACK J., *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, p. 24 ss.
- BLOK P., *The Role of Private Actors in Data Protection Law and Data Practice*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 295 ss.
- BORRÁS S.-CONZELMANN T., *Democracy, Legitimacy and Soft Modes of Governance in the EU: The Empirical Turn*, in *Journal of European Integration*, 2007, p. 531 ss.
- CANNIZZARO E., *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2000, p. 241 ss.
- CHRISTIANSEN T.-DOBBELS M., *Non-Legislative Rule Making After the Lisbon Treaty: Implementing the New System of Comitology and Delegated Acts*, in *European Law Journal*, 2013, p. 42 ss.

- COLOMBO C.-ELIANTONIO M., *Harmonized technical standards as part of EU law: Juridification with a number of unresolved legitimacy concerns? Case C-613/14 James Elliot Construction Limited v. Irish Asphalt Limited, EU:C:2016:821*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, n. 2/2017, p. 323 ss.
- DE COCK BUNING M., *Private Regulation and Enforcement in the EU: Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective – The Protection of Minors against Online Harms*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 295 ss.
- DE COCK BUNING M.-SENDEN L., *Introduction: EU Private Regulation and Enforcement – Mapping its Contextual, Conceptual, Constitutional and Citizens' Dimensions*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 1 ss.
- DE LUCA P., *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012.
- EMAUS J.M., *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 443 ss.
- GRAY O., *Trust through Responsibility: Advertising and Self-Regulation in Europe*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 243 ss.
- HIEMSTRA M.-SENDEN L., *Private Regulation in the Internal Market: Assessing European Technical Standardisation Through a Citizen's Eye*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 57 ss.
- HOFMANN H. ET AL., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford Scholarship online, Oxford, 2011.
- KLINGER K., *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 375 ss.
- MCHARG A., *The Constitutional Dimension of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, p. 77 ss.
- OECD, *OECD Report on Regulatory Reform, Synthesis*, OECD Publishing, Paris, 1997, in <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>.
- OGUS A., *Rethinking Self-regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, p. 95 ss.
- PENNINGS F., *The Special Position of Agreements by Social Partners in EU Law*, in M. DE COCK BUNING-L. SENDEN (eds), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 37 ss.
- PETERS A., *Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law*, in A. EPINEY-M. HAAG-A. HEINEMANN (eds), *Die Herausforderung Von Grenzen / Le défi des frontières / Challenging Boundaries: Festschrift für Roland Bieber / Mélanges en l'honneur de Roland*

- Bieber / *Essays in Honor of Roland Bieber*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 405 ss.
- ROSANÒ A., *La "privatizzazione" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: tre esempi per una tendenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2020, p. 179 ss.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001.
- SCOTT C.-CAFAGGI F.-L. SENDEN, *The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2011, p. 1 ss.
- SENDEN L., *Soft Law in European Community Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford-Portland, 2004.
- SENDEN L., *Soft Law, Self-Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they Meet*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, n. 1/2005, p. 1 ss.
- SENDEN L.-KICA E.-HIEMSTRA M.-KLINGER K., *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission, DG Connect*, Utrecht University, RENFORCE, March 2015, in <https://www.eesc.europa.eu/en/documents/mapping-self-and-co-regulation-approaches-eu-context>.
- SNYDER F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Rev.*, vol. 56, n. 1/1993, p. 19 ss.
- SNYDER F., *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in D. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel*, Springer, Dordrecht, 1994, p. 197 ss.
- STEFAN O. ET AL., *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, in *SoLaR Working Paper*, 2018, in https://www.researchgate.net/publication/332114834_EU_Soft_Law_in_the_EU_Legal_Order_A_Literature_Review.
- TERPAN F., *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 21(1), 2015, p. 68 ss.
- VERBRUGGEN P., *Private Regulation in EU Better Regulation. Past Performance and Future Promises*, in *European Journal of Law Reform*, 2017, p. 121 ss.
- VERBRUGGEN P., *Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 425 ss.
- VON BOGDANDY-J. BAST J., *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- WELLENS K.C.-BORCHARDT G.M., *Soft Law in European community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1989, p. 267 ss.
- ZILLER J., *Constitutional Boundaries to Self-Regulation: A Comparative Appraisal*, in F. CAFAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, p. 147 ss.

“PROVA A PRENDERMI”. ECOSISTEMA DIGITALE E CONSAPEVOLEZZA DEGLI UTENTI: UNO SPAZIO PER LA REGOLAZIONE NAZIONALE?*

di *Chiara Bergonzini*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L’ecosistema digitale e i *Big Data* (cenni). – 3. Tre domande per il diritto costituzionale: un fenomeno regolabile? – 4. Quale livello di normazione? – 4.1. La proposta di regolamento europeo sull’Intelligenza Artificiale: i settori di intervento. – 5. Quale ruolo per il legislatore nazionale? Dati come prezzo dei servizi digitali ... – 5.1. (segue) ... e persone come generatori di *Big Data*: un problema di consapevolezza degli utenti.

1. *Introduzione*

In una fase storica – la c.d. Era digitale¹ – in cui i giuristi e i pubblicisti in particolare si trovano ad affrontare questioni (in larga parte²) inedite, ma senza dubbio ormai improcrastinabili, le riflessioni che seguono si focalizzano su un profilo specifico del fenomeno dei *Big Data*, cioè sugli spazi di regolamentazione rimasti al legislatore nazionale in un contesto caratterizzato, com’è ampiamente noto, dalla deterritorializzazione³ dei rapporti giuridici. La chiave di lettura scelta è il ruolo giocato dagli utenti dei servizi digitali, perché consente di tenere al centro del discorso l’essere umano titolare di diritti, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la cultura costituzionale del principio personalista e l’inesorabile avanzata degli algoritmi.

Il percorso, che inizia con una sommaria ricostruzione del fenomeno in esame, si snoda quindi attraverso tre domande. La prima: è *possibile* regolare l’ecosiste-

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, p. 17 ss.

¹ La c.d. Era digitale si considera iniziata nel 2002, anno in cui la quantità di dati archiviati in formato digitale ha superato quella dei dati archiviati in formato analogico.

² Non è del tutto nuovo il problema concettuale, come sottolinea G. D’ACQUISTO, *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 4, rilevando che «da sempre l’uomo impiega la tecnologia anche per discriminare».

³ Cfr. G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell’era digitale*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 324 ss.

ma digitale? Nel «mondo della fattualità tecnologica»⁴ bisogna infatti prendere atto che «lo spazio di fatto lasciato libero dal giurista lo conquista chi è capace di controllare la tecnologia, chi ha gli strumenti per comprenderla e per forgiarla»⁵. La seconda: ammesso che sia possibile, a quale *livello* di normazione è necessario, o opportuno, affidare tale compito? La terza: in un mondo privo di confini, esiste ancora uno spazio per il legislatore *nazionale*? E se sì, qual è?

È bene chiarire sin d'ora che si tratta di domande alle quali chi scrive non ambisce a trovare risposte diverse da quelle già accreditate in dottrina, ma che consentono di interrogarsi su un profilo – le competenze del legislatore interno – considerato per lo più residuale; il che, peraltro, è ormai oggettivamente un dato di fatto. Ciò nonostante, lo spunto per queste riflessioni è duplice: da un lato, che lo Stato non possa abdicare del tutto al proprio ruolo, e devolvere interamente la soluzione dei problemi ai livelli sovranazionali; dall'altro lato, che la Costituzione repubblicana, guardata attraverso le lenti dell'innovazione tecnologica (*infra*, par. 5), offra spunti per continuare a garantire effettività alla tutela dei diritti.

2. *L'ecosistema digitale e i Big Data (cenni)*

Quando si parla di Big Data, in ambito giuridico⁶, il primo elemento che viene sempre sottolineato è che non ne esiste una definizione normativamente vincolante; essi vengono quindi descritti facendo riferimento «alla raccolta, all'analisi e all'accumulo di ingenti quantità di dati, tra i quali possono essere ricompresi dati di natura personale [...] in ipotesi anche provenienti da fonti diverse»⁷. Il secondo elemento, consequenziale, è che «la natura massiva delle operazioni di trattamento reca la necessità che tali insiemi di informazioni (sia memorizzate, sia in streaming) siano oggetto di trattamento automatizzato, mediante algoritmi e altre tecniche avanzate, al fine di individuare correlazioni di natura (per lo più) probabilistica, tendenze e modelli»⁸. Per dare concretezza alle espressioni appena citate, «ingenti quantità» significa che i dati vengono misurati in Zettabyte (un trilione di

⁴ L. MERLA, *Big Data e diritto: una sfida all'effettività*, in *MediaLaws*, n. 1/2021, p. 221.

⁵ *Ivi*, p. 227.

⁶ Diverso è ovviamente l'approccio dei tecnici, basato sulla logica matematica e sulla statistica, e rispetto al quale un inestimabile ausilio alla comprensione – per quanto possibile – è offerto da G. D'ACQUISTO, nel già citato *Decisioni Algoritmiche* e nel precedente *Intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2021. Per la prospettiva filosofica, chi scrive si affida a L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità e sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022.

⁷ AGCM – AGCOM – GARANTE PER LA PRIVACY, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020 (reperibile nei siti delle tre Autorità), p. 7.

⁸ *Ibidem*, citando la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali.

gigabyte): nel 2020 ne sono stati creati o replicati 64,2, con una previsione in aumento a 79 Zb nel 2021 e di 180 Zb nel 2025⁹. Per questo è consequenziale che il loro trattamento sia affidato alle macchine: perché si tratta di dimensioni che il cervello umano non può – né potrà mai – gestire.

Uno dei modi più consueti per *descrivere* il fenomeno dei Big Data è di ripercorrerne la c.d. filiera, formata di tre fasi: la raccolta dei dati (a sua volta composta di generazione, acquisizione, memorizzazione); la loro elaborazione (estrazione – integrazione – analisi); infine l’interpretazione (cui segue la decisione)¹⁰. Un’altra interessante prospettiva è quella di chi preferisce ragionare di *datificazione*, a sua volta scomponibile in «tre fattori essenziali: l’aumento esponenziale della quantità di dati prodotti nel mondo; la capacità di analisi dei dati e di estrazione di informazioni dai dati, svolta da parte di macchine a ciò addestrate; la possibilità e la capacità di prendere decisioni attraverso queste informazioni, anche grazie alla c.d. *algorithmic decision making*»¹¹. Entrambe le impostazioni, differenti solo quanto a punto di osservazione¹², consentono di focalizzare i due passaggi che dalla prospettiva di questa analisi assumono maggiore rilevanza, e che si collocano nella fase di raccolta, cioè la *generazione* e l’*acquisizione* dei dati¹³.

La generazione dei dati può avvenire da parte sia degli utenti, sia delle macchine. Nella prima ipotesi, le persone producono dati innanzitutto interagendo con i propri *device* (principalmente, anche se non solo, computer o *smartphone*, quindi utilizzando ad esempio posta elettronica, navigazione satellitare, *social networks*, ecc.): ciascuna di queste attività quotidiane viene scomposta in singoli eventi e tracciata, e i relativi dati vengono poi acquisiti e memorizzati. Non solo: alla produzione “attiva” di dati si sommano quelli raccolti dalle funzionalità dei dispositivi (o dalle app) e quelli generati pur *in assenza di interazione diretta* con i dispositivi digitali: gli esempi classici sono la geolocalizzazione dello *smartphone*, se attivata, e le videocamere di sorveglianza. La seconda ipotesi è quella dell’*Internet of Things* (IoT), in cui sono le macchine a comunicare tra loro,

⁹ Cfr. *Quanti dati sono generati ogni minuto nel 2021?*, Infodata de *Il Sole 24 Ore*, 27 dicembre 2021, in <https://www.infodata.ilssole24ore.com/2021/12/27/quantidi-dati-generati-minuto-nel-2021/>.

¹⁰ Cfr. AGCM – AGCOM – GARANTE PER LA PRIVACY, *op. cit.*, p. 8 ss.

¹¹ S. CALZOLAIO, *Introduzione*. Ubi data, ibi imperium: *il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, p. 5; ID., *(Voce) Protezione dei dati personali*, in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento*, Utet Giuridica, Milano, 2016, p. 594 ss.; v. anche S. TORREGIANI, *op. cit.*, p. 47 ss.

¹² La prima prospettiva mira infatti a descrivere il processo tecnico, mentre la seconda lo contestualizza come fenomeno socio-economico; ma le fasi sono, ovviamente, le stesse.

¹³ Per non appesantire il testo, si segnala che per la parte di descrizione delle due fasi della filiera dei Big Data analizzate, in assenza di specifici richiami, il riferimento è la già citata *Indagine conoscitiva sui Big Data* delle tre Autorità, spec. pp. 10-13. Si dà per sottinteso, ma è bene precisarlo, che tutte le fasi della filiera acquisiscono rilevanza (e problematicità) giuridica perché finalizzate alla decisione algoritmica, che resta quindi tecnicamente il perno di tutte le questioni teoriche.

scambiandosi e producendo dati¹⁴: nato per l'industria – l'esempio tipico è la manutenzione predittiva – l'IoT è rapidamente passato a oggetti di uso comune, come gli elettrodomestici o gli orologi/bracciali *smart*; una delle prospettive più interessanti dell'IoT è rappresentata dalle *Smart City*¹⁵.

L'acquisizione dei dati – il secondo passaggio poco sopra menzionato – avviene immediatamente dopo la loro generazione: i dati vengono acquisiti tramite gli stessi dispositivi coinvolti nella fase genetica, entrando nella disponibilità di chi sviluppa e rende operativo il sistema (il fornitore); dal punto di vista giuridico, almeno per ora, la parola chiave è il “consenso” dell'interessato.

È a questo punto che, ragionando di Big Data, viene in rilievo la distinzione tra dati personali e non. Com'è noto, la disciplina europea del GDPR¹⁶ – considerata modello globale di *Data Protection* – definisce dato personale (cioè il proprio ambito oggettivo di applicazione) «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» (art. 4.1)¹⁷. Per acquisire la disponibilità di questo tipo di dati, i fornitori dei sistemi operativi o delle app devono chiedere il permesso all'utente che li ha generati: ai sensi dell'art. 6 GDPR, infatti, il trattamento di dati personali è lecito solo se ricorre una delle condizioni elencate, la prima delle quali è il consenso dell'interessato¹⁸. Tutto ciò che non rientra nella definizione di dato perso-

¹⁴ «L'idea di base dell'IoT è connettere diversi oggetti del mondo reale – come sensori, attuatori, RFID (Radio-Frequency Identification), lettori di codici a barre, telefoni cellulari, ecc. – e farli cooperare l'uno con l'altro al fine di completare un compito comune, attraverso l'uso di microprocessori presenti negli oggetti»: AGCM – AGCOM – GARANTE PER LA PRIVACY, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵ Nella specifica prospettiva della costruzione di *policy* e delle *Smart City*, v. A. SOLA, *Utilizzo di Big Data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy*, in *MediaLaws*, n. 3/2020, p. 196 ss.; più in generale, cfr. A. PERRUCCI, *Dai Big data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2019, p. 61 ss. Di *Smart City* si occupa specificamente, in questo Volume, il contributo di Y. GUERRA, *Il fenomeno delle smart city come esempio di co-regolazione delle nuove tecnologie. La democrazia locale di fronte alle sfide globali*.

¹⁶ Regolamento (Ue) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati – GDPR).

¹⁷ Per una descrizione estesa della nozione e delle tipologie, v. S. CALZOLAIO, (*voce*) *Protezione dei dati personali*, cit., pp. 605-607.

¹⁸ GDPR, art. 6 – *Liceità del trattamento*.

«1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

nale prevista al punto 1 dell’art. 4 è considerato dato non personale (o dato anonimo) e, quindi, non è soggetto alla disciplina regolamentare¹⁹.

Bisogna a questo punto precisare che i Big Data sono tendenzialmente anonimi; il che parrebbe sufficiente a porre gli utenti al riparo da un trattamento non consensuale di informazioni che li riguardano, in alcuni casi anche molto intimamente: basti pensare al fatto che i dispositivi indossabili come gli *smartwatch* rilevano, tra gli altri, dati sanitari. È invece osservazione comune in dottrina come, in realtà, uno dei punti più critici di questo nuovo ecosistema sia l’evidenza per cui la distinzione tra dati personali e non tende a scomparire, e anche piuttosto velocemente. In via teorica, è evidente che nel momento in cui un utente inserisce il proprio nome, indirizzo e numero di telefono per un acquisto online, si tratta di dati personali; è altrettanto evidente che in linea di massima i sistemi di geolocalizzazione non sono interessati all’identità di chi percorre un determinato tragitto, ma a raccogliere il maggior numero possibile di posizioni per offrire i percorsi in tempo reale.

La classificazione, sulla carta semplice e netta, diventa però in concreto evanescente²⁰, per due ordini di ragioni. Primo, perché se è vero che la regola eu-

-
- a) l’interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
 - b) il trattamento è necessario all’esecuzione di un contratto di cui l’interessato è parte o all’esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;
 - c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
 - d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell’interessato o di un’altra persona fisica;
 - e) il trattamento è necessario per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
 - f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l’interessato è un minore.

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell’esecuzione dei loro compiti».

¹⁹ L’Unione europea ha disciplinato la materia per il profilo della *libera circolazione* dei dati non personali, con l’omonimo Regolamento (Ue) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018.

²⁰ Parte della dottrina è infatti già alla ricerca di nuove soluzioni, adottando prospettive a prima vista sorprendenti per la nostra tradizione giuridica: v. S. CALZOLAIO, *From Privacy by design to Data by design (PIPL, DSL and European data protection)*, in corso di pubblicazione in *HangZhou Law Review*, 2022, spec. par. 3 e 4. L’Autore si concentra in particolare sulla maggiore efficacia dell’approccio cinese alle definizioni, basato sulla distinzione tra *informazioni* sulle persone (rilevanti quando vengono in causa diritti e interessi delle medesime) e dati veri e propri (rilevanti quando emerge la prospettiva della sovranità digitale dello stato), a prescindere dalle informazioni in essi contenuti, perché il dato è considerato entità fisica e deve essere sotto il controllo dello Stato.

ropea impone che i dati personali vengano resi anonimi²¹ di default²², è altrettanto vero che è tecnicamente possibile fare il percorso inverso. Secondo, e soprattutto, perché come si anticipava la filiera dei Big Data è gestita da macchine, e in particolare da algoritmi di Intelligenza Artificiale (IA); e quando si ragiona di IA bisogna tenere presente che una delle caratteristiche tanto affascinanti quanto potenzialmente devastanti degli algoritmi è che *non è prevedibile a priori quali tipi di connessione siano in grado di individuare*²³. Il che significa, in sostanza, che una re-identificazione del soggetto potrebbe anche essere involontaria²⁴. Svanisce così il confine tra dati personali e non, tanto da indurre par-

²¹ È la c.d. pseudonimizzazione, definita (GDPR, art. 4.5) come «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile».

²² GDPR, art. 25 (Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita): «1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati.

2. Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica».

²³ Non è un caso che CATHY O'NEIL abbia intitolato il proprio libro-denuncia più noto *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia* (Bompiani, Milano, 2017). Sul tema v. anche M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, n. 1/2020, p. 73 ss., la quale sottolinea la necessità di «introdurre accanto al diritto alla *spiegabilità* dell'algoritmo e della decisione automatica finale (ossia dell'esito) anche il principio della *conoscibilità* dei dati non tanto e non solo quelli che sono stati contribuiti o osservati dall'utente, ma anche quelli che hanno contribuito al processo quindi quelli inferiti, derivati, collettivi, statistici, anche se anonimi» (p. 87, corsivi testuali). Il suggerimento è concettualmente ineccepibile, ma desta più di qualche perplessità sul piano della concreta realizzabilità.

²⁴ Tra i numerosi slittamenti semantici che caratterizzano la materia in esame rientra anche la nozione di «volontarietà»: nel testo ci si riferisce allo sviluppatore dell'algoritmo, che spesso non ha previsto – né, quindi, voluto – un obiettivo poi raggiunto dall'algoritmo medesimo; ma individuare connessioni imprevedibili è *esattamente* il compito della macchina. Ci si trova, insomma, in un ecosistema in cui la «involontarietà» umana diviene un output sistematico. Ragiona su «un mondo senza volontà e con una sola rappresentazione», G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 15 ss.

te della dottrina²⁵ a ritenere che la distinzione stessa sia ormai superata e comunque poco efficace ai fini della tutela dei diritti, anche quando si tratta di dati *indubbiamente* personali: nonostante una disciplina europea apparentemente granitica nella tutela dell’interessato, è proprio il requisito-cardine del consenso ad essersi rivelato progressivamente meno utile, suscitando numerose riflessioni critiche. Pur nell’impossibilità, in questa sede, di approfondire la crescente produzione scientifica sul tema, il suo rilievo è tale da richiedere almeno due precisazioni.

Innanzitutto, secondo il GDPR il consenso deve essere preventivo rispetto a *ogni* trattamento di dati personali e, considerando il numero di interazioni quotidiane di ciascuno con dispositivi digitali, è realisticamente impossibile che la condizione sia effettivamente rispettata. Basti pensare alle preferenze sui *cookie*, cioè quelle finestre che si aprono durante la navigazione online, in cui sono elencate diverse opzioni relative alla c.d. *Cookie policy*: dietro la grafica, peraltro spesso fuorviante, si nascondono proprio i consensi al trattamento dei dati – di *tutti* i dati – non solo da parte del sito che in quel momento si sta visualizzando, ma delle c.d. terze parti²⁶, il cui elenco è di solito celato dietro un ulteriore pulsante e che comunque non consente, alla lettura, di capire di quali soggetti si tratti.

In secondo luogo, a suscitare consistenti dubbi è la validità del consenso prestato quando esso viene dato, ad esempio, ad una app (i c.d. *permessi* che le app chiedono al momento dell’installazione, o del primo utilizzo se preinstallate dal fornitore). L’esempio classico è la geolocalizzazione, necessaria per l’utilizzo dei navigatori satellitari, nonché spesso prevista di default dai *social network* e dai motori di ricerca. Il consenso prestato all’attivazione della funzione nel momento dell’installazione o del primo utilizzo di un dispositivo può giuridicamente considerarsi valido dopo, ad esempio, un anno, o anche un solo mese? Certo, si può ragionevolmente pensare che si tratti di dati anonimi e che quindi la loro “cessione”²⁷ sia tutto sommato irrilevante per la persona. Al netto del persistere del problema giuridico in merito a qualificazione e validità di un simile consenso, la ragionevolezza dell’ipotesi viene meno, in ogni caso, se ci si sofferma sulla capacità degli algoritmi poco sopra illustrata di creare connessioni tra miriadi di dati anonimi che possono finire per re-identificare il soggetto, anche involontariamente; per non menzionare gli usi impropri – vietati ma non per questo meno diffusi –

²⁵ S. CALZOLAIO, *Introduzione*, cit.; ID., (voce) *Protezione dei dati personali*, cit., p. 594 ss.; v. anche S. TORREGIANI, *op. cit.*

²⁶ Il GDPR definisce «terzo» (art. 4.10) «la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo che non sia l’interessato, il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento e le persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l’autorità diretta del titolare o del responsabile».

²⁷ Sul valore dei dati come prezzo del servizio digitale v. *infra*, par. 5.

che di simili dati viene quotidianamente fatto²⁸; o le loro potenzialità a fini di sorveglianza, anche da parte di autorità pubbliche²⁹.

Un'ultima notazione in merito all'ecosistema digitale – a mo' di ponte tra la descrizione del fenomeno e la sua regolazione – consiste nel rilevare che i dati sono, quindi, contemporaneamente *origine* e *materiale* degli algoritmi. E se si guarda il fenomeno non più dalla prospettiva degli utenti, ma da quella dei proprietari degli algoritmi, è facile notare che chi ha la capacità tecnica di implementarli e svilupparli si trova in posizione di vantaggio competitivo sul mercato. Si parla, infatti, di oligopoli digitali: sono le c.d. Smart Tech, o Big Tech, o OTT (*Over The Top*), precisamente individuabili in pochi colossi che si contendono, escludendo tutti gli altri, il dominio digitale sul pianeta. Ed è qui il costituzionalismo viene chiamato in causa.

3. Tre domande per il diritto costituzionale: un fenomeno regolabile?

Venendo così alle domande anticipate in apertura, la prima è se sia *possibile* regolamentare il fenomeno³⁰: il dubbio sorge non solo perché come si diceva la ricerca e lo sviluppo sono monopolizzati dai privati – le Big Tech – in vantaggio competitivo sul mercato, ma soprattutto perché il regolatore pubblico ha sinora tentato di *inseguire*, prendendo consapevolezza delle ricadute problematiche quando erano ormai molto oltre la soglia di regolamentazione³¹.

La risposta deriva da una scelta di fondo: la dottrina che si è occupata di tale profilo³², pur prendendo atto delle oggettive difficoltà dell'operazione, converge

²⁸ L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 182, individua cinque aree criminali potenzialmente interessate da crimini di IA: commercio, mercati finanziari e insolvenza; droghe nocive o pericolose; reati contro la persona; reati sessuali; furto e frode, contraffazione e sostituzione di persona.

²⁹ La constatazione è comune, tanto da giustificare paralleli con vicende storiche apparentemente lontane come la Stasi: v. L. MERLA, *op. cit.*, p. 224.

³⁰ Cfr. S. CALZOLAIO, (*Voce*) *Protezione dei dati personali*, cit., p. 608 ss.

³¹ Un esempio significativo è quello del settore dell'*home sharing*, su cui v. il contributo di G. MENEGUS in questo Volume. Per usare le parole di L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 86: «[a]lcuni hanno insistito sul fatto che leggi e regolamenti giungerebbero sempre troppo tardi senza mai tenere il passo dell'IA, quando in realtà le norme non riguardano il *ritmo* ma la *direzione* dell'innovazione, poiché dovrebbero guidare il corretto sviluppo di una società. Se ci piace dove stiamo andando, possiamo andarci alla velocità che vogliamo» (corsivi aggiunti). Il problema evidenziato nel testo si colloca esattamente in tale prospettiva di assenza di direzione (e con il consistente dubbio che almeno in Italia anche la meta sia, in realtà, ignota).

³² La bibliografia sul tema si sta ampliando velocemente, ma v. almeno: M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Genova, 18 giugno 2021, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2021 (<https://gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), ove anche ampie indicazioni bibliografiche; M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2/2020; A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza*

infatti sull’idea che ci si trovi di fronte a un nuovo potere, privato, che ha la forza degli Stati anche in termini di PIL e che con gli Stati si rapporta *alla pari*³³. Il punto è che, se resta fermo lo statuto epistemologico della disciplina, il fatto che in questa fase storica e in questo settore (onnipervasivo, peraltro) il potere abbia assunto tali vesti non esime i costituzionalisti, il diritto costituzionale e le autorità pubbliche dal tentare, almeno, di disciplinare un fenomeno che può incidere molto pesantemente sulla democrazia³⁴ e su *tutti* i pilastri dello Stato di diritto. In sostanza, se il fine ultimo dello Stato rimane la tutela delle persone contro il potere, il fatto che quest’ultimo sia in mano, almeno nel c.d. mondo occidentale, a cinque multinazionali digitali non è una ragione sufficiente per arrendersi davanti al compito della sua limitazione.

4. Quale livello di normazione?

Una volta effettuata la scelta di fondo, riconoscendo la *necessità* di una disciplina dei Big Data, il secondo, conseguente, quesito è: quale *tipo* di regole? La domanda va declinata in due accezioni, di nuovo logicamente successive: in primo luogo, si tratta di scegliere tra auto ed etero regolazione; in secondo luogo, se si opta per un intervento pubblico, a quale livello di governo tale regolazione deve essere affidata.

Quanto al primo profilo, seguendo il filo rosso della *ratio* del costituzionalismo è inevitabile concludere che almeno per alcuni settori non sia affatto auspicabile lasciare che i privati si auto-limitino, dato che da tale eventuale – e realisticamente remota – facoltà dipende la tutela di numerosi diritti fondamentali. Nessuno crede più alla retorica dello spazio digitale come luogo della libertà³⁵, men-

artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale, in *Riv. fil. dir.*, n. 1/2019, p. 87 ss.; F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

³³ È famoso il c.d. caso San Bernardino, cioè il conflitto, durato un anno, tra Apple e FBI in cui la prima, alla richiesta di fornire alla polizia federale statunitense il software per la decrittazione dell’Iphone di un terrorista che nel 2015 aveva ucciso 15 persone e ferite oltre 20, ha pervicacemente rifiutato di farlo: v. N. ZAMPERINI, *Manuale di disobbedienza digitale*, Castelvechchi, Roma, 2019, pp. 100-102.

³⁴ «Se gli algoritmi vivono in un mondo in cui l’informazione è una produzione sociale, i loro sogni sono politici, e si nascondono dietro schermi ideologici e propagandistici»: D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Mondadori, Milano, 2018, p. IX. Sul tema v. P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l’uso)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 71 ss.; M. BETZU-G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 218 ss.

³⁵ Un interessante affresco della «infrastruttura culturale delle techno-corporation» è offerto di nuovo da N. ZAMPERINI, *op. cit.*, p. 66 ss.

tre è ormai sin troppo nutrita la serie di vicende a dir poco allarmanti: basti pensare ai casi *Cambridge Analytica*, o *Compas*³⁶, o *PredPol*³⁷.

Abbandonando l'illusione della auto-regolazione del settore, la natura stessa del fenomeno in esame indica poi la risposta al secondo quesito, per cui il livello di normazione necessario, nel nostro caso, è senza dubbio europeo. È banale affermare che a seguito alla scomparsa dei confini la sfida vada affrontata sul più vasto ambito territoriale possibile; così come è banale rilevare il fallimento del primo tentativo europeo di *Data Protection* tramite direttiva, che ha imposto l'adozione del GDPR³⁸. Quindi normativa europea, e dotata di diretta applicabilità, per non lasciare agli Stati la tentazione di assecondare interessi economici particolari, in un settore peraltro tradizionalmente cruciale come la tutela della concorrenza.

4.1. *La proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale: i settori di intervento*

Esempio paradigmatico è la proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale presentata il 21 aprile 2021³⁹, che costituisce anche un ottimo modello rispetto all'obiettivo di queste riflessioni. Ai nostri fini non è necessario scendere nei dettagli di un testo giuridicamente articolato e tecnicamente piuttosto faticoso; limitandosi pertanto al piano definitorio, la proposta di regolamento (titolo II) distingue innanzitutto, seguendo un approccio basato sul rischio, tre tipi di pratiche,

³⁶ V. A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *op. cit.*, p. 94 ss.

³⁷ Un software di previsione dei reati su base territoriale adottato in diverse città degli Stati Uniti, la cui applicazione produce conseguenze gravemente discriminatorie perché nelle città americane «in cui, per la maggior parte, vige una sorta di segregazione razziale, la geografia è un dato che sostituisce perfettamente la razza»: C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., p. 129.

³⁸ GDPR, considerando n. 9: «Sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE».

³⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final.

«differenziando tra gli usi dell’AI che creano: i) un rischio inaccettabile; ii) un rischio alto; iii) un rischio basso o minimo»⁴⁰.

Il rischio viene considerato «inaccettabile» quando è «contrario ai valori dell’Unione, ad esempio perché viola i diritti fondamentali» e le relative pratiche sono vietate. La casistica elencata è sufficiente a rendere l’enormità del problema: il primo gruppo è costituito dalle pratiche che presentano «un elevato potenziale in termini di *manipolazione delle persone* attraverso *tecniche subliminali*, senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di *sfruttamento delle vulnerabilità* di specifici gruppi vulnerabili, quali i minori o le persone con disabilità, *al fine di distorcerne materialmente il comportamento* in maniera tale da provocare loro o a un’altra persona un *danno psicologico o fisico*». Tra le pratiche manipolative che interessano gli adulti e che potrebbero essere facilitate da sistemi di AI sono espressamente richiamate quelle «soggette alla normativa vigente in materia di protezione dei dati, tutela dei consumatori e servizi digitali, che garantisce che le persone fisiche siano adeguatamente informate e dispongano della libera scelta di *non essere soggette a profilazione* o ad *altre pratiche che potrebbero influire sul loro comportamento*». Un ulteriore gruppo di pratiche vietate riguarda quelle finalizzate alla «*attribuzione di un punteggio sociale basato sull’IA* per finalità generali da parte di autorità pubbliche». È infine vietato anche «il ricorso a *sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico* a fini di attività di contrasto, fatta salva l’applicazione di talune eccezioni limitate».

I sistemi di IA ad alto rischio sono l’oggetto specifico della disciplina regolamentare, che subordina la loro immissione sul mercato o la loro messa in servizio – a seconda che si tratti di componenti o di sistemi indipendenti – a una serie di requisiti obbligatori (titolo III). Va sottolineato come il considerando n. 27 premetta che «è opportuno limitare i sistemi di IA identificati come ad alto rischio a quelli che hanno un impatto nocivo significativo sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone nell’Unione», al fine di ridurre al minimo eventuali potenziali restrizioni al commercio internazionale. Nonostante questa delimitazione, la categoria annovera: i sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” e “a posteriori” (Cons. n. 33); i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza ai fini della gestione del traffico stradale nonché della fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità (Cons. n. 34); i sistemi utilizzati nell’istruzione o nella formazione professionale «in particolare per determinare l’accesso o l’assegnazione delle persone [ai relativi istituti] o per valutare le persone che svolgono prove come parte o presupposto della loro istruzione» (Cons. n. 35); i sistemi di IA utilizzati nel settore dell’occupazione, nella

⁴⁰ COM(2021) 206 final, *Relazione*, 14, da cui anche le citazioni che seguono immediatamente nel testo (corsivi aggiunti).

gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo, in particolare per la gestione del personale (assunzione, selezione, promozioni, valutazioni, ecc.); l'accesso ad alcune prestazioni e servizi pubblici essenziali, come ad esempio il merito creditizio (Cons. n. 37); le azioni delle autorità di contrasto (Cons. n. 38); i sistemi di IA utilizzati nella gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere (Cons. n. 39); infine, i sistemi destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici (Cons. n. 40).

Tralasciando, come si diceva, la disciplina vera e propria, il dato macroscopico è che in tutti i settori sopra elencati sono *già operativi* sistemi di Intelligenza Artificiale: dal che deriva, com'è ovvio, che *tutti* i diritti coinvolti nelle diverse categorie, nonché il principio di eguaglianza, sono *già* altamente a rischio. L'intervento europeo è quindi senza dubbio necessario⁴¹; il dubbio, invece, resta consistente sul piano dell'effettività⁴².

5. *Quale ruolo per il legislatore nazionale? Dati come prezzo dei servizi digitali ...*

Nel quadro sinora descritto, lo spazio per il legislatore nazionale appare decisamente ristretto. Vero è che la proposta di regolamento lascia espressamente agli Stati membri alcune scelte: ad esempio, in deroga al divieto previsto in materia di pratiche a «rischio inaccettabile», l'art. 7, par. 4 consente ad uno Stato di «autORIZZARE in tutto o in parte l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico», entro i limiti e alle condizioni previste dal regolamento stesso. Ma si tratta di ipotesi specifiche, nelle quali «l'uso è strettamente necessario per perseguire un interesse pubblico rilevante, la cui importanza prevale sui rischi» (Cons. n. 18), cioè nei casi di ricerca di potenziali vittime di reato, di determinate minacce per la vita o l'incolumità fisica delle persone o di attacco terroristico, o del rilevamento, localizzazione e identificazione degli autori o dei sospettati di reato rientranti nella disciplina del Mandato d'arresto europeo.

Restano inoltre esclusi dalla proposta di regolamento i sistemi non ad alto rischio, per cui è auspicata la creazione di codici di condotta volti a promuovere l'applicazione volontaria dei requisiti applicabili ai sistemi ad alto rischio e l'incoraggiamento ai produttori ad applicare requisiti supplementari relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale (Cons. n. 81).

⁴¹ Sul ritardo nell'adozione del regolamento v. M.R. CARBONE, *Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale in ritardo*, ecco perché, in *Agenda Digitale* (<https://www.agendadigitale.eu/>), 22 febbraio 2022.

⁴² V. S. TORREGIANI, *op. cit.*

Se si considera che tra le attività non ad alto rischio rientra sicuramente l'uso privato di *smartphone*, *tablet* e in generale apparecchi digitali, si torna ai punti da cui queste riflessioni hanno preso le mosse, cioè al ruolo degli utenti come generatori di dati, alla problematica configurazione del consenso quale base per il trattamento dei dati medesimi e, più in generale, a tutte le conseguenze derivanti dalla analisi ed elaborazione dei Big Data da parte di algoritmi di proprietà di privati monopolisti, che godono di vantaggio competitivo sul mercato e per i quali i dati sono *the new oil*⁴³.

Tale ultima notazione schiude peraltro un'ulteriore, cruciale angolazione giuridica: la dottrina conviene infatti che il settore chiave in cui operare sia quello dell'antitrust, con l'obiettivo di «spezzare gli oligopoli digitali»⁴⁴. Il nodo centrale, da questa prospettiva, è che l'efficacia delle (necessarie) modifiche di alcuni dei fondamentali dell'antitrust dovrebbe basarsi sulla valorizzazione dei dati come *prezzo* per l'uso delle piattaforme⁴⁵. In altre parole, e semplificando: il principale ostacolo che l'antitrust incontra, nell'affrontare l'ecosistema digitale, deriva dal suo essere basata sull'indice del pagamento di una somma di denaro in cambio di un servizio; mentre le principali piattaforme, i motori di ricerca, i servizi di posta elettronica – insomma: i più importanti “luoghi globali” di generazione e raccolta dati – sono dichiaratamente gratuiti. La consapevolezza è diffusa da tempo nel settore, anche per le Big Tech: non è un caso che Facebook (Meta), nel novembre del 2019, abbia cambiato il proprio *claim* da «è gratis e lo sarà sempre» a «è ve-

⁴³ «I dati, i metadati e le informazioni di maggior valore [...] sono quelli che si riferiscono alla singola persona, poiché costituiscono la base per generare un profilo dell'individuo, della famiglia (in senso economico) cui appartiene, del gruppo di suoi simili (più dal punto di vista della correlazione tra dati, che non di quanto una analisi sociologica può rilevare e descrivere), di un territorio, di un comparto economico, degli appartenenti a una fede religiosa o ad una associazione riservata e così via»: S. CALZOLAIO, (*voce*) *Protezione dei dati personali*, cit., p. 602. Se sul piano del valore economico non si può che concordare, avverte però della forzatura contenuta nell'analogia L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁴ L'espressione è presa a prestito da M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati*, cit., p. 28. V., sul tema, G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*. Privacy e lex mercatoria, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 89 ss., spec. pp. 99-106. Per un quadro generale v. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2016, p. 425 ss.; A. GIANNACCARI, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, *ivi*, 2, 2017, p. 307 ss.

⁴⁵ G. DE MINICO (*ivi*, p. 104) riassume in tre le «operazioni concettuali necessarie e preliminari» per affrontare adeguatamente il problema: *a*) Concepire il mercato come luogo dove anche i diritti fondamentali possono essere violati, con vulnera non meno gravi di quelli arrecati ai diritti economici dei consumatori. *b*) Concepire il diritto, non più come una realtà divisibile in rigidi compartimenti stagni, incomunicabili tra loro, ma come composizione scomposta di sfere giuridiche che si possono mescolare – è accaduto per *privacy* e *competition* – e che si parlano [...]. *c*) Passare da una valutazione dell'illecito antitrust ancorata al solo indice quantitativo dell'aumento del prezzo, in quanto entità di facile rilevazione, a una più sofisticata basata sulla qualità del servizio, come tale inclusiva degli standard di *privacy*, di più ardua quantificazione».

loce e semplice». Passata in sordina⁴⁶, la modifica è probabilmente addebitabile⁴⁷ all'approvazione, qualche mese prima, della direttiva Ue n. 770/2019⁴⁸, il cui considerando n. 24 apre con la constatazione per cui «[l]a fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico». Nel testo della direttiva, la definizione di prezzo viene estesa (art. 2.7), oltre alla somma di denaro, alla «rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale». La dichiarazione del principio è di rilievo, ma il riferimento al corrispettivo lo rende a dir poco vago (ci si dovrebbe aspettare che sia il fornitore del servizio ad esplicitare che l'uso è pagato in dati? E quali dati? E di quale parte del servizio?); così come il suo recepimento nel diritto interno è ad oggi pressoché irrilevante, non essendone state tratte conseguen-

⁴⁶ Le (poche) testate online che hanno menzionato la notizia sottolineavano l'assenza di comunicazioni ufficiali da parte dell'azienda: cfr. ad es. K. MCCARTHY, *What we know about the small change to Facebook's slogan*, in <https://abcnews.go.com/>, 28 agosto 2019.

⁴⁷ Si intende, con ciò, la modifica strutturale della piattaforma, che era stata nel frattempo (il 29 novembre 2018) sanzionata dall'AGCM per pratica commerciale scorretta, consistente nella pratica ingannevole di informare gli utenti esclusivamente della gratuità del servizio, «senza evidenziare le finalità commerciali di utilizzo dei dati»: S. GOBBATO, *Big Data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *MediaLaws*, n. 3/2019, p. 157.

⁴⁸ Dir. (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, considerando n. 24: «La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali. La presente direttiva dovrebbe pertanto applicarsi ai contratti in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o servizi digitali al consumatore e in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali. I dati personali potrebbero essere forniti all'operatore economico al momento della conclusione del contratto o successivamente, ad esempio nel caso in cui il consumatore acconsente a che l'operatore economico utilizzi gli eventuali dati personali caricati o creati dal consumatore utilizzando il contenuto digitale o il servizio digitale. Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali prevede un elenco esaustivo di fondamenti giuridici per il trattamento lecito dei dati personali. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai contratti in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali all'operatore economico. Ad esempio, la presente direttiva dovrebbe applicarsi nel caso in cui il nome e l'indirizzo email forniti da un consumatore al momento della creazione di un account sui social media siano utilizzati per scopi diversi dalla mera fornitura di contenuti digitali o servizi digitali o non conformi agli obblighi di legge. La presente direttiva dovrebbe altresì applicarsi nel caso in cui il consumatore acconsenta a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o post, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico. Gli Stati membri dovrebbero tuttavia mantenere la facoltà di decidere in merito al soddisfacimento dei requisiti in materia di formazione, esistenza e validità di un contratto a norma del diritto nazionale».

ze giuridicamente vincolanti⁴⁹. Che ciò sia effetto dell’azione delle lobby, o della difficoltà tecnica nella regolazione, o di una sorta di *bias* cognitivo dei decisori politici⁵⁰ – o, più probabilmente, della combinazione dei tre elementi – è tutto da chiarire; quel che è certo è che ancora più a monte si colloca un problema di percezione da parte degli utenti, oggi pressoché del tutto *inconsapevoli* di “stare pagando” in dati.

5.1. (segue) ... e persone come generatori di Big Data: un problema di consapevolezza degli utenti

Ebbene, è proprio su tale ultima lacuna che, a parere di chi scrive, si apre per il legislatore nazionale uno spazio, la cui ampiezza dipende in ultima analisi da quale ruolo si attribuisce alle *persone* coinvolte nella filiera dei Big Data. Se si osserva la normativa sinora approvata o in approvazione è facile infatti rilevare come essa guardi agli utenti in veste di consumatori, preoccupandosi della tutela della parte debole in rapporto con un colosso globale, e quindi di fornire una disciplina (teoricamente) molto restrittiva in particolare sulle attività di AI ad alto rischio, così come fa il GDPR per la *Data Protection*. Il che, alla luce dell’incommensurabile differenza di posizione tra i due soggetti, è peraltro ben comprensibile; ma si rivela non più sufficiente nell’era dei Big Data.

Pare infatti che questo sia solo *uno* dei modi in cui si possono vedere gli utenti nell’ecosistema digitale: dalla descrizione della filiera esposta all’inizio di queste riflessioni emerge chiaramente, infatti, che in tale incredibilmente complesso sistema gli utenti non sono solo consumatori, ma anche – e per certi aspetti soprattutto – *produttori* di dati⁵¹. Il problema è che non lo sanno. E finché le persone non saranno consapevoli sia del funzionamento (almeno a grandi linee) della filiera in discorso, sia del ruolo cruciale da loro stesse giocato al suo interno, sarà realtisticamente impossibile che percepiscano i dati generati come un valore (forse “il” valore) non solo sufficiente a compensare l’utilizzo delle piattaforme ecc., ma addirittura in certi casi eccessivo rispetto al servizio offerto (ad esempio, l’accesso a un *social network*).

Adottando questa prospettiva, il problema diventa insomma l’*analfabetismo digitale*, rispetto al quale lo spazio per il regolatore nazionale – in attuazione non solo e non tanto della normativa europea, ma soprattutto della Costituzione – po-

⁴⁹ Il recepimento della direttiva è infatti affidato al d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173, che modifica il Codice del consumo accogliendo l’estensione della definizione di prezzo citata nel testo (d.lgs. n. 206/2005, art. 135-*octies*, lett. g)) e senza ulteriori chiarimenti, salvo richiami generici al GDPR.

⁵⁰ Cfr. G. DE MINICO, *op. cit.*, spec. pp. 104-105, ma *passim*.

⁵¹ L’espressione *walking data generators* è stata coniata nel 2012: v. S. CALZOLAIO, (*voce*) *Protezione dei dati personali*, cit., p. 598.

trebbe essere recuperato attraverso una delle più classiche funzioni dello Stato, cioè l'istruzione.

Anche questo tema è all'attenzione dottrina, sebbene declinato principalmente nei confronti degli operatori dei Big Data. Partendo dal presupposto che sia necessario «interiorizzare i valori tutelati dal diritto costituzionale nelle macchine», ad esempio, Simonicini e Suweis ritengono che occorra intervenire «quando scienziati e tecnologi sono ancora in formazione per spiegare il valore di principi quali la “*privacy by design*” oppure il principio della “comprendibilità” degli algoritmi predittivi»⁵². Nonostante l'apparente distanza, peraltro, i punti di contatto sono sorprendenti: la decisione algoritmica coinvolge temi tradizionali della riflessione giuridica e ancor prima filosofica, quali *equità*, *causalità*, *trasparenza*, che in questo settore assumono il ruolo cruciale di principi necessari ad attenuare i numerosi pericoli derivanti dall'assoluta razionalità – e quindi sostanziale stupidità⁵³ – degli algoritmi. «[L]a macchina è un decisore pienamente razionale, che non ha interessi da difendere e il cui risultato sarà sempre lo stesso se non cambiano i dati impiegati per assumere la decisione. Le decisioni automatizzate sono dunque certamente caratterizzate dall'assenza di contraddizioni»⁵⁴; tuttavia, «questa maggiore obiettività rispetto alle decisioni umane non è priva di rischi. C'è ad esempio un problema legato alla finalità della decisione, alla scelta dei dati in ingresso e della loro qualità, che è relevantissimo»; così come è cruciale la fase di interpretazione dei risultati, che possono rivelare ad esempio l'esistenza di un *bias* algoritmico discriminatorio⁵⁵.

Un'adeguata formazione degli operatori – nonché dei decisori politici, inevitabilmente tentati dall'apparente oggettività delle decisioni algoritmiche⁵⁶ – è quin-

⁵² A. SIMONICINI-S. SUWEIS, *op. cit.*, p. 103, che proseguono: «[d]al momento che la tecnologia è sempre più integrata con la vita delle persone, occorre che valori come la dignità e la libertà della persona stessa divengano parte integrante della formazione di coloro che poi lavoreranno a quelle tecnologie. Di qui il ruolo delle agenzie formative ovvero delle associazioni professionali o accademiche».

⁵³ «Sono stupide come un vecchio frigorifero, eppure le nostre tecnologie smart giocano a scacchi, parcheggiano un'automobile o interpretano le scansioni mediche meglio di noi»: L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴ G. D'ACQUISTO, *Decisioni algoritmiche*, cit., p. 3, da cui anche la citazione che segue immediatamente nel testo.

⁵⁵ *Ivi*, p. 44 ss.

⁵⁶ Cfr. A. CARDONE, “*Decisione algoritmica*” vs *decisione politica*? *A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. Ragionando (p. 26) della possibilità di ricorrere a una «burocrazia parlamentare specificamente destinata a mettere a servizio dei parlamentari le risorse dell'intelligenza artificiale per la ricostruzione dei dati fattuali e dello stato dell'arte della materia da normare», l'Autore nota che ciò potrebbe senza dubbio offrire «significative leve per riequilibrare il rapporto tra Parlamento e Governo nel procedimento legislativo, soprattutto nelle materie ad elevata complessità tecnica e scientifica»; sottolinea anche, però, che «questo tipo di organi pongono delicati problemi di indipendenza dei soggetti che operano al loro interno e di trasparenza e conoscibilità

di certamente necessità primaria, ma, ancora una volta⁵⁷, non sufficiente. Pare infatti cruciale – anche per spezzare gli oligopoli digitali valorizzando innanzitutto la percezione di indicatori diversi dal prezzo (come la qualità del servizio, che include il livello di protezione delle informazioni) – una vera e propria alfabetizzazione digitale rivolta alla collettività. Che analizzi l’ecosistema digitale dalla prospettiva dell’eguaglianza sostanziale⁵⁸, o da quello della libertà di espressione⁵⁹, la dottrina concorda sulla necessità di rafforzare la *cognizione* delle persone; e come si anticipava poco sopra, si tratta di un obiettivo – forse l’unico, oggi – raggiungibile dal legislatore nazionale, attraverso il sistema di istruzione pubblica. I riscontri sul punto, se da un lato sono tutt’altro che incoraggianti, dall’altro lato evidenziano la bontà della conclusione: dal *Digital Economic and Society Index* (DESI) 2021 emerge che «[p]er l’edizione 2021 dell’indice di digitalizzazione dell’economia e della società (DESI) l’Italia si colloca al 20° posto fra i 27 Stati membri dell’UE»; e che, a parte qualche progresso a livello infrastrutturale, «è significativamente in ritardo rispetto ad altri paesi dell’UE in termini di capitale umano. Rispetto alla media UE, registra infatti livelli di competenze digitali di base e avanzate molto bassi»⁶⁰.

Con un’ultima precisazione: se la funzione è classica, quello che deve essere aggiornato sono le modalità. Per avere un minimo di possibilità di successo, l’alfabetizzazione digitale non dovrebbe essere ridotta a due righe nei programmi di Educazione civica nelle scuole, ma consistere in un’operazione capillare (che coinvolga tutti i livelli di governo), sostenuta da fondi adeguati e non esclusivamente

non solo dei codici degli algoritmi utilizzati, ma anche dei dati processati attraverso detti algoritmi», in assenza dei quali le decisioni «risultano opache proprio in relazione alle premesse valutative costruite grazie agli strumenti dell’intelligenza artificiale» (p. 27).

⁵⁷ V. *supra*, par. 5, a proposito del ruolo degli utenti nella filiera dei Big Data.

⁵⁸ G. DE MINICO, *op. cit.*, p. 99, critica il GDPR, tra l’altro, perché il suo approccio «nega che la conoscenza dell’algoritmo sia un diritto soggettivo» e ritiene il Regolamento «inadempiente perché decide di tenere i cittadini al buio digitale: nulla della valutazione, neanche il mero esito, è reso disponibile, neppure nelle forme selettive di pubblicità destinate alle sole categorie sociali coinvolte. [...] Noi invece riteniamo che la valutazione rappresenti il punto di avvio di quel processo cognitivo circolare che, partito dal basso dai dati dei cittadini del web, ritorni come flusso di bit ai medesimi, le cui condotte sono state oggetto delle previsioni algoritmiche».

⁵⁹ «In realtà [...] gli unici rimedi che sembrano opponibili alla deriva antidemocratica della Rete sono due: a monte, il rafforzamento della pubblica istruzione, che deve comprendere la consapevolezza nell’uso dei media; a valle, la creazione di siti, pubblici o garantiti dai poteri pubblici, cui il cittadino possa rivolgersi per valutare la qualità e la credibilità delle notizie che riceve»: M. MANETTI, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁰ *Relazione annuale sul DESI 2021*, in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/>, 24 febbraio 2022, 3. Il DESI è l’indicatore sintetico rappresentativo del monitoraggio che la Commissione europea svolge, dal 2014, appunto sui progressi degli Stati nel settore digitale. Per i precedenti v. V. PAGANELLI, *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della (big) data governance pubblica alla luce delle nuove sfide globali*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, p. 11 ss., p. 16.

rivolti alle tradizionali agenzie formative, come ad esempio premialità su iniziative del Terzo Settore. Gli strumenti non mancano, il quadro sovranazionale è propizio⁶¹, le risorse disponibili (su tutte, e per limitarsi alle più citate, il PNRR⁶²), la direzione è indicata dagli studi di tutte le discipline che si occupano del tema.

Qualcosa, va detto, si muove: nell'ambito del PNRR è stato attivato il programma *Italia digitale 2026*, che contiene l'azione *Competenze digitali* con l'obiettivo di «colmare il gap di competenze digitali, con almeno il 70% della popolazione che sia digitalmente abile entro il 2026»⁶³. Una delle iniziative strategiche è *Repubblica digitale*, descritta in *home page* del sito dedicato⁶⁴ come «l'iniziativa strategica nazionale, promossa dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e coordinata dal Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio, che ha l'obiettivo di ridurre il divario digitale e promuovere l'educazione sulle tecnologie del futuro, supportando il processo di sviluppo del Paese». Dei quattro assi di intervento, il primo è «Istruzione e Formazione Superiore – per lo sviluppo delle competenze digitali all'interno dei cicli d'istruzione»; il quarto è «Cittadini – per sviluppare le competenze digitali necessarie a esercitare i diritti di cittadinanza e la partecipazione consapevole alla vita democratica»⁶⁵.

Nel momento in cui si concludono queste riflessioni⁶⁶ il Piano è ancora agli esordi, quindi non è possibile valutarne gli effetti; nelle intenzioni gli obiettivi sono chiari e condivisibili e le azioni ben progettate, ma non si teme di eccedere nel pessimismo se si osserva che, finora, piani di *policy* altrettanto promettenti si sono schiantati sugli scogli della realizzazione, zavorrati da un ottuso approccio iperburocratico e, probabilmente, minati sin dall'origine da una scarsa comprensione sia politica sia amministrativa della loro assoluta necessità. Perciò – e auspicando una smentita – non resta che attendere gli esiti di tale promessa e massiccia opera di alfabetizzazione digitale, confidando di riuscire almeno ad attenuare l'asimmetria informativa tra tecnici e persone comuni: «è particolarmente importante che l'IA sia spiegabile, poiché la spiegabilità è uno strumento fondamentale per costruire

⁶¹ V. *Governance of Artificial Intelligence in the Council of Europe*, in *Algorithm Watch* (<https://algorithmwatch.org/>), 22 maggio 2022.

⁶² V. A. NAPPO, *La sfida digitale del PNRR: il digital divide*, in *Osservatorio Istituzionale del Centro Studi d'Europa* (<https://europacentrostudi.org/>), 3 maggio 2022.

⁶³ Le informazioni sono disponibili nell'apposita sezione del sito del Dipartimento per l'Innovazione tecnologica e la transizione digitale (<https://innovazione.gov.it/>).

⁶⁴ <https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/it/>.

⁶⁵ Gli altri due sono «il potenziamento e lo sviluppo delle competenze digitali della forza lavoro, sia nel settore privato che nel settore pubblico» e «lo sviluppo di competenze specialistiche ICT per nuovi mercati e nuovi posti di lavoro». Per i dettagli del Piano Operativo, v. <https://repubblicadigitale.innovazione.gov.it/> – *Programma*.

⁶⁶ Maggio 2022.

la fiducia nel pubblico e la sua comprensione. La creazione di una società della buona IA richiede un approccio che tenga conto di tutte le parti interessate (*multi-stakeholder*), che è il modo più efficace per assicurare che l’IA soddisfi le esigenze della società, consentendo a sviluppatori, utenti e legislatori di essere tutti coinvolti e di collaborare sin dal principio»⁶⁷.

BIBLIOGRAFIA

- AGCM – AGCOM – GARANTE PER LA PRIVACY, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020.
- BETZU M.-DEMURO G., *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media-Laws*, n. 1/2020, p. 218 ss.
- BETZU M., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Genova, 18 giugno 2021, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2021.
- CALZOLAIO S., (*Voce*) *Protezione dei dati personali*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Utet Giuridica, Milano, 2016, p. 594 ss.
- CALZOLAIO S., *Introduzione. Ubi data, ibi imperium: il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021.
- CALZOLAIO S., *From Privacy by design to Data by design (PIPL, DSL and European data protection)*, in corso di pubblicazione in *HangZhou Law Review*, 2022.
- CARBONE M.R., *Regolamento europeo sull’intelligenza artificiale in ritardo*, in *Agenda Digitale* (<https://www.agendadigitale.eu/>), 22 febbraio 2022.
- CARDON D., *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Mondadori, Milano, 2018.
- CARDONE A., *“Decisione algoritmica” vs decisione politica? A.I. Legge Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
- COLANGELO G., *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2016, p. 425 ss.
- COSTANZO P., *La «democrazia digitale» (precauzioni per l’uso)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 71 ss.
- D’ACQUISTO G., *Intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2021.
- D’ACQUISTO G., *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2022.
- DE MINICO G., *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 89 ss.
- FLORIDI L., *Etica dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità e sfide*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2022.

⁶⁷ L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 288.

- GIANNACCARI A., *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3/2016, n. 2/2017, p. 307 ss.
- GOBBATO S., *Big Data e “tutele convergenti” tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo*, in *MediaLaws*, n. 3/2019, p. 157.
- GUERRA Y., *Il fenomeno delle smart city come esempio di co-regolazione delle nuove tecnologie. La democrazia locale di fronte alle sfide globali*, in questo Volume.
- MANETTI M., *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2/2020.
- MCCARTHY K., *What we know about the small change to Facebook’s slogan*, 28 agosto 2019, in <https://abcnews.go.com>.
- MENEGUS G. *La regolazione della sharing economy: oltre la self-regulation*, in questo Volume.
- MERLA L., *Big Data e diritto: una sfida all’effettività*, in *MediaLaws*, n. 1/2021.
- NAPPO A., *La sfida digitale del PNRR: il digital divide*, in *Osservatorio Istituzionale del Centro Studi d’Europa* (<https://europacentrostudi.org/>), 3 maggio 2022.
- O’NEIL C., *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017.
- PALMIRANI M., *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, n. 1/2020, p. 73 ss.
- PASCUZZI G. (a cura di), *Il diritto dell’era digitale*, il Mulino, Bologna, 2016.
- PERRUCCI A., *Dai Big data all’ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, n. 1/2019, p. 61 ss.
- PIZZETTI F. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018.
- SIMONCINI A.-SUWEIS S., *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, n. 1/2019, p. 87 ss.
- SOLA A., *Utilizzo di Big Data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy*, in *MediaLaws*, n. 3/2020, p. 196 ss.
- TORREGIANI S., *La circolazione dei dati secondo l’ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell’ipertrofia normativa*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, p. 47 ss.
- ZAMPERINI N., *Manuale di disobbedienza digitale*, Castelvecchi, Roma, 2019.

BITCOIN: LE SFIDE DELL'AUTOREGOLAZIONE*

di Ermanno Calzolaio

Sommario: 1. Il fenomeno *bitcoin* come esempio di autoregolazione. – 2. I caratteri del fenomeno *bitcoin*. – 3. L'autoregolazione nella concreta realtà applicativa. – 4. Le prime iniziative regolatorie nel diritto dell'Unione europea. – 5. La proposta di regolamento europeo sulle criptoattività. – 6. Spunti conclusivi.

1. *Il fenomeno bitcoin come esempio di autoregolazione*

Il *bitcoin* è forse la più nota tra le criptovalute, avendo raggiunto in poco più di un decennio una diffusione inaspettata, con un volume d'affari in crescita progressiva ed esponenziale, sebbene con un andamento non lineare. Agli inizi dell'anno 2021 si è diffusa la notizia secondo cui la società statunitense Tesla, specializzata nel settore delle auto elettriche, intendeva investire somme consistenti nell'acquisto di *bitcoins* e di prepararsi ad accettarli quali mezzi di pagamento. L'annuncio ha fatto registrare un balzo nelle quotazioni, seguito però da una brusca frenata quando la stessa società ha dichiarato di voler ripensare la propria strategia. Ad ogni buon conto, non vi è dubbio che la diffusione dei *bitcoins* è andata al di là delle aspettative, suscitando numerosi interrogativi. Nel contesto della riflessione sulle nuove forme di auto e co-regolazione delle tecnologie emergenti, il fenomeno del *bitcoin* costituisce un esempio significativo per cogliere alcune problematiche legate ai meccanismi di produzione e implementazione delle regole giuridiche da parte di soggetti privati. Infatti, il *bitcoin* si è affermato proprio sul presupposto della possibilità di realizzare, mediante il ricorso alla tecnologia *blockchain*, un ordine economico autonomo, svincolato dall'intervento di qualunque autorità regolatrice¹.

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1357 ss. Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento al Seminario *Diritti e tecnologie digitali*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, 26 marzo 2021.

¹ G. RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 257 ss.

Nelle pagine che seguono si muoverà da una breve ricostruzione dei caratteri del *bitcoin* e delle modalità concrete della sua circolazione (par. 2), per mettere in luce che è riduttiva, se non proprio fuorviante, la narrazione corrente secondo cui ci si trova in presenza di uno strumento che si regge sul controllo reciproco dei soggetti partecipanti, giacché la prassi applicativa fa emergere una situazione molto diversa, in cui pochi intermediari privati elaborano e implementano il funzionamento del sistema (par. 3). In questo contesto, il legislatore europeo, che si è occupato del fenomeno a fini di prevenzione dell'uso del sistema di finanziario per fini illeciti (par. 4), si accinge ora ad emanare una più estesa regolamentazione delle cripto-attività nel loro complesso (par. 5). Di qui si prenderanno le mosse per alcuni spunti di riflessione circa la natura della sfida che il giurista si trova ad affrontare (par. 6).

2. I caratteri del fenomeno bitcoin

Dal punto di vista strettamente giuridico, il *bitcoin* costituisce un oggetto ancora misterioso². Utilizzato come mezzo di pagamento in alternativa alle monete tradizionali, ma anche a scopo di investimento (attesa l'alta redditività che può assicurare), nonché come modalità di finanziamento di attività, la sua circolazione avviene nel vasto mondo della rete, al di fuori di un preciso quadro normativo, suscitando numerosi interrogativi, anche per i possibili impieghi a fini di evasione fiscale o di riciclaggio. Pur essendo talora utilizzato come mezzo di pagamento, esso non ha tutti i caratteri della moneta. Può essere uno strumento di investimento, ma essendo anche un mezzo di pagamento sfugge ad una sicura qualificazione in termini di strumento finanziario³. La sua esistenza poggia su un registro potenzialmente pubblico, ma protetto, sollevando anche questioni di tutela dei dati personali, con i conseguenti problemi di coordinamento con il Reg. EU n. 679 del 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali⁴, che restano appunto pubblici.

In stretta sintesi, di *bitcoin* si inizia a parlare nel 2008, con la pubblicazione, sot-

² In tal senso, A. CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 159. V. altresì A. RAHMATIAN, *Electronic money and cryptocurrencies (bitcoin): suggestions for definitions*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2019, p. 115 ss.

³ A norma dell'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza) «i mezzi di pagamento non sono strumenti finanziari». Ciò nonostante, la sentenza Trib. Verona 24 gennaio 2017, n. 195 ha valorizzato la componente di riserva di valore, che caratterizza in parte il *bitcoin*, inquadrandolo nell'ambito degli strumenti finanziari, al fine di applicare le norme previste dall'ordinamento a protezione dei consumatori e dell'integrità dei mercati. V. in proposito M. PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, nota a Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 471 ss.

⁴ Cfr. S. CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali* (Dir. Pubbl.), in *Dig. disc. pubbl.*, Ag-giorn., 2017, p. 594 ss.

to lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto, dell'ormai celebre contributo *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*⁵. Muovendo dal rilievo secondo cui il commercio via internet poggia quasi esclusivamente sulle istituzioni finanziarie, si propone un nuovo sistema di pagamento elettronico più adeguato a facilitare gli scambi, basato su un sistema che fa perno su un network che consente di dare prova della pubblicazione di operazioni senza la verifica di un soggetto terzo e in cui le operazioni di pagamento sono irreversibili. Il primo *bitcoin* è "coniato" nel mese di gennaio 2009, non a caso al culmine della crisi globale del sistema bancario.

Il sistema poggia sulla tecnologia *blockchain*, una catena informatica raffigurabile come una sorta di libro mastro distribuito (*distributed ledger*), in continuo accrescimento e formata da anelli digitali (*block*), all'interno di ciascuno dei quali è racchiuso un certo numero di operazioni. Essa consente di realizzare scambi mediante l'uso della crittografia. L'accesso al sistema da parte dell'utente avviene con una chiave privata, con cui si interfaccia con altri utenti mediante una c.d. "chiave pubblica", usata per confermare i trasferimenti⁶. Quindi, i trasferimenti non vengono validati singolarmente, ma in gruppi organizzati in blocchi concatenati l'uno all'altro (a conferma, quindi, del carattere protetto, cioè chiuso, del sistema).

Gli ideatori del sistema sottolineano il vantaggio costituito dalla c.d. "unicità digitale" dei *bitcoins*, che non possono essere trasferiti contemporaneamente a più soggetti diversi, con la conseguenza di realizzare una situazione di affidamento collettivo sulla sicurezza delle operazioni immesse nella *blockchain*, indicata come *trustless trust*, proprio in ragione della assenza di organi pubblici di garanzia. Secondo quanto dichiarato, ciò si verifica perché anche se la "catena" non è chiusa e possono quindi aggiungersi nuovi blocchi, le operazioni sono tutte concatenate tra loro e la sicurezza è garantita dal fatto che ogni nuova operazione deve essere convalidata. Il sistema crittografico assicura contro il rischio di doppi trasferimenti e contro eventuali "attacchi" da parte di *hackers*, che non potrebbero avvenire in modo invisibile. Inoltre, sebbene non del tutto esclusi, i comportamenti fraudolenti (o comunque lesivi) verrebbero ridotti da un approccio utilitaristico, a base del sistema, che induce i partecipanti alla comunità di aderenti a rispettare comportamenti conformi alle regole di funzionamento, rendendo svantaggiose le condotte disoneste⁷.

Il fatto che il *software* di *bitcoin* sia *open-source* implica che chiunque può, in teoria, accedere ai suoi codici. In particolare, anche se i *bitcoins* sono stati generati in numero predefinito, mediante il c.d. *mining* (estrazione) è possibile incre-

⁵ Disponibile nel sito <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁶ Nella crittografia asimmetrica viene designato come "chiave pubblica" quell'algoritmo usato da un mittente per criptare informazioni, inviata al ricevente per decifrarle mediante la c.d. chiave privata, che viene appunto usata da un ricevente per decifrarle.

⁷ Cfr. G. RINALDI, *op. cit.*, e ulteriori riferimenti *ivi*.

mentarne la generazione, attraverso dei calcoli che sviluppano l'algoritmo originario, consentendo così di aggiungere un nuovo anello alla sequenza crittografica. La generazione è dunque continua, ma essa avviene in modo molto graduale e si stima che raggiungerà al massimo 21 milioni entro l'anno 2040.

Infatti, essa richiede l'elaborazione di calcoli sempre più complessi: i *miners* si sfidano nella soluzione di un problema matematico, la cui complessità viene automaticamente adattata dal sistema, sulla base della capacità di calcolo in quel momento impiegata nella rete. Il problema è risolvibile solo procedendo per tentativi, sicché è praticamente escluso che si possa conoscere in anticipo quale nodo sarà in grado di offrire per primo la soluzione. Al contempo, una volta individuata, la soluzione potrà essere verificata da tutti i nodi connessi alla rete, in modo tale da essere validata⁸.

3. L'autoregolazione nella concreta realtà applicativa

Come si vede, il funzionamento della *blockchain* è estremamente complesso. Per partecipare all'attività di *mining* è necessario disporre di computer che siano in grado di generare migliaia di funzioni (intese quali formule matematiche) che permettano di ottenere da una stringa di lunghezza arbitraria una stringa di lunghezza predefinita (in linguaggio informatico: "*hash*"). Il consumo energetico per implementare il sistema è impressionante e in continua progressione, man mano che le operazioni vengono implementate⁹. Ad esempio, è stato stimato che il consumo annuale di elettricità è di circa 52 terawatt all'ora (un terawatt equivale a mille miliardi di watt). Per avere qualche termine di paragone, si tratta di una quantità di energia pari al doppio di quella consumata nello stesso tempo nell'intera Scozia. È stato anche stimato che l'operazione relativa ad un *bitcoin* da sola richiede l'impiego di energia in misura quattro volte superiore a quella necessaria per eseguire 100.000 operazioni mediante carta di credito del circuito VISA¹⁰. In termini economici, insomma, l'impegno è considerevole.

Ne consegue che, di contro alla declamata ampia accessibilità, solo un numero molto limitato di soggetti è in grado di affrontare le complessità tecniche implicate dal software, dai costosi aggiornamenti dell'hardware e dell'enorme consumo energetico. Solo una solida organizzazione, unita a cospicue risorse economiche, con-

⁸ G. ARCELLA-M. MANENTE, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, p. 23 ss.

⁹ Sulla "insostenibilità" ambientale del bitcoin, cfr. A. GULLI, *(Un)Sustainability of Bitcoin Mining*, in *46 Rutgers Computer & Tech L.J.*, 2020, p. 95 ss.

¹⁰ Per una stima del consumo energetico dei *bitcoin* v. il sito <https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption>.

sente di mantenere il pieno controllo dei *bitcoins* e l'accesso diretto alla blockchain senza necessità di ricorrere ad intermediazioni¹¹.

Ciò spiega perché, nella maggior parte dei casi le operazioni in *bitcoin* hanno luogo mediante "portafogli on line" (*online wallets*), che conservano le informazioni in un *cloud* e forniscono l'accesso ai loro clienti attraverso una interfaccia web su computer o su app. Il fornitore del servizio comunica il codice generato dal browser (o dall'app) e custodisce le chiavi private. Questi portafogli sono convenienti, facili da utilizzare, operano su vari devices e non necessitano che l'utilizzatore scarichi il software blockchain. Essi si distinguono in "exchanges" e "wallet providers". Un "exchange" è una piattaforma che permette di scambiare criptovalute con moneta tradizionale o con altre criptovalute a un determinato prezzo di mercato. Invece, i "wallet providers" consentono di conservare, trasferire e gestire le valute virtuali possedute. Le entrate e le uscite sono registrate in un portafoglio (*wallet*) installato sul dispositivo indicato dall'utente, che può servirsi dei *bitcoins* come mezzo di scambio per acquistare prodotti da rivenditori che accettano il pagamento attraverso questo mezzo, oppure semplicemente come strumento di investimento.

I rilievi appena svolti mostrano che se il *bitcoin* si è diffuso sul presupposto di essere un sistema autonomo che si regge sul controllo reciproco dei soggetti partecipanti alla catena, in realtà esso poggia su regole elaborate dagli intermediari privati che gestiscono le piattaforme attraverso cui si realizza la gran parte delle negoziazioni.

4. Le prime iniziative regolatorie nel diritto dell'Unione europea

L'esplosione del "mercato" delle criptovalute, in un contesto sovente caratterizzato dall'assenza di specifiche discipline normative statali, sta attirando sempre più l'attenzione da parte dei legislatori negli ultimi tempi. Alcuni Stati hanno adottato alcune prime iniziative, seppure ancora parziali e incomplete, talvolta ispirate alla volontà di attrarre operatori del settore (Giappone, Principato di Monaco, Lichtenstein, Malta), talaltra, al contrario, di restringere, o addirittura vietare, l'utilizzazione dei *bitcoins*, ad esempio come mezzo di pagamento (Cina)¹².

Nell'ambito dell'Unione europea, i primi interventi si sono concentrati a con-

¹¹ In tal senso, cfr. le pungenti considerazioni di M. SOLINAS, *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2019, p. 433 ss., spec. p. 435. Per una serrata critica al sistema cfr. anche K.F.K LOW-E. MIK, *Pause the blockchain legal revolution*, in *I.C.L.Q.*, 2020, p. 135.

¹² Per una rassegna della legislazione adottata in vari paesi, cfr. F. ANNUNZIATA, *Speak, if you can: what are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offerings*, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, p. 129 ss., nonché G. RINALDI, *op. loc. cit.*

trastare i possibili usi delle criptomonete a fini di evasione fiscale e di riciclaggio. È proprio nell'ambito delle norme in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che si colloca la Direttiva 2018/843/UE del 30 maggio 2018, già recepita dalla maggior parte degli Stati membri. Essa definisce le valute virtuali come «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente» (art. 1, lett. d).

È agevole rilevare che questa definizione lascia nell'ombra la funzione di mezzo di pagamento, mentre valorizza quella di “mezzo di scambio”. Si tratta di una scelta consapevole e in netta discontinuità rispetto all'approccio seguito nella proposta della direttiva in questione, che descriveva le valute virtuali come rappresentazioni digitali di valore, non emesse da alcuna banca centrale o ente pubblico, né necessariamente collegate a una moneta legale, che vengono accettate quali mezzi di pagamento e che possono essere memorizzate, trasferite o scambiate in via elettronica. Questa scelta definitoria traeva linfa da un orientamento espresso dalla Corte di Giustizia in una sentenza del 2015, che, dovendo decidere in materia di applicabilità delle esenzioni dall'imposta sul valore aggiunto nei confronti degli operatori che svolgono attività di cambio di valuta virtuale contro valuta tradizionale, aveva concluso che il *bitcoin* «non ha altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento», sicché le attività di acquisto e vendita di criptomoneta conto terzi «non ricadono nella nozione di “cessione di beni”» ma costituiscono una prestazione di servizi¹³. In sostanza, la Corte riteneva assorbente la funzione di strumento convenzionale rispetto alle altre funzioni svolte dalle criptomonete.

Senonché, per la Banca Centrale Europea, chiamata a pronunciare il suo parere istituzionale sulla proposta di direttiva, la definizione delle monete virtuali in termini di “mezzi di pagamento” avrebbe rischiato di incoraggiarne l'utilizzo, senza tener conto dei rischi connessi alla loro volatilità e all'assenza di garanzie in ordine alla convertibilità in moneta tradizionale, nonché per il *vulnus* al sistema finanziario e monetario che sarebbe stato arrecato dall'eventuale incremento della loro circolazione¹⁴. Secondo la BCE, insomma, sarebbe stato preferibile qualificare le valute virtuali come “mezzi di scambio” ed evidenziare la loro non riconducibilità alla nozione di moneta legale.

¹³ Corte di Giustizia UE 22 ottobre 2015, C-264/14, *Skatteverket c. David Hedqvist*, in *Foro it.*, 2015, IV, p. 513. Con riferimento a questa decisione, cfr. N. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa società*, n. 1/2016, p. 111 ss., p. 129, nonché G. LEMME-S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 43, p. 1 ss., spec. p. 9.

¹⁴ ECB, *Virtual currency schemes a further analysis*, febbraio 2015, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>, v. in specie p. 22 ss.

Nella versione finale della Dir. 2018/843/UE il legislatore europeo ha accolto nella sostanza i rilievi della BCE e ciò spiega perché dall'articolato normativo è scomparsa ogni connotazione in chiave monetaria¹⁵.

5. La proposta di regolamento europeo sulle cripto-attività

Se finora il legislatore europeo si è limitato ad assumere iniziative per contrastare un uso illecito delle criptovalute, è evidente che si tratta di un approccio riduttivo, giacché le “criptoattività” possono essere progettate e strutturate in molteplici modi. Pur mancando ancora una terminologia condivisa, esse sono tendenzialmente classificate in tre tipologie: quella dei c.d. *utility tokens*, che si connotano per la presenza di diritti garantiti su beni o servizi (e talvolta di diritti di governance come il diritto di voto) dell'emittente e che sono utilizzati non come forma di investimento, bensì per avere accesso a prodotti o servizi; quella dei c.d. *security/financial tokens*, che rappresentano una frazione del valore complessivo dell'attività sottostante, utilizzati come veri e propri strumenti finanziari; quella dei c.d. *currency tokens*, tra cui rientra il *bitcoin*.

La Commissione Europea ha inteso promuovere una regolazione più ampia del fenomeno. In particolare, nell'ambito del c.d. “pacchetto per la finanza digitale”, il 24 settembre 2020 ha adottato una proposta di regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività (MiCA) COM(2020)593¹⁶. Si tratta di un intervento che, pur dedicando specifica attenzione alle c.d. ICO (acronimo di Initial Coin Offers, cioè offerte di moneta iniziale), intende introdurre una normativa complessiva del settore (con l'eccezione delle cripto-attività inquadrabili nell'ambito della nozione di “strumenti finanziari” ai sensi delle direttive c.d. Mifid I e Mifid II, che regolamentano il mercato dei servizi finanziari), stabilendo norme uniformi per gli emittenti e i fornitori di servizi connessi alle cripto-attività nell'UE, fissando obblighi in materia di trasparenza e di informativa in relazione all'emissione, al funzionamento, all'organizzazione e alla governance dei soggetti che prestano servizi, nonché introducendo specifiche norme a tutela dei consumatori e per la prevenzione di abusi di mercato.

¹⁵ Nel nostro ordinamento la direttiva è stata recepita con il d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, che ha modificato il d.lgs. n. 90/2017 (a sua volta recante riforma del d.lgs. n. 231/2007 che aveva trasposto nell'ordinamento interno i primi interventi dell'Unione in materia di riciclaggio). La valuta virtuale è definita come «la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente» (art. 1, lett. qq).

¹⁶ Parere della BCE 19 febbraio 2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 29 aprile 2021, C/152/1 e disponibile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

La proposta è attualmente all'esame dei legislatori nazionali e su di essa di recente la BCE ha formulato il suo parere, non mancando di porre in luce alcune criticità¹⁷.

Non è questa la sede per scendere ad un esame dettagliato. Ai nostri fini, è sufficiente ricordare che la proposta assume esplicitamente la tripartizione delle categorie di criptovalute cui sopra si è fatto cenno (cfr. considerando 9) e reca una definizione di cripto-attività come «rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga» (art. 3, n. 2). Per quanto qui interessa, essa individua nel *token* di moneta elettronica la tipologia «il cui scopo principale è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale» (n. 4).

Per gli *utility tokens* e i *security tokens*, la proposta prevede requisiti di trasparenza e di pubblicità in relazione all'ammissione alla negoziazione, secondo un approccio che fa perno sostanzialmente su misure di comunicazione, in specie mediante un *white paper* che abbia contenuti specificamente indicati, da notificare preventivamente all'autorità nazionale preposta, senza però prevedere un regime autorizzativo preventivo, né un regime di vigilanza continuativo¹⁸.

La disciplina è più stringente per quanto riguarda i *tokens* di moneta elettronica (tra cui rientra il *bitcoin*). Essa è contenuta nel titolo IV (artt. 43-52) quanto ai requisiti che devono essere soddisfatti da tutti gli emittenti e nel titolo V, quanto all'autorizzazione (artt. 53-58) e alle condizioni di esercizio per i fornitori di servizi per le cripto-attività (artt. 59-75).

Giova soffermarsi su questa parte della proposta di regolamento, per il rilievo che essa assume ai nostri fini, investendo direttamente anche i gestori delle piattaforme.

Anzitutto, viene previsto un regime autorizzatorio per assicurare che i servizi per le cripto-attività siano forniti solo da persone giuridiche che hanno la sede legale in uno Stato membro e specificamente autorizzate dall'autorità competente dello stesso. L'autorizzazione può essere negata se l'organo di amministrazione del richiedente non assicura una gestione efficace, sana e prudente, nonché un'adeguata considerazione degli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato. Viene poi istituito un registro pubblico di tutti i fornitori, i quali devono dotarsi di «tutele prudenziali» (art. 60), consistenti in sostanza in garanzie di solvibilità con fondi propri o con polizza assicurativa estesa per tutti i territori dell'Unione.

Vanno poi segnalate le disposizioni relative alla custodia delle cripto-attività e

¹⁷http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/parere_bce_con_2021_4.pdf.

¹⁸Sulle problematiche connesse all'emissione e alla circolazione, cfr. G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 13 ss.

dei fondi dei clienti. L'art. 63 sancisce l'obbligo di adottare misure adeguate di tutela dei «diritti di titolarità dei clienti, in particolare in caso di insolvenza del fornitore [...] e per prevenire l'uso delle cripto-attività di un cliente per conto proprio, salvo consenso esplicito del cliente».

Di particolare rilievo è la previsione di uno specifico regime di responsabilità nel caso di fornitori autorizzati alla custodia e all'amministrazione per conto di terzi. Infatti, l'art. 67, comma 8, dispone che i fornitori «sono responsabili nei confronti dei loro clienti della perdita di cripto-attività a seguito di un malfunzionamento o di attacchi informatici fino a un massimo del valore di mercato delle cripto-attività perse». Si tratta di una ipotesi di responsabilità oggettiva particolarmente stringente, che sembra escludere qualsiasi rilevanza giuridica anche alle tradizionali esimenti della forza maggiore. Qualche primo commentatore osserva in proposito che il regime prefigurato renderà difficile l'esercizio di attività di cripto-custodia nel territorio dell'Unione¹⁹.

6. Spunti conclusivi

Dalle considerazioni sin qui svolte si apre ora lo spazio per qualche spunto di riflessione.

Si è visto che non corrisponde alla realtà la narrazione che ha accompagnato la nascita e lo sviluppo del *bitcoin*. Si prefigurava un sistema in cui i soggetti implicati avrebbero operato alla pari, attraverso una rete aperta che non necessitava di filtri e regolazioni esterne. Alla prova dei fatti, invece, le operazioni di *mining* e la circolazione della criptovaluta sono gestite da una cerchia ristretta di soggetti capaci di disporre delle risorse per sostenere i considerevoli costi connessi²⁰. Il fatto che la maggior parte delle operazioni si svolgano non già *on chain*, bensì *off-chain*, finisce per replicare lo scenario piuttosto familiare di un mercato regolamentato, con la notevole differenza, però, che le regole che lo governano sono appannaggio degli operatori del settore.

L'iniziativa del legislatore europeo, tesa a regolamentare l'intero settore delle cripto-attività, si presta ad essere letta come un tentativo di riappropriarsi di uno spazio che si è aperto anche per l'assenza di limiti normativi, nonché per assicurare meccanismi di tutela degli utenti di un mercato sempre più florido. La recente proposta di regolamento europeo ha già prestato il fianco a rilievi critici, legati

¹⁹ Cfr. D.A. ZETSCHE-F. ANNUNZIATA-D.W. ARNER-R.P. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *EBI working papers series*, n. 77/2020, in specie p. 20, disponibile al seguente indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=3725395>.

²⁰ In tal senso, cfr. ancora M. SOLINAS, *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, *op. loc. cit.*

alla farraginosità dell'impianto normativo e alla mancanza di una chiara identificazione in positivo di quali *token* rientrano nel suo ambito di applicazione²¹.

Senza entrare nel merito dei profili problematici, che evocano aspetti di elevata complessità, preme piuttosto svolgere una riflessione “di contesto”²², muovendo dal rilievo, tanto elementare quanto non banale, che la diffusione dei *bitcoins* è un fenomeno che si colloca al di fuori di qualsiasi confine nazionale, in quel luogo affascinante e misterioso del *web*. I linguaggi dell'informatica schiudono prospettive inedite, segnate dalla de-localizzazione di attività e, al contempo, anche dalla dematerializzazione di “cose” entro spazi virtuali, sicché il *bitcoin* è una “entità” tanto facile da afferrare, quanto veloce a svanire in una rete dove nasce, vive, ma anche si nasconde, attraversando trasversalmente gli ordinamenti giuridici e le classificazioni tradizionali. La c.d. rivoluzione digitale ci proietta nella prospettiva, davvero inedita, di uno “spazio” – in cui si stipulano contratti, si acquisiscono dati, circolano nuovi “beni” e servizi, si commettono illeciti – che si colloca al di fuori di un territorio identificato da confini e, quindi, al di là di specifici ordinamenti giuridici²³. In questo “spazio” si fa sempre più acuto il bisogno di diritto, cioè di regole che consentano lo svolgimento ordinato delle attività che ivi si svolgono, che, come si è visto, sono le stesse “comunità” ad elaborare ed applicare²⁴.

Il giurista può trovarsi disorientato davanti all'emersione di un diritto in qualche modo “auto-prodotto”, essendo abituato ad affrontare il “nuovo” con la lentezza di categorie e di strumenti tradizionali e, in particolare, a muovere da una concezione del diritto come fenomeno circoscritto entro ambiti territoriali ben definiti in cui lo Stato esercita la propria sovranità²⁵.

Essendo questo il contesto, sorge l'interrogativo circa la reale efficacia di un intervento normativo come quello prefigurato in seno all'Unione europea per affrontare la regolamentazione delle cripto-attività. Infatti, esso si muove nella dire-

²¹ Cfr. F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in <https://www.dirittobancario.it/>, ottobre 2020. Su questo profilo, la stessa BCE nel suo parere, cit., ha invitato a distinguere con maggiore chiarezza le cripto-attività che possono essere qualificate come strumenti finanziari (rientranti nell'ambito della MiFID II) e quelle che rientrerebbero nell'ambito di applicazione della proposta di regolamento (v. in specie il punto 1.4 del parere).

²² Sulla comparazione giuridica come “scienza di contesto”, cfr. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005.

²³ Cfr. J.-S. BERGÉ, *The “datasphere” as a new paradigm of relationship between territories in law*, in *Rev. Bras. Polit. Publicas*, 2018, p. II ss.

²⁴ Dal rilievo che «sempre più spesso il diritto *dei* privati diverge dal diritto privato *dello* Stato» prende le mosse il recente contributo di A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 17 ss.

²⁵ Cfr. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 13 ss., spec. p. 17.

zione di dettare una serie di norme sull'emissione di criptovalute e sulla loro circolazione, richiedendo la localizzazione dei soggetti emittenti e di quelli che prestano i servizi connessi in uno degli Stati membri, chiamati ad autorizzare le relative attività e a vigilarne l'esercizio. Tuttavia, la natura totalmente immateriale del *bitcoin* e il contesto "globale" in cui esso si diffonde difficilmente potranno impedire che la sua circolazione avvenga lecitamente anche attraverso piattaforme gestite da soggetti radicati in Stati al di fuori dell'Unione.

Sembra infatti da escludere che a un utente possa essere precluso di rivolgersi – come comunemente accade – a qualunque operatore, a prescindere dal fatto che abbia sede in uno Stato dell'Unione. Pertanto, il pur comprensibile tentativo di convogliare l'esercizio di questo tipo di attività all'interno di un quadro normativo preciso e ancorato territorialmente all'interno dell'Unione europea, per assicurarne il controllo, può sicuramente avere l'effetto di sottoporre il loro svolgimento a regole ben definite, ma non esclude che le criptovalute continuino a circolare più o meno indisturbate, secondo regole coniate ed implementate *al di fuori* della cornice disegnata dal legislatore europeo.

Senza indugiare oltre, preme allora conclusivamente focalizzare la sfida che il giurista si trova ad affrontare rispetto ad una realtà come quella contemporanea, segnata dall'emersione di un diritto delle nuove tecnologie rispetto al quale le armi tradizionali di un intervento regolatore sembrano piuttosto spuntate. Per il semplice motivo che è mutato il contesto e, con esso, i punti certi di riferimento, come quelli offerti tradizionalmente dal diritto positivo dello Stato, identificato con i suoi confini. Di ciò è urgente rendersi pienamente conto, per non fallire le sfide del tutto nuove che questo nuovo contesto implica.

BIBLIOGRAFIA

- ANNUNZIATA F., *Speak, if you can: what are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offerings*, in *European Company and Financial Law Review*, vol. 17(2), 2020, p. 129 ss.
- ANNUNZIATA F., *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, ottobre 2020, in <https://www.dirittobancario.it/>.
- ARCELLA G.-MANENTE M., *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, p. 23 ss.
- BERGÉ J.-S., *The "datasphere" as a new paradigm of relationship between territories in law*, in *Rev. Bras. Polit. Publicas*, 2018, p. II ss.
- CALONI A., *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 159.
- CALZOLAIO S., voce *Protezione dei dati personali* (Dir. Pubbl.), in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiorn., 2017, p. 594 ss.

- GITTI G., *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 13 ss.
- GULLI A., *(Un)Sustainability of Bitcoin Mining*, in *46 Rutgers Computer & Tech L.J.*, 2020, p. 95 ss.
- LEMME G.-PELUSO S., *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 1 ss.
- LOW K.F.K.-MIK E., *Pause the blockchain legal revolution*, in *I.C.L.Q.*, vol. 69, 2020, p. 135 ss.
- MANCINI N., *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa società*, n. 1/2016, p. 111 ss.
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005.
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 74, n. 1/2020, p. 13 ss.
- PASSARETTA M., *Bitcoin: il leading case italiano*, nota a Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 471 ss.
- RAHMATIAN A., *Electronic money and cryptocurrencies (bitcoin): suggestions for definitions*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 34(3), 2019, p. 115 ss.
- RINALDI G., *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. e impr.*, n. 1/2019, p. 257 ss.
- SOLINAS M., *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2019, p. 433 ss.
- ZETZSCHE D.A.-ANNUNZIATA F.-ARNER D.W.-BUCKLEY R.P., *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *EBI working papers series*, n. 77/2020, <https://ssrn.com/abstract=3725395>.
- ZOPPINI A., *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2021.

COMPARATIVE LAW BETWEEN BITCOINS AND DATA*

by *Ermanno Calzolaio*

Sommario: 1. Introduction: the emergence of “law of new technologies” and its implications. – 2. The phenomenon of bitcoins. – 3. The legal qualification of bitcoins. – 4. The EU proposal for the regulation of cryptoassets. – 5. Data. – 6. Conclusive remarks. The new role of comparative law.

1. Introduction: the emergence of “law of new technologies” and its implications

This paper aims at proposing some reflections on two outstanding phenomena of the so-called digital revolution, being revealing of the change of epoch that we are experiencing, hand in hand with the development of new technologies that pervade every aspect of individual and social life.

In the wide world of the web, the need for law is constantly growing, to the point that we are witnessing the emergence of a new field of legal studies, “the law of new technologies”. Which are its main characters? Without claiming to be complete, it is useful to focus on three of them.

The first one could appear trivial, but it has relevant implications. The law of new technologies has to do with aspects of great complexity and with sophisticated languages being difficult to be understood by the jurists. Hence, one should proceed with caution, almost on tiptoe, accepting the risk of inevitable approximations.

The second character is the interdisciplinary nature of the various issues, involving different fields of legal studies (public and constitutional law, civil and commercial law, criminal law, but also history, economy, philosophy). This re-

* The present contribution is the written text of my presentation at the International Conference on Information Law organized by Shen Junru Law School, HangZhou Normal University (December 2021) and it will be published in a special issue of HangZhou Law Journal. It reformulates and develops the contribution in Italian published in this book by the same author (“Bitcoin: le sfide dell’autoregolazione”).

quires avoiding the risk of self-reference that often connotes legal studies, adopting on the contrary an inclusive approach.

The third character is perhaps the most important to highlight. The digital revolution projects us in the unprecedented perspective of a 'space' located outside a well-identified territory and so outside specific legal systems, as it is happening also for other emerging fields of legal studies, such as environmental law¹. It is precisely in such a space that contracts are entered into, data are collected, new properties and services are circulating, illegal actions are committed. The rules governing all these aspects are mostly elaborated and implemented by the same communities operating in this global space.

Against this background, my contribution moves from the acknowledgment that the 'old world' was based on a material dimension characterized by a static and territorial perspective, whereas the 'new world' is characterized by a de-materialised dimension of objects existing only electronically and in the state of process, in constant mutation and transformation². Bitcoins and data are outstanding examples of this transformation. First, I will concentrate my analysis on bitcoins, trying to understand what they are, to investigate about their nature from a comparative perspective, and to consider the recent EU initiative about their regulation. Then, I will move to data and their legal qualification. Finally, I will suggest some conclusive remarks concerning the new challenges for comparative legal studies.

2. *The phenomenon of bitcoins*

In little more than ten years, *bitcoins* reached an unexpected diffusion. Its turnover is experiencing a continuous and progressive increase. At the beginning of 2021, Tesla announced its intention to invest in bitcoins and to accept them as means of payment. After this announcement, the quotation of bitcoins jumped, and then it lowed when the same company declared it was rethinking its strategy. The bitcoins market was continuously growing in 2021, even if it is recently experiencing a deep crisis.

In short, bitcoin lies on the blockchain technology, which constitutes a cryptographically secured database distributed on many computers (nodes) and combines decentralized consensus mechanisms with cryptographic verification. Bitcoin is a decentralised, anonymous virtual currency. Its payment transactions

¹ For this analogy, J.-S. BERGÉ, *The "datasphere" as a new paradigm of relationship between territories in law*, in *Rev. Bras. Polit. Publicas*, 2018, p. II.

² See L. MOCCIA, *La proprietà intellettuale come 'proprietà globale': tendenze e problemi*, in G. AJANI-A. GAMBARO-M. GRAZIADEI-R. SACCO-V. VIGORITI-M. WAELBROECK (eds), *Studi in onore di A. Frignani. Nuovi orizzonti del diritto europeo e transnazionale*, Jovene Editore, Napoli, 2011, p. 661, especially p. 679 ff.

are validated and accepted as part of the complete registry of payments. More in particular, bitcoins rely on a cryptographic hash function that ensures that the recorded transactions are not duplicated or manipulated. The responsibility for recording and verifying transactions is shared among the participants in the network and each new recorded transaction submitted to the server includes all the information of previous transactions. In fact, in a blockchain system, the nodes are in constant communication and synchronised over the internet with other computers running the same software.

The creators emphasize the characteristics and the benefits of this system, being common to the entire blockchain technology. First, it is a *resilient* system, in the sense that even in the case that one copy of the blockchain is erased, there are many other copies on nodes that continue to provide relevant information. Second, it is *temper-resistant*, because it goes beyond the chain and so new information can be added by specific nodes (miners) once they have invested significant time and energy into solving a mathematic puzzle. To this respect, it is worth noting that decentralized consensus algorithms ensure that the authentic state of the chain is always the one backed by the greatest amount of computing power. Third, it is *ensorship-resistant*, in the sense that there is no central authority that could block any information from entering the chain, once it is validated by the miners³.

From its origin, in the aftermath of the 2008 financial crisis, bitcoin's best selling point was the prospect of a trustless alternative to online payment systems that could allow to deal directly with each other without oversight from any central monetary authority. After all, the title of the first contribution appeared in 2008, under the pseudonym of Satoshi Nakamoto, explicitly made reference to this aspect: *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*⁴.

However, the system is not simple and it needs continuous maintenance. In fact, a computer has to generate thousands of hashes, employing considerable computational power and energy. Once obtained, a successful hash (one that includes transaction information, a record of the previous block and a timestamp pointing out that the underlying conditions have been met) is disclosed to the network. The nodes then validate the block by cryptographically signing it with the hash of the prior block, hence creating an immutable chain of sequential blocks. The chain with the most proof of work represents the final, albeit not immutable, state of the system. Users are incentivised to participate in this process because each successful hash is rewarded with new bitcoins.

³ P. HACKER-I. LIANOS-G. DIMITROPOULOS-S. EICH, *Introduction*, in P. HACKER-I. LIANOS-G. DIMITROPOULOS-S. EICH (eds), *Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 4.

⁴ Available at <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

The complexity of the system leads to focus on two outstanding aspects of the phenomenon, leading to relativize the mainstream narrative according to which it is open to everybody and freely accessible. On the one side, one should be aware that its concrete operation requires an enormous quantity of energy, with consequent relevant costs. The environmental issues of the generation of bitcoins should not be underestimated. It has been estimated that the energy needed to create one bitcoin is four times what is needed to perform 100,000 transactions through a Visa credit card⁵. The University of Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index estimates that the global bitcoin network currently consumes about 80 terawatt-hours of electricity annually, roughly equal to the annual output of 23 coal-fired power plants, or close to what is consumed by the nation of Finland⁶.

On the other side, it is true that bitcoins can circulate according to an absolute economic order that can remember every discrete event, that cannot be corrupted and that does not require the involvement of a third party to verify the validity of transfers. However, it is also true that the enormous costs required make that in reality most bitcoin transactions occur “off-chain” between customers at the same exchange. In fact, in most cases transactions in bitcoins occur through online wallets, keeping the relevant information in a cloud and allowing access to their clients through platforms accessible via computer or apps. These wallets are easy to use and they do not need that the user downloads the software blockchain. For this reason, some argue that the existence of an active network of individuals that records every single bitcoin transaction on a distributed ledger (blockchain) is a myth, because the circulation of the majority of bitcoins occurs outside the blockchain⁷.

In conclusion, the bitcoin market has spread on the assumption that it does not need any regulatory intervention, but in reality a regulation does exist: it is a self-regulation by private intermediaries. In this context, some legislators started to intervene, sometimes in order to attract operators (Japan, Principality of Monaco, Lichtenstein, Malta) and sometimes to restrict or avoid the utilisation of bitcoins in their territory as a means of payment (China)⁸. The efficacy of these measures is questioned and it is not the place here to analyse them in details. Suffice to note that for sure they did not prevent nor limit the explosion of the bitcoins market.

⁵ For an estimation of the energy consumption of bitcoins, see the website <https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption>.

⁶ <https://ccaf.io/cbeci/index> (last accessed 12 November 2021).

⁷ M. SOLINAS, *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2019, p. 433 ff., at p. 434. See also K.F.K. LOW-E. MIK, *Pause the blockchain legal revolution*, in *I.C.L.Q.*, 2020, p. 135.

⁸ For an overview of the legislations adopted in the various legal systems, F. ANNUNZIATA, *Speak, if you can: what are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offerings*, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, p. 129.

3. *The legal qualification of bitcoins*

Against the background shaped since now, a controversial issue is the legal qualification of bitcoins. Understanding their nature is essential to respond to the question of regulation, to ascertain the applicable legal regime and the remedies eventually available to ‘owners’ of bitcoins.

There is no consensus about the nature of bitcoins. As other cryptocurrencies, bitcoin is a digital representation of value that can be traded online and has at least some of the generally recognized functions of money: it operates as a store of value, a medium of exchange, and as a unit of account. In this sense, it is worth remembering that bitcoin is nowadays accepted by many private companies, but also government agencies have started accepting it⁹. A notable example comes from the Swiss town of Zug who has started accepting tax payments in cryptocurrency. Following previous announcement in 2020, the Swiss authorities said that, from February 2021, citizens and companies based in Zug will be able to pay up to 100,000 CHF (which corresponds at around € 101.000 and \$111,300) of their taxes in either bitcoin or ether¹⁰.

Due to the similarities between virtual and physical currencies, various countries deal with bitcoins as money. This is the view adopted in the United States and in other European countries, notably under the influence of the position of the Court of Justice in a case decided in 2015, in a request for a preliminary ruling from the Swedish Supreme Administrative Court¹¹. This request was related to the interpretation of articles 2(1) and 135(1) of the VAT Directive, in proceedings between the Swedish tax authority and a Swedish citizen on whether transactions to exchange a traditional currency for Bitcoin or vice versa should be subject to VAT. More in particular, the Swedish citizen wished to provide services through a company based in Sweden consisting of the exchange of traditional currency for virtual currencies, such as bitcoins. The company would be remunerated for supplying the service in proportion to the margin that it would include in the calculation of the exchange rate at which it would be willing to sell and purchase the currencies. Without entering in further details, suffices to notice that the CJEU concluded that, for the purposes of the VAT Directive, bitcoin is a virtual currency

⁹ G. DIMITROPOULOS, *Global Currencies and Domestic Regulation. Embedding through Enabling?*, in P. HACKER-I. LIANOS-G. DIMITROPOULOS-S. EICH (eds), *Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges*, cit., p. 115.

¹⁰ <https://www.nasdaq.com/articles/switzerlands-crypto-valley-has-started-accepting-bitcoin-ether-for-tax-payments-2021-02-18>.

¹¹ EUCJ, 22 October 2015, C-264/14, *Skatteverket v David Hedqvist*, in *Foro it.*, 2015, IV, p. 513. For a comment about this decision, N. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa società*, n. 1/2016, p. 111 ff., at p. 129, and G. LEMME-S.PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 43, p. 1 ff., at p. 9.

and cannot be characterized as tangible property, having no other purpose than to be a means of payment. The exchange from and to bitcoin from traditional currencies constitutes a ‘supply of services’, subject to VAT.

Against the qualification in terms of ‘means of payment’, the European Central Bank adopted a different view, while giving its advice on a proposal of Directive on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering. The ECB considered that the virtual currencies currently known do not fully meet all the three functions of money defined in economic literature. “Certainly in the case of Bitcoin, the most popular and most commonly used virtual currencies at the time of writing, virtual currencies have a limited function as a medium of exchange because they have a very low level of acceptance among the general public. In addition, the high volatility of their exchange rates to currencies – and therefore in terms of most goods and services – renders virtual currency useless as a store of value even for short-time purposes, let alone for the purpose of being a longer-term savings instrument. Finally, both the low level of acceptance and the high volatility of their exchange rates and thus purchasing power make them unsuitable as a unit of account. Therefore, although it cannot be excluded that more stable virtual currencies will emerge and be used by a much wider group of users, virtual currencies such as Bitcoin cannot be regarded as full forms of money at the moment analysis from the economic and legal perspectives leads to the conclusion that virtual currencies should not be bundled into the generic words of money or currency, even though their technical appearance takes a form which has some similarities to scriptural money and/or electronic money”¹².

It is interesting to note that the European legislator upheld the ECB remarks: in the final version of the European Directive 2018/843/UE every monetary connotation of cryptocurrencies disappeared.

The difficulties to reconcile bitcoins with money consists in the fact that, unlike physical money, virtual currency does not have a legal tender status in any legal order¹³. The key difference is that physical money is generally a national currency, whereas virtual currencies have global nature. They are by design currencies, made to operate without the need for and beyond the national states. For this reason, they are universal, in the sense that they can operate outside a system that uses multiple currencies, avoiding the costs associated with currency exchange.

It is quite evident that, beyond the use of the term ‘currency’ to indicate bitcoins, their nature is very controversial, revealing the difficulty to grasp objects

¹² ECB, *Virtual currency schemes – a further analysis*, February 2015, available at <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>, especially p. 23 ff.

¹³ See A. RAHMATIAN, *Electronic money and cryptocurrencies (bitcoin): suggestions for definitions*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2019, p. 115 ff.

existing only virtually and disseminated in the vast and obscure world of the web. This controversial nature is at the origin of the difficulties arising when concrete problems occur, demanding for a solution. It is particularly at this level that the differences between legal systems emerge clearly.

As far as the common law legal tradition, an important case was decided in England in 2019 by the High Court, being perhaps the first opportunity for a court to investigate the legal nature of bitcoins¹⁴.

A hacker (the First Defendant) managed to infiltrate the IT system of a Canadian Insurance Company. The hacker demanded a ransom in the form of Bitcoins, in exchange for the decryption software needed to re-access its data and systems. The Insurance Company paid \$950,000 in Bitcoins to the hacker and duly, slowly, regained access. A tracing investigation revealed that a substantial proportion of the Bitcoins were transferred to a specific wallet or address linked to an exchange known as Bitfinex (operated by the Third and Fourth Defendants). The court granted proprietary injunctions against all defendants, freezing the Bitcoins. The assumption at the base of this case is that bitcoins are property, adhering to the conclusions reached in a report prepared by the *UK Jurisdiction Taskforce* on “*Legal statement on cryptoassets and smart contracts*”, issued in November 2019¹⁵. This report considered that the category of *personal property* is catch-all and bitcoins have all the characters of property: “definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties and have some degree of permanence or stability”¹⁶. Thus, according to the High Court bitcoin (and potentially other crypto assets) can be classed as property for the purposes of a proprietary injunction.

This approach was confirmed by the recent case *Fetch.ai v. Persons Unknown*¹⁷. The claimants alleged that fraudsters gained access to the Binance trading account maintained by the first claimant and were able then to drain the account of US\$2.6 million in a short period by entering into various trades on the first claimant’s behalf at significant undervalue. The upshot of the fraud was that the relevant crypto-assets held in the trading account were transmitted to third party accounts, which the claimants inferred were operated by or on behalf of those carrying out the fraud. The claimants issued proceedings against various categories of persons unknown as well as two Binance entities (materially, one such entity is Cayman registered and one is English registered). The claimants sought and were granted a proprietary injunction, worldwide freezing order and ancillary information disclosure against the persons unknown as well as a Nor-

¹⁴ *AA v Persons Unknown* [2020] 4 W.L.R. 35.

¹⁵ This report is accessible at https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf.

¹⁶ *National Provincial Bank v Ainsworth* [1965] 1 AC 1175.

¹⁷ *Fetch.ai Ltd and another v Persons Unknown Category A and others* [2021] EWHC 2254 (Comm).

wich Pharmacal order and/or a Bankers Trust order against the Binance entities. There is a difference in the approach adopted by this case in respect of the other case examined before, because here the High Court considers that bitcoins are ‘choses in action’, which was excluded in the previous one. Anyway, there is no doubt that bitcoins are property. It is worth adding that the Court also allowed the application for permission to serve out of the jurisdiction, on the grounds that the *lex situs* of a crypto-asset (i.e. the law of the place the asset is situated) is the place where its (original) owner is domiciled (i.e. in this case the first claimant, a company domiciled in England and Wales).

Also the New Zealand High Court adopted a similar approach in the case *Ruscoe v Cryptopia*. A New Zealand cryptocurrency exchange delivered custodial services and operated as a full-featured spot trading platform for major cryptocurrencies, requiring users to register their membership by opening an account and making a deposit. On completion of their registration, the company would provide users with a positive coin balance in their online account and enable them to trade. Private keys of purchased cryptocurrencies would be stored in accounts held by the company in virtual self-hosted wallets. Without entering in details, a major problem occurred when the company’s servers were hacked and cryptocurrencies stolen from the wallets for an estimated value of about NZD 30 millions. The company’s shareholders resolved to place the company in liquidation and the High Court was called to solve the conflict between the account holders’ interest in cryptocurrencies and the claims of the company’s creditors in relation to the legal status of cryptocurrencies and the nature of the holding mechanism. If cryptocurrencies are property, then users may have a title to them and in an insolvency they may become the subject matter of a trust. Even if technically they are intangible and therefore incapable of being possessed, the New Zealand High Court concluded in the sense that they are property, being digital assets that can be subject to control and excludable and exhaustible. According to the Court, they have a substantially presence independent from the medium where they are held. Moreover, they can be deleted or modified so as to render them useless and inaccessible¹⁸.

Moving now to the situation in Italian law, the problem of qualification of bitcoins is far from being clear¹⁹. For instance, some courts argue that bitcoins are

¹⁸ *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation)* [2020] NZHC 728. See the critical comment by M. SOLINAS, *Investors’ Rights in (Crypto) Custodial Holdings: Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation)*, in *Modern Law Review*, 2021, p. 155 ff. Also the *Commercial Court* of Singapore concluded in the sense that bitcoins have “the fundamental characteristic of intangible property as being an identifiable thing of value” (*B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd* [2019] SGHC(I) 03).

¹⁹ E. CALZOLAIO, *La qualificazione del bitcoin: appunti di comparazione giuridica*, in *Danno e responsabilità*, 2021, p. 188; T. DE GRAAF, *The Qualification of Bitcoins as Documentary Intangibles*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, p. 1051; M. HAENTJENS-T. DE GRAAF-I. KOKORIN, *The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them*, Hazelhoff Research Paper Series, No. 9 (<https://ssrn.com/abstract=3589381>).

money, but at the same time they exclude that they can be conferred in a company's share capital, as their extreme volatility prevents the possibility to attribute them a precise value²⁰. Other courts consider that bitcoins are immaterial and fungible things that can be deposited in a virtual wallet, so that the company holding them has the duty to ensure that their owners can dispose of them. On these grounds, a court declared the company's bankruptcy, because it was not able to ensure the availability of the bitcoins deposited by the users²¹. This decision, however, did not face the legal nature of bitcoins and, in particular, the problem of the exclusivity of their ownership. It is a delicate issue, because in order to recognize an exclusive ownership on immaterial property a specific legislation would be necessary and it is still lacking. In conclusion, even if in the civil law countries it is commonly accepted that property embraces nowadays also dematerialized objects, the nature of the rights on them is still very controversial²².

4. *The EU proposal for the regulation of cryptoassets*

Given the uncertainty outlined in the previous section, the EU Commission recently issued a proposal for the regulation of cryptoassets, adopted on September 24th 2020. The "Markets in Crypto-Assets Regulation" (MiCA) is part of a comprehensive "Digital Finance Package," which also includes other documents and legislative proposals. Once adopted and in force, the MiCA will be directly applicable law in all EU member states and regulate all issuers and service providers dealing with crypto-assets.

The MiCA includes all types of crypto-assets that are not yet covered by EU financial law: (i) Crypto-assets generally, as a "catch-all" category (e.g., bitcoins, ether, litecoins, etc.); (ii) Utility Token (e.g., Filecoin token, Basic Attention Token, etc.); (iii) ART – Asset-Referenced Token (e.g., Libra Basket Coin, etc.); (iv) EMT – E-Money Token (e.g., USDC, Libra Euro, etc.).

Very briefly, the proposal impose to Issuers of these crypto-asset categories in

²⁰ Corte app. Brescia, sec. I, decr. 24 October 2018, in *Società*, 2019, p. 26 ff. (annotated by F. MURINO, *Il conferimento di token e di criptovalute nelle s.r.l.* and F. FELIS, *L'uso di criptovaluta in ambito societario. Può creare apparenza?*).

²¹ Trib. Firenze, sec. fall., 21 January 2019, n. 18, in *Giur. It.*, 2020, p. 2657 (annotated by D. FAUCEGLIA, *Scambio e deposito di criptovalute: la responsabilità del gestore della piattaforma*, ivi, p. 2659).

²² Cfr. R. KULMS, *Blockchains: Private Law Matters*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2020, p. 63 at p. 78. V. ZENO-ZENCOVICH-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "Big Data revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 29 ff.: "From a civil law perspective, it is clear that exclusive rights on non-material entities tend to be a *numerus clausus*. Copyright, trademarks, patents and all that follows are protected (in the whole world) on the basis of legislative definitions and regulated procedures".

the EU to publish a white paper (if no exception applies) and send it in advance for notification to their respective national financial supervisory authority. The supervisory authority can then prohibit the issuance of those tokens. Depending on the crypto-asset category, different regulatory duties and requirements will apply for issuers. If all obligations are fulfilled, the crypto-asset can be issued and offered directly throughout the entire EU market.

As far as service providers are concerned, their activities such as custody, brokerage, trading, or investment advice will require prior approval from national supervisory authorities to offer crypto asset services under MiCA. These regulatory requirements concern, among other things, the initial capital reserves, the security of the IT infrastructure, the corporate governance structure, and the suitability of the management board. Once approved, the service can be offered throughout the EU via the European financial passporting.

The MiCA has the ambition to set global standards for the oversight and regulation of digital, blockchain-based assets. Critical voices fear that parts of the regulation might overshoot the mark, impose insurmountable constraints on businesses and put an end at various innovative crypto use cases in the EU. The rigorous approach adopted by MiCA is well illustrated for example by art. 67, sec. 8 of the proposal: “crypto-asset service providers that are authorised for the custody and administration of crypto-assets on behalf of third parties shall be liable to their clients for loss of crypto-assets as a resulting from a malfunction or hacks up to the market value of the crypto-assets lost”. This article introduces a regime of strict liability and it seems to exclude that force majeure can be an excuse. Some commentators argue that it is foreseeable that such a regime will be a major obstacle to activities of crypto-custody within the EU²³.

In conclusion, if MiCA aims at creating a fully harmonized European crypto-asset market, providing legal certainty throughout the EU via clear classification of assets and transparent guidelines for service providers and issuers, it is however questionable if this attempt will succeed. In fact, technologies such as Cloud Computing or Artificial Intelligence are essentially based out of the EU’s reach in the global competition. The rigidity of most MiCA provisions may presumably drive many EU consumers towards non-EU regulated foreign exchanges, thereby largely thwarting the EU’s goal of better consumer protection.

This remark shows to what extent the attempt to regulate bitcoins and other cryptocurrencies can be problematic and potentially ineffective. Their ‘global’ nature makes that if in the EU (or elsewhere) a restrictive regulatory approach is adopted, the market could simply develop passing across territorial boundaries, outside the legal scheme envisaged by the legislator(s).

²³ See D.A. ZETSCHE-F. ANNUNZIATA-D.W. ARNER-R.P. BUCLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *EBI working papers series*, no. 77/2020, in particular p. 20, available at <https://ssrn.com/abstract=3725395>.

5. Data

Like bitcoins, also data are ‘things’ circulating in the web. Datification is the process of converting our daily life behaviour, choices, characteristics, and aspects into data. It is an encapsulation of concepts, ideas, behavioural patterns, thoughts, and choices into a data form. Datification turns the invisible data into a computerized form that projects varying trends, patterns, and behaviours to make them useable. It starts from data collection, cleaning, sorting, analysing, and finally turning it into visualized scenarios that help in designing and understanding the ongoing trends²⁴.

Today, data subjects and data processing firms routinely exchange personal data. For the most part, contract law governs this kind of trade. However, the status quo suffers from pervasive market failures, including excessive information and enforcement costs along with inadequate incentives to supply and safeguard personal data²⁵.

For this reason, some academics have debated extensively the merits and disadvantages of considering personal data as property. Scholarly discussions are always very intense to this respect²⁶. Without entering in this debate, suffice to remember that at least two attributes distinguish personal data from the traditional forms of property. The first one is that from an economic point of view data are not relevant if considered alone, but they become an enormous resource upon their aggregation. The second one is that they are very easy to be transferred. Being non-rivalrous information, multiple people can use it at the same time without being aware of one another. That makes enforcement a tall order and every legal regime that intends to regulate personal data should take account of their peculiarity in respect of other ‘objects’.

Within the EU, the attempt of regulation of data is the well-known General Data Protection Regulation (GDPR) in force since 2018²⁷. It is the last achievement of the European longstanding commitment to enshrining privacy as a human right. It regulates data processors’ internal operations, collection consent from data subjects, and installs new forms of regulatory oversight. The Regulation distinguishes between three types of participants in the data economy. First, data subjects are individuals “who can be identified, directly or indirectly” using certain information. Second, data controllers “determin[e] the purposes and means of the

²⁴ D.M. BLEIA-P. SMYTHD, *Science and data science*, <https://www.pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.1702076114>, published 15 August 2017.

²⁵ S.H. HAZEL, *Personal Data as Property*, in *Syracuse Law Review*, 2020, p. 1055.

²⁶ P.M. SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 2004, p. 2055; P. SAMUELSON, *Privacy as Intellectual Property?*, in *Stanford Law Review*, 2000, p. 1125.

²⁷ Regulation 2016/679, of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data and Repealing Council Directive 95/46/EC, 2016 O.J.TL 119.

processing of personal data”. However, GDPR recognizes that controllers often do not process data directly, but instead they rely on third parties to do so. Therefore, finally the Regulation covers data processors, who perform operations “on personal data or sets of personal data” at the direction of the controller. In this way, GDPR’s terminology reflects the complex patterns of exchange that characterize the data economy. The Regulation only applies to information that is processed “wholly or partly by automated means” or “which form[s] part of a filing system”. The Regulation exempts processing for law enforcement and national security purposes. In other words, GDPR only covers records, with exceptions for household and law enforcement use.

Some authors argue that even if the original aim was not to grant EU citizens property rights in the data they create, that is what GDPR accomplishes, because it provides data subjects with: (1) a bundle of rights, (2) that are good against the world and (3) that data subjects cannot completely alienate²⁸.

It is not appropriate to go further on the much debated issue if GDPR really creates property rights on data²⁹. Rather, it is important to emphasize that whatever is the nature of rights on personal data, the real problem is that it is not easy for enforcers to detect violations. In fact, data processors use, store, and share data behind closed doors. Once anonymization has served its purpose, the resulting data is truly functioning as industrial data, to be owned, transferred, and legally protected by distinct legal and commercial rules. In this scenario, one may question if a meaningful control is identifiable upon personal information³⁰.

6. Conclusive remarks. The new role of comparative law

It is now time to come to some conclusions, aiming at focussing the new role that comparative law is called to play in the situation described since now.

²⁸ S.H. HAZEL, *op. cit.*, p. 1087 ff.

²⁹ J. RITTER-A. MAYER, *Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward*, in *Duke Law & Technology Review*, 2018, p. 220. For a very critical view about the reconduction of personal data within the field of property, S. GUTWIRTH-G. GONZALEZ FUSTER, *L'éternel retour de la propriété des données: de l'insistance d'un mot d'ordre*, in C. DE TERWANGNE-E. DEGRAVE-S. DUSOLLIER-R. QUECK (eds), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Liber Amicorum Yves Poullet*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 117. For a partially different approach, A. STROWEL, *Les données: des ressources en quête de propriété*, *ivi*, p. 251. See also P.B. HUGENHOLTZ, *Against 'Data Property'*, in H. ULLRICH-P. DRAHOS-G. GHIDINI (eds), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, vol. 3, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 48. See also H. ZECH, *Information as a tradable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 51.

³⁰ J.-S. BERGÉ-S. GRUMBACH-V. ZENO ZENCOVICH, *The 'Datasphere', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *Eur. J. Comparative Law and Governance*, 2018, p. 144.

Bitcoins and data are two outstanding phenomena of the new context in which we are immersed. Circulating in the web sphere, these 'objects' are not only immaterial, but rather evanescent. Their value is continuously increasing, but they are not easy to be understood and classified from a legal point of view, especially through traditional categories. They are slippery 'objects', escaping from being caught.

As we mentioned at the beginning, these new phenomena need rules in order to regulate their legal status and circulation, but these rules are mostly self-provided by the actors operating in the respective markets and legislators' initiatives are facing the difficulty to intervene with effective regulations, due to the global character of these 'objects'.

The global activity of online platforms contributes to producing a para-legal environment on a global scale competing with States' authorities. Therefore, with the turn of the twenty-first century we witness the rise of a new kind of power, putting in question the traditional notions of sovereignty on which the modern legal discourse is based. Constitutional law scholars are becoming aware of the challenge of the development of new technologies for constitutional democracies, precisely for the principles of rule of law. When a new technology appears, it is often too late for the legal system to intervene and even if a regulatory intervention supervenes, its effectiveness is questioned by the structural difficulty to encapsulate objects dispersed in the web within territorial boundaries³¹. To this respect, it is perhaps too harsh to argue that regulation based on geographical boundaries is unfeasible, so that applying national laws to the internet would be impossible³². Yet, it is undoubtedly true that self-regulation plays a predominant role in the digital environment.

In short, the complexity of the modern world projects us in a dimension where the law is becoming less identifiable in an exclusive territorial ambit. It is precisely at this level that comparative law can play its irreplaceable role, in contributing to adopt a 'global approach' to legal phenomena. This requires comparative law scholars to be able to understand the change of perspective that our times imposes³³. In the last century, comparative law was engaged in the attempt of classifying legal systems. Nowadays, the development of new technologies opens new perspectives, characterized by the de-localisation of activities and by the dematerialisation of 'things' within virtual spaces. This requires abandoning the rigid scheme of the legal systems theory.

³¹ O. POLLICINO-G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H.W. MICKLITZ-O. POLLICINO-A. REICHMAN-A. SIMONCINI-G. SARTOR-G. DE GREGORIO (eds), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 9.

³² D.R. JOHNSON-D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, p. 48.

³³ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 767, then published in an amended version in L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2016, p. 19.

Jurists are accustomed to face new problems through an adaptation of traditional categories and instruments and essentially moving from the assumption that law is a phenomenon circumscribed within well-defined territorial ambits, where the State exerts its sovereignty³⁴. Our remarks on bitcoins and data, as two emblematic phenomena of what is happening in the reality, show that legislators, judges and academics are disoriented, because the traditional and reassuring traditional categories do not fit any more with them. Moreover, when legislators endeavour adopting regulatory initiatives, they clash with the global character of objects escaping from territorial boundaries.

Definitely, there is the need to open the windows of legal discourse. The new season to be opened should promote the communication of general principles such as fair trade, personal data protection, together with other values as the explainability of decision-making algorithms, involving scientists and technologists when they are still studying and trading. In this protection 'by education'³⁵, the role of comparative law becomes more and more essential. Only a comparative sensibility can promote the global approach needed by new phenomena as bitcoins and data, because comparatists are used to face different legal rules and categories and to catch both the universal and relative character of the legal phenomenon, providing for keys of understanding and regulating the complex world in which we are living.

BIBLIOGRAPHY

- ANNUNZIATA F., *Speak, if you can: what are you? An alternative approach to the qualification of tokens and initial coin offerings*, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, p. 129 ff.
- BERGÉ J.-S., *The "datasphere" as a new paradigm of relationship between territories in law*, in *Rev. Bras. Polit. Publicas*, 2018, p. II ff.
- BERGÉ J.-S.-GRUMBACH S.-ZENO ZENCOVICH V., *The 'Datasphere', Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *Eur. J. Comparative Law and Governance*, 2018, p. 144 ff.
- BLEIA D.M.-SMYTHD P., *Science and data science*, in <https://www.pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.1702076114>, 15 August 2017.

³⁴ V. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 13 ff., at p. 17. See also A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 17.

³⁵ For this suggestion, see A. SIMONCINI-E. LONGO, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in H.W. MICKLITZ-O. POLLICINO-A. REICHMAN-A. SIMONCINI-G. SARTOR-G. DE GREGORIO (eds), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, cit., p. 27, especially p. 41.

- CALZOLAIO E., *La qualificazione del bitcoin: appunti di comparazione giuridica*, in *Danno e responsabilità*, 2021, p. 188 ff.
- DE GRAAF T., *The Qualification of Bitcoins as Documentary Intangibles*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2019, p. 1051 ff.
- DIMITROPOULOS G., *Global Currencies and Domestic Regulation. Embedding through Enabling?*, in P. HACKER-I. LIANOS-G. DIMITROPOULOS-S. EICH (eds), *Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges*, Oxford University Press, Oxford, p. 115 ff.
- FAUCEGLIA D., *Scambio e deposito di criptovalute: la responsabilità del gestore della piattaforma*, Trib. Firenze, sec. fall., 21 January 2019 n. 18 (annotated by), in *Giur. It.*, 2020, p. 2657 ff.
- FELIS F., *L'uso di criptovaluta in ambito societario. Può creare apparenza?*, Corte app. Brescia, sec. I, decr. 24 October 2018 (annotated by), in *Società*, 2019, p. 26 ff.
- GUTWIRTH S.-GONZALEZ FUSTER G., *L'éternel retour de la propriété des données: de l'insistance d'un mot d'ordre*, in C. DE TERWANGNE-E. DEGRAVE-S. DUSOLLIER-R. QUECK (eds), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Liber Amicorum Yves Poullet*, Larcier, Bruxelles, 2018.
- HACKER P.-LIANOS I.-DIMITROPOULOS G.-EICH S., *Introduction*, in P. HACKER-I. LIANOS-G. DIMITROPOULOS-S. EICH (eds), *Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 4 ff.
- HAENTJENS M.-DE GRAAF T.-KOKORIN I., *The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them*, Hazellhoff Research Paper Series, No. 9, in <https://ssrn.com/abstract=3589381>.
- HAZEL S.H., *Personal Data as Property*, in *Syracuse Law Review*, 2020, p. 1055 ff.
- HUGENHOLTZ P.B., *Against 'Data Property'*, in H. ULLRICH-P. DRAHOS-G. GHIDINI (eds), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, vol. 3, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018.
- JOHNSON D.R.-POST D., *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, p. 48 ff.
- KULMS R., *Blockchains: Private Law Matters*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2020, p. 63 ff.
- LEMME G.-PELUSO S., *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 43, p. 1 ff.
- LOW K.F.K.-MIK E., *Pause the blockchain legal revolution*, in *I.C.L.Q.*, 2020, p. 135.
- MANCINI N., *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa società*, n. 1/2016, p. 111 ff.
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 767 ff.
- MOCCIA L., *La proprietà intellettuale come 'proprietà globale': tendenze e problemi*, in G. AJANI-A. GAMBARO-M. GRAZIADEI-R. SACCO-V. VIGORITI-M. WAELBROECK (eds), *Studi in onore di A. Frignani. Nuovi orizzonti del diritto europeo e transnazionale*, Jovene Editore, Napoli, 2011, p. 661 ff.
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2016.
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 13 ff.

- MURINO F., *Il conferimento di token e di criptovalute nelle s.r.l.*, Corte app. Brescia, sec. I, decr. 24 October 2018 (annotated by), in *Società*, p. 26 ff.
- POLLICINO O.-DE GREGORIO G., *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H.W. MICKLITZ-O. POLLICINO-A. REICHMAN-A. SIMONCINI-G. SARTOR-G. DE GREGORIO (eds), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 3 ff.
- RAHMATIAN A., *Electronic money and cryptocurrencies (bitcoin): suggestions for definitions*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 34(3), 2019, p. 115 ff.
- RITTER J.-MAYER A., *Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward*, in *Duke Law & Technology Review*, 2018, p. 220 ff.
- SAMUELSON P., *Privacy as Intellectual Property?*, in *Stanford Law Review*, vol. 52, n. 5/2000, p. 1125 ff.
- SCHWARTZ P.M., *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 7/2004, p. 2055 ff.
- SIMONCINI S.-LONGO E., *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in H.W. MICKLITZ-O. POLLICINO-A. REICHMAN-A. SIMONCINI-G. SARTOR-G. DE GREGORIO (eds), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, p. 27 ff.
- SOLINAS M., *Bitcoiners in Wonderland: lessons from the Cheshire Cat*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2019, p. 433 ff.
- SOLINAS M., *Investors' Rights in (Crypto) Custodial Holdings: Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation)*, in *Modern Law Review*, vol. 84, n. 1/2021, p. 155 ff.
- STROWEL A., *Les données: des ressources en quête de propriété*, in C. DE TERWANGNE-E. DEGRAVE-S. DUSOLLIER-R. QUECK (eds), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Liber Amicorum Yves Poullet*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 251 ff.
- ZECH H., *Information as a tradable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016.
- ZENO-ZENCOVICH V.-GIANNONE CODIGLIONE G., *Ten legal perspectives on the "Big Data revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 23, 2016, p. 39 ff.
- ZETZSCHE D.A.-ANNUNZIATA F.-ARNER D.W.-BUCLEY R.P., *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *EBI working papers series*, no. 77/2020, <https://ssrn.com/abstract=3725395>.
- ZOPPINI A., *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2021.

THE “UNSTABLE” WORLD OF SELF-REGULATING STABLECOINS*

by *Claudia Pennacchietti and Peter Stewart*

Summary: 1. Introduction. – 2. Bitcoin: a self-regulating currency? – 3. Stablecoins: categories and purpose. – 3.1. Collateralised stablecoins. – 3.2. Algorithmic stablecoins. – 4. The risks of self-regulation. – 5. Proposed regulatory responses. – 6. Conclusion.

1. *Introduction*

In 2008, the pseudonymous Satoshi Nakamoto published the Bitcoin Whitepaper¹. The Whitepaper proposed a system of peer-to-peer “electronic cash”, which enabled two parties to transact with each other directly without any centralised administrator or the need otherwise to involve any third-party intermediaries, such as commercial banks. Since it operates without any centralised administrator, Bitcoin presents considerable challenges from a regulatory perspective. Technically, the Bitcoin network remains outside the control and oversight of regulatory authorities. This has led some to argue that Bitcoin is the “first self-regulating currency”². However, whilst there may be legitimate debate as to whether Bitcoin is actually “self-regulating”³, its potential as a “currency” is unconvincing. Notwithstanding the technical ingenuity of its creator(s) and its possible potential as a new class of neutral asset, Bitcoin has certain features, which make it distinctly unsuitable for use as a currency, including its extreme price volatility.

As such, a new sub-set of ‘crypto-assets’, using similar technology to that underpinning Bitcoin, emerged, called stablecoins. Stablecoins vary considerably in

* The writing of this article was concluded in May 2022.

¹ Available at https://www.usssc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training-seminar/2018/Emerging_Tech_Bitcoin_Crypto.pdf.

² S. ELLIOTT, *Bitcoin: The First Self-Regulating Currency?*, *LSE Law Review*, n. 3/2018, http://eprints.lse.ac.uk/88095/1/Elliott_2018.pdf, pp. 57-83.

³ E. CALZOLAIO, *Bitcoin: le sfide dell'autoregolazione*, in this book and in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021.

design, but their primary purpose is to maintain a stable value, by reference to other assets, such as the US Dollar or Gold. As with Bitcoin, policy makers have struggled to identify appropriate measures to regulate stablecoins and they remain largely outside the purview of regulatory authorities in many developed economies, including the USA, the EU and the UK. As with Bitcoin, there are those who argue that Stablecoins have certain inherent self-regulatory qualities, such that regulators should be slow to interfere. However, this view is overwhelmingly rejected by governments, who consider that the risks posed by un-regulated stablecoins are no longer acceptable. This article therefore (i) refers, by way of background, to the (self)-regulatory framework of Bitcoin (ii) explains stablecoins and their purpose, (iii) identifies current problems with the current regulatory environment for stablecoins, which, in developed economies, largely relies on self-regulation, (iv) evaluates the responses proposed by policy makers in the USA, the EU and the UK and (v) concludes with a consideration of the possible introduction and impact of government sponsored stablecoin equivalents, known as ‘Central Bank Digital Currencies’ (“CBDC”).

2. *Bitcoin: a self-regulating currency?*

In retrospect, Bitcoin’s astronomic success since its inception is unsurprising. The promise in the 2008 Whitepaper of a financial system, which does not require its users to trust third party intermediaries coincided with the nadir of trust in financial and other institutions in modern times.

A combination of excessive risk-taking in the financial sector, high levels of private debt and policy errors on the part of central banks and regulators were all held responsible for the Global Financial Crisis (the “GFC”) and the worldwide recession in the years that followed. Notably, the bankruptcy of major financial institutions like Lehman Brothers and Bear Sterns sparked fears that the entire global financial system was on the brink of collapse, with millions of people losing their life savings, pensions and investments. Whilst complete collapse was avoided, the economic ramifications of the GFC were enormous and are still felt to this day. Despite a vast array of political responses to the GFC ranging from stimulus, on the one hand, to austerity, on the other, global economic growth is substantially below the pre-2008 trend⁴ and, in the case of the Euro area and the UK, GDP itself remains below the 2008 peaks⁵. For many people, the GFC ex-

⁴ Source: World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files, <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>, accessed 9 May 2022.

⁵ Source: Trading economics, <https://tradingeconomics.com/euro-area/gdp>; <https://tradingeconomics.com/united-kingdom/gdp>, accessed 9 May 2022.

posed the frailties of a system where the creation and management of money lies firmly in the grip of commercial banks and where central authorities have been unable to affect fundamental, positive change in the monetary system.

Proponents of Bitcoin argue that it represents a new economic paradigm, which enables individuals to participate in a financial system that does not require interaction or trust in flawed institutions. Indeed, there are groups of dedicated Bitcoin followers, who refer to themselves as “Maximalists”, who propagate an unwavering conviction that Bitcoin will achieve such universal adoption as a means of exchange that it will render all other currencies redundant. Maximalists argue that the value of a Bitcoin depends only on supply and demand and is therefore unaffected by the appetite of commercial banks to lend currency into existence, the impulses of Central Bank monetary policy or the unpredictability of government fiscal policy. Viewed from this perspective, there is a legitimate argument to be made that Bitcoin “represents a shift in power from the sovereign State to the individual” since “[its] ideological and technical foundations [...] are inherently deregulatory”⁶. In that context, the best approach to regulation of Bitcoin is said to be to “allow the market [to] determine whether or not [it] survives”⁷.

However, this somewhat neo-liberal point of view has not found favour with governments and other central authorities. For example, the President of the European Central Bank, Christine Lagarde, characterised Bitcoin as a “highly speculative asset, which has conducted some funny business and some interesting and totally reprehensible money laundering activity”⁸. Indeed, recent years, regulators in most developed economies have taken steps to impose anti-money laundering and counter-terrorist financing requirements on wallet providers and cryptocurrency exchanges⁹, which facilitate access to the Bitcoin network. Whilst, theoretically, it is possible to participate in the Bitcoin network without such intermediaries, in practical terms, the vast majority of activity now occurs via cryptocurrency exchanges. Therefore, although the Bitcoin network itself eschews regulation by its distributed nature, in practical terms, rules are imposed to some extent by proxy¹⁰.

Nevertheless, whilst the regulation of exchanges and wallet providers may counter the possibility of criminal activity via Bitcoin, regulatory authorities are

⁶ See S. ELLIOT, *supra* note 2, pp. 81-82.

⁷ N.M. KAPLANOV, *Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation*, 25 *Loy Consumer L Rev*, vol. 25, 2012, p. 142.

⁸ *ECB’s Lagarde calls for regulating Bitcoin’s “funny business”*, Reuters, 13 January 2021, <https://www.reuters.com/article/us-crypto-currency-ecb-idUSKBN29I1B1>, accessed 9 May 2022.

⁹ See e.g. Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU.

¹⁰ See E. CALZOLAIO, *supra* note 3.

yet to identify a solution to possible financial stability risks associated with the price volatility of Bitcoin. As a Deputy Governor of the Bank of England recently remarked, in the circumstances of his observation that unbacked cryptoassets like Bitcoin now represent almost 1% of the total global financial system¹¹:

[a] more direct issue from a financial stability perspective, given the unbacked and volatile nature of these assets [like Bitcoin], is the implications of a major price correction. Such major corrections have been relatively frequent in [their] short lifespan [...]. The price of Bitcoin has fallen by over 10% in a single day on nearly 30 occasions in the past five years, with the largest of these – a fall of nearly 40% following a cyber-incident at a prominent exchange – coming in March last year.

This volatility (said to give rise to systemic financial risk) is also one of the reasons why Bitcoin is inherently unsuitable for use as a currency. By way of limited example, international commerce often operates on the basis of promises of future payment. Parties to international contracts need to have relative certainty that the currency used for that contract will not have increased or decreased significantly in value by the time payment is due. This is exacerbated by the fact that the supply of Bitcoin is limited to 21 million, which brings with it a lack of supply elasticity. Changes in the demand for Bitcoin may cause significant alterations in its price, since supply is inelastic. This therefore means that Bitcoin not only has an inherent deflationary bias as the 21 million maximum is approached, but that volatility is highly likely to remain a permanent feature of Bitcoin, which may even increase over time¹².

There is therefore considerable doubt over Bitcoin's ability to operate effectively as a 'currency'. This is perhaps reflected by the fact that, on average only 42 Bitcoin transactions are carried out per minute, whilst Visa carries out 165,000 per minute¹³. Indeed, save for the case of El Salvador, Bitcoin is not legal tender in any jurisdiction in the world. As such, this has led some to speculate that Bitcoin's future is as a form of neutral reserve asset, like a digital equivalent of gold¹⁴. While this theory may also be doubted, there is a growing consensus that

¹¹ *Is 'crypto' a financial stability risk?*, Speech by Sir Jon Cunliffe, Deputy Governor for Financial Stability of the Bank of England, <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2021/october/jon-cunliffe-swifts-sibos-2021>, 13 October 2021, accessed 9 May 2022.

¹² B. PUTNAM-E. NORLAND, *An In-Depth Look at the Economics of Bitcoin*, 24 April 2018, <https://www.cmegroup.com/education/featured-reports/an-in-depth-look-at-the-economics-of-bitcoin.html>, accessed 9 May 2022.

¹³ A. ESCODA, *Bitcoin: speculative bubble or currency of the future?*, 11 March 2014, <https://www.caixabankresearch.com/en/economics-markets/financial-markets/bitcoin-speculative-bubble-or-currency-future>, accessed 9 May 2022.

¹⁴ IRIS H-Y CHIU, *Regulating the Crypto Economy, Business Transformations and Financialisation*, *Hart Studies in Commercial and financial law*, vol. 6, 2021, p. 16.

Bitcoin is highly unlikely, contrary to the maximalists’ views, to act as a replacement for existing fiat currencies.

3. *Stablecoins: categories and purpose*

In an attempt to find a solution to the weaknesses of Bitcoin to operate effectively as a currency, so-called ‘stablecoins’ have emerged. Stablecoins are digital tokens, which, like Bitcoin, can operate outside the commercial banking system, but which are designed to maintain a stable value relative to fiat currencies or other reference assets. There are two broad sub-sets of stablecoin, ‘Collateralised Stablecoins’ and ‘Algorithmic Stablecoins’.

3.1. *Collateralised stablecoins*

Collateralised stablecoins are designed by pegging against reserve assets, such as dollars, gold or a basket of commodities. The holder of a collateralised stablecoin ordinarily has the right to exchange it for the underlying reserve asset at a given ratio. In this way, collateralised stablecoins share commonality with a ‘gold standard’ monetary system, in which a sovereign currency is convertible into gold at a set price.

Of course, ‘gold standard’ monetary systems also have inherent tendencies towards deflation¹⁵, given the limited supply of gold. Whilst similar logic may in principle apply to collateralised stablecoins backed by hard assets, it does not necessarily apply to those backed by fiat currencies, such as the US dollar, of which the supply is theoretically unlimited, as long as the entity maintaining the reserve asset is able to adjust the quantity of reserve assets to reflect an expansion or compression in the amount of the relevant stablecoin in circulation. Collateralised stablecoins may be capable of addressing the supply inelasticity issues associated with Bitcoin, although as discussed below, regulatory authorities have become increasingly concerned in recent years as to whether, in practice, they actually do so.

Moreover, there are commentators who argue that collateralised stablecoins do not, in reality, maintain stable value, since the value of the underlying reserve assets are also susceptible to fluctuations. As Chiu writes, “pegging stablecoins to known financial assets or commodities, including established fiat currencies,

¹⁵ B. BERNANKE-H. JAMES, *The Gold Standard, Deflation, and Financial Crisis in the Great Depression: An International Comparison*, in *Financial Markets and Financial Crises*, R. GLENN HUBBARD (ed.), University of Chicago Press, 1991, <https://www.nber.org/system/files/chapters/c11482/c11482.pdf>, pp. 33-68.

would merely transfer the coin's inherent volatility problem to be externally managed by the drivers that influence fluctuations in the price of such financial assets or commodities"¹⁶. Whilst that may be so, the volatility of fiat currencies like the US dollar or the Euro is significantly less than unbacked cryptocurrencies like Bitcoin. Moreover, there is no concept of 'perfect stability', since the stability of a currency is by necessity measured by reference to its purchasing power of goods, services and assets in the real world. Collateralised stablecoins are capable of minimising instability by linking their value to real world commodities, currencies or other assets.

However, collateralised stablecoins are generally only able to operate where an entity, such as a private company, issues a stablecoin and is responsible for maintaining the reserve assets into which it is convertible. As such, despite the use of similar underlying technology, collateralised stablecoins require, unlike Bitcoin, oversight and control of a centralised authority or group of centralised authorities. In that context, one might reasonably ask whether collateralised stablecoins have any relevant utility. Why purchase a stablecoin from a private entity, which may go insolvent, backed by a US dollar, when you can just as easily hold the US dollar, which has far more use in the real world and without similar risks as to the issuer's solvency?

There are a number of possible answers to this question. First, collateralised stablecoins have had large-scale adoption by traders of cryptoassets. For example, Tether, which is the largest stablecoin by a significant margin¹⁷ and which is pegged to fiat currencies like the US dollar, enables traders to hold their money in a crypto exchange, without paying fees to cash in or cash out, whilst simultaneously allowing them to buy and sell other cryptoassets from the stability of Tether. Second, as the UK government recently noted, "if appropriate standards and regulation can be met, certain stablecoins would have the potential to play an important role in retail and cross-border payments (including settlement)"¹⁸. For example, if a company based in Brazil transacts with a company based in Norway, the currency of the contract will often be neutral, usually US dollars. However, there are usually fees associated with both parties transacting in a currency other than their domestic currency and, particularly in the case of emerging markets, payment is often slow. Collateralised stablecoins may have the potential to enable transactions to occur using neutral 'money', whilst reducing the fees associated with cross-border transactions and making payment almost instantaneous.

¹⁶ See IRIS H-Y CHIU, *supra* note 14, p. 199.

¹⁷It represents approximately 45% of the total market capitalisation of all stablecoins: <https://coinmarketcap.com/view/stablecoin/>, accessed 9 May 2022.

¹⁸HM TREASURY, *UK regulatory approach to cryptoassets and stablecoins: Consultation and call for evidence*, January 2021, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/Treasury_Cryptoasset_and_Stablecoin_consultation.pdf, p. 14.

However, whilst collateralised stablecoins may offer some benefits in certain limited contexts as compared with fiat currencies, they are (at least, presently) some distance from the ideological revolution of Bitcoin, which aimed at decentralised and democratised monetary system, relying only upon the consensus of all of the participants in the network. Such a revolution is not possible, where a private company or a limited collection of individuals retain control or oversight. Moreover, collateralised stablecoins are far more susceptible to scrutiny from regulatory authorities, given the necessary presence of a centralised authority, upon which rules and requirements can be imposed, supported by sanctions. Whilst collateralised stablecoins have, until recently, been largely self-regulated, that is about to change in most developed economies. Unlike Bitcoin, collateralised stablecoins will therefore not be able to operate without complying with regulatory standards imposed by governments.

3.2. Algorithmic stablecoins

However, as noted above, there is a separate sub-set of stablecoins, called ‘algorithmic stablecoins’. Algorithmic stablecoins do not seek to stabilise their value through underlying collateral. Instead algorithms are used to pre-programme the supply of the token to match demand, thereby stabilising the price. As such, in principle, algorithmic stablecoins offer the promise of a decentralised network (unlike collateralised stablecoins) as well as price stability (unlike Bitcoin).

However, despite their potential, empirical evidence has shown that algorithmic stablecoins have had difficulty in achieving price stability¹⁹. Moreover, it is said that algorithmic stablecoins “require a support level of demand for the entire ecosystem to operate. If demand falls below a threshold level, the entire system will fail”²⁰. Finally, the mechanisms by which price stability is aimed to be achieved is determined by private actors, with their own market incentives. As such, there is inherent fragility risk in a system of algorithmic stablecoins. It is therefore questionable whether, in practice, they have the potential to create a decentralised monetary system, operating in parallel with fiat currencies, which are able to maintain relative price stability. Nevertheless, since algorithmic stablecoins can operate without a centralised authority, they represent a conundrum for regulators in a similar vein to Bitcoin, as noted below.

¹⁹ M. MITA-K. ITO-S. OHSAWA-H. TANAKA, *What is Stablecoin?: A Survey on Its Mechanism and Potential as Decentralized Payment Systems*, *IIAI International Journal Series*, International Institute of Applied Informatics, vol. 1, n. 1/2015, <https://arxiv.org/pdf/1906.06037.pdf>, pp. 48-63.

²⁰ R. CLEMENTS, *Built to fail: the inherent fragility of algorithmic stablecoins*, *Wake Forest Law Review*, Online 131, October 2021, <https://ssrn.com/abstract=3952045>, pp. 131-145.

4. *The risks of self-regulation*

In many developed economies, there is little in the way of structured regulation of stablecoins. The consequence is that, as matters stand, issuers of collateralised stablecoins and stablecoin networks are largely self-regulating.

There are those that argue that regulators should not interfere. Specifically, some within the industry argue that, in circumstances where the primary use of collateralised stablecoins is (as described above) as a facilitative mechanism for crypto traders, who are aware of the risks posed by cryptocurrencies²¹, there is no real justification for regulation. Moreover, given that the evolution of stablecoins is still in relative infancy, regulation risks stifling innovation and imposing a straitjacket on their development. Finally, the imposition of regulatory requirements risks creating barriers to entry for new entrants into the market. However, whilst regulators have adopted a cautious approach until now, there are reasons to consider that stablecoins pose sufficient risks that the self-regulatory model that has existed hitherto, is no longer appropriate.

First, there are considerable risks to consumers of stablecoins, if appropriate safeguards are not in place. Whilst consumers may be aware that crypto-assets are generally risky, that does not justify the absence of any policy measure for their protection. For example, in the case of collateralised stablecoins, the redemption or convertibility rights of the holder vary considerably. There may be limits on the amount of coins that can be redeemed into fiat currency or converted into the reserve asset in a particular time period. The issuer may reserve its rights, under its terms, to postpone redemption or to suspend it until certain conditions or external circumstances are met. Therefore, without regulation, issuers of stablecoins may not take sufficient steps to ensure that consumers are aware of their redemption rights prior to purchasing the coin.

Second, issuers of collateralised stablecoins commonly purport to ensure that a specific quantity of reserve assets exist in ratio to the number of the coins in circulation. However, concerns have arisen as to whether such stablecoins are really 100% collateralised and, if so, where and how the assets are held. In cases where the stablecoin is backed by a combination of reserve assets (e.g. a basket of commodities and/or various fiat currencies) decisions need to be made by the central authority as to the composition of those assets. As the US Treasury has recently noted, this “involves making investment decisions with respect to the reserve, including with respect to the riskiness of assets”²² and, without regulation, there

²¹D. MORRIS, *Why Stablecoin Regulation Isn't 'Urgent'*, 1 November 2021, <https://www.coindesk.com/policy/2021/11/01/why-stablecoin-regulation-isnt-urgent/>, accessed 9 May 2022.

²²PRESIDENT'S WORKING GROUP ON FINANCIAL MARKETS, THE FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, AND THE OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY, *Report on Stablecoins*,

may not be any restriction on the ability of the issuer to determine the appropriate risk profile for the reserves. It is also a matter for the issuer to determine how each commodity or currency would be weighted in the reserve and whether there is any priority between those assets as regards the convertibility rights of the holder.

Third, despite protestations by some within the industry that the stablecoin market remains niche and embryonic, the market capitalisation of stablecoins is approximately US\$ 180 billion (broadly equivalent to the total market capitalisation of all listed companies in Poland²³) and growing rapidly. Therefore, despite arguments from collateralised stablecoin proponents that they are “not at significant scale to merit a separate, compulsory regulatory regime”²⁴, policy makers are increasingly of the view that stablecoins pose risks to financial stability. For example, if holders considered that the stablecoin might not perform as expected, this might trigger holders to attempt rapidly to redeem their coins for reserve assets. The contagion could spread from one stablecoin to the next and cause disruption to the underlying markets for the reserve assets. Clearly the extent of potential disruption would, of course, depend on a multitude of factors and whilst it may be correct that the stablecoin market is not yet large enough to create world-wide financial disruption, if the market continues to grow at its current pace, then it will not be long before such risks are a reality.

5. Proposed regulatory responses

The regulatory responses vary across jurisdictions. The European Union is perhaps most advanced in its attempt to establish a comprehensive package of regulations. On 24 September 2020, the European Commission published its proposed Regulation on Markets in Crypto-assets (“MICA”). Although not yet approved, MICA is designed to apply to any person providing cryptoassets services or issuing cryptoassets²⁵.

November 2021, p. 6, https://home.treasury.gov/system/files/136/StableCoinReport_Nov1_508.pdf, accessed 9 May 2022.

²³ Source: World Federation of Exchanges database, Market capitalization of listed domestic companies (current US\$), <https://data.worldbank.org/indicator/CM.MKT.LCAP.CD>, accessed 9 May 2022.

²⁴ T. WILSON, *Don't subject stablecoins to new rules, crypto lobby tells U.S. regulators*, Reuters, 18 October 2021, <https://www.reuters.com/technology/dont-subject-stablecoins-new-rules-crypto-lobby-tells-us-regulators-2021-10-18/>, accessed 9 May 2022.

²⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM/2020/593 final, (“MICA”). Article 3(1)(2). Defined as “digital representation[s] of value or rights which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology”.

MICA specifically targets stablecoins, which categorises as either “asset-referenced tokens”, which “purport to maintain a stable value by referring to the value of several fiat currencies that are legal tender, one or several commodities or one or several crypto-assets”²⁶ or “electronic money tokens”, which seek to maintain stability by reference to only one fiat currency. As for algorithmic stablecoins, Recital 26 provides that they are not to be considered as ‘asset-referenced tokens’, “provided they do not aim at stabilising their value by referencing one or several other assets”.

MICA requires that, in order to provide cryptoassets services throughout Europe, legal persons will be required to obtain authorisation from a national competent authority. That authorisation will enable the provision of services throughout the EU in accordance with a “passporting” mechanism. The process for obtaining authorisation requires compliance with stringent requirements similar to those that apply to entities providing investment and other financial services under the Markets in Financial Instruments Directive²⁷. These include capital requirements, ICT security obligations, consumer protection obligations, maintenance of policies on conflicts of interest and many others.

Issuers of stablecoins are subject to additional obligations beyond those applying to simple cryptoassets service providers. By way of example, they will be required to publish a whitepaper, which must contain detailed information as to (among other things) the coin’s design, the rights and obligations of holders, the underlying technology and an explanation of the risks relating to the issuer²⁸.

Whilst some distance behind the European Union in terms of draft legislation, in November 2021, the US Treasury published broad recommendations for regulating stablecoin issuers. The report is notable for pressing for immediate action on the part of legislators to combat the risks said to be posed by unregulated stablecoins. In particular, the Treasury notes its belief that “legislation is urgently needed to comprehensively address the prudential risks posed by payment stablecoin arrangements” and the “rapid growth of stablecoins increases the urgency of this work”.

Even more striking is the recommendation that stablecoins should only be permitted to be issued by ‘insured depositary institutions’, which refers to “any bank or savings association the deposits of which are insured”²⁹ and which “are subject to appropriate supervision and regulation”. If this proposal were adopted, the consequence would be to place significant limits on the entities able to issue stablecoins and would place similar requirements on stablecoin issuers to commercial banks. It may be questioned whether it is appropriate to regulate stablecoin issuers in an

²⁶ Proposal for a regulation on Markets in Crypto-assets, *supra* note 25, Article 3(1)(3).

²⁷ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU.

²⁸ Proposal for a regulation on Markets in Crypto-assets, *supra* note 25, Article 5.

²⁹ Federal Deposit Insurance Act, <https://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/1000-400.html>.

equivalent manner to commercial banks. In particular, commercial banks lend money into existence and are therefore overwhelmingly responsible for the creation and supply of money in the global financial system. Stablecoin issuers do not lend, but instead fiat currency in exchange for digital assets. It is therefore suggested that the US Treasury’s proposal is a sledgehammer to crack a nut and that a more tailored approach to regulation of stablecoin issuers may be appropriate.

Finally, in the UK, which is similarly behind the EU in terms of the timeline for legislation, HM Treasury issued in April 2022, broad proposals for regulating stablecoins. As with MICA, algorithmic stablecoins will be excluded. The thrust of the proposal is to regulate collateralised stablecoins in a broadly equivalent manner to e-money. This would impose safeguarding rules designed to protect funds in the event that the issuer becomes insolvent, such as the requirement that the reserve assets be held in a separate account from the issuer’s working capital, be invested in high quality liquid assets or covered by an appropriate insurance policy. In practical terms, HM Treasury seeks to guarantee that each £1 token issued will be safeguarded with £1 in reserve and that the reserve funds cannot be used for any other purpose. Moreover, a graduated approach is proposed as regards the size of the stablecoin issuer, with smaller firms being made subject to less onerous requirements. It is therefore clear that the UK’s proposal comprises a much lighter approach to regulation of stablecoin issuers than those proposed by the EU and the USA. By way of example, there is no mention in the UK’s proposal of requirements on stablecoin issuers to publish a whitepaper, meeting similar requirements to those laid down in Annex III of MICA. However, this may arise concerns that the UK government is not doing enough to protect consumers and to ensure financial stability.

6. Conclusion

Despite the different approaches proposed in various developed economies, the trend towards regulation of stablecoins is clear. It remains to be seen what impact this will have on the stablecoin market.

There are those who view stablecoins as the solution to Bitcoin’s inability to operate effectively as a global currency. However, in the case of collateralised stablecoins, the solution comes at the cost of a lack of decentralisation (mostly in the form of control by private entities) and the promise of regulation. In the case of algorithmic stablecoins, appropriate and technically functional solutions arguably do not yet exist at all. Therefore, whilst stablecoins may have identifiable advantages over fiat currencies in several limited circumstances, they do not, in their current form, threaten to revolutionise the international financial order by creating a distributed, elastic and stable monetary system.

Indeed, there are those who would argue that the existing Fiat currency system is closer in nature to the distributed ledger system of Bitcoin than the existing stable-

coins. For example, a large portion of international trade occurs using US dollars held in accounts at banks outside the USA (referred to as Eurodollars). The Eurodollar system is decentralised to the extent that there are innumerable financial institutions in different jurisdictions that issue Eurodollars. Moreover, unlike US dollars held within the US banking system, Eurodollars are outside the supervisory jurisdiction of the Federal Reserve. Whilst certainly imperfect, the Eurodollar system also has a degree of supply elasticity, since non-US banks can issue Eurodollar loans, thereby increasing the supply of Eurodollars in the system. When the existing fiat currency system is viewed from this perspective, stablecoins may represent a step backwards in time towards centralisation, rather than forwards, towards distribution.

Indeed, consistent with the theme of centralisation, in recent years, countries around the globe have been considering, consulting upon and, in some cases issuing sovereign-backed stablecoins – CBDCs. CBDCs aim to be a digital form of cash, with value stabilised by reference to the domestic currency. The most common model for a CBDC involves citizens holding a digital wallet with the central bank. CBDCs have the potential to provide some of the advantages of stablecoins, such as reduced cross-border transaction costs, but with greater financial security of the issuer being a central bank, rather than a private entity.

Moreover, CBDCs also entrench centralisation of power over the monetary system in the hands of central banks. Justifiable concerns have arisen over privacy issues and surveillance of citizens' activity. In April 2022, China launched its app for using the Digital Yuan³⁰. Although the People's Bank of China claims that it will limit how it will track the activities of its users, critics say that the currency is a powerful new tool to monitor citizens and financial transactions³¹. Moreover, concerns have also been raised about how CBDCs might be a significant addition to the armoury of monetary policy and thereby increase the role and influence of central banks over the economy and the lives of ordinary citizens. As recently noted by the UK House of Lords Economic Affairs Committee, CBDCs entail a whole host of unknowable risks. Given the relatively limited use of stablecoins to date in the real economy, it may credibly be asked whether there is a compelling case for the introduction of CBDCs, which outweighs the known and unknown risks, or whether they are really a "solution in search of a problem"³².

³⁰ A. HULD, *China Launches Digital Yuan App – All You Need to Know*, China Briefing, 13 April 2022, <https://www.china-briefing.com/news/china-launches-digital-yuan-app-what-you-need-to-know/>, accessed 9 May 2022.

³¹ A. KERAM, *China wants to take the entire country cashless – and surveil its citizens even more closely*, The Washington Post – Global Opinion, 2 March 2021, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/03/02/china-digital-yuan-currency-surveillance-privacy/>, accessed 9 May 2022.

³² HOUSE OF LORDS ECONOMIC AFFAIRS COMMITTEE, *Central bank digital currencies: a solution in search of a problem?*, 3rd Report of Session 2021-22, Authority of the House of Lords, 13 January 2021, <https://committees.parliament.uk/publications/8443/documents/85604/default/>, accessed 9 May 2022.

Nevertheless, if CBDCs are introduced over the coming years, they may dominate the stablecoin market and change fundamentally international and domestic payment systems. If that is so, the consequence may be a global monetary system, which is antithetical to the self-regulating and distributed system envisaged in the Bitcoin Whitepaper.

BIBLIOGRAPHY

- BERNANKE B.-JAMES H., *The Gold Standard, Deflation, and Financial Crisis in the Great Depression: An International Comparison*, in *Financial Markets and Financial Crises*, R. GLENN HUBBARD (ed.), University of Chicago Press, 1991, p. 33 ff.
- CALZOLAIO E., *Bitcon: le sfide dell'autoregolazione*, *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2021.
- CHIU IRIS H-Y, *Regulating the Crypto Economy, Business Transformations and Financialisation*, in *Hart Studies in Commercial and financial law*, vol. 6, 2021, p. 111 ff.
- CLEMENTS R., *Built to fail: the inherent fragility of algorithmic stablecoins*, *11 Wake Forest Law Review*, Online 131, October 2021, p. 131 ff., in <https://ssrn.com/abstract=3952045>.
- CUNLIFFE J., *Is 'crypto' a financial stability risk?*, 13 October 2021, in <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2021/october/jon-cunliffe-swifts-sibos-2021>.
- ELLIOTT S., *Bitcoin: The First Self-Regulating Currency?*, in *LSE Law Review*, n. 3/2018, p. 57 ff., in http://eprints.lse.ac.uk/88095/1/Elliott_2018.pdf.
- ESCODA A., *Bitcoin: speculative bubble or currency of the future?*, 11 march 2014, in <https://www.caixabankresearch.com/en/economics-markets/financial-markets/bitcoin-speculative-bubble-or-currency-future>.
- HM TREASURY, *UK regulatory approach to cryptoassets and stablecoins: Consultation and call for evidence*, January 2021, in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/Treasury_Cryptoasset_and_Stablecoin_consultation.pdf.
- HOUSE OF LORDS ECONOMIC AFFAIRS COMMITTEE, *Central bank digital currencies: a solution in search of a problem?*, 3rd Report of Session 2021-22, the Authority of the House of Lords, 13 January 2022, in <https://committees.parliament.uk/publications/8443/documents/85604/default/>.
- HULD A., *China Launches Digital Yuan App – All You Need to Know*, China Briefing, 13 April 2022, in <https://www.china-briefing.com/news/china-launches-digital-yuan-app-what-you-need-to-know/>.
- KAPLANOV N.M., *Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation*, *25 Loy Consumer L Rev*, vol. 25, 2012, p. 111 ff.
- KERAM A., *China wants to take the entire country cashless – and surveil its citizens even more closely*, *The Washington Post – Global Opinion*, 2 march 2021, in <https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/03/02/china-digital-yuan-currency-surveillance-privacy/>.
- MITA M.-ITO K.-OHSAWA S.-TANAKA H., *What is Stablecoin?: A Survey on Its Mechanism and Potential as Decentralized Payment Systems*, *IIAI International Journal Se-*

- ries, International Institute of Applied Informatics, vol. 1, n. 1/2015, p. 48 ff., in <https://arxiv.org/pdf/1906.06037.pdf>.
- MORRIS D., *Why Stablecoin Regulation Isn't 'Urgent'*, 1 november 2021, in <https://www.coindesk.com/policy/2021/11/01/why-stablecoin-regulation-isnt-urgent/>.
- NAKAMOTO S., *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, in https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training-seminar/2018/Emerging_Tech_Bitcoin_Crypto.pdf.
- PRESIDENT'S WORKING GROUP ON FINANCIAL MARKETS, THE FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, AND THE OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY, *Report on Stablecoins*, November 2021, in https://home.treasury.gov/system/files/136/StableCoinReport_Nov1_508.pdf.
- PUTNAM B.-NORLAND E., *An In-Depth Look at the Economics of Bitcoin*, 24 April 2018, in <https://www.cmegroup.com/education/featured-reports/an-in-depth-look-at-the-economics-of-bitcoin.html>.
- WILSON T., *Don't subject stablecoins to new rules, crypto lobby tells U.S. regulators*, Reuters, 18 october 2021, in <https://www.reuters.com/technology/dont-subject-stablecoins-new-rules-crypto-lobby-tells-us-regulators-2021-10-18/>.

LA REGOLAZIONE DELLA *SHARING ECONOMY*: OLTRE LA *SELF-REGULATION**

di Giacomo Menegus

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Sharing economy*: difficoltà definitorie. – 3. La regolazione agli albori della *sharing economy*: gli argomenti a favore della *self-regulation* ... – 4. ... e gli orientamenti sovranazionali: l'*Agenda europea per l'economia collaborativa* e la comunicazione *Piattaforme online e Mercato unico digitale*. – 5. L'evoluzione concreta del panorama regolatorio negli Stati membri: il caso *Airbnb* ... – 6. ... e i riflessi sul piano europeo: l'iniziativa della Commissione sugli affitti brevi. – 7. Critica agli argomenti a favore della *self-regulation*. – 8. Conclusioni: oltre la *self-regulation*.

1. *Introduzione*

Il continuo e repentino sviluppo delle tecnologie digitali in tutte le attività umane ha notoriamente prodotto un impatto dirompente sui meccanismi di regolazione. Accanto agli strumenti tradizionali, che per molti versi sono apparsi inadeguati a “tenere il passo” con l'innovazione, si sono andati affermando modelli di auto- e co-regolazione (spesso identificati con terminologia anglosassone come *self- e co-regulation*), nell'ambito dei quali il ruolo principale – se non egemone – nella produzione delle regole giuridiche è rivestito da soggetti privati, tra cui spiccano le grandi aziende del settore tecnologico.

Di fronte a tali fenomeni, lo studioso del Diritto costituzionale è chiamato ad interrogarsi tanto sulla legittimazione di queste nuove forme regolatorie, quanto sulla rispondenza delle stesse ai canoni ermeneutici della materia e, in particolare, alla necessità di limitare il potere (sia esso pubblico o privato) e di garantire la tutela dei diritti fondamentali¹.

* Il presente scritto costituisce la rivisitazione – con interventi limitati – di un contributo pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1411 ss.

¹ Per questa impostazione si v., da ultimo, M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, p. 166 ss. (ora anche in *Dir. pubbl.*, n. 3/2021, p. 739 ss.); con specifico riferimento al tema della *sharing economy* e in termini in parte analoghi cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 13, n. 2/2019, p. 204 ss.

Un settore nel quale il ricorso a questi modelli regolatori è particolarmente diffuso è quello della c.d. *sharing economy*. In quest'ambito – che si tenterà di meglio definire poi (*infra* par. 2) – lo sviluppo di meccanismi di *self-regulation* appare particolarmente interessante perché la presenza del fattore tecnologico (rappresentato dalle piattaforme di intermediazione) si accompagna spesso all'interessamento di settori dell'economia usualmente caratterizzati da un uso piuttosto intenso di regolazione tradizionale (si pensi ai casi del trasporto pubblico non di linea o della ricettività turistica).

Al fine di orientare e gestire le proprie attività e quelle degli utenti, gli operatori della *sharing economy* – che per una serie di ragioni si collocano al confine o al di fuori delle trame della disciplina esistente² – fanno ampio ricorso alla *self-regulation*, intesa sia come auto-regolazione vera e propria (anche e soprattutto a livello di singola impresa)³, sia ai c.d. meccanismi reputazionali, implementati dalle piattaforme e alimentati dai relativi utenti⁴.

Questa impostazione – che si potrebbe definire *post-regolatoria*⁵ – è stata promossa tanto dai principali attori del nuovo modello economico emergente, tan-

² V. *infra*, par. 3.

³ Ai fini dell'analisi si fa riferimento ad un concetto ampio di *self-regulation*, sulla scorta di MICHÈLE FINCK, (cfr. ID., *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, in *LSE Legal Studies Working Papers*, n. 15/2017, spec. 9, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=2990043> – cui si farà riferimento per le citazioni nel prosieguo; pubblicato anche in *European Law Review*, vol. 43, n. 1/2018, p. 47 ss.), la quale – partendo dalla categorizzazione proposta da J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, Vol. 59, n. 1/1996, 27 – ritiene di includere nella *self-regulation* anche quella che Black definisce *individualised regulation* («*regulation which is tailored to the individual firm*»). La scelta di Finck in tal senso si fonda sulla condivisibile osservazione per cui il dibattito odierno si concentra essenzialmente su questa tipologia di auto-regolazione, riflettendo il fatto che le singole piattaforme sono già *de facto* regolatori. Va tuttavia evidenziato che, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, tale terminologia assume un significato ben più preciso e circoscritto: con *autoregolamentazione* si intende infatti «la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali)»; v. *Progetto interistituzionale – “Legiferare meglio”*, in *G.U.U.E.*, n. C 321 del 31/12/2003, p.to 22. Sul tema si v. diffusamente M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in questo Volume.

⁴ La tendenza maggioritaria riscontrabile in dottrina è per l'inclusione degli *online reputational mechanism* tra le forme di *self-regulation* (per tutti, cfr. M. COHEN-A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, 2015, p. 116 ss.). Per una diversa prospettiva, che li considera come una “nuova forma di privatizzazione della regolazione”, cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., pp. 232-233.

⁵ Cfr. M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com: self-regulation and contract governance in the platform economy: a research agenda*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 2/2017, p. 53 ss.

to da una parte della letteratura (specie di matrice socio-economica), che ne ha sostenuto le potenzialità benefiche in termini di efficienza ed innovazione con argomenti (illustrati nel par. 3) che sono stati accolti – almeno entro certi limiti – anche dalle istituzioni europee, interessate a favorire (o quantomeno non ostacolare) lo sviluppo di un settore che appariva già agli albori particolarmente promettente in termini di crescita (par. 4).

A fronte di tali premesse, lo scopo del saggio è quello di verificare se sia ammissibile (e in quale misura), in una prospettiva costituzionalistica, il ricorso alla *self-regulation* nei termini in cui si configura attualmente nella *sharing economy*. Ovvero, per dirla altrimenti, se la *self-regulation* sappia rispondere a quell'esigenza di temperamento degli interessi in gioco, tutela dei diritti e salvaguardia dei presidi democratici che il costituzionalismo contemporaneo richiede.

A tal fine, si procede dapprima a tratteggiare l'evoluzione concreta del panorama regolatorio della *sharing economy* a valle della riflessione dottrinale e degli strumenti di orientamento europei di cui sopra. Non potendo esaminare diffusamente tutti i settori interessati, si è deciso di concentrare l'attenzione sul c.d. *home sharing*, che vede tra i principali attori economici la piattaforma *Airbnb*⁶. Si potrà così riscontrare come la *self-regulation* abbia mostrato molteplici limiti, al punto da spingere le autorità pubbliche, a livello nazionale e sovranazionale, a ricorrere a più tradizionali ed incisivi interventi regolatori (parr. 5-6). Accanto alla ricostruzione dei tratti salienti dell'evoluzione della disciplina della *sharing economy*, verranno anche ripresi gli argomenti posti a fondamento e giustificazione della auto-regolazione (nella duplice accezione descritta) già illustrati nel par. 3, per sottoporli ad una revisione critica sia sul piano teorico, sia su quello pratico (par. 7). Nelle conclusioni, assodata l'inadeguatezza dell'auto-regolamentazione ad assolvere ai compiti propri della normazione in chiave costituzionalistica, si tenterà di indicare alcune ipotesi per andare "oltre la *self-regulation*" (par. 8).

2. *Sharing economy*: difficoltà definitorie

L'espressione *sharing economy* è ormai entrata nel linguaggio comune da diversi anni⁷ e ricorre con una certa frequenza anche nel dibattito pubblico. Quando però si tenta di chiarire cosa si intenda precisamente con *sharing economy* sorgono incertezze e difficoltà, che risultano a maggior ragione problematiche per lo

⁶ Altri esempi possono essere *Wimdu*, *Vrbo* (in precedenza nota come *Homeaway*), *Housetrip*. Va peraltro evidenziato che anche OTA (*Online Travel Agencies*) come *Booking* e *Expedia* hanno ampliato la loro offerta includendo, accanto alle strutture ricettive anche i c.d. affitti brevi. Sempre per ragioni di sintesi si limiterà l'indagine al contesto europeo, inteso come diritto sovranazionale e principali esempi di regolazione statale o sub-statale (anche qui operando una necessaria selezione dei casi).

⁷ L'espressione risulta introdotta nell'*Oxford Dictionary* nel 2015, ma si era andata affermando già a partire dal 2008.

studio del diritto, scienza definitoria per eccellenza⁸. D'altra parte, va osservato come il termine risenta inevitabilmente, oltre che delle molteplici sfaccettature del fenomeno, anche delle diverse prospettive da cui è stato investigato e delle diverse scienze sociali che si sono esercitate sul tema.

Per meglio inquadrare il campo d'indagine e cogliere quanto i contorni della *sharing economy* risultino sfumati, conviene allora tratteggiare dapprima alcune delle principali definizioni accreditatesi in ambiti estranei a quello giuridico⁹, per poi riprendere la definizione dettata dalla Commissione europea, che dalle prime si discosta parzialmente – sotto certi profili anche in maniera significativa – al punto da preferire una diversa formulazione, ossia quella di *collaborative economy* (tradotta in italiano in genere come *economia della collaborazione* o *economia collaborativa*).

Una prima autorevole definizione di taglio non giuridico è quella offerta dalla *guru* della *sharing economy*, Rachel Botsman, docente alla Oxford University e autrice con Roo Rogers del *best-seller* “*What’s Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*”, saggio che per molti versi ha preconizzato il successo di questo peculiare modello economico¹⁰. Nel tentativo di tracciare i confini rispetto ad altri ambiti affini, l’Autrice ha sottolineato come per *sharing economy* debba intendersi un sistema basato sulla *condivisione* di beni o servizi *sottoutilizzati*, informato a principi etici quali trasparenza, umanità, autenticità ecc.¹¹. Secondo Botsman rientrano in questo modello, ad esempio, *Airbnb*,

⁸ È significativo in tal senso che l’opera collettanea N.M. DAVIDSON-M. FINCK-J.J. INFRANCA (eds), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, CUP, Cambridge, 2018, ospiti nell’introduzione una sezione intitolata “*A word on nomenclature*”, nella quale si riconosce l’esistenza delle molteplici espressioni e sfumature di significato del termine, rimettendo agli Autori dei singoli contributi il compito di esercitare un’*actio finium regundorum*.

⁹ Cfr., per alcune indicazioni introduttive, M. BERNARDI, *Un’introduzione alla Sharing Economy*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2015, disponibile al seguente link: https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/116789/167622/UN%27INTRODUZIONE%20ALLA%20SHARING%20ECONOMY_BERNARDI.pdf. Spunti descrittivi si ritrovano anche in N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall’età dell’accesso all’economia dell’eccesso*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 6/2015, p. 957 ss., spec. pp. 957-959, nonché – in chiave sociologica – F. RAMELLA-C. MANZO, *L’economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 65-71.

¹⁰ R. BOTSMAN-R. ROGERS, *What’s Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, HarperBusiness, New York, 2010; ora disponibile in tr. it. *Il consumo collaborativo, ovvero quello che è mio è anche tuo*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

¹¹ L’Autrice ha sentito la necessità di ritornare sul significato di *sharing economy* in più occasioni dopo la pubblicazione del saggio. Lo sforzo definitorio qui sintetizzato può ritrovarsi in R. BOTSMAN, *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption-And What Isn’t?*, in *Fast Company*, 27 maggio 2015, disponibile al seguente link: <https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt>; nonché precedentemente ID., *The Sharing Economy Lacks A Shared Definition*, in *Fast Company*, 21 novembre 2013, disponibile al seguente link: <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>.

la piattaforma di *home sharing* che consente di affittare per brevi periodi stanze o intere case inutilizzate¹²; oppure *BlaBlaCar*, la piattaforma attraverso cui si possono offrire passaggi in auto a modici prezzi in cambio di un contributo alle spese di viaggio¹³. Diverso invece il significato da attribuirsi a termini come *collaborative consumption*, *peer-to-peer economy* o ancora *on-demand economy*, spesso ritenuti intercambiabili con quello di *sharing economy*, ma invero differenti, sebbene concettualmente prossimi o talora in parte sovrapponibili.

Con il primo – *consumo collaborativo* – si andrebbero ad individuare quelle attività che, reinventando pratiche tradizionali di mercato (noleggìo, prestito, scambio, baratto, dono) attraverso l'impiego della tecnologia, ne amplificano il potenziale su una scala impensabile prima dell'avvento di *internet*. Un esempio in tal senso sarebbe *Zipcar*¹⁴, servizio di *car sharing* su scala mondiale, ma anche la nota piattaforma *eBay*. Nel secondo caso (anche detto *peer-economy*), è invece la connessione tra pari (P2P), fondata sull'instaurazione di un rapporto di fiducia, a rappresentare la caratteristica principale (qui l'esempio fatto da Botsman è *Etsy*, piattaforma per l'*e-commerce* di prodotti artigianali o *vintage*). Il concetto di *on-demand economy* va invece ad individuare quelle attività in cui la presenza di piattaforme consente di collegare immediatamente utenti e fornitori per la prestazione di beni o servizi: è il caso della notissima compagnia di *ride sharing Uber*.

Tutte queste pratiche – sempre secondo Botsman – sarebbero riconducibili al concetto più generale di *collaborative economy*, ossia «un'economia basata su reti distribuite e a loro volta formate da comunità e individui interconnessi, in opposizione ad istituzioni centralizzate, che trasforma le modalità con cui produciamo, consumiamo, finanziamo ed impariamo»¹⁵.

Come emerge da questa prima sistematizzazione, la *sharing economy* si caratterizza dunque per essere una branca specifica dell'economia collaborativa, in cui l'elemento saliente – che la distingue dalle altre pratiche – è la capacità di liberare risorse sottoutilizzate (c.d. *idling capacity*)¹⁶: ne deriva che solo alcune delle piat-

¹² Si v. <https://www.airbnb.it>.

¹³ Si v. <https://www.blablacar.it>.

¹⁴ Si v. <https://www.zipcar.com/how-it-works>.

¹⁵ R. BOTSMAN, *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption-And What Isn't?*, cit.

¹⁶ Anche altri Autori, come A. STEPHANY, *The Business of Sharing: Making It in the New Sharing Economy*, Palgrave Macmillan, Hampshire New York, 2015, evidenziano la capacità di trarre valore da “*underutilized assets*”. In tal senso, cfr. pure F. RAMELLA-C. MANZO, *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, cit., pp. 66-67, i quali riprendono poi – oltre alle categorizzazioni qui proposte – anche le riflessioni in prospettiva sociologica di J. SCHOR, *Debating the Sharing Economy*, ottobre 2014, disponibile al seguente link: <https://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, e ora in tr. it. *Il dibattito sulla sharing economy*, in G. SMORTO-T. BONINI (a cura di), *Shareable! L'economia della condivisione*, Edizioni di Comunità, Roma, 2017.

taforme generalmente ricondotte sotto questa etichetta possono, in quest'ottica, dirsi davvero *sharing* (ad es. *Airbnb* o *BlaBlaCar*), mentre altrettanto non si può fare per altre (come ad es. *Uber*).

Un differente tentativo di definire la *sharing economy* è stato compiuto da Arun Sundararajan, economista della Stern School of Business, New York University, autore dell'altro testo di riferimento sul tema: "*The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*"¹⁷. Benché accetti di impiegare la dizione di *sharing economy* impostasi nell'uso comune, Sundararajan avverte che in realtà gran parte di quello che viene contrassegnato come *sharing* va ben oltre la mera condivisione e l'impiego di beni e servizi sottoutilizzati. Suggerisce dunque l'impiego del termine più preciso *crowd-based capitalism* (ovvero *capitalismo fondato sulle masse*) per significare il trasferimento dell'organizzazione delle attività economiche dall'imprenditore alle masse, nel senso che l'imprenditoria in questo modello economico verrebbe ad essere distribuita tra una popolazione di micro-imprenditori¹⁸: «Una nuova architettura sociale, dove il consumatore diventa sia fruitore che produttore di beni e servizi», per dirla con Sundararajan¹⁹. Tra le altre cose, sarebbero elementi caratterizzanti di questo "capitalismo delle folle", da un lato, il superamento dei sistemi centralizzati di produzione e delle gerarchie che contraddistinguono l'organizzazione d'impresa; dall'altro lato, il venir meno di chiare linee di demarcazione tra attività professionale e personale, nonché tra lavoro dipendente a tempo pieno e lavoro del tutto occasionale²⁰.

A fronte di una definizione così ampia, è evidente che il *range* delle pratiche che possono essere ricondotte alla *sharing economy* si allarga: oltre ai casi già citati di *Airbnb* e *BlaBlaCar*, anche *Uber* si presta a rientrare sotto l'ombrello del *crowd-based capitalism*, così come le varie compagnie di *food delivery* (quali *JustEat*²¹, *Deliveroo*²², *Glovo*²³) o ancora le piattaforme come *Taskrabit* (attra-

¹⁷ A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT press, Cambridge (MA), 2016.

¹⁸ A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, cit., p. 26 ss.

¹⁹ Dall'intervista di C.I. Colombo a Arun Sundararajan, pubblicata su *laStampa* (versione online), 24 settembre 2016, con il titolo "*La sharing economy aumenta la possibilità di redistribuire la ricchezza*", disponibile al seguente link: <https://www.lastampa.it/cultura/2016/09/24/news/la-sharing-economy-aumenta-la-possibilita-di-redistribuire-la-ricchezza-1.34810563>.

²⁰ Cfr. A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, cit., spec. p. 26 ss.

²¹ Si v. <https://www.justeat.it>.

²² Si v. <https://deliveroo.it/>.

²³ Si v. <https://glovoapp.com>.

verso la quale si può richiedere la realizzazione di piccoli lavori domestici da parte di utenti non professionisti)²⁴.

Questi ultimi esempi consentono di introdurre un ulteriore termine piuttosto in voga nel dibattito pubblico e spesso usato in modo intercambiabile con *sharing economy*, ossia quello di *gig economy* (tradotto in italiano come “economia dei lavoretti”²⁵). In questo caso, il *focus* si sposta dalla condivisione (Botsman) e dalla creazione di micro-imprenditorialità diffusa (Sundararajan) al rapporto di lavoro, per sottolineare come il modello economico non sia più basato sulle tradizionali prestazioni lavorative stabili e continuative, ma sul lavoro a chiamata, occasionale e temporaneo. Talora ciò assume contorni positivi²⁶, nei termini di una maggiore flessibilità e dell’assenza di vincoli; molto più frequentemente si colora di un’accezione fortemente negativa, volta ad evidenziare l’assenza di garanzie per i lavoratori e il perpetuarsi di meccanismi di sfruttamento delle classi più deboli da parte del capitale²⁷.

Ampliando ulteriormente lo sguardo non è mancato, infine, chi ha preferito l’espressione *platform economy*²⁸, volendo con ciò porre l’accento sull’elemento tecnologico comune a tutte le attività descritte, ossia la piattaforma o l’*app* che abilita e agevola l’interazione tra utenti.

A fronte della varietà ed ampiezza di significati che la *sharing economy* è arrivata ad assumere, la scelta della Commissione europea – che affronta il tema nel 2016, quando le diverse definizioni passate in rassegna si sono già affermate – si orienta verso una definizione piuttosto ampia ed inclusiva²⁹, nella quale però i caratteri più etici e l’elemento della condivisione tendono a scolorire.

Nella Comunicazione del 2016 *Un’agenda europea per l’economia collaborativa*³⁰ – di cui si approfondiscono alcuni aspetti nel par. 4 – la Commissione definisce l’economia collaborativa come:

²⁴ Si v. <https://www.taskrabbit.it/>.

²⁵ Cfr. R. STAGLIANÒ, *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Einaudi, Torino, 2018.

²⁶ Per un esempio in tal senso cfr. F. DEL PRATO-C. STAGNARO, *Take it easy, rider! Perché la flessibilità dei lavoretti è un valore e non un limite*, Istituto Bruno Leoni, Briefing Paper, n. 167, 13 luglio 2018.

²⁷ Cfr., *ex pluribus*, il volume collettaneo A. SOMMA (a cura di), *Lavoro alla spina, welfare* a la carte: *lavoro e Stato sociale ai tempi della gig economy*, Meltemi, Milano, 2019.

²⁸ Cfr. ad es. I. PAIS, *La platform economy: aspetti metodologici e prospettive di ricerca*, in *Polis*, n. 1/2019, p. 143 ss.

²⁹ Riconosce un certo *pragmatismo* della Commissione M. FINCK, *The Sharing Economy and the EU*, in N.M. DAVIDSON-M. FINCK-J.J. INFRANCA (eds), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, cit., p. 262.

³⁰ Commissione europea, *Un’agenda europea per l’economia collaborativa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

«modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da *piattaforme di collaborazione* che creano un *mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati*. L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale (“pari”) sia prestatori di servizi nell’ambito della loro capacità professionale (“prestatori di servizi professionali”); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione – attraverso una piattaforma online – i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi (“piattaforme di collaborazione”). Le transazioni dell’economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro»³¹.

Come si vede, l’area di attività economiche contrassegnate come *collaborative economy* si spinge ben oltre la definizione offertaci da Botsman. Gli elementi centrali della definizione sono, da un lato, le *piattaforme di collaborazione* e, dall’altro, l’*uso temporaneo* di beni e servizi, senza riferimento alcuno alla condivisione o allo sfruttamento di potenzialità sottoutilizzate. Ciò porta ad escludere ad esempio le piattaforme dell’*e-commerce* – che facilitano transazioni che implicano un trasferimento di proprietà – ma copre tutti gli esempi fatti finora, dai diversi servizi di trasporto (*BlaBlaCar*, *Uber*, *Lyft*, ecc.), all’*home sharing* (*Airbnb* e simili)³², sino alla *gig economy* (servizi di *food delivery*, *Taskrabbit*, ecc.)³³.

Emerge così un’ambiguità di fondo – che permane anche nel dibattito pubblico su questo modello economico – di cui è bene avere contezza: in estrema sintesi, quello che è *sharing* (o meglio *collaborative economy*) per la Commissione non implica necessariamente né condivisione né un rapporto diretto tra pari; elementi che invece sembrerebbero essere coesenziali al concetto espresso dal verbo inglese *to share* e sono fondamentali nella visione di Botsman. Nel “grande calderone” della *collaborative economy* europea rientrano senz’altro le attività autenticamente *sharing*, accanto alle quali si collocano però attività imprenditoriali che non hanno un’analoga caratterizzazione “etica”. Come vi rientra *BlaBlaCar*, vi rientra anche *Uber*; come è *collaborative economy Fairbnb*³⁴, così lo è anche

³¹ Commissione europea, *Un’agenda europea per l’economia collaborativa*, cit., p. 3.

³² Considerati espressamente nella Comunicazione, che fa riferimento a «settore dei trasporti» e «settore degli alloggi per brevi soggiorni».

³³ La *gig economy* viene evocata solo indirettamente attraverso il riferimento al problema dell’inquadramento dei lavoratori come subordinati o autonomi. In nota è citato anche V. DE STEFANO, *The Rise of the ‘Just-in-Time Workforce’: On-Demand Work, Crowd Work and Labour Protection in the ‘Gig-Economy’*, in *ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper*, No. 71, 2016 (Ginevra, ILO).

³⁴ Cooperativa per gli affitti brevi che aspira a ridurre gli impatti negativi prodotti sulle città dall’*overtourism* e si caratterizza per prevedere, in taluni contesti, la limitazione degli alloggi che il singolo proprietario può pubblicizzare sulla piattaforma (secondo la regola *one host – one house*) nonché la destinazione del 50% dei proventi alla realizzazione di progetti di comunità; si v. <https://>

Airbnb (anche quando ad affittare alloggi a breve termine sulla piattaforma sia una grande società immobiliare che dispone di centinaia di appartamenti).

Ai fini dell'analisi sui processi di *self-regulation* adottati nel settore, si prenderà a riferimento la definizione ampia data dalla Commissione, anche in considerazione del fatto che, al momento, non è possibile rinvenire nel nostro ordinamento né in quello europeo una disciplina specifica né una delimitazione giuridica delle attività propriamente di *sharing economy* (quanto meno nel senso descritto da Botsman) rispetto a quelle di *collaborative economy* (nel senso descritto nell'Agenda europea)³⁵.

3. La regolazione agli albori della *sharing economy*: gli argomenti a favore della *self-regulation* ...

Al di là degli aspetti più prettamente definitivi, l'avvento dei nuovi modelli economici descritti ha sollevato seri problemi di adattamento della disciplina normativa esistente, sia perché ha fatto emergere figure ibride difficilmente inquadrabili nelle tradizionali categorie giuridiche (si pensi al concetto di *prosumer*³⁶), sia perché ha reso assai labili molte distinzioni classiche (si pensi, ad esempio, a quella tra immobili destinati ad uso turistico-ricettivo e residenziale, oppure tra lavoro subordinato e autonomo)³⁷. Posti dinnanzi ad un fenomeno nuovo e di difficile comprensione, i regolatori pubblici hanno adottato spesso un approccio attendista³⁸, faticando ad intervenire con discipline organiche e incisive.

airbnb.coop/about-us/. Per un confronto tra *Fairbnb* e *Airbnb* e una valutazione di quanto possano effettivamente dirsi “*sharing*” l’una e l’altra piattaforma, cfr. M.A. PETRUZZI-V. SHEPPARD-C. MARQUES, *Positioning Airbnb and Fairbnb in the sharing-exchange continuum*, in *Current Issues in Tourism*, 2019, disponibile al seguente link: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13683500.2019.1697650?journalCode=rcit20>.

³⁵ Le iniziative legislative avviate in tal senso nel contesto italiano durante la XVII Legislatura non sono andate a buon fine; sul punto cfr. G. D’IPPOLITO, *Sharing economy: l’esperienza italiana della XVII legislatura alla luce degli orientamenti europei*, in *MediaLaws*, n. 2/2018, p. 298 ss.

³⁶ Termine con il quale si suole indicare come il fornitore di beni o servizi (*provider*) nei rapporti tra pari (P2P) sia sovente al tempo stesso un consumatore (*consumer*) e non un professionista; v. ad es. V. HATZOPOULOS-S. ROMA, *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under the EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 1/2017, p. 86. Naturalmente questa figura pone problemi non indifferenti soprattutto per l’applicazione della disciplina a tutela dei consumatori; cfr. ad es. V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2018, p. 44 ss.

³⁷ In tal senso efficacemente M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., p. 5.

³⁸ Un esempio di questo approccio è dato dall’Unione europea (v. par. 4); ma per molti versi anche lo stesso legislatore italiano, salvo pochi interventi settoriali, sembra aver sposato una linea attendista (v. *infra*, par. 5).

Si è così verificato che le attività della *sharing economy* si sono sviluppate in un vero e proprio *vuoto normativo*³⁹ oppure sono andate collocandosi in una *zona grigia*⁴⁰ di incertezza sulla disciplina applicabile. L'assenza (o difficile individuazione e applicazione) della regolazione tradizionale – quella che nei contesti anglosassoni si direbbe *command-and-control* o *top-down regulation* – ha quindi lasciato ampio spazio alle piattaforme collaborative per sviluppare meccanismi di autoregolamentazione.

Se era prevedibile che le imprese dell'economia collaborativa avessero tutto l'interesse a promuovere questa forma di "regolazione privata" per evitare di essere imbrigliate dai *lacci e laccioli* della normazione dei poteri pubblici, anche parte della letteratura non ha mancato di evidenziare le potenzialità benefiche di un cambio di prospettiva rispetto alla *sharing economy*⁴¹.

Nel senso di una promozione della *self-regulation* a discapito di forme di regolazione tradizionale si possono individuare una serie di argomenti ricorrenti, che in parte riprendono tesi solitamente spese in favore dell'autoregolazione in settori ad alta specializzazione tecnico-scientifica (si pensi all'industria chimica in materia ambientale) e in parte muovono dalle peculiarità proprie della *sharing economy*.

Un primo argomento fa leva sul fatto che le piattaforme – attraverso le quali si svolgono tutte (o la maggior parte) delle interazioni tra gli utenti – dispongono di una quantità di dati e informazioni di gran lunga superiore a quella che possono raccogliere i pubblici poteri⁴². Questa posizione di forza consentirebbe alle piattaforme di prendere decisioni più consapevoli e di intervenire con piena contezza sulle principali problematiche. Per fare qualche esempio, basti pensare che *Airbnb* gestisce tutti i pagamenti per i soggiorni brevi, consentendo all'azienda di avere

³⁹ V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., p. 190, parla ad esempio di «regulatory void».

⁴⁰ Il termine è spesso impiegato dai detrattori della *sharing economy* (in particolare dalle associazioni degli operatori tradizionali), ma si ritrova anche in dottrina e in documenti ufficiali; cfr., ad es., Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa (2017/2003(INI))*, disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_IT.pdf.

⁴¹ Cfr., tra gli altri, M. COHEN-A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, cit.; A. THIERER-C. KOOPMAN-A. HOBSON-C. KUIPER, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the 'Lemons Problem'*, in *University of Miami Law Review*, vol. 70, n. 3/2016, Mercatus Research Paper, disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610255; C. KOOPMAN-M.D. MITCHELL-A.D. THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. 8, n. 2/2015, Mercatus Research Paper, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=2535345>.

⁴² Cfr. V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., p. 190; G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, in M. BRUGLIERI (eds), *Multidisciplinary Design of Sharing Services. Research for Development*, Springer, Cham, 2018, p. 120.

un quadro completo dei proventi derivanti dalle attività svolte sulla stessa, mentre le autorità pubbliche devono affidarsi alle dichiarazioni degli utenti oppure intervenire con ispezioni e indagini piuttosto complesse⁴³. Sempre *Airbnb* conosce il numero esatto di notti per le quali un alloggio è stato prenotato, mentre le autorità devono ancora una volta affidarsi alle dichiarazioni degli utenti o intraprendere attività ispettive a campione, che comunque non riescono a restituire un quadro completo delle attività (dato che nelle principali destinazioni turistiche gli alloggi offerti su *Airbnb* sono migliaia)⁴⁴. Per di più le piattaforme della *sharing economy* sono in possesso delle valutazioni dei servizi rese dagli utenti attraverso i meccanismi reputazionali (ossia la possibilità di recensire *online* il servizio di cui si è usufruito). Si tratta valutazioni che spesso riguardano non solo il fornitore, ma pure il fruitore: anche in questo caso vale l'esempio di *Airbnb*, nel quale alla valutazione data all'accoglienza da parte del *guest*-utente corrisponde una valutazione del comportamento dell'ospite da parte dell'*host*-utente⁴⁵. È evidente che una siffatta mole di informazioni circa qualità e caratteristiche delle prestazioni effettuate nella *sharing economy* non può essere ottenuta da altri soggetti⁴⁶.

Sempre su questa linea argomentativa si colloca pure l'argomento del "ritmo" dello sviluppo tecnologico: i regolatori tradizionali (e le assemblee legislative su tutti) non sarebbero in grado di seguire il rapido evolversi della tecnica, con il rischio che le norme di volta in volta adottate non solo non risultino adeguate, ma soprattutto siano destinate ad una rapida obsolescenza⁴⁷. Le piattaforme invece disporrebbero di una maggiore flessibilità e, trovandosi a gestire direttamente l'evoluzione degli strumenti tecnologici, potrebbero intervenire in modo tempestivo adattando le proprie regole.

⁴³ La piattaforma si avvale di *Airbnb Payment Luxembourg S.A.* per fornire i servizi di pagamento on line e gestire i pagamenti del gruppo nell'Unione europea; in precedenza tali compiti erano affidati a *Airbnb Payments UK Ltd.* (ora solo per Svizzera e Regno Unito). Si v. <https://www.airbnb.it/help/article/2909/termini-del-servizio-di-pagamento>.

⁴⁴ Cfr. C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO, H.-W. MICKLITZ (eds), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 115 ss., disponibile anche al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3309293 – cui si farà riferimento per le citazioni nel prosieguo; v. in part. pp. 6-7.

⁴⁵ Per una descrizione dei tratti salienti del sistema reputazionale di *Airbnb*, cfr., per tutti, G. ZERVAS-D. PROSERPIO-J.W. BYERS, *A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average*, in *Marketing Letters*, vol. 32, n. 1/2021.

⁴⁶ Cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., p. 225 ss., per una rassegna della letteratura in tal senso e per l'efficace sintesi di questo argomento offerta dal CEO di *Airbnb*, Brian Chesky: «[C]ities can't screen as well as technologies can screen. Companies have these magical things called reputation systems ...».

⁴⁷ Cfr. G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., p. 121.

Proprio il controllo del fattore tecnologico esercitato dalle piattaforme costituirebbe uno degli argomenti principali a favore di una *self-regulation* plasmata dagli attori della *sharing economy*. Il concetto di fondo è semplice e può essere riassunto nella tanto famosa (quanto abusata) formula coniata da Lawrence Lessig “*Code is Law*”⁴⁸. Detto altrimenti, per far sì che i propri utenti si conformino ad una data regola, le piattaforme non devono far altro che intervenire sul fattore tecnologico per rendere tecnicamente obbligati un dato comportamento o una data scelta⁴⁹. Se, ad esempio, la piattaforma vuole limitare il numero di pernottamenti annui per un singolo alloggio – il che avviene spesso sulla base di accordi della piattaforma di *home sharing* con le singole città – alla stessa basta disattivare automaticamente l’annuncio *online* al raggiungimento del tetto previsto. *Airbnb* ha inoltre dovuto confrontarsi con critiche crescenti a causa dei comportamenti discriminatori tenuti da diversi *host* ai danni di *guest* appartenenti a minoranze (nel contesto americano, soprattutto ospiti afro-americani, coppie *same sex* e persone disabili), cui veniva spesso rifiutata la prenotazione. L’azienda, tra le altre cose, ha perciò promosso la funzione *instant booking*, che consente ai *guest* di riservare la stanza o l’appartamento senza che l’*host* possa preventivamente verificarne il profilo⁵⁰.

Va osservato che pure nei casi in cui l’attività non si svolge integralmente *online* le piattaforme hanno un forte strumento di condizionamento dei comportamenti degli utenti. Laddove un utente si rendesse responsabile di gravi e ripetute violazioni delle regole della comunità degli utenti (che assumono spesso il nome di *community guidelines* o *standard*), la piattaforma può sospendere o eliminare definitivamente l’*account* dell’utente⁵¹. Anche in questo caso alcuni esempi sono utili: le *community guidelines* di *Uber* prevedono, tra l’altro, il *delisting* (cancellazione) dell’autista-utente che abbia tenuto comportamenti inappropriati, danneggiato beni altrui, cercato contatti non voluti con i passeggeri dopo la corsa, violato la normativa locale⁵². Benché non abbia la stessa efficacia preventiva delle susposte regole tecniche *ex ante*, anche questa forma di intervento regolatorio *ex post* mostra una certa carica dissuasiva rispetto a comportamenti in violazione

⁴⁸ L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

⁴⁹ Cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., p. 12.

⁵⁰ Si v. M. LUCA-M.H. BAZERMAN, *What Data Experiments Tells Us about Racial Discrimination on Airbnb*, 19 giugno 2020, al seguente link: <https://www.fastcompany.com/90460723/airbnb-whileblack-the-inside-story-of-airbnbs-racism-problem>. Per un’analisi dei comportamenti discriminatori sulla piattaforma, cfr. B. EDELMAN-M. LUCA, *Digital Discrimination: The Case of Airbnb.com*, Harvard Business School Working Paper 14-054, 10 gennaio 2014.

⁵¹ Cfr. C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, cit., pp. 4-5.

⁵² Si v. <https://www.uber.com/us/en/drive/basics/uber-community-guidelines/>. Cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., p. 11.

delle regole, dato che la sanzione può provocare la perdita radicale delle possibilità di guadagno dell'utente.

Secondo parte della dottrina sarebbe inoltre riscontrabile, a fronte della spiccata capacità delle piattaforme collaborative di correggere i fallimenti del mercato, l'inefficacia di molta parte della regolazione tradizionale, che finirebbe spesso per essere il frutto della "cattura del regolatore" da parte degli *incumbents*, ossia degli operatori tradizionali dei mercati in cui fanno il loro ingresso le piattaforme della *sharing economy* (un caso che viene spesso evocato in tal senso è quello della *lobby* dei taxisti rispetto ad *Uber*)⁵³.

Le piattaforme avrebbero d'altronde un forte interesse al corretto funzionamento delle transazioni che si svolgono per loro tramite e pertanto sarebbero portate ad adottare i migliori accorgimenti e tutte le regole necessarie a fare in modo che non si realizzino inconvenienti o comportamenti negativi⁵⁴. Si è evidenziato infatti che il successo delle piattaforme collaborative risiede nella capacità di creare un rapporto di fiducia tra gli utenti, da un lato, e tra gli utenti e la piattaforma, dall'altro: fiducia che risulta decisiva per spingere i molti soggetti non professionisti che animano la *sharing economy* ad offrire e ricevere beni e servizi da sconosciuti (spesso) a loro volta non professionisti⁵⁵.

Altri argomenti chiamano invece in causa direttamente il ruolo assunto dagli utenti delle piattaforme in virtù della presenza dei meccanismi reputazionali *online*⁵⁶. Da un lato, gli utenti attraverso le proprie recensioni e i contributi informativi alla *community* concorrerebbero alla definizione delle regole da parte delle piattaforme e alla valutazione dei servizi, secondo un sistema che può definirsi partecipativo e democratico (si è sintetizzato infatti l'argomento sotto il nome di "*democratic legitimacy*"⁵⁷): «le informazioni sulla qualità o la sicurezza dei servizi nella *sharing economy* non sono esclusivamente nelle mani di uno o due pubblici ufficiali ma sono distribuite tra un ampio numero di utenti»⁵⁸. Dall'altro lato, in considerazione della possibilità di contribuire in via diretta alla valutazione del

⁵³ Per questo argomento si v. C. KOOPMAN-M.D. MITCHELL-A.D. THIERER, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, cit.

⁵⁴ In tal senso v. M. COHEN-A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, cit. Cfr. altresì, per l'esposizione sintetica di questa tesi, V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 190; G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., p. 121.

⁵⁵ Cfr. sempre V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., 190; G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., p. 121.

⁵⁶ Cfr., per l'illustrazione e l'analisi critica di questi argomenti, S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., spec. p. 229 ss.

⁵⁷ S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., pp. 229-231.

⁵⁸ *Ibidem* (traduzione dall'inglese di chi scrive).

servizio, vi sarebbe pure una sorta di *informational legitimacy*⁵⁹, dal momento che le piattaforme non eserciterebbero alcuna interferenza sui contenuti delle recensioni, che conserverebbero un carattere di autenticità e attendibilità.

4. ... e gli orientamenti sovranazionali: l'Agenda europea per l'economia collaborativa e la comunicazione Piattaforme online e Mercato unico digitale

Gli argomenti in punto di regolazione degli attori della *sharing economy* e della letteratura più favorevole alle piattaforme hanno inizialmente fatto breccia nella Commissione europea.

Nell'ottobre 2015, dopo aver avviato un ampio percorso di studio e valutazione sul ruolo crescente delle piattaforme nell'economia – nell'ambito del quale una specifica attenzione è stata rivolta proprio alla *collaborative economy*⁶⁰ – la Commissione adotta la comunicazione *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*⁶¹. In questa sede, dopo aver illustrato le grandi potenzialità in termini di sviluppo e crescita del settore⁶², si annuncia l'intenzione di adottare un'Agenda sul tema per dettare «orientamenti sulle modalità di applicazione del diritto UE vigente ai modelli di *business* dell'economia collaborativa»⁶³.

⁵⁹ S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., pp. 231-232.

⁶⁰ Tutta la documentazione relativa alle iniziative della Commissione sull'economia collaborativa può essere rinvenuta sul sito della Commissione: https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy_en.

⁶¹ Cfr. Commissione europea, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 28 ottobre 2015 COM(2015) 550 final.

⁶² «L'economia collaborativa assicura ai consumatori una scelta più vasta e prezzi più bassi e alle *startup* innovative e alle imprese europee esistenti opportunità di crescita, sia nel loro paese che all'estero. Accresce altresì l'occupazione e permette ai lavoratori di beneficiare di una maggiore flessibilità, da microattività non professionali a un'impresarialità a tempo parziale. Le risorse possono essere utilizzate in maniera più efficiente, accrescendo in tal modo la produttività e la sostenibilità»; cfr. Commissione europea, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*, cit., 3-4. In termini altrettanto positivi si v. la pressoché coeva comunicazione sul completamento del mercato unico digitale; cfr. Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 6 ottobre 2015 COM(2015) 192 final, 12: «Anche l'ascesa dell'economia collaborativa apre possibilità di maggiore efficienza, di crescita e di occupazione grazie all'ampliamento della scelta disponibile al consumatore, ma in potenza pone anche nuove questioni di regolamentazione».

⁶³ Commissione europea, *Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 28 ottobre 2015 COM(2015) 550 final, 4.

Segue la comunicazione *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa* del 25 maggio 2016, nella quale si comincia a delineare il favore della Commissione per un approccio regolatorio minimalista: si afferma infatti che «la necessità di favorire il ruolo innovativo delle piattaforme comporta che tutte le misure normative future proposte a livello di UE dovranno trattare soltanto problemi chiaramente circoscritti relativi a un tipo specifico di piattaforme online o a un'attività specifica che queste svolgono», e si evidenzia come «l'economia collaborativa [sia] un buon esempio di un settore in cui norme ideate per la fornitura di servizi tradizionali e spesso locali possono essere di intralcio per modelli aziendali basati sulle piattaforme online». Il ritrarsi della regolazione tradizionale porta dunque al riconoscimento di «un ruolo importante» alle «misure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione basate su principi di riferimento»⁶⁴.

L'agenda annunciata nel 2015 viene finalmente adottata il 2 giugno 2016⁶⁵, nella forma di una comunicazione, diretta non solo a fornire indicazioni non vincolanti sull'applicazione del diritto europeo alle attività dell'economia collaborativa, ma pure a formulare «raccomandazioni per gli Stati membri allo scopo di sostenere uno sviluppo equilibrato dell'economia collaborativa»⁶⁶. Anche in questo frangente la Commissione non manca di ribadire le potenzialità della *sharing economy*⁶⁷ e insiste affinché gli Stati membri mostrino cautela nell'intervenire nel settore, dato che le peculiarità dello stesso escluderebbero in molti frangenti la necessità di un apporto pubblico: «le autorità nazionali devono generalmente prendere in considerazione le specificità dei modelli imprenditoriali dell'economia

⁶⁴ Commissione europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 25 maggio 2016 COM(2016) 288 final, 5-6 (corsivi aggiunti). È bene sottolineare come, in quest'ambito, la Commissione faccia riferimento al concetto di auto-regolazione non nel senso ampio accolto in questo scritto, ma piuttosto nel senso di «possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali)»; v. *supra* nt. 3.

⁶⁵ Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit.; per alcune prime analisi, cfr. A. DELL'ATTI, *L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2016, p. 107 ss.; G. BRONZINI, *L'Agenda europea sull'economia collaborativa. Much ado about nothing?*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3/2016, p. 259 ss.; C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, n. 6/2016, p. 235 ss.

⁶⁶ Commissione europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, cit., p. 4.

⁶⁷ «L'economia collaborativa crea nuove opportunità per i consumatori e gli imprenditori. La Commissione ritiene quindi che possa dare un contributo importante alla crescita e all'occupazione nell'Unione europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile»; cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., p. 2.

collaborativa, come pure *gli strumenti che essi possono mettere a disposizione per affrontare le questioni di ordine pubblico, quali quelle relative all'accesso, alla qualità o alla sicurezza*. Ad esempio, *i sistemi di reputazione e di valutazione o altri meccanismi volti a scoraggiare comportamenti dannosi da parte degli operatori del mercato possono, in alcuni casi, ridurre i rischi per i consumatori derivanti da asimmetrie informative*. Ciò può contribuire a un miglioramento della qualità dei servizi e potenzialmente *ridurre la necessità di taluni elementi della regolamentazione*, a condizione che si possa riporre adeguata fiducia nella qualità delle recensioni e delle valutazioni»⁶⁸.

L'*Agenda europea per l'economia collaborativa* affronta cinque temi principali – requisiti di accesso al mercato, responsabilità, tutela degli utenti, lavoro nell'economia collaborativa (autonomo e subordinato), tassazione – per ciascuno dei quali individua la disciplina europea rilevante, offre indicazioni per l'applicazione della stessa, delinea possibili interventi circoscritti, raccomandando talora agli Stati membri uno specifico approccio regolatorio. In estrema sintesi, la linea interpretativa principale che emerge dalla comunicazione è quella per cui le piattaforme della *collaborative economy* dovrebbero in linea di massima considerarsi intermediari della società dell'informazione ed essere disciplinate pertanto dalla c.d. *direttiva sull'e-commerce*⁶⁹ (con tutto ciò che ne consegue in termini di limitazione dei requisiti per l'accesso al mercato, limitazioni di responsabilità, ecc.); rispetto agli utenti e ai servizi prestati grazie alle piattaforme, dovrebbe invece trovare applicazione la normativa di volta in volta pertinente (ad es. la c.d. *direttiva Servizi*)⁷⁰. Solo nell'ipotesi in cui una piattaforma dovesse risultare anche fornitrice del servizio sottostante – sulla base di una valutazione condotta caso per caso secondo indici suggeriti dalla Commissione⁷¹ – dovrebbe trovare applicazione, anche rispetto alla piattaforma, la disciplina applicabile al servizio⁷².

⁶⁸ Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 4 (corsivi aggiunti). La Commissione si spinge a suggerire agli Stati membri di «cogliere l'opportunità di riesaminare, semplificare e modernizzare i requisiti di accesso al mercato che sono generalmente applicabili agli operatori del mercato, mirando a esentare gli operatori dagli oneri normativi superflui, indipendentemente dal modello imprenditoriale adottato, e ad evitare la frammentazione del mercato unico»; cfr. Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., p. 8.

⁶⁹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, *relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno* ("direttiva sul commercio elettronico").

⁷⁰ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, *relativa ai servizi nel mercato interno*.

⁷¹ Le piattaforme fornirebbero il servizio sottostante – oltre all'attività di intermediazione *online* – quando definiscono il prezzo del servizio, altre condizioni contrattuali fondamentali e quando dispongono della proprietà dei beni impiegati per l'erogazione del servizio; cfr. Commissione europea, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., pp. 6-7.

⁷² *Ibidem*.

La dottrina che si è occupata dell'Agenda ha descritto la cautela mostrata dalla Commissione verso nuovi interventi regolatori come un approccio “*wait-and-see*”⁷³, che sarebbe giustificato essenzialmente dalla necessità di non ostacolare il pieno e proficuo sviluppo di un settore in rapida crescita, rispetto al quale l'economia europea scontava peraltro un ritardo non indifferente rispetto ai principali *competitor* internazionali, ossia USA e Cina. Non sono mancate tuttavia voci critiche, che hanno colto un atteggiamento sin troppo accondiscendente e ottimista, e hanno sostenuto come la presenza di sistemi reputazionali o la scala ridotta di molte attività *sharing* non siano argomenti sufficienti per rimuovere le preoccupazioni per la tutela dell'interesse pubblico (e quindi la necessità di un nuovo intervento regolatorio)⁷⁴. Si è detto efficacemente che «la Comunicazione della Commissione sembra essere assai ben disposta a cedere alla retorica del lato dell'offerta della *sharing economy* (piattaforme e fornitori di servizi) che usa termini idealistici come “condivisione” e “collaborazione” per nascondere il suo carattere spiccatamente commerciale e sfuggire alla regolamentazione»⁷⁵.

5. *L'evoluzione concreta del panorama regolatorio negli Stati membri: il caso Airbnb ...*⁷⁶

Gli sviluppi nel più lungo periodo delle *policy* sul piano europeo, e ancor prima nazionale e sub-nazionale, sembrano testimoniare un mutato atteggiamento dei decisori pubblici, a conferma di quanto l'Agenda europea per l'economia collaborativa fosse fin troppo fiduciosa nelle capacità auto-regolatorie delle piattaforme. In prima linea vi sono soprattutto città e regioni, che per prime hanno avvertito la carica dirompente della *sharing economy*, seguite a stretto giro da molti Stati membri; ma recentemente anche l'Unione – o per meglio dire, la Commissione, con significativo ritardo rispetto alle posizioni critiche assunte da Parlamento⁷⁷ e Comitato

⁷³ Così, tra gli altri, V. HATZOPOULOS, *The Collaborative Economy and EU Law*, cit., p. 207; M. FINCK, *The Sharing Economy and the EU*, cit., p. 266.

⁷⁴ Cfr. C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, cit., p. 237.

⁷⁵ C. CAUFFMAN, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, cit., p. 243 (traduzione dall'inglese di chi scrive).

⁷⁶ Questo paragrafo riprende in parte – con rilevanti integrazioni e modifiche – i risultati di un precedente lavoro: cfr. G. MENEGUS, *Recenti interventi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, Rubrica: Fonti delle Regioni ordinarie, pp. 1-13.

⁷⁷ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa (2017/2003(INI))*, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017IP0271>; nonché, più recentemen-

delle Regioni⁷⁸ – sembra aver riconsiderato le posizioni iniziali, a favore di un maggiore interventismo.

Uno dei primi “fronti regolatori” aperti, com’è noto, è stato quello riguardante i servizi di *Uber*, nei confronti dei quali diversi Stati membri hanno dettato normative anche molto stringenti⁷⁹; proprio rispetto a questa prima ondata regolatoria si sono peraltro registrate le prime sentenze della Corte di Giustizia sul tema (casi *Asociación Profesional Elite Taxi*⁸⁰ e *Uber France*⁸¹), che riconoscono un ampio margine di intervento ai regolatori nazionali sui servizi collaborativi di trasporto urbano.

Naturalmente una ricostruzione puntuale degli sviluppi del panorama regolatorio in tutti i settori interessati dalla *collaborative economy* a livello europeo – sovranazionale, nazionale e sub-nazionale – non è possibile in questa sede. Ai fini della presente analisi, ci si limita dunque a tratteggiare le tappe salienti dell’evoluzione della regolazione di *Airbnb* – uno dei principali attori del settore – che può fungere da buon esempio di quanto l’approccio “*wait-and-see*” abbia lasciato spazio ad un’intensa stagione regolatoria, tutt’ora in corso. In quest’ambito, il quadro europeo è, per il momento, segnato da due importanti sentenze della Corte di Giustizia: con la prima, *Airbnb Ireland* (2019)⁸², si è ricondotta l’attività della piatta-

te, cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sull’accesso a un alloggio dignitoso e a prezzi abbordabili per tutti* (2019/2187(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0020_IT.html.

⁷⁸ Cfr. COMITATO EUROPEO DELLE REGIONI, *Parere del Comitato europeo delle regioni – Economia collaborativa e piattaforme online: una visione condivisa di città e regioni* (2017/C 185/04), 7 dicembre 2016, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IR4163&from=IT>.

⁷⁹ La letteratura sul tema è ormai sterminata; si v. almeno, *ex pluribus*, E. MOSTACCI-A. SOMMA, *Il caso Uber: la sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016. Per un’analisi nella prospettiva italiana, cfr. E. CARUSO, *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Il diritto dell’economia*, vol. 31, n. 95 (1 2018), p. 223 ss.

⁸⁰ Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, con note di M. FINCK, *Distinguishing internet platforms from transport services: Elite Taxi v. Uber Spain*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, n. 5/2018, p. 1619 ss.; P. HACKER, *UberPop, UberBlack, and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Elite Taxi judgment of the CJEU: judgment of the Court (Grand Chamber) 20 December 2017*, *Asociación Profesional Elite Taxi* (C-434/15), in *European Review of Contract Law*, vol. 14, n. 1/2018, p. 80 ss.; V. HATZOPOULOS, *After Uber Spain: The EU’s Approach on the Sharing Economy in Need of Review?*, in *European Law Review*, vol. 44, n. 1/2019, p. 88 ss.; M.Y. SCHAUB, *Why Uber is an information society service*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7, n. 3/2018, p. 109 ss.; M. TURCI, *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 7-8/2018, I, p. 1088 ss.; A. PALMIERI, *Uber Pop: fine delle corse in (mezza) Europa?*, in *Foro it.*, n. 2/2018, IV, p. 95 ss.

⁸¹ Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 10 aprile 2018, causa C-320/16, *Uber France*.

⁸² Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 19 dicembre 2019, causa C-390/18, *Airbnb Ireland*; con note a commento, tra gli altri, di M.E. BUCALO, *I servizi delle piattaforme online fra*

forma *Airbnb* nell'ambito dei servizi della società dell'informazione; con la seconda, *Cali Apartments* (2020)⁸³, si è invece ritenuto che i servizi di accoglienza forniti dagli utenti ricadano nella Direttiva Servizi.

Prima di entrare nel merito dei profili normativi nazionali, conviene tuttavia riepilogare le ragioni della necessità di disciplinare i c.d. affitti brevi: il successo delle piattaforme di *home sharing* – *Airbnb* su tutte – ha generato una serie di *esternalità negative*, specie in quelle città che sono soggette a fenomeni di *overtourism*⁸⁴ in quanto destinazioni turistiche di livello internazionale.

In primo luogo, si è assistito alla riduzione delle abitazioni disponibili sul mercato delle locazioni residenziali e al correlato aumento dei canoni, dal momento che i proprietari preferiscono destinare i propri immobili al mercato turistico, più redditizio e flessibile⁸⁵. A ciò si aggiungono: l'aggravamento della gestione di al-

giurisprudenza sovranazionale e interna, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, p. 66 ss.; M. INGLESE, *Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e Airbnb Ireland*, in *Eurojus*, n. 1/2020, p. 37 ss.; P. VAN CLEYNENBREGEL, *Accommodating the freedom of online platforms to provide services through the incidental direct effect back door: Airbnb Ireland*, in *Common Market Law Review*, n. 4/2020, p. 1201 ss.; L. VAN ACKER, *C-390/18 – The CJEU Finally Clears the Air(bnb) Regarding Information Society Services*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, n. 2/2020, p. 77 ss.

⁸³ Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 settembre 2020, cause riunite C-724/18 e C-727/18, *Cali Apartments*; cfr. a commento V. HATZOPOULOS, *Disarming Airbnb: dismantling the Services Directive?*, in *Common Market Law Review*, vol. 58, n. 3/2021, p. 905 ss., nonché P. TULLIO, *Airbnb nell'Unione europea: tra prevenzione della concorrenza sleale e libera prestazione dei servizi*, in *Riv. it. dir. tur.*, n. 32/2021, p. 7 ss., spec. p. 36 ss. Per un'autorevole ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente la *sharing economy* (redatta dall'Avvocato Generale che ha seguito tutte le principali decisioni), cfr. M. SZPUNAR, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union*, in G. BARRETT-J.-P. RAGEADE-D. WALLIS-H. WEIL (eds), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel*, Springer, Cham, 2021, p. 735 ss. Proprio nel momento in cui si scrive, peraltro, è stata pubblicata una nuova pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza Corte di Giustizia (Seconda Sezione), sentenza 27 aprile 2022, C-674/20), nella quale il giudice europeo esclude che gli obblighi di comunicazione imposti dalla *Région de Bruxelles-Capitale* alla piattaforma *Airbnb* per finalità fiscali possano essere disgiunti dalla più generale normativa fiscale belga; dal che consegue che gli stessi ricadono fuori dall'ambito di applicazione della direttiva 2000/31/CE.

⁸⁴ Sulla nozione di *overtourism* (difficilmente traducibile in italiano con “sovraturismo”) la letteratura oramai è sterminata; cfr. per tutti, cfr. P. PEETERS-S. GÖSSLING-J. KLIJS-C. MILANO-M. NOVELLI-C. DIJKMANS-E. EIJGELAAR-S. HARTMAN-J. HESLINGA-R. ISAAC-O. MITAS-S. MORETTI-J. NAWIJN-B. PAPP-A. POSTMA, *Research for TRAN Committee – Overtourism: impact and possible policy responses*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2018, documento disponibile al seguente link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/629184/IPOL_STU\(2018\)629184_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/629184/IPOL_STU(2018)629184_EN.pdf); nonché R. DODDS-R. BULTER, *Overtourism. Issues, realities and solutions*, De Gruyter Oldenbourg, 2019.

⁸⁵ La letteratura sugli effetti di *Airbnb* e le altre piattaforme di *home sharing* sul mercato immobiliare e delle locazioni residenziali è oramai significativa; si v., tra gli altri (con esclusivo riferimento a contesti europei), J. VAN HAAREN-S. VERMEULEN-J. KLIJS-K. KOENS-J. BIJL, *Short-term accommodation rental in Amsterdam. An empirical investigation of statistical correlations between short-term rental, housing prices and quality of life index*, European Commission, DG for Internal

cuni servizi locali (ad es. la raccolta dei rifiuti e i trasporti pubblici) provocata dalla presenza di una “popolazione temporanea”, che varia significativamente in tempi brevissimi; la diffusione di fenomeni di *gentrification* e *touristification*, con riflessi negativi per le attività economiche non direttamente funzionali all'accoglienza turistica⁸⁶; per arrivare, infine, a problemi di ordine pubblico latamente inteso, quali la “difficile convivenza” con i vicini (specie nei contesti condominiali)⁸⁷ e i problemi di disturbo della quiete pubblica. Non va poi tralasciato neppure il profilo fiscale, il quale concerne non solo la questione della lotta all'evasione delle imposte sui proventi derivanti dagli affitti brevi, ma pure quella della riscossione delle *tourist taxes* (equivalenti della nostra imposta di soggiorno) ove le stesse siano previste⁸⁸.

Rispetto alla maggior parte di queste problematiche, sia l'auto-regolazione della piattaforma sia i meccanismi reputazionali si sono dimostrati del tutto inadeguati, dando adito a tentativi – più o meno riusciti – di disciplinare il fenomeno

Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, disponibile al seguente link: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/cf2a7bed-c995-11eb-84ce-01aa75ed71a1>; T. DUSO-C. MICHELSEN-M. SCHÄFER-K. DUCBAO TRAN, *Airbnb and Rental Markets: Evidence from Berlin*, CEPR Discussion Paper No. DP16150, 11 maggio 2021, disponibile al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3846265; S. PERALTA-J. PEREIRA DOS SANTOS-D. GONÇALVES, *Do short-term rentals increase housing prices? Quasi-experimental evidence from Lisbon*, GEE Papers 0155, Gabinete de Estratégia e Estudos, Ministério da Economia, Portugal, giugno 2020, disponibile al seguente link: https://www.gee.gov.pt/RePEc/WorkingPapers/GEE_PAPERS_155.pdf; M.-À. GARCIA-LÓPEZ-J. JOFRE-MONSENY-R. MARTÍNEZ MAZZA-M. SEGÚ, *Do short-term rental platforms affect housing markets? Evidence from Airbnb in Barcelona*, Working Papers 2019/05, Institut d'Economia de Barcelona (IEB), nonché in *Journal of Urban Economics*, vol. 119, 2020; I. YRIGROY, *Rent gap reloaded: Airbnb and the shift from residential to touristic rental housing in the Palma Old Quarter in Mallorca, Spain*, in *Urban Studies Journal*, vol. 56, n. 1/2018.

⁸⁶ Cfr., ad es., F. CELATA-A. ROMANO, *Overtourism and online short-term rental platforms in Italian cities*, in *Journal of Sustainable Tourism*, 2020; S. PICASCIA-A. ROMANO-M. TEOBALDI, *The airification of cities: making sense of the impact of peer to peer short term letting on urban functions and economy*, in *Proceedings of the Annual Congress of the Association of European Schools of Planning*, Lisbon, 2017, p. 2212 ss.; A. CÓCOLA GANT, *Tourism gentrification*, in L. LEES-M. PHILLIPS (eds), *Handbook of Gentrification Studies*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 281 ss.; ID., *Holiday rentals: The new gentrification battlefield*, in *Sociological Research Online*, vol. 21, n. 3/2016; D. GUTTENTAG, *Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector*, in *Current Issue on Tourism*, vol. 18 n. 12/2015, p. 1192 ss. Più in generale sulla *gentrification*, si v. G. SEMI, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, il Mulino, Bologna, 2015.

⁸⁷ Anche nel contesto italiano è fiorita una serie di controversie tra condomini; v. ad es. *Affitti brevi, per la Cassazione non possono essere vietati*, in *la Repubblica* (versione online), 4 ottobre 2017, disponibile al seguente link: https://www.repubblica.it/economia/diritti-e-consumi/casa/2017/10/04/news/affitti_brevi_divieto-177341215/.

⁸⁸ Per questa “carrellata” si v. già il mio precedente *Recenti interventi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, cit.; cfr. altresì S. NIEUWLAND-R. VAN MELIK, *Regulating Airbnb: how cities deal with perceived negative externalities of short-term rentals*, in *Current Issues in Tourism*, 2018, p. 1 ss.

con strumenti più rigorosi, sia a livello sub-nazionale che nazionale. Un tratto comune agli interventi normativi adottati sul punto in molti ordinamenti europei è dato dal fatto che difficilmente si tratta di discipline stabili e compiute, ma piuttosto di processi regolatori in divenire, caratterizzati da un incremento di vincoli e regole e da una ripetuta correzione e revisione di quanto già stabilito. Il che pare testimoniare, tra l'altro, la progressiva presa di coscienza da parte dei decisori pubblici delle problematiche connesse alla *sharing economy* e dell'inadeguatezza della disciplina esistente.

Un esempio di questo processo incrementale è dato dalla legislazione francese, tra le più attive in Europa sul fronte della regolamentazione delle locazioni turistiche, anche in ragione del grande impatto avuto sulle città francesi, e in particolare su Parigi.

Volendo identificare i provvedimenti più significativi, si deve fare riferimento a tre leggi, susseguitesi nell'arco di pochi anni: la *Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, detta più brevemente *loi ALUR* o *loi Duflot II* (2014); la *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* (2016); e, infine, la *Loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, detta più semplicemente *loi ÉLAN* (2018).

La prima legge ha posto le basi per la revisione della disciplina dell'equivalente francese della nostra locazione per finalità turistiche, ovvero i c.d. *meublés de tourisme*. In estrema sintesi, le direttrici della riforma si articolano su due piani: il primo riguarda la natura dell'abitazione offerta in locazione turistica; il secondo invece l'occorrenza (o meno) di un cambio di destinazione d'uso della stessa. Quanto alla natura, la *loi Alur* distingue tra abitazioni principali e secondarie. Per poter dare in locazione la propria abitazione principale, il titolare non necessita di alcun permesso o autorizzazione particolare, essendo sufficiente la registrazione. Tuttavia, non si potrà affittare l'abitazione per più di 120 giorni all'anno; se si intende superare tale limite, sarà necessario chiedere un'autorizzazione per il cambio di destinazione d'uso della stessa, che verrà così considerata abitazione secondaria. Per le residenze secondarie invece occorre distinguere tra le aree in cui le stesse sono collocate; laddove infatti l'abitazione sia situata in aree con problemi di penuria di abitazioni sul mercato immobiliare (città con oltre 200.000 abitanti e alcuni dipartimenti vicini a Parigi), il titolare dovrà presentare una domanda di autorizzazione al cambio d'uso dell'immobile. In talune aree, dove la penuria delle abitazioni è particolarmente grave (ad es. a Parigi), per non ridurre ulteriormente gli alloggi disponibili sul mercato, sono previste delle misure compensative contestuali alla trasformazione dell'abitazione in locazione turistica⁸⁹.

⁸⁹ Questa normativa è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che l'ha ritenuta conforme alle previsioni al diritto dell'Unione (e in particolare alla Direttiva Servizi) con la

La seconda legge (*pour une République numérique*) ha invece previsto la possibilità che i comuni prevedano l'obbligo di attribuire un numero di registrazione alle locazioni situate sul proprio territorio; tale numero si può ottenere attraverso una procedura telematica elaborata dai singoli comuni. Significativamente, è stato previsto l'obbligo – rivolto non più ai singoli *host*-utenti, ma alle stesse piattaforme di intermediazione *online* – di rimuovere gli annunci illegali, relativi cioè ad abitazioni prive di numero di registrazione oppure ad abitazioni principali che avessero raggiunto il numero massimo di notti (cioè 120)⁹⁰.

Infine la *loi ELAN* ha rafforzato gli strumenti sanzionatori (sanzioni pecuniarie fino a 12.500 €) messi a disposizione delle città contro le piattaforme digitali che non ottemperano agli obblighi di legge (in particolare a quelli relativi alla rimozione degli annunci privi di registrazione o che hanno raggiunto il tetto di notti).

Meno lineare il percorso regolatorio seguito dalla città di Berlino, altra capitale europea in cui *Airbnb* ha generato ripercussioni significative sulla disponibilità degli alloggi (in un contesto peraltro già segnato da notevoli tensioni abitative)⁹¹.

La prima legge concernente le locazioni turistiche brevi adottata dalla città di Berlino risale al 2013 (legge sul divieto di uso difforme dell'abitazione – *Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum (ZwVbG)* del 29 novembre 2013), ed è stata seguita da diverse modifiche, tra cui una in senso più restrittivo (2016), una in senso parzialmente contrario (9 aprile 2018) e l'ultima (16 settembre 2021) che inasprisce nuovamente le previsioni sull'*home sharing*.

In virtù del quadro normativo attuale, chi affitta una o più stanze all'interno della propria abitazione non è tenuto a ottenere alcun permesso dalle autorità locali, purché lo spazio locato sia complessivamente inferiore al 50% della superficie dell'abitazione; chi invece voglia affittare più della metà della propria abitazione o interi alloggi deve richiedere un'autorizzazione. In entrambi i casi va ugualmente comunicato alle autorità locali l'avvio della locazione al fine di ottenere un numero di registrazione, che va quindi pubblicizzato *online*, consentendo così un più agevole controllo da parte delle autorità. Le piattaforme sono tenute a non pubblicare annunci privi di numero di registrazione. Regolazioni in

summenzionata sentenza *Cali Apartments* (v. nt. 83): secondo la Corte infatti una normativa nazionale, come quella francese, che assoggetta ad autorizzazione la locazione, esercitata in maniera reiterata, di un locale destinato ad abitazione per brevi periodi ad una clientela di passaggio che non vi elegga domicilio è conforme al diritto dell'Unione, giacché la lotta contro la scarsità di alloggi destinati alla locazione di lunga durata che rappresenta la *ratio* della normativa costituisce un motivo imperativo di interesse generale ai sensi della direttiva.

⁹⁰ Per una ricostruzione della disciplina francese in rapporto a questi prime due leggi, cfr. N. FOULQUIER-J.C. ROTOULLIÉ, *Numérique et tourisme: la réglementation française sur les locations meublées de tourisme*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2018, pp. 32-44.

⁹¹ Per una visione d'insieme del panorama tedesco, cfr. C. BUSCH, *Regulating Airbnb in Germany – status quo and future trends*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, n. 1/2019.

parte analoghe sono state adottate anche in altre città tedesche (ad es. Amburgo⁹² e Monaco⁹³).

Pure in contesti più prossimi a quello italiano sotto il profilo urbano e turistico, come Spagna e Portogallo, l'intervento regolatorio risulta particolarmente intenso.

Nell'ordinamento spagnolo, la competenza sulle locazioni brevi ricade sulle Comunità autonome, con la conseguenza che ciascuna Comunità ha potuto elaborare una propria disciplina nel settore. A questa varietà di regimi regolatori, vanno aggiunti poi gli strumenti adottati dalle principali città turistiche (ad es. Barcellona, Madrid, La Palma, Maiorca, ecc.)⁹⁴.

In via generale, le diverse discipline delle Comunità autonome prevedono che quanti vogliono offrire locazioni brevi siano tenuti ad effettuare una comunicazione di avvio dell'attività, cui consegue l'assegnazione di un numero di registrazione. Tale numero dev'essere impiegato nella pubblicizzazione degli appartamenti e l'inosservanza di tale obbligo può comportare sanzioni anche pesanti per il locatore e i responsabili della pubblicizzazione (piattaforme incluse).

Quanto agli immobili di cui è consentita la locazione turistica, si riscontra una certa varietà nelle diverse legislazioni: talune hanno escluso la possibilità di locare singole stanze o porzioni dell'abitazione (ad es. le Isole Canarie, anche se tale previsione è stata in alcuni casi ritenuta illegittima); altre semplicemente non hanno contemplato la locazione di singole stanze (ad es. Isole Baleari); altre hanno previsto la locazione della sola abitazione principale (Valencia ed Isole Baleari). Risultano interessanti le previsioni relative ai tetti temporali di locazione: ci sono

⁹² Nella città anseatica di Amburgo (terza destinazione tedesca su *Airbnb* nel 2017), l'ultima modifica alla legislazione concernente le locazioni turistiche è entrata in vigore nel gennaio 2019 (*Hamburgisches Wohnraumschutzgesetz, da ultimo modificata con la Dritte Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Wohnungswesens, 23.10.2018*). Tale normativa – che combina, per certi versi, le soluzioni adottate a Berlino e Monaco – prevede, in primo luogo, l'attribuzione di un numero di registrazione, tanto per le singole stanze quanto per le intere abitazioni, che deve essere pubblicizzato *online*. A ciò si aggiunge un limite temporale di otto settimane, nonché la previsione che i guest comunichino alle autorità cittadine i periodi di pernottamento per ogni singolo ospite. Come a Berlino, inoltre, le piattaforme devono assicurare che gli annunci di locazioni non siano pubblicati *online* senza il connesso numero di registrazione.

⁹³ A Monaco di Baviera la disciplina delle locazioni è rimessa a un regolamento della città capoluogo del *Land* (*Satzung der Landeshauptstadt München über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum, 5.12.2017*); analogamente a quanto previsto a Berlino, non è richiesto alcun permesso per locare parti della propria abitazione principale, purché queste siano inferiori al 50% della superficie complessiva. Non è ugualmente previsto alcun permesso per le offerte di intere abitazioni che non superino complessivamente le otto settimane annue. Il superamento di tali limiti è consentito solo previo ottenimento di uno speciale permesso, che è connesso a forme di pagamento o compensazione. Va tuttavia sottolineato come sia assai rara la concessione di permessi in tal senso.

⁹⁴ Sul tema, cfr. per un'agile ricostruzione A. MARTÍNEZ NADAL, *Regulating Airbnb in Spain*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, n. 1/2019; più diffusamente G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018.

casì di limiti “verso il basso” (è il caso della città di Madrid, che prevede un soggiorno minimo di 5 giorni), come pure limiti “verso l’alto”, volti anche a differenziare locazioni turistiche brevi dalle altre tipologie di locazione⁹⁵.

Alcuni regolamenti delle Comunità autonome e delle singole città (v. ad es. Galizia, Isole Baleari, Barcellona, San Sebastián e Valencia) prevedono la suddivisione del territorio in diverse zone per circoscrivere la locazione breve di abitazioni in aree individuate dalle autorità. In altri casi è prevista la determinazione di un numero massimo di abitazioni che possono essere destinate all’uso da parte dei turisti (sempre in Galizia e nelle Isole Baleari).

In tal senso, si segnala la legge n. 6/2017 sul turismo nelle Isole Baleari⁹⁶: attraverso strumenti di pianificazione urbanistica, il territorio delle isole è suddiviso in zone sulla scorta di valutazioni che riguardano la natura delle infrastrutture circostanti, le risorse dell’isola, la densità di popolazione e altri criteri (saturazione, problemi ambientali e/o tensione sulle risorse naturali). Nelle zone costiere considerate “sature” per sviluppo urbano o turistico, vi sono restrizioni significative alle locazioni turistiche: solo la residenza principale del locatore può essere affittata e solo per un massimo di 60 giorni all’anno per un periodo di 5 anni.

Concludendo questa breve panoramica con le previsioni autonome riguardanti le piattaforme, si deve notare come, in generale, le legislazioni esaminate tendano a riconoscere una responsabilità in capo alle piattaforme per la pubblicazione di annunci privi di numero di registrazione (e quindi in assenza di comunicazione d’avvio dell’attività). Hanno avuto una certa eco anche sulla stampa italiana i casi delle sanzioni a *Airbnb* (fino a 400.00 euro) comminate dalle autorità locali della Catalogna⁹⁷ e delle Isole Baleari⁹⁸.

In Portogallo i primi interventi normativi nel settore delle locazioni turistiche risalgono al 2008, anno in cui viene introdotta nell’ordinamento la nozione di *alojamento local* (AL), termine che individua tanto il contratto quanto i locali adibiti a locazione turistica (breve) a loro volta oggetto di un’articolata categorizzazione⁹⁹.

⁹⁵ Mentre il limite minimo madrilenò è stato ritenuto illegittimo in quanto volto a restringere la concorrenza, i vari limiti massimi sono stati in genere considerati legittimi.

⁹⁶ Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, in «BOE» núm. 223, de 15 de septiembre de 2017, 90949-90974.

⁹⁷ Si v. *Airbnb nei guai in Spagna. La Catalogna la multa per irregolarità*, in *IlSole24Ore* (versione online), 9 luglio 2014, disponibile al seguente link: <https://st.ilssole24ore.com/art/tecnologie/2014-07-09/airbnb-guai-spagna-catalogna-multa-irregolarita-133249.shtml?uuiid=ABZh46YB>.

⁹⁸ Si v. “La città non è in affitto”. *La crociata anti-Airbnb delle capitali d’Europa*, in *laRepubblica* (versione online), 22 giugno 2019, disponibile al seguente link: <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2019/06/22/la-citta-non-e-in-affitto-la-crociata-anti-deuropa21.html>.

⁹⁹ Cfr. J.M. CARVALHO-P. POLICARPO, *Regulating Airbnb in Portugal*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7, n. 6/2018, p. 256 ss.

In tutti i casi è comunque prevista una forma di registrazione, che opera in modo analogo allo schema della nostra SCIA. Sono previsti controlli *ex post* sulla sussistenza dei vari requisiti previsti per l'avvio di tali locazioni da parte delle autorità locali, mentre non sono previsti invece limiti particolari al numero di alloggi che si possono locare, salvo quello di nove appartamenti nello stesso stabile se questi superano il 75% dello stabile. Le piattaforme sono tenute a verificare l'avvenuta registrazione di *AL* pubblicizzati sulle stesse nonché taluni altri requisiti; l'inosservanza di tale obbligo di controllo è sanzionata con multe fino a 40.000 euro. Un'interessante previsione è costituita dalla facoltà per i Consigli comunali di individuare delle *áreas de contenção*, ovvero delle zone della città in cui si applicano restrizioni significative all'avvio di nuove locazioni turistiche, con la finalità di preservare la realtà sociale delle aree considerate. È stato anche introdotto contestualmente un limite di 7 *AL* per singolo proprietario.

Per chiudere la panoramica sulla regolazione di *Airbnb* nei principali Stati europei, è giusto il caso di riprendere i tratti essenziali della disciplina italiana, che rispetto alle omologhe europee si caratterizza per un approccio più attendista e settoriale.

Il primo intervento del legislatore statale avente ad oggetto la questione delle locazioni turistiche e delle piattaforme di *home sharing* è infatti costituito dall'art. 4 d.l. n. 50/2017 (convertito in legge n. 96/2017), rubricato: "Regime fiscale delle locazioni brevi". La disciplina ivi dettata – di rilievo pressoché esclusivamente fiscale – è rimasta in parte inattuata per il contenzioso insorto tra *Airbnb* e Agenzia delle Entrate, giunto persino dinanzi alla Corte di Giustizia (che però non si è ancora pronunciata per l'incompletezza del rinvio pregiudiziale)¹⁰⁰. Un secondo intervento si rinviene nell'art. 13-*quater*, d.l. n. 34/2019, recante «Disposizioni in materia di locazioni brevi e attività ricettive», che va a modificare e integrare il succitato d.l. 50/2017. Si tratta di una norma che ha portato proprio negli ultimi mesi alla creazione della "Banca dati delle strutture ricettive e degli immobili destinati alle locazioni brevi" (d.m. 29 settembre 2021, n. 1782) da parte del neo-istituito Ministero del Turismo.

Nel frattempo, a livello regionale, sono fiorite molteplici discipline volte ad introdurre un codice di registrazione (similmente a quanto fatto altrove in Europa) con lo scopo di semplificare le attività di controllo e monitoraggio delle locazioni turistiche da parte degli enti locali¹⁰¹. Alcune città – in assenza di strumenti ade-

¹⁰⁰ Sul rinvio pregiudiziale brevemente, cfr. G. SCIASCIA, *Alla Corte di giustizia UE "la legge Airbnb"*, in <https://www.irpa.eu/> – Pubblicazioni – Contributi, 18 settembre 2019. Sul tema fiscale cfr., tra gli altri, G. BERETTA, *Il regime fiscale delle locazioni brevi*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2018, p. 1011 ss.

¹⁰¹ Per una ricognizione delle prime discipline regionali e un'analisi delle principali problematiche giuridiche, sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Recenti interventi legislativi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, cit. Il tema sta progressivamente attirando l'at-

guati¹⁰² – hanno pure tentato approcci “innovativi” per limitarne l’eccessiva diffusione: a Venezia, ad esempio, si è riformato il RUE (Regolamento urbanistico edilizio), introducendo l’obbligo per tutte le abitazioni destinate all’esercizio di locazione turistica di dotarsi di una fossa settica. L’obbligo sarebbe in effetti già previsto per tutte le private abitazioni, ma è stato “sospeso” *sine die* per le evidenti difficoltà che comporterebbe la piena attuazione dello stesso su larga scala. Persiste invece per le strutture alberghiere; da qui, la scelta di trattare le locazioni turistiche (e i B&B) alla stregua di una vera e propria struttura ricettiva.

Volendo trarre una prima conclusione, l’ampia ricostruzione svolta pare sufficiente a testimoniare nei fatti quanto l’affidamento alla *self-regulation* prefigurato dalla Commissione e promosso dai fautori della *sharing economy* sia stato presto soppiantato – almeno a livello nazionale e sub-nazionale – da discipline assai più tradizionali, caratterizzate da stringenti vincoli e prescrizioni, a loro volta assistiti da strumenti sanzionatori di natura pecuniaria.

6. ... e i riflessi sul piano europeo: l’iniziativa della Commissione sugli affitti brevi

L’abbandono dell’approccio “*wait-and-see*” non è proprio tuttavia dei soli regolatori nazionali, giacché segnali in tal senso arrivano anche dell’Unione europea.

Si fa riferimento, da un lato, a interventi normativi che, pur riguardando l’eco-

tenzione della dottrina italiana; cfr. in part. i contributi di C. ALVISI-A. CLARONI, *Problemi di governo della sharing economy nel settore delle locazioni turistiche e del bike-sharing*, in *Ist. fed.*, n. 4/2019, p. 917 ss.; N. PICA, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e sharing economy. Il caso delle locazioni turistiche (cd. home sharing)*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2020, p. 893 ss.; e E.N. FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, in *Mumus*, n. 3/2020, p. 549 ss. (quest’ultimo tuttavia tende a svalutare eccessivamente le differenze giuridiche tra locazioni turistiche e strutture ricettive extra-alberghiere, spec. pp. 559, 562, 581; si tratta però di una differenza che risulta dirimente, oltre che per l’individuazione delle norme applicabili, anche per la definizione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni; su quest’ultimo punto, sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Locazioni per finalità turistiche: il codice identificativo lombardo supera lo scrutinio di costituzionalità*, in *Le Regioni*, n. 3/2019, p. 825 ss.). Sempre sul tema, ma nell’ambito di una riflessione di più ampio respiro su città e disuguaglianze, cfr. E. OLIVITO, *Le disuguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miopo sulle città*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, spec. p. 93 ss.

¹⁰² È opinione assai diffusa, specie tra gli “addetti ai lavori”, che le amministrazioni comunali non dispongano di strumenti regolatori per guidare o limitare la diffusione delle locazioni turistiche (risolvendosi questa essenzialmente in un modo di impiego della proprietà immobiliare non soggetto a vincoli di alcun tipo; soprattutto non sarebbe necessario il cambio della destinazione d’uso dell’immobile per affittarlo ai turisti, mantenendosi pur sempre la destinazione urbanistica residenziale). Su questa posizione, cfr. però i rilievi critici di D. TRAINA, *Il governo del territorio per un turismo innovativo e sostenibile*, in G. MORBIDELLI-M. MORISI (a cura di), *Dal turismo di massa al turismo di qualità*, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Cesifin On-line, Firenze, 2020, p. 75 ss., disponibile al seguente link: <https://www.cesifin.it/dal-turismo-di-massa-al-turismo-di-qualita-2/>.

nomia digitale complessivamente intesa, interessano in misura non marginale la *sharing economy*; dall'altro lato, ad una recentissima iniziativa della Commissione sugli affitti brevi – uno dei maggiori mercati collaborativi – che è dichiaratamente diretta a «sviluppare una crescita responsabile, equa e affidabile degli affitti di breve durata, nel quadro di un ecosistema turistico equilibrato»¹⁰³.

Partendo dagli interventi di carattere più trasversale, vanno senz'altro menzionati, tra gli altri – e tralasciando le più ampie iniziative del *Digital Services Act* (DSA) e del *Digital Market Act* (DMA)¹⁰⁴: a) il regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (Regolamento (UE) n. 2019/1150)¹⁰⁵; b) la Direttiva (UE) 2019/2161, c.d. *Omnibus* (per la parte in cui integra la Direttiva 2011/83/CE)¹⁰⁶; e c) la direttiva Dac 7 (direttiva UE n. 2021/514)¹⁰⁷ sulla cooperazione amministrativa in materia fiscale.

Il regolamento n. 1150/2019 aspira a promuovere trasparenza ed equità sul fronte dei rapporti tra utenti commerciali e piattaforme, partendo dal presupposto che la soggezione economica dei primi rispetto alle seconde sia sfociata nell'approfittamento del ruolo di forza da parte delle piattaforme, attraverso pratiche commerciali e comportamenti unilaterali, imprevedibili, poco chiari e iniqui¹⁰⁸.

¹⁰³ Così il *Sommario* della proposta di regolamento della Commissione, che prosegue così: «Mira inoltre a garantire condizioni di parità per tutti i prestatori di servizi di alloggio e a rispondere alle numerose richieste delle parti interessate per un'azione a livello dell'UE in questo settore. Ciò comporterà l'offerta di soluzioni equilibrate per le città, le piattaforme e i prestatori – privati e professionisti – di servizi di locazione a breve termine, apportando nel contempo benefici in particolare alle piccole e medie imprese»; disponibile al link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13108-Servizi-turistici-iniziativa-sugli-affitti-di-breve-durata_it.

¹⁰⁴ Cfr. M. INGLESE, *L'economia collaborativa tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le prime proposte di armonizzazione: verso il Digital Markets Act e il Digital Services Act*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4/2020, p. 843 ss.

¹⁰⁵ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, *che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online*.

¹⁰⁶ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, *che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori*.

¹⁰⁷ Direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021, *recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale*.

¹⁰⁸ Si fa riferimento, ad esempio, alla modifica delle condizioni contrattuali senza preavviso; alla rimozione dei beni o servizi offerti sulla piattaforma dai professionisti; all'opacità su regole e criteri che determinano la collocazione delle offerte all'interno della pagina web, come pure su regole e criteri che presiedono alla sospensione o eliminazione dell'utente. Sul punto, anche per un'analisi puntuale dei contenuti del regolamento, cfr. F. RUGGERI, *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione online e i motori di ricerca*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, p. 397 ss. La circostanza che il regolamento riguardi espressamente i professionisti non consente di escludere dall'ambito di appli-

L'intervento si muove su più livelli, imponendo la trasparenza: dei termini e delle condizioni contrattuali tra piattaforma e utenti commerciali (art. 3); in caso di limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione (art. 4); su termini e condizioni che determinano il posizionamento degli annunci dell'utente all'interno della piattaforma (art. 5) e il differente trattamento tra vari utenti (art. 7). Alle medesime esigenze di maggiore trasparenza, benché questa volta sul fronte dei rapporti tra professionisti e consumatori, risponde in sostanza anche la modifica alla direttiva 2011/83/CE del 2019, operata dalla Direttiva c.d. *Omnibus*, laddove impone alle piattaforme digitali di indicare se l'utente che offre beni, servizi o contenuti attraverso la piattaforma sia un professionista o meno, sulla base della dichiarazione del medesimo utente-fornitore (art. 4)¹⁰⁹.

Al di là della capacità (assai controversa)¹¹⁰ delle norme appena richiamate di farsi promotrici di un'effettiva tutela delle parti deboli della *sharing economy*, il solo intervento dell'Unione nel senso appena descritto appare di per sé significativo, risuonando come un implicito riconoscimento dell'inadeguatezza dei meccanismi di *self-regulation* a garantire persino quelle istanze (minime) di trasparenza e riduzione delle asimmetrie informative promesse agli albori dall'economia collaborativa¹¹¹. In questo frangente infatti non si è affrontata l'inidoneità dei mec-

cazione le piattaforme della *sharing economy*, come pure è stato affermato (v. F. FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, n. 3/2019, p. 168), equiparando sostanzialmente la *sharing economy* alla *peer-to-peer economy*. Tale prospettiva non può essere accolta per il semplice fatto che la maggior parte delle piattaforme in questione accoglie tanto utenti professionisti quanto utenti comuni (v. *amplius supra* par. 2). Peraltro, come avverte giustamente proprio F. RUGGERI, *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali*, cit., p. 401, nt. 19, la differenziazione nell'economia collaborativa tende a scolorare per la presenza dei c.d. *prosumer* (v. *supra* par. 3).

¹⁰⁹ Cfr. G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 49 ss. Alcuni Autori (cfr. spec. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Will Deliveroo and Uber Be Captured by the Proposed EU Platform Regulation? You'd Better Watch Out ...*, in *European Law Blog*, 12 marzo 2019, disponibile al seguente link: <https://europeanlawblog.eu/2019/03/12/will-deliveroo-and-uber-be-captured-by-the-proposed-eu-platform-regulation-you-d-better-watch-out/>) hanno peraltro evidenziato come la scelta di applicare il regolamento alle sole piattaforme della società dell'informazione (come definite dalla Direttiva (EU) 2015/1535) finisce per escludere dall'ambito di applicazione la stessa *Uber* e tutte quelle piattaforme che invece offrono un servizio composito – per come descritto nella sentenza della Corte di Giustizia *Asociación Profesional Elite Taxi* – che più di altre esercitano un controllo sugli utenti professionisti. Per una prospettiva più ampia, cfr. A. CHAPUIS-DOPPLER-V. DELHOMME, *Regulating Composite Platform Economy Services: the State-of-play after Airbnb Ireland*, in *European Papers*, n. 1/2021, p. 411 ss.

¹¹⁰ Cfr. G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, cit.

¹¹¹ Non scalfisce questa osservazione il fatto che il Regolamento incoraggi «i fornitori di servizi di intermediazione online e le organizzazioni e associazioni che li rappresentano a elaborare *codici di condotta*, unitamente agli utenti commerciali, incluse le PMI e le organizzazioni che le rappresen-

canismi di auto-regolazione a limitare le esternalità negative prodotte dalle attività della *sharing economy* “al di fuori” del triangolo piattaforma – utenti-fornitori – utenti-fruitori; inidoneità già assodata a livello nazionale (come testimoniano le molte iniziative regolatorie descritte nel par. 5). Si è piuttosto messa in dubbio la capacità della *self-regulation* di gestire gli stessi rapporti interni all’economia col-laborativa, il piano rispetto al quale la Commissione sembrava nutrire maggiore fiducia¹¹².

Un altro segnale sintomatico di sfiducia proviene, d’altra parte, dalla direttiva Direttiva (UE) 2021/514, detta anche Dac 7¹¹³, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale; in questo caso, non si fa più affidamento sul volontario trasferimento di dati dagli attori della *sharing economy* alle autorità competenti, gestito secondo le regole datesi dalle piattaforme, ma si obbligano le stesse piattaforme a comunicare i redditi percepiti (oltre una certa soglia) dai propri utenti insieme a una serie di informazioni sui prestatori dei servizi.

La novità più rilevante è rappresentata però dall’iniziativa sugli affitti di breve durata, che riguarda direttamente i servizi di *home sharing* e che – nel momento in cui si chiude questo lavoro – sta attraversando la fase preparatoria di consultazione pubblica¹¹⁴.

Nella *Valutazione di impatto iniziale*¹¹⁵, si osserva che «la rapida crescita degli affitti brevi ha suscitato una serie di preoccupazioni», tra cui quelle «per la pressione sul mercato immobiliare locale a prezzi accessibili e per lo sviluppo sostenibile delle città, compresa la pianificazione urbana», cui si aggiunge «una serie di preoccupazioni circa il rispetto delle norme applicabili, come ad es. prescrizioni a tutela della salute e della sicurezza»¹¹⁶. La Commissione elenca le varie iniziative adottate per affrontare queste problematiche – ivi inclusa l’*Agenda* del 2016 – ma riconosce espressamente che «gli sviluppi non sono stati in grado di

tano, intesi a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto delle specificità dei diversi settori in cui sono forniti i servizi di intermediazione online e delle caratteristiche specifiche delle PMI» (art. 17, corsivo aggiunto). Benché infatti i codici in questione rientrino nella nozione di autoregolazione accreditata nel diritto dell’Unione europea (v. *supra* nt. 3), la necessità di intervenire con strumenti vincolanti per fissare principi e regole testimonia comunque il superamento dell’iniziale ampio affidamento all’auto-regolazione delle piattaforme.

¹¹² Si v. in part. *supra* par. 4 i riferimenti alla tutela consumeristica nell’*Agenda* del 2016.

¹¹³ Direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021 recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale.

¹¹⁴ Tutta la documentazione relativa alla fase di consultazione pubblica – ivi inclusa la *Valutazione di impatto iniziale* – è reperibile al seguente link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13108-Servizi-turistici-iniziativa-sugli-affitti-di-breve-durata_it.

¹¹⁵ Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, Ref. Ares(2021)5673365 – 16/09/2021.

¹¹⁶ Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 1 (traduzione dall’inglese di chi scrive).

risolvere tutti i problemi»¹¹⁷. Abbandona quindi l'approccio di *soft law* preferendo l'adozione di un regolamento, diretto «a disegnare e applicare norme adeguate sugli affitti di breve durata», «a facilitare il funzionamento e la crescita delle PMI promuovendo al contempo obiettivi di interesse pubblico, come assicurare la disponibilità di alloggi a prezzi accessibili o garantire il rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza», e far sì che le autorità pubbliche dispongano di «dati pertinenti (ad esempio chi affitta cosa e con quale frequenza) e strumenti di informazione»¹¹⁸.

A prescindere dall'esito concreto che avrà l'iniziativa della Commissione, risulta evidente come la prospettiva regolatoria sia cambiata.

7. Critica agli argomenti a favore della self-regulation

L'insuccesso dei meccanismi auto-regolatori della *sharing economy*, presto soppiantati da approcci più tradizionali, potrebbe essere letto non come la presa di coscienza della loro inidoneità a fungere da strumento regolatorio, quanto piuttosto come la resistenza all'innovazione da parte di decisori antiquati e di autorità locali interessate a difendere lo *status quo*. In effetti, questa lettura è sposata da parte della dottrina e, naturalmente, dai principali attori dell'economia collaborativa, che lamentano discipline frammentarie e oscure, spesso appesantite con inutili oneri amministrativi e vincoli sproporzionati.

Sebbene non si possa escludere che parte delle normative descritte sia stata sollecitata, sul piano politico, dagli *incumbents* dei mercati in cui si sono diffusi gli attori dell'economia collaborativa, né si possa escludere la possibilità di miglioramenti quanto a *drafting* e riduzione degli oneri burocratici, va comunque rilevato come l'alternativa della *self-regulation* presenti limiti evidenti, che ne escludono in radice l'idoneità a regolare adeguatamente – dalla prospettiva costituzionale adottata in queste riflessioni – le attività e gli interessi coinvolti in questo nuovo modello economico.

Gli argomenti che depongono a sfavore della *self-regulation* sono di natura pratica e teorica.

Innanzitutto, va osservato che non è affatto corretto affermare che le piattaforme della *sharing economy* avrebbero sempre un interesse ad intervenire per correggere le esternalità negative prodotte dalle relative attività. Se questo può essere in parte vero per i comportamenti scorretti di alcuni utenti perpetrati ai danni di altri o in violazione delle norme imposte dalla piattaforma (le c.d. *community*

¹¹⁷ Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 1-2.

¹¹⁸ Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 3.

guidelines), lo stesso non può dirsi rispetto alle esternalità prodotte al di fuori dei rapporti tra utenti della piattaforma. In relazione a talune problematiche (si pensi ad es. alla disponibilità di abitazioni a prezzi accessibili sul mercato immobiliare residenziale), che chiamano in causa rilevanti interessi pubblici, le piattaforme sono in realtà contro-interessate, dal momento che una correzione delle esternalità prodotte determinerebbe una ricaduta economica negativa per la propria attività. Le piattaforme di *home sharing* non hanno di norma¹¹⁹ alcun interesse a limitare il progressivo incremento del numero di abitazioni “trasformate” in locazioni turistiche in un contesto urbano; è stato dimostrato al contrario che il successo della singola piattaforma dipende proprio dalla capacità di moltiplicare l’offerta (cioè il numero e la tipologia di alloggi offerti a breve termine) per venire incontro alla richiesta degli utenti di disporre di un’ampia scelta¹²⁰.

Va inoltre sottolineato che pure rispetto a problematiche emerse nell’ambito dei rapporti tra utenti non può dirsi assodato che la piattaforma sia pronta ad intervenire con meccanismi autoregolatori in modo tempestivo ed efficace, soprattutto in quei casi in cui un siffatto intervento porterebbe a svelare informazioni potenzialmente dannose per la reputazione della piattaforma stessa¹²¹. In questo senso pare si possano leggere talune prese di posizione (forse tardive) rispetto a comportamenti pericolosi o atteggiamenti discriminatori diffusi tra gli utenti, sollecitate più dal clamore mediatico di taluni specifici episodi che da un comportamento vigile e proattivo della piattaforma¹²². In questo frangente, si profila in un certo senso un rovesciamento dell’argomento a favore della *self-regulation* che faceva leva sulla necessità della fiducia quale elemento fondante della *sharing economy* e, quindi, sull’interesse delle piattaforme a darsi delle regole per garantire tale fiducia tra gli utenti (v., *supra* par. 3). La necessità di infondere un senso di sicurezza tra gli utenti per facilitare le interrelazioni tra pari, se letta in quest’ot-

¹¹⁹ Un’eccezione in tal senso è rappresentata, ad esempio, dalla piattaforma *Fairbnb* (v. *supra* nt. 34), che nei contesti a maggiore tensione abitativa introduce la regola *one host – one house*, limitando così la diffusione di *host* multiproprietari. Va però rilevato come *Fairbnb* faccia della propria attenzione alla sostenibilità un tratto distintivo proprio rispetto alle altre piattaforme dell’*home sharing*.

¹²⁰ Cfr., in prospettiva più generale, D.S. EVANS-R. SCHMALENSSEE, *Matchmakers. The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, Boston, 2016.

¹²¹ G. SMORTO, *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, cit., p. 121.

¹²² Si pensi al “divieto di feste” introdotto negli USA da *Airbnb* dopo che in una sparatoria ad una festa presso una villa affittata sulla piattaforma (in violazione delle regole poste dall’*host*) sono morte cinque persone: si v. Usa, *Airbnb: “Niente più feste nelle case”. Il divieto dopo gli omicidi di Halloween in California*, in *laRepubblica* (versione online), 3 novembre 2019, disponibile al seguente link: https://www.repubblica.it/esteri/2019/11/03/news/stati_unity_airbnb_usa_halloween_divieto_feste-240160230/. Quanto alle risposte “poco efficaci” delle piattaforme alle crescenti accuse di comportamenti discriminatori, cfr. N. SCHOENBAUM, *Law and Norms in the Market Response to Discrimination in the Sharing Economy*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 13, n. 2/2019, p. 1 ss., spec. p. 7 ss.

tica, potrebbe portare al contrario – proprio per preservare un’apparenza di sicurezza – ad una minore trasparenza e alla tentazione di celare i problemi che pure dovessero emergere. Va rilevato peraltro come, anche nei casi in cui le problematiche emergono ed hanno una certa risonanza nel dibattito pubblico, i correttivi introdotti si mostrino spesso palesemente inadatti, svelando quanto l’interesse della piattaforma sia diretto più a ridimensionare i danni alla propria reputazione che a risolvere realmente il problema¹²³.

Ciò non deve stupire più di tanto: al di là della retorica della *sharing economy*, le piattaforme che operano nel settore rimangono pur sempre imprese commerciali, soggetti privati che – pur con tutti i distinguo del caso – operano al fine di massimizzare i propri profitti. Ciò non esclude affatto che possano adottare correttivi, anche efficaci, rispetto a talune esternalità negative provocate dalla propria attività; ma dovrebbe mettere in guardia dalla tentazione di appaltare loro, *in toto* o in larga misura, la regolazione di aspetti che hanno ricadute sulla tutela di interessi pubblici.

L’osservazione può apparire banale finché non la si colloca nel quadro di complessivo favore per la *self-regulation* emerso agli albori della *sharing economy* (e descritto *supra* nei par. 3 e 4), in cui assume invece tutt’altra pregnanza.

Una valutazione critica a parte meritano i meccanismi reputazionali *online*, una forma di *self-regulation* – come si è detto – assai diffusa nella *sharing economy*. Si è visto *supra* (par. 3) come – sulla scorta degli studi di Sofia Ranchordás – si possano individuare due forme di legittimazione di questi strumenti: l’una informativa (nel senso che questi meccanismi accrescerebbero le informazioni a disposizione degli utenti); l’altra democratica (nel senso che gli utenti parteciperebbero direttamente alla definizione di informazioni e quindi regole).

Quanto al primo fondamento di legittimazione, si può affermare – sulla base di una letteratura interdisciplinare oramai significativa – che la maggiore informazione assicurata dai sistemi reputazionali *online* è piuttosto un’apparenza di maggiore informazione¹²⁴. I limiti dei meccanismi in questione sono d’altronde

¹²³ Un esempio efficace in tal senso è il *form* di *Airbnb* messo a disposizione dei vicini per segnalare le problematiche come “rumori eccessivi e feste” o la violazione delle “normative locali in materia, ad esempio, di spazzatura, parcheggio oppure home-sharing”. Si v. <https://www.airbnb.it/neighbors>. L’eventuale segnalazione da parte dei vicini può infatti avviare una verifica da parte della piattaforma, ma non è chiaro quali siano le potenziali conseguenze. Va peraltro evidenziato che, non essendo possibile localizzare *online* se un preciso immobile è pubblicizzato su *Airbnb* o meno (la piattaforma non rende pubblici questi dati, ma solo l’area generica in cui l’immobile è collocato), è assai arduo per i vicini capire se i disagi sono provocati da un *host Airbnb* o da utenti di altre piattaforme di *home sharing*. Il che depone contro la concreta funzionalità di un siffatto meccanismo.

¹²⁴ Per un’ampia analisi dei limiti di tali sistemi, qui risolta nei punti più salienti, cfr. S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, vol. 5, n. 1/2018, p. 127 ss., e la bibliografia ivi richiamata; l’A. osserva che «*in the context of the platform economy, reputational feedback does not create a scenario of perfect information – it merely creates the illusion thereof*» (p. 146).

intrinseci allo strumento: in primo luogo, va ricordato che gli utenti dei servizi della *sharing economy* (dal passeggero di un'auto *Uber*, al turista che alloggia nell'appartamento *Airbnb*, all'avventore che pranza in un *home restaurant*) sono generalmente persone comuni, prive di conoscenze tecniche o specialistiche e pertanto il giudizio che offrono sul servizio sarà essenzialmente soggettivo¹²⁵. Questo comporta che la valutazione offerta può riflettere in una certa misura l'esperienza personale vissuta, ma può dire assai poco su aspetti tecnici quali, ad esempio, il livello degli *standard* di sicurezza o il rispetto delle norme d'igiene e conservazione dei cibi. Si aggiunga, quale ulteriore svalutazione delle capacità realmente informative dei meccanismi reputazionali, che ricerche empiriche hanno dimostrato come vi sia una tendenza alla prevalenza dei giudizi positivi, specie da parte dei c.d. *peers*, anche in considerazione delle ricadute negative che gli utenti presumono possa avere una loro recensione negativa del servizio¹²⁶. Da ultimo, un limite va riscontrato nella stessa struttura data dalle piattaforme ai sistemi reputazionali: non sempre è obbligatorio valutare il servizio di cui si è usufruito e non di rado i giudizi risultano vaghi e incompleti, dal momento che gli utenti non sono chiamati a descrivere puntualmente tutti gli aspetti della propria esperienza.

Il limite principale dei meccanismi reputazionali *online* (e della *self-regulation* in genere) risiede tuttavia proprio nell'argomento della legittimazione democratica. Contrariamente a quanto vorrebbe accreditare la retorica della partecipazione e del coinvolgimento diretto degli utenti, i meccanismi reputazionali si dimostrano del tutto inadeguati a sostituire il tradizionale regolatore democratico. Danno infatti voce agli utenti della *community* e solo ad essi, escludendo i diritti e gli interessi di coloro che sono "fuori" dalla *community*. Eppure le più rilevanti e preoccupanti esternalità negative della *sharing economy* spesso si producono proprio al di là del recinto della *community* degli utenti: sempre per rimanere nell'ambito dell'*home sharing*, basti pensare alla riduzione della disponibilità di alloggi a prezzi accessibili, alle ricadute sui servizi locali, ai problemi di vicinato e di rispetto della quiete pubblica. Tutte esternalità negative che gli utenti della *community* producono al di fuori della stessa, a danno di soggetti che non hanno spazio alcuno nel dibattito interno. Anzi, non può non registrarsi la tendenza di molti utenti-fornitori di alloggi su *Airbnb* e simili (commerciali e non) a unirsi in associazioni per difendere i propri interessi di *host* contro qualsiasi forma più rigorosa di regolazione delle proprie attività, a dimostrazione di quanto non solo gli interessi altrui non siano rappresentati, ma siano addirittura apertamente avversati.

¹²⁵ Cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., pp. 232-233.

¹²⁶ Cfr. S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, cit., spec. pp. 134-135.

Mentre il regolatore autenticamente democratico – pur con tutte le ben note inefficienze – è chiamato, ad ogni livello, a mediare e tener conto degli interessi di tutti i cittadini, realizzando un bilanciamento tra le diverse istanze emergenti dalla società, le linee guida della *community* o i meccanismi reputazionali avranno riguardo solo per gli interessi della *community* stessa, oltre a derivare integralmente da soggetti che son parte della *sharing economy*, in una dialettica che – dove esiste – si risolve essenzialmente nel binomio piattaforma-utenti.

In uno scritto di qualche anno fa, Roberto Bin metteva in guardia dall'eccessivo rafforzamento del ruolo e delle tutele di consumatori e utenti rispetto ai cittadini complessivamente intesi, secondo una logica che finiva per pregiudicare e pretermettere gli interessi di “chi non consuma”¹²⁷. In questo frangente, con modalità del tutto simili, il problema diviene quello dei diritti di quanti sono esclusi dalla *community*, di “chi non fa *sharing economy*”: all'interesse generale si sostituiscono infatti gli interessi *particolari* di una comunità fittizia *online*, che ha però l'interesse assai concreto a marginalizzare le necessità di quanti restano fuori e ostacolino la crescita del proprio *business*.

8. Conclusioni: oltre la self-regulation

Una volta riconosciuto il fatto che i processi di regolazione della *sharing economy*, sia a livello europeo che nazionale e sub-nazionale, si stanno muovendo concretamente in una direzione lontana dalla *self-regulation* (parr. 5-6); e riconosciuto che la *self-regulation* e i meccanismi reputazionali *online* non risultano adeguati, sul piano pratico e teorico, a disciplinare la complessità degli interessi emergente in questo settore economico, rischiando di lasciare eccessivo potere in mano alle piattaforme e di comprimere gli interessi estranei al circuito delle *community* degli utenti (par. 7), resta da chiedersi quale spazio rimanga per l'auto-normazione delle piattaforme e per i meccanismi reputazionali.

Sotto questo profilo, l'analisi non può che condurre ad una complessiva svalutazione delle capacità regolatorie di questi strumenti. Guardando ai meccanismi reputazionali, un possibile correttivo dei limiti descritti potrebbe essere quello di una parziale regolazione eteronoma degli stessi, volta a rendere più attendibili, complete e veritiere le recensioni degli utenti (anche attraverso l'introduzione di un “*technological due process*”¹²⁸). Questo però deve avvenire senza alcuna pretesa di recuperare tali strumenti ad un impiego latamente normativo. Come è stato

¹²⁷ Cfr. R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 95 ss.

¹²⁸ Sui possibili correttivi, si v. più diffusamente S. RANCHORDÁS, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, cit., spec. p. 144 ss.

icasticamente affermato da Sofia Ranchordás: «I meccanismi reputazionali restano quello che sono sempre stati: strumenti per comunicare informazioni sulla qualità o commerciali»¹²⁹.

Messa da parte la possibilità di consegnare la regolazione della *sharing economy* alla *self-regulation*, si pone tuttavia l'interrogativo su quale sia la soluzione più adatta per intervenire nel settore. Il regolatore tradizionale infatti (sia esso legislatore, autorità indipendente, ecc.) deve comunque confrontarsi con le piattaforme, sia per le informazioni di cui le stesse dispongono (e che il regolatore non ha), sia per le loro capacità operative di *enforcement*, nettamente superiori a gran parte delle autorità pubbliche (v. *supra* par. 3).

In proposito, sembrano emergere in dottrina almeno due posizioni, tra loro attingue.

In primo luogo, da parte di molti autori si chiama in causa un approccio di *co-regulation*¹³⁰. Con questa terminologia si tende ad identificare, in senso lato, il coinvolgimento dei privati nei processi di regolazione, a partire dall'attribuzione di compiti di attuazione degli obiettivi definiti dal regolatore pubblico per arrivare alla co-definizione delle regole stesse ad esito del confronto con gli *stakeholders*¹³¹. I pregi di questo sistema sono evidenti: da un lato, il regolatore pubblico non viene estromesso dal processo normativo; dall'altro, lo stesso può valersi delle informazioni e delle capacità tecniche delle piattaforme per perseguire in modo più efficace e avveduto obiettivi di interesse pubblico. Gli esempi di un approccio in questo senso sarebbero molteplici: si citano, in particolare, gli accordi di cooperazione tra *Airbnb* e città europee (Londra, Lisbona, Amsterdam, ecc.) per promuovere il rispetto delle regole locali, il prelievo delle *tourist taxes*, la definizione e applicazione di limiti ai pernottamenti¹³².

¹²⁹ Cfr. S. RANCHORDÁS, *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, cit., 236. Tradotto liberamente dall'inglese: «Reputational mechanisms remain what they have always been: a form of sending quality or commercial signals».

¹³⁰ Cfr. per questa prospettiva soprattutto M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., *passim*; nonché già M. FINCK-S. RANCHORDÁS, *Sharing and the City*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 49, 2016, disponibile anche al seguente link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741575. Vale anche qui quanto si è detto per l'*autoregolamentazione* (*supra* nt. 3): nel diritto dell'Unione europea, il termine *coregolamentazione* assume il preciso significato – differente da quello più ampio proposto in questa sede – di «meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni)»; si v. *Progetto interistituzionale – "Legiferare meglio"*, in *G.U.U.E.*, n. C 321 del 31/12/2003, p.to 22.

¹³¹ In relazione a quest'ultima prospettiva si discorre anche di «*negotiated co-regulation*»: v. M. FINCK-S. RANCHORDÁS, *Sharing and the City*, cit.

¹³² Cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., pp. 16-18.

Non va tuttavia sottovalutato il rischio che, ponendosi sullo stesso piano delle piattaforme, il regolatore pubblico incorra nella “cattura” da parte del regolato, specie se il potere contrattuale di quest’ultimo risulta significativamente superiore rispetto a quello del regolatore. In tal senso, pare si possano richiamare i casi in cui, sulla base di accordi con i singoli comuni italiani, le piattaforme hanno “preteso” una semplificazione dell’imposta di soggiorno (quanto meno nei loro confronti) quale contropartita dell’attività di *collect & remit* (riscossione e trasferimento al comune dell’imposta stessa)¹³³. Va peraltro notato come il confronto su un piano paritetico può portare la tutela degli interessi pubblici e dei valori della comunità di riferimento a divenire oggetto di contrattazione con le piattaforme, con esiti non sempre positivi. Anche su questo fronte, gli esempi sono molti: si pensi al tetto ai pernottamenti portato in Francia a 120 giorni dopo l’insistita pressione operata dalle piattaforme di *home sharing* per superare il limite precedentemente fissato a 90 giorni. Nella città di Amsterdam, invece, l’amministrazione aveva concluso un accordo con *Airbnb* per l’*enforcement* tecnologico del limite di 60 giorni e la condivisione di dati; quando si è inteso ridurre ulteriormente il limite ai pernottamenti, alla luce dell’inefficacia del limite antecedente, la piattaforma ha interrotto ogni collaborazione¹³⁴. Ma l’elenco di casi come quelli descritto è molto lungo¹³⁵.

Su una posizione prossima a quella appena descritta si collocano quegli autori che valorizzano il ruolo delle piattaforme quali “intermediari della regolazione”¹³⁶. Più che sulla definizione condivisa delle regole, l’accento in questo caso è posto sulla possibilità delle piattaforme di attuare e far rispettare le regole dettate dal decisore pubblico in misura più diretta ed efficace di quanto non possano fare le pubbliche autorità. È sempre il fattore tecnologico a giocare un ruolo centrale: gli esempi richiamati in dottrina vanno dai già menzionati blocchi automatici in

¹³³ Sia consentito rinviare su questo punto a G. MENEGUS, *Smart Cities and Airbnb: Platforms as “Regulatory Intermediaries” in Short-Term Rental Market?*, in A. CALIGIURI (ed.), *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 147 ss.

¹³⁴ È giusto il caso di ricordare come l’esempio di Amsterdam sia stato, almeno agli inizi, un punto di riferimento per i più convinti fautori di un intervento minimo del regolatore pubblico; v. ad es. F. DEL PRATO, *AirBnB: regolare poco per regolare bene*, Istituto Bruno Leoni, IBL Focus 261, 2 marzo 2016. L’esito sfortunato della collaborazione pare illustri bene quanto la disponibilità della piattaforma sia comunque condizionata alla conservazione (almeno in una certa misura) dei propri interessi economici.

¹³⁵ Un vero e proprio *cahiers de doléances* è stato realizzato su incarico del gruppo parlamentare europeo GUE/NGL: cfr. M. COX-K. HAAR, *Platform Failures. How Short-Term Rental Platforms like Airbnb fail to cooperate with cities and the need for strong regulations to protect housing*, 9 December 2020, Study commissioned by members of the IMCO committee of the GUE/NGL group in the European Parliament, disponibile al seguente link: https://left.eu/content/uploads/2020/12/Platform-Failures-v5-08-12-2020-002_compressed-1.pdf.

¹³⁶ Cfr. in part. C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO-H.-W. MICKLITZ (eds), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 115-134.

corrispondenza del raggiungimento dei tetti ai pernottamenti, al prelievo automatizzato dell'imposta di soggiorno.

Amnesso che, in questa prospettiva, la definizione delle regole rimanga saldamente nelle mani del regolatore pubblico, i limiti di questo approccio risiedono soprattutto nell'incapacità dei poteri pubblici di verificare se le piattaforme diano o meno effettivamente attuazione alle regole, in che misura e con quali risultati. Le piattaforme rimangono infatti in larga misura delle *black box*, mal disposte a condividere dati (se non in forma aggregata), restie a spiegare il funzionamento dei propri algoritmi, ma soprattutto contro-interessate nel dare una rigorosa applicazione alle regole stesse (dubbi sono stati avanzati, ad esempio, da parte delle autorità locali di Parigi sull'applicazione del limite di 120 giorni ai pernottamenti)¹³⁷.

Se viene tuttavia superata l'asimmetria conoscitiva tra pubblico e privato, quest'ultima prospettiva di "intermediazione regolatoria" appare la più promettente, giacché da un lato non fa venir meno il ruolo del regolatore pubblico, legittimato democraticamente, di dettare le regole del gioco sulla base di un contemperamento dei diversi interessi contrastanti (eventualmente soggetto al sindacato del giudice, costituzionale o amministrativo); dall'altro lato, lo stesso non si priva delle potenzialità tecniche delle piattaforme per rendere più efficiente ed effettiva l'attuazione delle regole stesse. Questo però implica, come si è detto, l'adozione di strumenti che consentano al regolatore di controllare l'attuatore (le piattaforme) e di un'efficace condivisione dei dati.

Segnali incoraggianti in questo senso sembrano rinvenibili nell'iniziativa europea sugli affitti brevi, laddove si indica quale uno degli obiettivi principali quello di garantire l'accesso delle autorità pubbliche alle informazioni in possesso delle piattaforme, «considerando anche l'elaborazione di strumenti tecnici per facilitare la condivisione dei dati, come lo sviluppo di un'interfaccia di programmazione delle applicazioni (API)»¹³⁸. Se le soluzioni ivi prefigurate diverranno realtà e potranno rappresentare un modello anche per altri settori della *sharing economy* è presto per dirlo; certo è che per "forzare" la collaborazione delle piattaforme in tal senso il livello europeo appare l'unico idoneo, trattandosi nei fatti del solo soggetto – assieme forse a pochi Stati membri – che può confrontarsi in una posizione almeno paritetica con i principali attori dell'economia digitale¹³⁹.

¹³⁷ Sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Smart Cities and Airbnb: Platforms as "Regulatory Intermediaries" in Short-Term Rental Market?*, cit., p. 150 ss.

¹³⁸ Commissione europea, DG Grow G.3, *Short-term rental initiative – Inception Impact Assessment*, cit., 3. Indicazioni in tal senso si ritrovano già in dottrina; cfr. M. FINCK, *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, cit., pp. 22-23; C. BUSCH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, cit., p. 12.

¹³⁹ Quanto persino il livello statale possa risultare inadeguato a "vincolare" le piattaforme lo dimostra chiaramente l'esperienza italiana: la controversia tra *Airbnb* e Agenzia delle entrate ha sostanzialmente impedito sino ad oggi (inizio 2022) l'applicazione della disciplina di legge adottata nel 2017 (v. *supra* par. 5, d.l. n. 50/2017).

* * *

Post scriptum

Nell'arco di tempo trascorso tra la consegna delle bozze di questo scritto e l'*imprimatur* da parte della Casa editrice sono occorsi diversi eventi di primario interesse per i temi che affronta il lavoro.

Ci si limita a segnalarne due, che confermano – forse più di quanto fosse lecito attendersi – il definitivo superamento dell'approccio di *soft law*, rimesso all'auto-regolazione, per abbracciare forme ben più incisive di intervento normativo.

Il primo evento è rappresentato dalla pubblicazione della *Proposta di regolamento relativo alla raccolta e alla condivisione dei dati riguardanti i servizi di locazione di alloggi a breve termine*¹⁴⁰, che segna un avanzamento significativo nel percorso intrapreso dalla Commissione europea con l'iniziativa sugli affitti brevi. Al di là dei contenuti della proposta – che disciplina un quadro armonizzato per i sistemi di registrazione per gli *host*, con obblighi di *data sharing* per le piattaforme e forme di *regulation by design* – è l'*Explanatory memorandum* della proposta a chiarire lo scarto regolatorio rispetto al passato. Lì dove la Commissione spiega la scelta dello strumento normativo, si può infatti leggere che limitare l'azione dell'Unione alla consueta promozione di iniziative volontarie dell'industria e misure di accompagnamento «sarebbe [stato] probabilmente inefficace, perché si affiderebbe alla volontà dell'industria degli affitti brevi di cambiare lo status quo». E sempre la Commissione nota che i precedenti approcci *soft*, tra i quali anche la Comunicazione sull'economia collaborativa del 2016, «non hanno condotto a miglioramenti significativi nella trasparenza del settore degli affitti brevi e sono stati ritenuti insufficienti da molti portatori d'interesse». I *soft tools* sono dunque definitivamente archiviati richiamandosi alle iniziative di Consiglio¹⁴¹ e Parlamento¹⁴² per una maggiore trasparenza e certezza giuridica nel settore, le quali – secondo la Commissione – avrebbero palesato «i limiti e l'inefficienza di strumenti come gli accordi volontari impiegati a livello europeo e nazionale». Quest'ultima osservazione sembrerebbe peraltro accantonare persino l'approccio della *co-regulation* – che pure si era preso in considerazione nelle Conclusioni (par. 8) – anche se è prematuro trarre riflessioni di portata generale da un'iniziativa specifica e ancora in corso di approvazione.

¹⁴⁰ La proposta può leggersi, in inglese, al seguente link: https://single-market-economy.ec.europa.eu/system/files/2022-11/COM_2022_571_1_EN_ACT_part1_v7.pdf.

¹⁴¹ CONSIGLIO, *Conclusioni su "Il turismo in Europa nel prossimo decennio: sostenibile, resiliente, digitale, globale e sociale"*, 27 maggio 2021, <https://www.consilium.europa.eu/media/49960/st08881-en21.pdf>.

¹⁴² PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sull'accesso a un alloggio dignitoso e a prezzi abbordabili per tutti* (2019/2187(INI)), cit.

Quanto al secondo evento di rilievo, questa volta a livello nazionale, si segnala l'adozione, in sede di conversione del d.l. n. 50/2022, dell'art. 37-*bis*, recante *Misure per favorire l'incremento dell'offerta di alloggi in locazione per uso residenziale di lunga durata nella città storica di Venezia*. Benché circoscritto al solo capoluogo veneto, l'intervento normativo si segnala per essere il primo esempio di *hard regulation* nel contesto italiano che mira a disciplinare il settore degli affitti brevi. La norma prevede infatti che – al fine di «favorire l'incremento dell'offerta di alloggi in locazione per uso residenziale di lunga durata e la residenzialità nel centro storico nonché di tutelare il patrimonio storico-artistico e ambientale» – il Comune possa «integrare i propri strumenti urbanistici con specifiche disposizioni regolamentari per definire, in modo differenziato per ambiti omogenei, con particolare riguardo al centro storico e alle isole della laguna veneziana, i limiti massimi e i presupposti per la destinazione degli immobili residenziali ad attività di locazione breve», ovvero «stabilire, con specifiche disposizioni regolamentari, che lo svolgimento [della locazione breve] per una durata superiore a centoventi giorni, anche non consecutivi, in ciascun anno solare sia subordinato al mutamento della destinazione d'uso e della categoria funzionale dell'immobile». All'evidenza, si tratta di un approccio ben lontano dalle forme della *self-* e *co-regulation* descritte e assai più prossimo a esempi di programmazione e pianificazione urbanistica di stampo tradizionale.

All'osservatore dei processi regolatori della *sharing economy* non resta che registrare il cambio di paradigma e attendere gli sviluppi di tale mutamento sul piano applicativo, per poter valutare se e in che misura il diverso metodo adottato sappia adeguatamente affrontare le problematiche evidenziate nell'esperienza precedente.

BIBLIOGRAFIA

- ALVISI C.-CLARONI A., *Problemi di governo della sharing economy nel settore delle locazioni turistiche e del bike-sharing*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2019, p. 917 ss.
- BARTOLONI M.E., *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in questo Volume.
- BERETTA G., *Il regime fiscale delle locazioni brevi*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2018, p. 1011 ss.
- BERNARDI M., *Un'introduzione alla Sharing Economy*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2015.
- BETZU M., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, p. 166 ss.
- BIN R., *I diritti di chi non consuma*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 95 ss.

- BLACK J., *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, vol. 59, n. 1/1996.
- BOTSMAN R., *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption-And What Isn't?*, in *Fast Company*, 27 maggio 2015.
- BOTSMAN R., *The Sharing Economy Lacks A Shared Definition*, in *Fast Company*, 21 novembre 2013.
- BOTSMAN R.-ROGERS R., *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, HarperBusiness, New York, 2010.
- BRONZINI G., *L'Agenda europea sull'economia collaborativa. Much ado about nothing?*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3/2016, p. 259 ss.
- BUCALO M.E., *I servizi delle piattaforme online fra giurisprudenza sovranazionale e interna*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, p. 66 ss.
- BUSCH C., *Regulating Airbnb in Germany – status quo and future trends*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, n. 1/2019.
- BUSCH C., *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO-H.-W. MICKLITZ (eds), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 115-134.
- CANTERO GAMITO M., *Regulation.com: self-regulation and contract governance in the platform economy: a research agenda*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 2/2017, p. 53 ss.
- CARUSO E., *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 31, 95 (1 2018), p. 223 ss.
- CARVALHO J.M.-POLICARPO P., *Regulating Airbnb in Portugal*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7, n. 6/2018, p. 256 ss.
- CAUFFMAN C., *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, n. 6/2016, p. 235 ss.
- CELATA F.-ROMANO A., *Overtourism and online short-term rental platforms in Italian cities*, in *Journal of Sustainable Tourism*, 2020.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA G. (dir.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Reus, Madrid, 2018.
- CHAPUIS-DOPPLER A.-DELHOMME V., *Regulating Composite Platform Economy Services: the State-of-play after Airbnb Ireland*, in *European Papers*, n. 1/2021, p. 411 ss.
- CÓCOLA GANT A., *Holiday rentals: The new gentrification battlefield*, in *Sociological Research Online*, vol. 21, n. 3/2016.
- CÓCOLA GANT A., *Tourism gentrification*, in L. LEES-M. PHILLIPS (eds), *Handbook of Gentrification Studies*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 281 ss.
- COHEN M.-SUNDARARAJAN A., *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, 2015, p. 116 ss.
- COX M.-HAAR K., *Platform Failures. How Short-Term Rental Platforms like Airbnb fail to cooperate with cities and the need for strong regulations to protect housing*, 9 December 2020, Study commissioned by members of the IMCO committee of the GUE/NGL group in the European Parliament.
- D'IPPOLITO G., *Sharing economy: l'esperienza italiana della XVII legislatura alla luce degli orientamenti europei*, in *MediaLaws*, n. 2/2018, p. 298 ss.
- DAVIDSON N.M.-FINCK M.-INFRANCA J.J. (eds), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, CUP, Cambridge, 2018.

- DE STEFANO V., *The Rise of the 'Just-in-Time Workforce': On-Demand Work, Crowd Work and Labour Protection in the 'Gig-Economy'*, in *ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper*, No. 71, 2016 (Ginevra, ILO).
- DEL PRATO F., *AirBnB: regolare poco per regolare bene*, Istituto Bruno Leoni, IBL Focus 261, 2 marzo 2016.
- DEL PRATO F.-STAGNARO C., *Take it easy, rider! Perché la flessibilità dei lavoretti è un valore e non un limite*, Istituto Bruno Leoni, Briefing Paper, No. 167, 13 luglio 2018.
- DELL'ATTI A., *L'Agenda Europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2/2016, p. 107 ss.
- DODDS R.-BULTER R., *Overtourism. Issues, realities and solutions*, De Gruyter Oldenbourg, 2019.
- DUSO T.-MICHELSEN C.-SCHÄFER M.-DUCBAO TRAN K., *Airbnb and Rental Markets: Evidence from Berlin*, CEPR Discussion Paper No. DP16150, 11 maggio 2021.
- EDELMAN B.-LUCA M., *Digital Discrimination: The Case of Airbnb.com*, in *Harvard Business School Working Paper 14-054*, 10 gennaio 2014.
- EVANS D.S.-SCHMALENSEE R., *Matchmakers. The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, Boston, 2016.
- FINCK M., *Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, in *European Law Review*, vol. 43, n. 1/2018, p. 47 ss.
- FINCK M., *Distinguishing internet platforms from transport services: Elite Taxi v. Uber Spain*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, n. 5/2018, p. 1619 ss.
- FINCK M., *The Sharing Economy and the EU*, in N.M. DAVIDSON-M. FINCK-J.J. INFRANCA (eds), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, CUP, Cambridge, 2018, p. 261 ss.
- FINCK M.-RANCHORDÁS S., *Sharing and the City*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 49, 2016.
- FOLTRAN F., *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in *MediaLaws*, n. 3/2019.
- FOULQUIER N.-ROTOULLIÉ J.C., *Numérique et tourisme: la réglementation française sur les locations meublées de tourisme*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2018, p. 32 ss.
- FRAGALE E.N., *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, in *Munus*, n. 3/2020, p. 549 ss.
- GARCIA-LÓPEZ M.-À.-JOFRE-MONSENY J.-MARTÍNEZ MAZZA R.-SEGÚ M., *Do short-term rental platforms affect housing markets? Evidence from Airbnb in Barcelona*, Working Papers 2019/05, Institut d'Economia de Barcelona (IEB), nonché in *Journal of Urban Economics*, Vol. 119, 2020.
- GUTTENTAG D., *Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector*, in *Current Issue on Tourism*, vol. 18, n. 12/2015, p. 1192 ss.
- HACKER P., *UberPop, UberBlack, and the regulation of digital platforms after the Asociación Profesional Elite Taxi judgment of the CJEU: judgment of the Court (Grand Chamber) 20 December 2017*, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15), in *European Review of Contract Law*, vol. 14, n. 1/2018, p. 80 ss.
- HATZOPOULOS V., *After Uber Spain: The EU's Approach on the Sharing Economy in Need of Review?*, in *European Law Review*, vol. 44, n. 1/2019, p. 88 ss.
- HATZOPOULOS V., *Disarming Airbnb: dismantling the Services Directive?*, in *Common Market Law Review*, Vol. 58, n. 3/2021, p. 905 ss.

- HATZOPOULOS V., *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2018.
- HATZOPOULOS V.-ROMA S., *Caring for Sharing? The Collaborative Economy under the EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 1/2017.
- INGLESE M., *Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e Airbnb Ireland*, in *Eurojus*, n. 1/2020, p. 37 ss.
- INGLESE M., *L'economia collaborativa tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le prime proposte di armonizzazione: verso il Digital Markets Act e il Digital Services Act*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4/2020, p. 843 ss.
- KOOPMAN C.-MITCHELL M.D.-THIERER A.D., *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*, in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, vol. 8, n. 2/2015, *Mercatus Research Paper*.
- LESSIG L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.
- LUCA M.-BAZERMAN M.H., *What Data Experiments Tells Us about Racial Discrimination on Airbnb*, 19 giugno 2020.
- MARTÍNEZ NADAL A., *Regulating Airbnb in Spain*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, 1, 2019.
- MENEGUS G., *Locazioni per finalità turistiche: il codice identificativo lombardo supera lo scrutinio di costituzionalità*, in *Le Regioni*, n. 3/2019, p. 825 ss.
- MENEGUS G., *Recenti interventi delle Regioni ordinarie in materia di locazioni per finalità turistiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020 – Rubrica: Fonti delle Regioni ordinarie, p. 1 ss.
- MENEGUS G., *Smart Cities and Airbnb: Platforms as "Regulatory Intermediaries" in Short-Term Rental Market?*, in A. CALIGIURI (ed.), *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 147 ss.
- MOSTACCI E.-SOMMA A., *Il caso Uber: la sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016.
- NIEUWLAND S.-VAN MELIK R., *Regulating Airbnb: how cities deal with perceived negative externalities of short-term rentals*, in *Current Issues in Tourism*, 2018, p. 1 ss.
- OLIVITO E., *Le diseguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020.
- PAIS I., *La platform economy: aspetti metodologici e prospettive di ricerca*, in *Polis*, n. 1/2019, p. 143 ss.
- PALMIERI A., *Uber Pop: fine delle corse in (mezza) Europa?*, in *Foro it.*, n. 2/2018, IV, p. 95 ss.
- PEETERS P.-GÖSSLING S.-KLIJS J.-MILANO C.-NOVELLI M.-DIJKMANS C.-EIJGELAAR E.-HARTMAN S.-HESLINGA J.-ISAAC R.-MITAS O.-MORETTI S.-NAWIJN J.-PAPP B.-POSTMA A., *Research for TRAN Committee – Overtourism: impact and possible policy responses*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2018.
- PERALTA S.-PEREIRA DOS SANTOS J.-GONÇALVES D., *Do short-term rentals increase housing prices? Quasi-experimental evidence from Lisbon*, GEE Papers 0155, Gabinete de Estratégia e Estudos, Ministério da Economia, Portugal, giugno 2020.
- PETRUZZI M.A.-SHEPPARD V.-MARQUES C., *Positioning Airbnb and Fairbnb in the sharing-exchange continuum*, in *Current Issues in Tourism*, 2019.
- PICA N., *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e sharing economy. Il caso delle locazioni turistiche (cd. home sharing)*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2020, p. 893 ss.

- PICASCIA S.-ROMANO A.-TEOBALDI M., *The airification of cities: making sense of the impact of peer to peer short term letting on urban functions and economy*, in *Proceedings of the Annual Congress of the Association of European Schools of Planning*, Lisbon, 2017, p. 2212 ss.
- RAMELLA F.-MANZO C., *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, il Mulino, Bologna, 2019.
- RAMPAZZO N., *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6/2015, p. 957 ss.
- RANCHORDÁS S., *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, in *Critical Analysis of Law*, vol. 5, n. 1/2018, p. 127 ss.
- RANCHORDÁS S., *Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 13, n. 2/2019, p. 204 ss.
- RUGGERI F., *Regole di trasparenza e rapporti tra imprese nei mercati digitali: il regolamento (UE) 2019/1150 sull'intermediazione online e i motori di ricerca*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021, p. 397 ss.
- SCHAUB M.Y., *Why Uber is an information society service*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 7, n. 3/2018, p. 109 ss.
- SCHOENBAUM N., *Law and Norms in the Market Response to Discrimination in the Sharing Economy*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 13, n. 2/2019, p. 1 ss.
- SCHOR J., *Debating the Sharing Economy*, ottobre 2014, tr.it. *Il dibattito sulla sharing economy*, in G. SMORTO-T. BONINI (a cura di), *Shareable! L'economia della condivisione*, Edizioni di Comunità, Roma, 2017.
- SEMI G., *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, il Mulino, Bologna, 2015.
- SMORTO G., *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)*, in V. FALCE (a cura di), *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 49 ss.
- SMORTO G., *Regulation (and Self-regulating) the Sharing Economy in Europe: An Overview*, in BRUGLIERI M. (eds), *Multidisciplinary Design of Sharing Services. Research for Development*, Springer, Cham, 2018.
- SOMMA A. (a cura di), *Lavoro alla spina, welfare à la carte: lavoro e Stato sociale ai tempi della gig economy*, Meltemi, Milano, 2019.
- STAGLIANÒ R., *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Einaudi, Torino, 2018.
- STEPHANY A., *The Business of Sharing: Making It in the New Sharing Economy*, Palgrave Macmillan, Hampshire New York, 2015.
- SUNDARARAJAN A., *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT press, Cambridge (MA), 2016.
- SZPUNAR M., *Regulating the Collaborative Economy in the European Union*, in G. BARRETT-J.-P. RAGEADE-D. WALLIS-H. WEIL (eds), *The Future of Legal Europe: Will We Trust in It? Liber Amicorum in Honour of Wolfgang Heusel*, Springer, Cham, 2021, p. 735 ss.
- THIERER A.-KOOPMAN C.-HOBSON A.-KUIPER C., *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the 'Lemons Problem'*, in *University of Miami Law Review*, vol. 70, n. 3/2016, Mercatus Research Paper.
- TRAINA D., *Il governo del territorio per un turismo innovativo e sostenibile*, in G. MORBIDELLI-M. MORISI (a cura di), *Dal turismo di massa al turismo di qualità*, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Cesifin On-line, Firenze, 2020, p. 75 ss.

- TULLIO P., *Airbnb nell'Unione europea: tra prevenzione della concorrenza sleale e libera prestazione dei servizi*, in *Riv. it. dir. tur.*, n. 32/2021, p. 7 ss.
- TURCI M., *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8/2018, I, p. 1088 ss.
- VAN ACKER L., *C-390/18 – The CJEU Finally Clears the Air(bnb) Regarding Information Society Services*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, n. 2/2020, p. 77 ss.
- VAN CLEYNENBREUGEL P., *Accommodating the freedom of online platforms to provide services through the incidental direct effect back door: Airbnb Ireland*, in *Common Market Law Review*, n. 4/2020, p. 1201 ss.
- VAN CLEYNENBREUGEL P., *Will Deliveroo and Uber Be Captured by the Proposed EU Platform Regulation? You'd Better Watch Out ...*, in *European Law Blog*, 12 marzo 2019.
- VAN HAAREN J.-VERMEULEN S.-KLIJS J.-KOENS K.-BIJL J., *Short-term accommodation rental in Amsterdam. An empirical investigation of statistical correlations between short-term rental, housing prices and quality of life index*, European Commission, DG for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.
- YRIGOIY I., *Rent gap reloaded: Airbnb and the shift from residential to touristic rental housing in the Palma Old Quarter in Mallorca, Spain*, in *Urban Studies Journal*, vol. 56, n. 1/2018.
- ZERVAS G.-PROSERPIO D.-J.W. BYERS, *A First Look at Online Reputation on Airbnb, Where Every Stay is Above Average*, in *Marketing Letters*, vol. 32, n. 1/2021.

DALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI ALL'ORDINAMENTO DEI DATI (L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO CINESE E DEL DIRITTO EUROPEO DEI DATI)

di *Simone Calzolaio*

Sommario: 1. Oggetto del contributo e introduzione. – 2. Il quadro giuridico europeo e cinese in materia di dati: il *Brussels effect* sul PIPL. – 3. Le categorie giuridiche di dati e informazioni personali nel diritto europeo e nel diritto cinese: verso un effetto del PIPL sull'ordinamento europeo? – 4. Data governance: quadro unitario cinese vs. mosaico europeo?

1. *Oggetto del contributo e introduzione*

Il legislatore cinese ha adottato due importanti leggi nel 2021: la c.d. “*data security law*” (di seguito, DSL) e la c.d. “*personal information protection law*” (di seguito, PIPL). Queste norme si aggiungono alle previsioni del Codice civile cinese (come modificato nel 2020) in riferimento alla protezione delle informazioni personali e al previgente *Cyber Security Law* (di seguito, CSL) del 2017. In particolare, la recente legge cinese sulla protezione delle informazioni personali (PIPL) appare largamente ispirata alla disciplina europea in materia di protezione dei dati personali (Reg. Ue 679/2016, GDPR), da cui trae, in sostanza, il modello di tutela.

Ovviamente per comprendere in profondità i cambiamenti introdotti nel diritto cinese attraverso queste nuove leggi sarebbe necessario uno studio più analitico e comprensivo del presente, che tenga conto anche della prassi applicativa che si sta sviluppando a partire dall'entrata in vigore delle nuove norme.

Si può tuttavia osservare immediatamente che il legislatore cinese introduce una serie di innovazioni nel diritto dei dati, utilizzando nozioni in qualche modo nuove (*important data*, *core national data*), e creando un sistema peculiare di interrelazioni delle nozioni di base (dati e informazioni personali), che rappresenta il contesto ed il quadro normativo nell'ambito del quale si sviluppa la regolazione e, più precisamente, il “diritto dei dati” cinese.

Obiettivo di questo contributo è descrivere brevemente le innovazioni introdotte, cercando di comprendere che cosa l'impostazione del legislatore cinese può suggerire per l'evoluzione – in atto, peraltro – del diritto europeo dei dati: infatti, ad avvi-

so di chi scrive, queste definizioni possono essere rilevanti per iniziare a qualificare i caratteri distintivi dei diversi modelli di *data governance* cinese ed europeo.

Questa ricerca si ritiene poter avere una duplice valenza in ordine al tema della regolazione, della co-regolazione e della autoregolazione della disciplina del diritto dei dati, poiché tenta di qualificare le nozioni giuridiche che sono la base di ogni forma di regolazione dello “Stato tecnologico”: dato, dato personale, informazione personale e dati importanti e/o strategici.

Negli anni più recenti l’attenzione della dottrina si è fortemente concentrata sull’avvento e sul ruolo (anche schiettamente regolatorio) delle piattaforme digitali¹. Qui ci si vuole concentrare su un altro, connesso e forse pregiudiziale, profilo.

Si deve osservare che, da un lato, è il diritto che determina gli assetti della regolazione, qualsiasi forma assuma, individuando e determinando queste nozioni fondamentali (di “dato”, con le relative declinazioni); ma, dall’altro, è importante rilevare che è la stessa evoluzione tecnologica che implica determinati concetti e (pre-determina determinate nozioni e determinati contenuti delle nozioni in oggetto, in qualche modo seguendo la chiave di lettura offerta da Lawrence Lessig, secondo cui “*code is law*”²: è l’architettura informatica della rete o della tecnologia digitale che individua l’essere ed anche il dover essere dell’ordinamento giuridico del cyberspazio (poiché consente o non consente, riconosce o non riconosce, include o esclude, *by default*, comportamenti e facoltà, e quindi diritti e doveri). Sotto questo profilo è la tecnologia che determina i contenuti necessari delle nozioni che consentono la regolazione, la co-regolazione e l’auto-regolazione del diritto dei dati e l’ordinamento giuridico, in qualche modo, si trova a dover innestare i propri indirizzi regolatori – specialmente quelli concernenti la dimensione costituzionale della tutela dei diritti delle persone e, più di recente, degli interessi nazionali che garantiscono la sovranità, l’autonomia e l’indipendenza dello Stato – su “nozioni” (impostazioni) già predeterminate dall’architettura tecnologica e dalla sua evoluzione. Il codice imposto dalla tecnologia è, rappresenta, una forma di regolazione cogente.

¹ Si veda l’interessante contributo, in corso di pubblicazione, di F. DI PORTO-A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l’intelligenza artificiale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell’IA: profili giuridici*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 617 ss., le quali giustamente rilevano che «L’effetto diretto ed immediato del mutato ruolo delle piattaforme consiste in un cambio di prospettiva della funzione regolatoria: da un sistema di governance bilaterale (regolatore-destinatario) ad un sistema di regolazione trilaterale (regolatore-intermediario-destinatario)» e che quindi «non si tratta tanto o solo di disciplinare la funzione regolatoria delle piattaforme, che si esercita tramite intelligenza artificiale (l’IA come oggetto di regolazione); ma si tratta di capire in che modo l’IA di cui si avvalgono le piattaforme quando esercitano la propria funzione regolatoria possa entrare nel sistema della governance regolatoria trilaterale più sopra cennata (l’IA come strumento di regolazione)». Si veda anche l’ampia e aggiornata dottrina ivi citata per avere un quadro preciso dello stato dell’arte e della sua evoluzione, senza necessità di replicarla qui.

² Cfr. L. LESSIG, *Code 2.0*, Basic Books, 2006.

In sostanza, però, ordinamento giuridico ed evoluzione tecnologica – ivi compresa l'evoluzione tecnico-funzionale delle piattaforme digitali – determinano le nozioni e procedono alla regolazione del diritto dei dati in una mutua e costante relazione dialettica, in cui ciascun momento (architettura tecnologica e regolazione) influenza continuamente l'altro³. A mio avviso, è da questa dialettica che sono sorte le nozioni di informazione personale, dato importante, dato di interesse nazionale, dato strategico che di seguito saranno descritte. E queste nozioni sono la base di qualunque forma di regolazione del diritto dei dati, pubblica o (di norma ormai, solo apparentemente) privata. E la dialettica fra “code” e forme di regolazione formali (ivi compresa la co-regolazione e l'autoregolazione) è essa stessa un modello di co-regolazione dello Stato tecnologico di diritto.

2. Il quadro giuridico europeo e cinese in materia di dati: il Brussels effect sul PIPL

Il quadro normativo europeo si presenta abbastanza semplice, almeno sotto il profilo della qualificazione regolatoria della nozione di dato.

I dati personali sono disciplinati dal Regolamento Ue 679/2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, meglio noto come GDPR.

I dati non personali sono disciplinati dal Regolamento Ue 1807/2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

Accanto a queste norme, altre se ne stanno gradualmente aggiungendo che, direttamente o indirettamente, qualificano la nozione di “dato” in coerenza con le finalità perseguite da ciascuna proposta normativa: si pensi in particolare al Regolamento Data governance Act (DGA – approvato il 6.4.2022⁴); alla proposta di Regolamento Ue c.d. Digital Services Act (Dicembre 2020); alla proposta di Regolamento Digital Markets Act (Dicembre 2020, approvato nel luglio 2022) e ancora alla proposta di Regolamento in materia di Intelligenza artificiale (Aprile 2021)⁵ e di Regolamento riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (c.d. Data act, febbraio 2022).

³ Su questo aspetto, molto utile la relazione instaurata fra evoluzione tecnologica del cloud computing e parallela influente evoluzione giuridica della disciplina statunitense in materia, che descrive V. BONCINELLI, *Modelli tecnici e disciplina giuridica del c.d. cloud computing*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, p. 27 ss.

⁴ Cfr. art. 2, par. 1, n. 1 (data), n. 8 (data holder), n. 9 (data user), n. 10 (data sharing), n. 16 (data altruism).

⁵ Cfr. art. 3, par. 1, n. 29 (*training data*), n. 30 (*validation data*), n. 31 (*testing data*), n. 32 (*input data*), n. 33 (*biometric data*). Si veda in particolare l'art. 10 sul concetto di “data governance”.

L'insieme di queste discipline, qualora approvate e vigenti in contemporanea, produrrebbe un quadro regolatorio complesso e articolato⁶, nell'ambito del quale "i dati", i soggetti che hanno la disponibilità dei dati e i soggetti che sfruttano i dati sono governati in modi specifici e differenziati. Al di là delle buone intenzioni manifestate in tutte queste discipline – che fanno sempre salva l'applicazione del GDPR –, non sarà (in questo momento, non sarebbe) così semplice armonizzare l'insieme di queste discipline con i vigenti regolamenti europei in tema di protezione dei dati personali e di libera circolazione dei dati non personali.

In altre parole, come è stato osservato⁷, c'è il rischio di una ipertrofia regolatoria europea sul diritto dei dati e delle piattaforme digitali, che può condurre a difficoltà interpretative e, soprattutto, a difficoltà operative per le imprese europee in un settore di spietata competizione globale, che non le vede prevalere al momento.

In ogni caso, le categorie legali europee di dato sono essenzialmente due ("dati personali" e "dati non personali") e, forse, con l'entrata in vigore del Data Governance Act, sarà introdotta anche la nozione generale di "dato".

Dato personale	Dato non personale
REGULATION (EU) 2016/679 ON THE PROTECTION OF NATURAL PERSONS WITH REGARD TO THE PROCESSING OF PERSONAL DATA AND ON THE FREE MOVEMENT OF SUCH DATA, AND REPEALING DIRECTIVE 95/46/EC (GENERAL DATA PROTECTION REGULATION)	REGULATION (EU) 2018/1807 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 14 NOVEMBER 2018 ON A FRAMEWORK FOR THE FREE FLOW OF NON PERSONAL DATA IN THE EUROPEAN UNION

Volgendoci ora verso est, come è stato autorevolmente rilevato⁸, «China is a late entrant to the field of personal information protection and privacy law»⁹.

La disciplina legale cinese sulla sicurezza dei dati e la protezione delle informazioni (si noti sin d'ora: informazioni, non dati) personali è attualmente suddivisa in quattro corpi normativi.

⁶ Cfr. European Parliamentary Research Service, *Governing data and artificial intelligence for all. Models for sustainable and just data governance*, 11 July 2022, in [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2022\)729533](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2022)729533).

⁷ Cfr. S. TORREGIANI, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell'ipertrofia normativa*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, pp. 47 ss.

⁸ Cfr. P. DE HERT-V. PAPA-KONSTANTINO, *The data protection regime in China*, 2015, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536472/IPOL_IDA\(2015\)536472_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536472/IPOL_IDA(2015)536472_EN.pdf).

⁹ Cfr. S. CUI-P. QI, *The legal construction of personal information protection and privacy under Chinese Civil Code*, in *Computer Law & Security Review*, n. 41/2021, p. 11.

Da un lato, il “*personal information protection law*” (PIPL) del 2021 e il Codice civile cinese riformato nel 2020 (artt. 111 e 1032-1039). Qui la base giuridica della protezione risiede nella nozione di informazioni personali.

Dall'altro lato, la Cybersecurity law (CSL) del 2017¹⁰ cui si è aggiunta recentemente la Data security law (DSL) del 2021. In questo caso, la base legale della protezione consiste nella nozione (e nella declinazione della nozione) di dato.

Dato		Informazione personale	
CYBERSECURITY LAW (CSL, 2017)	DATA SECURITY LAW (DSL, 2021)	CIVIL CODE (artt. 111, 1032-1039, 2020)	PERSONAL INFORMATION PROTECTION LAW (PIPL, 2021)

Il modello normativo utilizzato nella redazione del PIPL appare chiaramente ispirato al GDPR¹¹. Ci sono, ovviamente, non poche differenze sia formali che sostanziali¹², che progressivamente dovranno essere analizzate anche per comprendere l'effettivo livello di tutela del diritto cinese rispetto al diritto europeo e i profili di *compliance* cui dovranno attenersi le aziende che operano con dati personali soggetti all'applicazione del PIPL¹³.

Tuttavia, è opportuno in questo momento limitarsi ad osservare – introduttivamente e senza pretesa alcuna di esaustività – le principali somiglianze dei modelli europeo e cinese¹⁴ di tutela.

EU GDPR (2016)		PRC PIPL (2021)
ART. 4 'PERSONAL DATA' means any information relating to an identified or identifiable natural person ('DATA SUBJECT')	→→	ART. 4 PERSONAL INFORMATION is all kinds of information, recorded by electronic or other means, related to identified or identifiable natural persons.

¹⁰ Cfr. Z. YUEXIN, *Cyber protection of personal information in a multi-layered system*, in *Tsinghua China Law Review*, n. 2/2019, p. 160 ss.

¹¹ V. D. CLEMENTI, *La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?*, 28 marzo 2022, in <https://www.diritticomparati.it/rivista/>.

¹² G. GREENLEAF, *China's completed Personal Information Protection Law: Rights plus cybersecurity*, in *Privacy Laws & Business International Report*, n. 172/2021, pp. 20-23.

¹³ Cfr. D. ALBRECHT, *Chinese first Personal Information Protection Law in contrast to the European GDPR*, in *Computer Law Review International*, n. 1/2022.

¹⁴ Le norme cinesi sono tratte da <https://digichina.stanford.edu/> (traduzione non ufficiale, ma affidabile); quelle europee dal sito istituzionale dell'Unione, <https://eur-lex.europa.eu/>.

<p>ART. 5</p> <p>PRINCIPLES RELATING TO PROCESSING OF PERSONAL DATA</p> <p>1. PERSONAL DATA SHALL BE:</p> <p>(A) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject ('lawfulness, fairness and transparency')</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 5</p> <p>The principles of legality, propriety, necessity, and sincerity shall be observed for personal information handling.</p> <p>ART. 7</p> <p>The principles of openness and transparency shall be observed in the handling of personal information, disclosing the rules for handling personal information and clearly indicating the purpose, method, and scope of handling</p>
<p>ART. 5</p> <p>PRINCIPLES RELATING TO PROCESSING OF PERSONAL DATA</p> <p>1. PERSONAL DATA SHALL BE:</p> <p>(B) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes [...] ('purpose limitation')</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 6</p> <p>Personal information handling shall have a clear and reasonable purpose, and shall be directly related to the handling purpose, using a method with the smallest influence on individual rights and interests.</p>
<p>ART. 5</p> <p>PRINCIPLES RELATING TO PROCESSING OF PERSONAL DATA</p> <p>1. PERSONAL DATA SHALL BE:</p> <p>(C) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed ('data minimisation');</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 6</p> <p>The collection of personal information shall be limited to the smallest scope for realizing the handling purpose, and excessive personal information collection is prohibited</p>
<p>ART. 5</p> <p>PRINCIPLES RELATING TO PROCESSING OF PERSONAL DATA</p> <p>1. PERSONAL DATA SHALL BE:</p> <p>(D) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay ('accuracy')</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 8</p> <p>The handling of personal information shall ensure the quality of personal information, and avoid adverse effects on individual rights and interests from inaccurate or incomplete personal information.</p>

<p>PRINCIPLES RELATING TO PROCESSING OF PERSONAL DATA</p> <p>1. PERSONAL DATA SHALL BE:</p> <p>(E) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; [...] ('storage limitation')</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 19</p> <p>Except where laws or administrative regulations provide otherwise, personal information retention periods shall be the shortest period necessary to realize the purpose of the personal information handling.</p>
<p>ART. 5</p> <p>PRINCIPLES RELATING TO PROCESSING OF PERSONAL DATA</p> <p>1. PERSONAL DATA SHALL BE:</p> <p>(F) processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures ('integrity and confidentiality')</p> <p>2. The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 ('accountability').</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 9</p> <p>Personal information handlers shall bear responsibility for their personal information handling activities, and adopt the necessary measures to safeguard the security of the personal information they handle.</p>
<p>ART. 6</p> <p>LAWFULNESS OF PROCESSING</p> <p>1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:</p> <p>(a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes;</p> <p>(b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 13</p> <p>Personal information handlers may only handle personal information where they conform to one of the following circumstances:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. obtaining individuals' consent; 2. where necessary to conclude or fulfill a contract in which the individual is an interested party, or where necessary to conduct human resources management according to lawfully formulated labor rules and structures and lawfully concluded collective contracts;

<p>ART. 6</p> <p>LAWFULNESS OF PROCESSING</p> <p>1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: [...]</p> <p>(c) Processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject;</p> <p>(d) Processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person;</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 13</p> <p>Personal information handlers may only handle personal information where they conform to one of the following circumstances: [...]</p> <p>3. Where necessary to fulfill statutory duties and responsibilities or statutory obligations;</p> <p>4. Where necessary to respond to sudden public health incidents or protect natural persons' lives and health, or the security of their property, under emergency conditions;</p>
<p>ART. 6</p> <p>LAWFULNESS OF PROCESSING</p> <p>1. Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: [...]</p> <p>(E) Processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;</p> <p>(f) Processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child.</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 13</p> <p>Personal information handlers may only handle personal information where they conform to one of the following circumstances: [...]</p> <p>5. Handling personal information within a reasonable scope to implement news reporting, public opinion supervision, and other such activities for the public interest;</p> <p>6. When handling personal information disclosed by persons themselves or otherwise already lawfully disclosed, within a reasonable scope in accordance with the provisions of this law;</p> <p>7. Other circumstances provided in laws and administrative regulations.</p>
<p>ART. 22</p> <p>Automated individual decision making, including profiling</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 24</p> <p>Use of personal information to conduct automated decision making</p>
<p>ART. 20</p> <p>RIGHT TO DATA PORTABILITY</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 45, PAR. 3</p> <p>RIGHT TO PORTABILITY</p>
<p>ART. 26</p> <p>JOINT CONTROLLERS</p>	<p>→→</p>	<p>ART. 20</p> <p>JOINT HANDLERS</p>

ART. 27 DATA PROTECTION OFFICER	→→	ART. 24 PERSONAL INFORMATION PROTECTION OFFICER
ART. 35 DATA PROTECTION IMPACT ASSESSMENT	→→	ART. 55-56 PERSONAL INFORMATION IMPACT ASSESSMENT

Si può facilmente osservare che la regolamentazione del PIPL segue largamente il modello e il metodo adottati in Europa con il GDPR. I principi e gli istituti adottati ed i diritti dell'interessato sono simili, e si può scorgere una chiara e sistematica ispirazione del PIPL al GDPR.

A prima vista, quindi, sembrerebbe che sia il modello europeo ad aver plasmato il diritto cinese.

3. *Le categorie giuridiche di dati e informazioni personali nel diritto europeo e nel diritto cinese: verso un effetto del PIPL sull'ordinamento europeo?*

È opportuno soffermare l'attenzione sulle nozioni di dato e di informazione personale utilizzate nel diritto europeo ed in quello cinese.

Nel diritto europeo abbiamo una categorizzazione dei dati piuttosto semplice, ma non necessariamente completa.

Tale categorizzazione si basa sulla distinzione tra dati personali (art. 4, par. 1, n. 1, GDPR), all'interno della quale trovano posto le categorie particolari di dati personali, e dati non personali (art. 3, par. 1, n. 1, REG. UE n. 2018/1807)¹⁵. Per completezza va aggiunto che la normativa europea include, tra i dati personali, i dati pseudonimizzati, mentre tra i dati non personali sono ricompresi i dati anonimizzati¹⁶: tra gli studiosi è noto che nell'attuale contesto tecnologico la possibilità di re-identificazione rende la categoria dei dati anonimi o anonimizzati concettualmente fragile e difficile da garantire e proteggere in termini assoluti¹⁷.

¹⁵ M. FINCK-F. PALLAS, *They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*, in *International Data Privacy Law*, n. 1/2020.

¹⁶ M. ELLIOT-K. O'HARA-C. RAAB-C.M. O'KEEFE-E. MACKEY-C. DIBBEN-H. GOWANS-K. PURDAM-K. MCCULLAGH, *Functional anonymisation: Personal data and the data environment*, in *Computer Law & Security Review*, n. 34/2018, pp. 204-221.

¹⁷ Cfr. C. IRTI, *Personal Data, Non-personal Data, Anonymised Data, Pseudonymised Data, De-identified Data*, in R. SENIGAGLIA-C. IRTI-A. BERNES (eds), *Privacy and data protection in software services*, Springer, Singapore, 2022, pp. 49-57.

GDPR (REG. EU n. 2016/679)		REG. EU n. 2018/1807
PERSONAL DATA ART. 4	SPECIAL CATEGORIES OF PERSONAL DATA ART. 9	NON PERSONAL DATA ¹⁸ ART. 3
‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’) [...]	personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation	‘data’ means data other than personal data as defined in point (1) of Article 4 of Regulation (EU) 2016/679

La legge cinese su questo aspetto – basandosi sulla traduzione in inglese della Stanford University (<https://digichina.stanford.edu/>) – appare più articolata.

In primo luogo, nel PIPL (così come nel Codice Civile cinese) troviamo la nozione di “informazioni personali” e non di “dati personali” (anche se di norma vengono utilizzate come sinonimi in inglese), mentre nel DSL e nel CSL troviamo la nozione di “dati”.

Proviamo a schematizzare queste nozioni e poi proviamo a offrire una spiegazione.

PERSONAL INFORMATION		
PIPL (2021)		PRC CIVIL CODE (2020)
PERSONAL INFORMATION ART. 4	SENSITIVE PERSONAL INFORMATION ART. 28	PERSONAL INFORMATION ART. 1034
Personal information is all kinds of information, recorded by electronic or oth-	Sensitive personal information means personal information that, once leaked	Personal information is the information recorded electronically or in other

¹⁸ ... va precisato che, all’interno della categoria dei dati non personali, il Data governance act introduce le «categorie di *dati non personali* detenuti da enti pubblici» che sono considerati «*altamente sensibili* [...] laddove il loro trasferimento a paesi terzi possa mettere a rischio gli obiettivi di politica pubblica dell’Unione, quali la sicurezza e la salute pubblica, o possa comportare il rischio di una reidentificazione dei dati non personali anonimizzati» (cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_85_2021_REV_1&from=EN). Cfr. anche Cons. 24 del DGA.

<p>er means, related to identified or identifiable natural persons, not including information after anonymization handling.</p>	<p>or illegally used, may easily cause harm to the dignity of natural persons grave harm to personal or property security, including information on biometric characteristics, religious beliefs, specially-designated status, medical health, financial accounts, individual location tracking, etc., as well as the personal information of minors under the age of 14.</p>	<p>ways that can be used, by itself or in combination with other information, to identify a natural person, including the name, date of birth, identification number, biometric information, residential address, telephone number, email address, health information, whereabouts, and the like, of the person.</p>
---	---	--

DATA

Data	DSL, art. 3	“data” refers to any information record in electronic or other form.
-------------	-------------	--

Important Data	DSL, art. 21 (cfr. anche CSL, artt. 21, n. 4, e 37)	<p>The State is to establish a categorized and graded protection system for data, implementing categorized and graded protection according to the <i>data’s degree of importance</i> in economic and social development, as well as the degree of danger to national security, public interests, or the <i>lawful rights and interests of individuals</i> or organizations brought about if it is altered, destroyed, leaked, or illegally obtained or used. The national data security work coordination mechanism is to comprehensively coordinate relevant departments in formulating catalogs of <i>important data</i> and strengthen the protection of important data.</p> <p>[...]</p>
-----------------------	--	--

Each region and department, in accordance with the categorical and graded protection system for data, shall determine a *specific catalog of important data* for the respective region, department, or relevant industry, and engage in special protection of data listed in the catalog.

Core National Data	DSL, art. 21	Data related to national security, the lifelines of the national economy, important aspects of people’s livelihoods, major public interests, etc., constitute <i>core national data</i> , for which a stricter management system is to be implemented.
---------------------------	--------------	--

Fra le molte considerazioni che si potrebbero sviluppare, si intende qui limitarsi ad evidenziare tre aspetti.

a) Informazioni personali (PIPL) vs Dati (DSL) nel contesto della datificazione. Perché importa.

In primo luogo, sulla base delle definizioni contenute nelle tabelle, sembra di poter affermare che il legislatore cinese ha voluto distinguere, in modo necessariamente non casuale, tra “informazioni” (PIPL, Codice civile PRC) e “dati” (DSL, CSL).

Si potrebbe presumere che ciò che conta, ai fini del PIPL, sia l’aspetto funzionale – l’informazione – più che il profilo strutturale – i dati –, poiché l’interesse primario del PIPL è quello di proteggere i diritti e gli interessi delle persone fisiche (artt. 1 e 3). Nello stesso senso sembrano convergere le disposizioni del Codice civile della Repubblica popolare cinese in materia.

Al contrario, quando l’interesse principale è l’interesse pubblico (la sicurezza dello Stato, che – va notato – include anche «i legittimi diritti e interessi di individui o organizzazioni»), come specificato nell’art. 21 DSL), allora emerge la prospettiva della sovranità digitale dello Stato, che si basa sul riferimento alla nozione di “dati”, indipendentemente dalle informazioni che incorporano. I dati intesi come entità fisica sono e devono essere sotto il controllo dello Stato (ubicazione, disponibilità, utilizzo).

Sembra che questa distinzione (“informazioni”, “dati”) sia più adeguata al contesto attuale della datificazione¹⁹.

La datificazione²⁰ è un modo di descrivere l’attuale contesto tecnologico – che chi scrive predilige rispetto alla più diffusa nozione di *big data* – ed è costituita essenzialmente da tre fattori costitutivi: 1) un ambiente tecnologico in cui la realtà è sistematicamente proiettata in un enorme insieme di dati, che cresce inarrestabilmente di anno in anno; 2) questi dati possono essere sistematicamente analizzati e correlati da elaboratori elettronici per estrarre informazioni, in un processo di *data mining* potenzialmente infinito; 3) queste informazioni vengono utilizzate per prendere decisioni rilevanti per la sfera giuridica delle persone e di gruppi di persone, spesso in modo automatizzato (*algorithmic decision making*, ovvero processo decisionale algoritmico).

Infatti, ai fini della tutela della privacy della persona, ciò che conta non sono i “dati” intesi come entità fisica, ovvero i dati informatici, ma l’uso che se ne può fare²¹, e quindi il significato, le informazioni che il titolare/responsabile del trat-

¹⁹ M. MICHELI-M. PONTI-M. CRAGLIA-A. BERTI SUMAN, *Emerging models of data governance in the age of datafication*, in *Big data and society*, n. 2/2020, pp. 1-15.

²⁰ Cfr., volendo, S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2017, pp. 695-730, https://www.academia.edu/34896297/Voce_Protezione_dei_dati_personali_Dig_disc Pubbl_Aggiorn_2017.

²¹ Cfr. OCSE, *Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking*, 21 March 2014, pp. 14-16; M. ABRAMS, *The Origins of Personal Data and its Implications for Go-*

tamento può o intende estrarre dai dati nell'ambito del trattamento effettuato.

In questo senso, la "informazione personale" corrisponde alla nozione di "dati personali" a seconda dell'uso che ne viene fatto.

La conseguenza dell'utilizzo della nozione di informazione (uso del dato) in luogo di quella di dato (ontologia del dato informatico) appare rilevante.

Qualora non sia possibile o ragionevole aspettarsi che il titolare del trattamento possa utilizzare i dati per estrarre informazioni personali (e quindi anche per de-anonimizzare le informazioni o per re-identificare una persona fisica), i dati non sono rilevanti ai fini della tutela della persona e non verranno applicate le norme sulla protezione dei dati personali. Al contrario, se i dati, nel contesto del trattamento, sono orientati all'identificazione della persona, ovvero all'estrazione di informazioni personali da parte del titolare del trattamento, sono rilevanti ai fini della applicazione delle norme in materia di protezione dei dati personali anche se, di per sé, non contengono immediatamente informazioni personali e, in ipotesi, non potrebbero automaticamente qualificarsi come dati personali.

Pertanto, ai fini della protezione personale, la nozione di "informazioni personali" è più utile di quella di "dati personali", poiché tende a declinare l'applicazione della disciplina in materia in considerazione dei caratteri del trattamento concretamente svolto dal Titolare e, contemporaneamente, del rischio effettivo per l'interessato.

La questione si fa ancora più interessante – nel diritto cinese – perché il termine "informazione" viene abbandonato e sostituito dal concetto di "dato" quando entra in gioco l'interesse pubblico per la sicurezza e la sovranità digitale dello Stato.

In questo caso, infatti, lo Stato (cinese) intende e deve tutelarsi proprio dalla possibilità che altri soggetti, anche altri Stati, possano avvalersi di mezzi che vanno oltre quanto prevedibile o ragionevole (in termini di tempi, costi, competenze professionali, numero di persone dedicate) al fine di ricavare informazioni (strategiche) dai dati (informatici): le informazioni che uno Stato o una entità straniera possono ricavare dalla analisi dei dati "cinesi" possono infatti anche essere ulteriori e diverse da quelle di cui lo Stato cinese stesso è in possesso attraverso l'ordinario sfruttamenti di quei dati.

In altri termini, l'utilizzo della nozione di "dato" al fine di proteggere gli interessi nazionali cinesi rappresenta una forma di principio di precauzione dalla estrazione di informazioni dai dati "cinesi", con tecnologie presenti o future non necessariamente conosciute dall'ordinamento cinese, svolta da soggetti estranei alla Cina e con tempi, modi, esiti che possono generare una asimmetria informativa fra Cina e soggetti stranieri. Le norme cinesi si concentrano sul "dato" perché il processo di *data mining*, sviluppato in modo non controllato dalle Autorità na-

vernance, in *The Information Accountability Foundation*, 2014, <http://informationaccountability.org/wp-content/uploads/Data-Origins-Abrams.pdf>.

zionali cinesi, può condurre a informazioni inedite, imprevedibili e strategiche per l'ordinamento cinese.

In questo caso, quindi, è più che comprensibile che la disciplina dello Stato tuteli i “dati”, e non le “informazioni”.

La legge cinese, quindi, sembra aver introdotto una utile distinzione tra informazioni (a tutela dei diritti individuali) e dati (a tutela della sicurezza e della sovranità digitale dello Stato) e aver adeguatamente collocato le due differenti nozioni nel diverso contesto dei due distinti profili di tutela.

Si tratta di una distinzione suscettibile di influenzare e integrare tutti i processi di regolazione in atto (regolazione pubblica, auto-regolazione, co-regolazione), a livello globale oltre che “regionale” cinese.

b) Dati personali sensibili: criterio della dignità della persona fisica.

Il PIPL contiene una definizione particolarmente interessante di informazioni sensibili, in quanto collega le informazioni sensibili al danno alla dignità umana.

Come abbiamo descritto, l'art. 9 GDPR non definisce, ma elenca le categorie particolari di dati sensibili.

Invece, l'art. 28 PIPL introduce un criterio generale, che è in linea con la definizione di “informazioni personali” di cui si è detto. Le informazioni personali identificano una persona; le informazioni personali sensibili identificano una personalità legata a una persona fisica. La violazione di un dato personale viola il diritto alla protezione dei dati personali; la violazione di dati personali sensibili, oltre a violare il diritto alla protezione dei dati personali (intesa come capacità di autodeterminazione informativa), può ledere la dignità della persona, intesa come danno ai caratteri costitutivi e distintivi della sua personalità.

Si tratta di un criterio distintivo e discretivo che appare molto razionale e che potenzialmente si presta ad un'applicazione giurisprudenziale elastica e flessibile, tesa alla tutela della dignità umana.

c) Dati importanti: una differenza specifica tra diritto europeo e diritto cinese.

La nozione di “dati importanti” appare davvero molto rilevante e cambia la prospettiva della regolazione, poiché aggiunge in modo chiaro un settore di disciplina della materia del diritto dei dati.

La legge cinese ci rivela che il regime dei dati non è determinato unicamente dal fatto di essere qualificati come “dati personali” (quindi protetti) o “dati non personali” (quindi soggetti a libera circolazione) come viene previsto nell'ordinamento europeo.

La legge cinese afferma chiaramente che i dati e gli insiemi di dati, anche non personali, possono assumere valore strategico e possono avere diversi livelli di importanza per lo sviluppo economico e sociale e per la sicurezza dello Stato e dei diritti delle persone – a prescindere dalla loro qualificazione come dati personali o non personali. Le categorie cinesi sono tre, non due: informazioni personali, dati, dati importanti e quest'ultima è una categoria autonoma e trasversale rispetto alle altre.

Ancora una volta, dall'analisi dell'art. 21 DSL si può osservare che l'importanza dei dati è, in ultima analisi, legata non tanto alla natura e alla categoria dei dati in sé considerati, quanto all'uso che se ne può fare e alle conseguenze pregiudizievoli che possono derivare da un uso distorto dei dati per gli interessi pubblici dello Stato e per le persone.

Da qui la nozione di “core national data”, che sarebbero in ultima analisi “dati molto importanti” o dati di interesse strategico nazionale.

Quello che qui è interessante osservare è che la legge cinese, introducendo la nozione di dati importanti e prevedendo lo sviluppo di diversi gradi di dati importanti, sta introducendo uno strumento che può rivelarsi molto utile anche rispetto all'uso – peraltro ormai ordinario e massivo – dei dati attraverso tecniche di intelligenza artificiale e più in generale di *machine learning*, *deep learning*, *data mining*, l'utilizzo delle quali implica di norma una accentuata difficoltà a prevedere rischi e conseguenze per la collettività e per i singoli individui.

I tre aspetti sopra considerati sembrano essere altrettanti profili definitori su cui il legislatore europeo dovrebbe riflettere prima di moltiplicare le discipline normative nel settore dei dati (e delle piattaforme digitali).

4. *Data governance: quadro unitario cinese vs. mosaico europeo?*

Attraverso le nozioni di dati importanti e di dati di interesse strategico nazionale, la Repubblica popolare cinese sviluppa un quadro giuridico della materia dei dati e della protezione della persona, almeno nei termini delle nozioni fondamentali utilizzate e introdotte, di carattere unitario e completo.

Perché l'ordinamento giuridico europeo non ha (ancora) introdotto queste nozioni?

Ancora una volta ci limitiamo a due osservazioni introduttive allo sviluppo del problema posto.

In primo luogo, si può agevolmente rilevare che in questo, come in altri settori, si sconta il fatto che l'Unione europea non è uno Stato unitario e sovrano come la Repubblica popolare cinese.

L'Unione europea non ha una base di competenza che la rende in grado di affrontare direttamente i problemi (e di regolare adeguatamente gli interessi pubblici) che esulano dalla prospettiva della tutela del mercato unico europeo, e più recentemente, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti nella Carta di Nizza²².

²² ... e per questo, come correttamente rilevato, queste basi di competenza vengono utilizzate a scopo difensivo di interessi che vanno al di là della tutela dei diritti ex art. 8, della Carta di Nizza: «*Setting aside comments on the rather hypocritical preach good and scratch bad approach to free flow data, one easily understands that under the cloak of fundamental rights (personal data protection en-*

La disciplina della sicurezza cibernetica è attualmente di competenza degli Stati membri²³ e, di conseguenza, in Europa accanto ai due Regolamenti europei in materia di protezione dei dati personali e libera circolazione dei dati non personali, troviamo in tutti gli Stati membri diverse discipline (italiana, francese, tedesca, spagnola, ecc.) per la protezione della cybersecurity nazionale.

Risulta però evidente quanto sia difficile, nel contesto tecnologico e globale della datificazione, avere una regolamentazione completa sui dati e sulle informazioni personali – e quindi un'autentica regolamentazione giuridica della governance dei dati – senza una regolamentazione unitaria dei dati importanti, cioè senza la regolamentazione del settore della cybersecurity da parte dell'Unione europea al fine di proteggere la sovranità digitale dell'Unione europea.

In questo senso, pertanto, il diritto dei dati cinese, oltre ad ispirarsi al GDPR, ha anche lanciato una sfida al diritto europeo dei dati.

La legge cinese ha ormai segnato la strada che, facendo tesoro del principio della *privacy by design* (formalizzato dal GDPR), conduce al più comprensivo principio del *data by design*, sottolineando che non è più possibile considerare la protezione dei dati personali come un regime giuridico separato dal regime generale dei dati nell'ordinamento giuridico.

La disciplina dei dati personali è determinante per garantire gli interessi strategici dello Stato. Ma la regolamentazione dei dati importanti e più in generale la regolamentazione dell'ordinamento dei dati è ugualmente determinante per garantire la protezione della persona e dei dati personali nella società digitale.

Come è stato recentemente rilevato, «*what is at stake is the industrial or financial sovereignty of a country. With data – owing to their polyfunctionality and non-materiality – the concern covers the entire spectrum of public and private activities*»²⁴.

shrined in Article 8 of the EUCFR) there is the quite understandable need to avoid that the EU become even more a colony of ICT super-powers, the US and the RPC» (così V. ZENO-ZENCOVICH, Data protection(ism), in MediaLaws, 2022, p. 6).

²³ Cfr. DIR. (UE) 2016/1148 recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione (c.d. NIS), per la cui attuazione italiana cfr. https://temi.camera.it/leg18/temi/sicurezza_cybernetica.html. Fra i numerosi e corposi regolamenti europei adottati e adottandi in materia di dati, quello sulla sicurezza cibernetica è breve e anche scarsamente corrispondente al titolo, essendo pressoché interamente dedicato alla disciplina dell'European Union Agency for Network and Information Security – ENISA, cioè della autorità europea di settore: cfr. Reg. UE 881/2019 («regolamento sulla cibersicurezza») del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013. Non a caso, è adottato sulla base dell'art. 114, TFUE, cioè quale misura di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Si può intuire facilmente che si tratta di una base giuridica (di competenza europea) non adeguata alla tipologia di interessi affrontati, ad es., dallo Stato cinese nel DSL e nel CSL.

²⁴ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Data protection(ism)*, in *MediaLaws*, 2022, p. 8.

Si tratta di una sfida regolatoria, di sapore intrinsecamente costituzionale, e dai risvolti istituzionali, che l'Unione europea e gli Stati membri devono riuscire a risolvere²⁵, se vogliono restare autonomi e indipendenti.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMS M., *The Origins of Personal Data and its Implications for Governance*, The Information Accountability Foundation, 2014, in <http://informationaccountability.org/wp-content/uploads/Data-Origins-Abrams.pdf>.
- ALBRECHT D., *Chinese first Personal Information Protection Law in contrast to the European GDPR*, in *Computer Law Review International*, n. 1/2022.
- BONCINELLI V., *Modelli tecnici e disciplina giuridica del c.d. cloud computing*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, p. 27 ss.
- CALZOLAIO S., *Protezione dei dati personali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2017, p. 695 ss.
- CLEMENTI D., *La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?*, 28 marzo 2022, in <https://www.diritticomparati.it/rivista/>.
- CUI S.-QI P., *The legal construction of personal information protection and privacy under Chinese Civil Code*, in *Computer Law & Security Review*, n. 41/2021.
- DE HERT P.-PAPAKONSTANTINOU V., *The data protection regime in China*, 2015, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536472/IPOL_IDA\(2015\)536472_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/536472/IPOL_IDA(2015)536472_EN.pdf).
- DI PORTO F.-SIGNORELLI A., *Regolare attraverso l'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell'IA: profili giuridici*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 617 ss.
- ELLIOT M.-O'HARA K.-RAAB C.-O'KEEFE C.M.-MACKEY E.-DIBBEN C.-GOWANS H.-PURDAM K.-MCCULLAGH K., *Functional anonymisation: Personal data and the data environment*, in *Computer Law & Security Review*, n. 34/2018, p. 204 ss.
- EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Governing data and artificial intelligence for all. Models for sustainable and just data governance*, 11 July 2022, in [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2022\)729533](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2022)729533).
- FINCK M.-PALLAS F., *They who must not be identified-distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*, in *International Data Privacy Law*, n. 1/2020.
- GREENLEAF G., *China's completed Personal Information Protection Law: Rights plus cyber-security*, in *Privacy Laws & Business International Report*, n. 172/2021, p. 20 ss.
- IRTI C., *Personal Data, Non-personal Data, Anonymised Data, Pseudonymised Data, De-identified Data*, in R. SENIGAGLIA-C. IRTI-A. BERNES (eds), *Privacy and data protection in software services*, Springer, Singapore, 2022, p. 49 ss.

²⁵ Cfr. ora European Parliamentary Research Service, *Governing data and artificial intelligence for all. Models for sustainable and just data governance*, 11 July 2022, in [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2022\)729533](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2022)729533).

LESSIG L., *Code 2.0*, Basic Books, 2006.

MICHELI M.-PONTI M.-CRAGLIA M.-BERTI SUMAN A., *Emerging models of data governance in the age of datafication*, in *Big data and society*, n. 2/2020, p. 1 ss.

OCSE, *Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking*, 21 March 2014.

TORREGIANI S., *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell'ipertrofia normativa*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 1/2021, p. 47 ss.

YUEXIN Z., *Cyber protection of personal information in a multi-layered system*, in *Tsinghua China Law Review*, n. 2/2019, p. 160 ss.

ZENO-ZENCOVICH V., *Data protection(ism)*, in *MediaLaws*, 2022, p. 1 ss.

LA FIDUCIA CONTRATTUALE TRA REGOLAZIONE TECNOLOGICA E GIURIDICA: RIFLESSIONI COMPARATISTICHE SUL PROBLEMA DELL'ORACOLO *BLOCKCHAIN*

di *Laura Vagni*

Sommario: 1. La tecnologia *blockchain* come rimedio al “problema” della fiducia tra parti contrattuali. – 2. L’affidabilità dell’oracolo tra regole tecnologiche e giuridiche. – 3. La presupposizione: l’oracolo non mente. – 4. Il calcolo esatto, ma non veritiero: a proposito della decisione della *Court of appeal* di Singapore nel caso *Quoine v. B2C2*. – 5. La tutela della fiducia tra regolazione tecnologica e giuridica.

1. *La tecnologia blockchain come rimedio al “problema” della fiducia tra parti contrattuali*

L’inventore della criptovaluta *bitcoin*, noto con lo pseudonimo Satoshi Nakamoto, nel suo primo contributo sul protocollo *bitcoin* spiegava che la più importante innovazione introdotta da questa tecnologia consiste nell’eliminazione di qualsiasi forma d’intermediazione nelle transazioni commerciali svolte in ambiente *on line*¹. Quest’ultime si basano essenzialmente su processi di pagamento elettronici gestiti da istituti finanziari e presumono un affidamento delle parti contrattuali in un terzo intermediario. La tecnologia *blockchain* alla base del protocollo *bitcoin*, al contrario, introduce «un sistema di pagamento elettronico basato su una prova criptografica, anziché sulla fiducia, consentendo una negoziazione diretta tra le due parti, senza la necessità di affidarsi ad un terzo»². Con un’espressione

¹ S. NAKAMOTO, *Bitcoin: a peer to peer electronic cash system*, 2008, consultabile al sito internet <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

² *Ibidem*: «What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party».

efficace si è affermato che la *blockchain* sostituisce la fiducia nella “matematica” alla fiducia tra le persone³.

Il sistema di registro distribuito consente l’eliminazione dell’errore (c.d. *single point of failure*) nell’esecuzione delle diverse operazioni all’interno della catena, attraverso la loro verifica, approvazione e archiviazione da parte dei nodi che la compongono⁴. Ogni nodo della catena condivide le stesse informazioni e non ha la possibilità di modificarle senza il consenso degli altri nodi, così la fiducia tra le parti di un’operazione è superflua⁵. Ciò avviene specialmente nelle catene c.d. *permissionless*, senza un’autorità centrale che autorizza la partecipazione al *network*. Si è parlato in tal senso di un sistema *trustless*.

L’immodificabilità e l’incorruttibilità hanno determinato una rapida diffusione della tecnologia *blockchain* in svariati ambiti e, in particolare, la sua applicazione agli *smart contracts*: le clausole dello *smart contract*, codificate secondo formule condizionali (*if, then*), sono eseguite automaticamente al verificarsi di certe condizioni, indipendentemente da chi conclude il contratto e in quale momento, e sono immodificabili una volta avvenuta la registrazione da parte dei nodi della catena. L’esecuzione degli *smart contracts* è compatibile con il completo anonimato dei partecipanti alla rete e non richiede alcuna forma d’intermediazione tra i contraenti. L’automaticità sia della conclusione sia dell’esecuzione dello *smart contract* rende ininfluenti sull’esecuzione delle operazioni in catena tutti quegli eventi che possono inficiare la relazione fiduciaria tra contraenti, con riflessi sul rapporto giuridico. La fiducia contrattuale sembra così sostituita dall’affidabilità della potenza computazionale dei nodi della catena e la realizzazione degli interessi delle parti contraenti non necessita una loro cooperazione. Nel sistema deterministico della *blockchain* è l’incorruttibilità della tecnologia, su cui i partecipanti al *network* confidano, che garantisce la realizzazione degli interessi⁶.

L’esecuzione degli *smart contracts* tramite la tecnologia *blockchain*, tuttavia, non è completamente immune da forme *latu sensu* di malfunzionamento. Una delle maggiori problematiche riguarda l’attacco di *hackers*: si pensi alla serie di attacchi subiti da Ethereum, una delle principali piattaforme che utilizza la tecnolo-

³ Cfr. A. ANTONOPOULOS, *Bitcoin security model: trust by computation. A shift from trusting people to trusting math*, 2014, consultabile al sito internet <http://radar.oreilly.com/2014/02/bitcoin-security-model-trust-by-computation.html>.

⁴ Per un’analisi, in una prospettiva giuridica, del funzionamento della *blockchain* applicata agli *smart contracts*, cfr. in italiano A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*. *Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 99 ss.; C. PONGIBÒ, *Il diritto comparato e la blockchain*, ESI, Napoli, 2020, p. 42 ss.

⁵ K. WERBACH, *Summary: Blockchain, the rise of trustless trust?*, in *Wharton PPI B-School for Public Policy Seminar Summaries*, 2019, p. 3.

⁶ P. DE FILIPPI-M. MANNAN-W. REIJERS, *Blockchain as a confidence machine: The problem of trust & challenges of governance*, in *Technology in Society*, vol. 62, 101284, 2020.

gia *blockchain* per la conclusione ed esecuzione di *smart contracts*, con l'effetto della disconnessione di alcuni nodi o della formazione di catene basate su falsi dati, più lunghe della catena originale⁷. In altri casi, sono stati sfruttati i difetti di programmazione di *smart contracts* per compiere operazioni a detrimento dei partecipanti della catena⁸.

Simili eventi hanno richiamato l'attenzione della dottrina sulla corruttibilità di questa tecnologia, aprendo una riflessione sul modello di fiducia promosso dalla *blockchain*⁹: da un lato, l'auto-esecuzione e l'assenza d'intermediazione che caratterizzano gli *smart contracts* sembrano completamente superare il problema dell'affidamento tra le parti negoziali; dall'altro lato, emerge che "l'assenza di fiducia" (*trustless*), basandosi sull'idea di immodificabilità-incorruttibilità del sistema, vacilla al verificarsi di eventi, seppur rari, che la compromettano.

Nelle pagine che seguono si cercherà di riflettere su questo tema, a partire dal c.d. problema dell'oracolo, con il fine di svolgere alcune prime riflessioni sul rapporto tra fiducia contrattuale e affidabilità computazionale, e verificare se e con quali limiti quest'ultima incida sul modo di concepire e tutelare l'affidamento tra parti negoziali.

2. L'affidabilità dell'oracolo tra regole tecnologiche e giuridiche

I nodi della *blockchain* eseguono operazioni e registrano dati che sono stati immessi nel *network*. La catena, di per sé, non ha accesso a dati *off-chain*. Lo sviluppo di questa tecnologia e il suo utilizzo in diversi settori dipendono, quindi, anche dallo scambio di dati e dalla comunicazione d'informazioni tra la *blockchain* e il mondo reale. Ciò avviene attraverso gli oracoli. Il termine evoca

⁷ K. WERBACH, *The siren song: Algorithmic governance by blockchain*, in K. WERBACH (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 215 ss., e in particolare p. 226 ss.

⁸ Un esempio emblematico è costituito dalla vulnerabilità di un programma di una Start up (DAO) che gestiva un fondo di investimento attraverso uno *smart contract* eseguito su Ethereum. Il programma conteneva una falla che è stata sfruttata attraverso l'utilizzo di una funzione ricorsiva per effettuare continui acquisti di Ether, non consentendo al sistema una verifica, con sufficiente velocità, delle disponibilità monetaria per svolgere le transazioni. L'operazione ha consentito di prosciugare i fondi degli utenti con una perdita di milioni di Ether. L'evento ha indotto Ethereum ad operare una *hard fork* della *blockchain* con effetti retroattivi e conseguente modificazione delle operazioni che erano state registrate. Cfr. R. MORRISON-N. MAZEY-S. WINGREEN, *The DAO controversy: the case for a new species of corporate governance?*, in *Policy and practice reviews*, 27 maggio 2020, consultabile al sito internet <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fbloc.2020.00025/full>, che evidenziano come DAO si basava su un modello di *corporate governance* completamente affidato alla tecnologia del registro distribuito e svolgono considerazioni critiche sull'opportunità che alcune forme di organizzazione siano completamente decentralizzate.

⁹ K. WERBACH, *ult. op. cit.*, p. 222.

l'idea mitologica di rivelazioni profetiche ispirate da una divinità e comunicate agli uomini tramite gli oracoli, ponendo il problema della loro interpretazione¹⁰.

Nel linguaggio informatico e, specificamente, con riguardo alla tecnologia *blockchain*, lo stesso termine è utilizzato con un significato diverso, ma ugualmente riferito alla comunicazione, in questo caso tra il sistema virtuale della *blockchain* e il mondo esterno alla catena¹¹. L'oracolo rappresenta un elemento di collegamento della *blockchain* con dati *off-chain*, consentendo l'immissione all'interno del sistema o il trasferimento all'esterno d'informazioni e dati. Anche questo processo implica una forma di interpretazione-codificazione dei dati, che avviene attraverso diversi metodi, dipendenti dalla tipologia e dalla fonte del dato.

In letteratura gli oracoli sono diversamente classificati: a seconda della provenienza dei dati e delle informazioni trasferite essi possono avere natura *hardware*, *software*, ma anche umana¹². Nel caso di oracolo *hardware*, i dati trasmessi dall'oracolo sono prodotti dal mondo fisico: ad esempio, un sensore che rileva la temperatura di un luogo o di un materiale per immettere il dato in uno *smart contract*, che eseguirà specifiche operazioni sulla base del dato immesso. Nell'oracolo *software*, invece, i dati provengono da fonti *on line*, quali informazioni tratte da specifici siti internet. Non sono infrequenti, inoltre, oracoli umani, i quali possono immettere nel sistema anche dati dipendenti da valutazioni o interpretazioni di altri dati.

Parte della dottrina ha osservato l'utilità che gli oracoli di natura umana potrebbero avere per lo sviluppo degli *smart contracts*, assicurando una maggiore rispondenza del regolamento contrattuale alle vicende che possono riguardare il reale svolgimento del rapporto tra i contraenti¹³. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di prevedere una clausola di forza maggiore nello *smart contract* o altre ipotesi di scioglimento del vincolo, che si attiverebbero automaticamente attraverso

¹⁰ Il legame tra la profezia dell'oracolo e il problema interpretativo è testimoniato da una pluralità di fonti letterarie. Nell'apologia di Socrate si racconta che Cherofonte chiese all'oracolo di Delfi se ci fosse qualcuno più sapiente di Socrate. Ricevuto il responso dell'oracolo, Socrate ritenne che il dio non mentisse, tuttavia si interrogò sulle sue parole e le sottopose ad esame critico: «Che cosa vuol dire il dio? Che cosa nasconde il suo parlare enigmatico? [...]», PLATONE, *Apologia di Socrate*, traduzione dal greco a cura di M.C. PIEVATOLO, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2005, para. 21b.

¹¹ L'espressione in realtà è utilizzata già in precedenza allo sviluppo della *blockchain* nell'ambito dell'ingegneria del *software*, per stabilire se un certo test ha successo. L'oracolo fornisce dei dati che vengono usati come paragone per valutare il corretto risultato del test.

¹² B. CURRAN, *What Are Oracles? Smart Contracts, Chainlink & "The Oracle Problem"*, consultabile al sito <https://blockonomi.com/oracles-guide/>; A. BENICHE, *A study of Blockchain Oracles*, arXiv:2004.07140 [cs.CR], consultabile al sito internet <https://arxiv.org/pdf/2004.07140.pdf>.

¹³ E. TJONG TJIN TAI, *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, in *Tilburg Private Law Working Paper Series*, n. 10/2018, p. 1 ss.; ID., *Challenges of Smart Contracts. Implementing Excuses*, in L.A. DI MATTEO-M. CANNARSA-C. PONGIBÒ (eds.), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platform*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 83 ss.

la comunicazione da parte dell'oracolo del verificarsi di determinati eventi sopravvenuti alla conclusione del contratto. In tal modo, l'esecuzione del contratto verrebbe a dipendere da un dato proveniente dall'esterno della catena e frutto dell'"interpretazione" affidata a un oracolo, come ad esempio la valutazione dell'imprevedibilità e non imputabilità dell'evento al debitore, dell'irresistibilità dell'evento, necessarie per "attivare" una clausola di forza maggiore.

Gli oracoli costituiscono delle finestre del sistema virtuale sul mondo reale, dalle quali è possibile introdurre all'interno dell'architettura deterministica della *blockchain* anche informazioni non deterministiche, con la conseguente necessità di verificare l'affidabilità dell'oracolo e la veridicità dei dati immessi. Si parla in tal senso di "problema dell'oracolo".

L'oracolo rappresenta un potenziale punto di rottura del sistema *trustless* della *blockchain* e di compromissione della "assenza di fiducia" che vuole essere l'innovazione più importante di questa tecnologia. Un'esecuzione contrattuale automatica basata su un errore dell'oracolo, infatti, sarà comunque registrata da tutti i nodi e diverrà una realtà virtuale immodificabile, ma non veritiera.

L'utilizzo degli oracoli e i rischi che ne discendono, in termini di compromissione dei dati, hackeraggio, malfunzionamento o corruzione, hanno richiamato l'attenzione della dottrina, al fine di indagare quale struttura e funzionamento debbano caratterizzare l'oracolo per essere affidabile¹⁴. In questa prospettiva, alcuni autori propongono di utilizzare oracoli strutturati secondo un registro distribuito, riproducendo per gli oracoli il sistema *trustless* delle *distributed ledger technologies*¹⁵. Si tratta, tuttavia, di una strada non sempre percorribile, almeno per non tutti i tipi di informazioni da trasferire a uno *smart contract*.

Da un punto di vista giuridico, il tema fa emergere una pluralità di interrogativi d'incerta risposta, relativi alla natura giuridica dell'oracolo, alla rilevanza giuridica di un errore che incida sulla veridicità dei dati trasmessi alla catena, all'imputabilità dell'evento dannoso, alle possibili tutele del soggetto danneggiato da un'operazione basata su un errore del genere¹⁶.

¹⁴ Gli errori che potrebbero compromettere il dato trasmesso dall'oracolo sono diversi anche in ragione del carattere privato o pubblico della *blockchain*. La dottrina ha sottolineato che il rischio di un errore indotto dall'oracolo è maggiore nelle *blockchain* private. Si pensi ad una *blockchain* per la tracciabilità di un prodotto in una catena di fornitura. I dati e le informazioni riguardo a quel prodotto che sono *off-chain* dipendono da oracoli che a loro volta potrebbero essere gestiti dal leader della catena, in modo tale da selezionare informazioni più favorevoli allo sviluppo di un certo tipo di business. Si parla in tal caso anche del problema "dell'ultimo miglio", cfr. A. SULKOWSKI, *Blockchain, business supply chains, sustainability, and law: the future of governance, legal frameworks, and lawyers?*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 43(2), 2019, pp. 303-346, in particolare p. 307.

¹⁵ Cfr. A. BENICHE, *ult. op. cit.*, pp. 3-4; A. PASDAR-Z. DONG-Y.C. LEE, *Blockchain Oracle Design Patterns*, arXiv:2106.09349, consultabile al sito internet <https://arxiv.org/abs/2106.09349>.

¹⁶ G. CALDARELLI, *Understanding the blockchain oracle problem: a call for action*, in *Information*, vol. 11, 2020, p. 509 ss.; ID., *Real-world blockchain applications under the lens of the ora-*

La tecnologia *blockchain* consente alcuni tipi d'intervento sulla catena, volti a correggere le registrazioni per riallineare le operazioni della catena con il dato reale, in caso di errori o malfunzionamenti dell'oracolo. La piattaforma Ethereum, ad esempio, contempla la possibilità di attivare l'"auto-distruzione" del contratto e la sua rimozione dalla catena¹⁷. L'applicazione della funzione richiede, tuttavia, una modifica del codice da parte di chi ha creato lo *smart contract* e determina la cancellazione del contratto. Il rimedio, quindi, non sempre soddisfa gli interessi delle parti contraenti, le quali potrebbero invece voler conservare il contratto¹⁸. Altre funzioni di modifica del contenuto del codice informatico, sulla base di una decisione giurisprudenziale che riconosca un determinato rimedio alla parte pregiudicata da un malfunzionamento del sistema, sono oggetto di studio¹⁹. In tal caso, l'esito della decisione dovrebbe essere incorporato all'interno della catena tramite un oracolo, con la necessità di una verifica del dato e del controllo dell'affidabilità. Occorre, inoltre, considerare che qualsiasi modifica della catena si pone come eccezione all'idea d'immodificabilità delle operazioni, che la tecnologia *blockchain* mira ad assicurare.

Gli strumenti offerti dalla tecnologia non sembrano apprestare soluzioni sempre adeguate alle diverse disfunzioni che potrebbero verificarsi, seppur in ipotesi rare, a seguito di un malfunzionamento della comunicazione tra *blockchain* e mondo esterno. Le implicazioni giuridiche delle correzioni delle registrazioni della catena, inoltre, restano in gran parte inesplorate.

3. La presupposizione: l'oracolo non mente

Nel tentativo di lettura del problema dell'oracolo attraverso le categorie giuridiche, ci si interroga sulla possibilità di ricorrere al diritto dei contratti e ai rimedi contrattuali per apprestare tutela alla parte di uno *smart contract*, che subisce un danno derivante da un errore o malfunzionamento riconducibile all'oracolo²⁰. In

cle problem. A systematic literature review, IEEE International Conference on Technology Management, Operations and Decisions (ICTMOD), 2020, pp. 1-6, consultabile al sito internet <https://ieeexplore.ieee.org/document/9380598>, (ultimo accesso 16 febbraio 2022).

¹⁷ Si tratta della funzione c.d. *Kill*, cfr. B. MARINO-A. JUELS, *Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts*, in J.J. ALFERES-L. BERTOSSI-G. GOVERNATORI-P. FODOR-D. ROMAN (eds.), *Rule Technologies. Research, Tools, and Application*, 2016, p. 151 ss.

¹⁸ R. HERIAN, *Smart contracts: a remedial analysis*, in *Information & Communications Technology Law*, 2021, vol. 30:1, p. 17 ss., in particolare p. 31.

¹⁹ Cfr. M. DUROVIC-A. JANSSEN, *Formation of smart contracts under contract law*, in *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain technology and Digital Platform*, cit., p. 74.

²⁰ La discussione concerne la stessa riconducibilità degli *smart contracts* alle categorie tradizionali del diritto dei contratti. Senza poter ricostruire la copiosa letteratura in materia, si rinvia per un'analisi dei principali orientamenti in italiano a A. STAZI, *op. cit.*, in particolare p. 143 ss.;

questa prospettiva, si pone anche il problema di stabilire a quali regole contrattuali fare riferimento: la *blockchain* opera in una dimensione spaziale, che prescinde dalle distinzioni tra sistemi giuridici e diritti nazionali, con la conseguente difficoltà d'individuazione del diritto applicabile. Le regole del diritto internazionale privato, basate sull'idea del conflitto di leggi di ordinamenti geograficamente intesi, non sempre sono utili per rispondere al quesito²¹.

Con le necessarie cautele dovute agli elementi d'incertezza richiamati, l'errore dell'oracolo che si riflette sull'esecuzione di uno *smart contract*, da qualunque causa dipenda, non sembra riconducibile alla figura dell'errore vizio, mancando gli elementi distintivi di quest'ultimo: si tratta di un errore che non riguarda la sfera giuridica di una delle parti contrattuali; né esso incide sulla volontà dei contraenti; inoltre non necessariamente è un errore inerente la formazione del contratto. Ancor meno appare invocabile l'istituto della condizione²². L'oracolo può trasmettere alla catena dati e informazioni di diversa natura: si pensi ad un contatore che comunica allo *smart contract* i consumi di energia, per la determinazione del prezzo della bolletta. Comunicazioni di questo genere non appaiono qualificabili come condizioni giuridiche.

La conclusione e l'esecuzione dello *smart contract*, che prevedono dati trasmessi da un oracolo, presuppongono il corretto funzionamento dell'oracolo e l'affidabilità dei dati immessi nella catena.

In termini generali si può affermare che tutte le operazioni che si svolgono nella catena si basano sul presupposto: "l'oracolo non mente". Se l'oracolo mente (a causa di un malfunzionamento del sistema) viene meno un elemento esterno al contratto, relativo all'affidabilità dell'oracolo, che seppur non richiamato dalle parti nel contratto può incidere sulla sua conclusione o esecuzione, con esiti non voluti dalle parti. L'errore dell'oracolo, osservato da una prospettiva contrattuale, potrebbe in alcuni casi essere assimilato al venir meno della presupposizione del contratto. Si tratta solo di un'ipotesi interpretativa, che ci si riserva di approfondi-

v. L. PROCOPIE, *Are smart contracts actually contracts? How smart contracts can work globally*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 36(1), 2021, p. 25 ss.; A. SAVELYEV, *Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law*, in *Information & Communications Technology Law*, vol. 26(2), 2017, p. 116 e in particolare p. 128 ss.

²¹ F. GUILLAUME, *Aspects of private international law related to blockchain transactions*, in D. KRAUS-T. OBRIST-O. HARI (eds.), *Blockchain, smart contracts, decentralised autonomous organizations and the law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 61 ss.

²² L'apposizione di condizioni sospensive o risolutive agli *smart contracts* è potenzialmente ammissibile, tuttavia la dottrina ha evidenziato le problematiche relative alle transazioni eseguite in catena in pendenza di condizione risolutiva o prima dell'avveramento della condizione sospensiva. L'immodificabilità delle transazioni, una volta avvenuta la loro registrazione, appare infatti difficilmente conciliabile con la retroattività degli effetti discendenti dal verificarsi della condizione. Per i primi riferimenti in punto cfr. A. STAZI, *op. cit.*, pp. 177-178.

re con ulteriori studi, ma che sembra trovare qualche conforto nel recente parere della *English Law Commission* indirizzato al Governo, dal titolo *Smart legal contracts*²³. Il parere raccoglie gli esiti di una *call for evidence* pubblicata dalla *Law Commission* nel 2020, con la finalità di avviare un processo di revisione del diritto dei contratti in Inghilterra e Galles, così da facilitare l'uso e la diffusione degli *smart contracts* e chiarirne le ricadute giuridiche²⁴. Ciò con l'ulteriore scopo di aumentare la competitività delle regole contrattuali nazionali e facilitarne la scelta da parte degli operatori nel commercio internazionale.

In questo quadro, la *Law Commission* analizza anche il problema dell'oracolo, valutando la possibile qualificazione giuridica di un suo malfunzionamento o, in generale, del verificarsi di una trasmissione di dati erronei all'interno del sistema *blockchain*. Si richiama l'attenzione sulla necessità delle parti di prevedere, al momento della determinazione del regolamento contrattuale, l'allocatione di simili rischi. Ad esempio, le parti potrebbero concludere un contratto, collegato allo *smart contract*, stabilendo lo scioglimento del vincolo per forza maggiore nel caso di errore, corruzione o malfunzionamento dell'oracolo²⁵. In assenza di una espressa previsione delle parti, sembra invece più difficile ritenere che il contratto contenga una clausola implicita, in base alla quale la parte è liberata dall'adempimento nel caso in cui l'oracolo inizi a trasmettere alla catena informazioni erronee²⁶.

Nella *call for evidence* del 2020, sopra richiamata, il problema dell'errore di comunicazione di dati esterni al sistema virtuale è specificamente affrontato. La decisione errata dell'oracolo determina in realtà il venir meno di un elemento esterno al contratto che le parti presuppongono – l'oracolo non mente – con l'effetto che il contenuto del contratto potrebbe modificarsi in qualcosa di sostanzialmente diverso rispetto a quanto contemplato inizialmente dai contraenti²⁷.

²³ ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart legal contracts, Advice to Government*, London, 2021, n. 401, CP 563, consultabile al sito internet <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11j5xou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>.

²⁴ ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart contracts, Call for evidence, December 2020*, consultabile al sito internet <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11j5xou24uy7q/uploads/2020/12/201216-Smart-contracts-call-for-evidence.pdf>.

²⁵ ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart legal contracts*, cit., p. 25.

²⁶ Così la LAW COMMISSION, *ibidem*, p. 95, par. 4.87, citando gli studi di H. Beale sugli *implied terms*. La LAW COMMISSION esprime considerazioni critiche al riguardo, evidenziando l'interpretazione restrittiva a cui generalmente sono sottoposte le clausole implicite del contratto, in base alla quale la ragionevolezza della clausola non è di per sé sufficiente a considerarla voluta dalla parti se non esplicitata nel regolamento contrattuale.

²⁷ Cfr. ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart Contracts, Summary of smart contracts call for evidence*, 17 December 2020, p. 17, consultabile al sito internet <https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>.

Nel parere indirizzato al Governo la *Law Commission* ritiene applicabile a questi casi la *doctrine of frustration*²⁸, che consente lo scioglimento del contratto se, per eventi sopravvenuti alla conclusione del contratto, quest'ultimo diventa impossibile o il suo contenuto è sostanzialmente diverso rispetto a quello voluto dalle parti.

La tipologia di dati e d'informazioni trasmesse da un oracolo allo *smart contract*, tuttavia, può essere molto varia e così anche i vizi che possono intervenire sulla comunicazione tra sistema virtuale e realtà esterna per il tramite dell'oracolo. Non sempre, a fronte di un *input* errato dell'oracolo, viene meno una presupposizione del contratto idonea a determinarne lo scioglimento: l'errore potrebbe riguardare una prestazione accessoria o determinare semplicemente una maggiore onerosità per la parte, senza incidere sull'alea normale del contratto. Occorre, inoltre, valutare se e come l'errata decisione dell'oracolo e il suo rilievo giuridico possano tradursi nel sistema virtuale in una modificazione delle registrazioni della catena. Ciò dipenderà anche dalla possibilità di comunicare, sempre attraverso un oracolo, la correzione dell'errore alla catena.

La valutazione del rilievo dell'errore dell'oracolo, in conclusione, dipende da una serie di circostanze che difficilmente possono essere codificate operando una valutazione preliminare, ma spesso richiedono un'interpretazione *ex post*, con la possibilità di riemersione dei problemi interpretativi che gli *smart contracts* intendono invece superare. Il rilievo giuridico del presupposto "l'oracolo non mente", infatti, dipenderà dal difetto o errore di comunicazione che in concreto si è realizzato e dalla sua incidenza sul regolamento contrattuale.

In questo scenario, caratterizzato da questioni ancora non chiaramente definite da parte della dottrina, emerge che l'affidabilità del calcolo computazionale non assicura sempre, di per sé, la realizzazione degli interessi delle parti contraenti.

4. *Il calcolo esatto, ma non veritiero: a proposito della decisione della Court of appeal di Singapore nel caso Quoine v. B2C2*

Tenendo sullo sfondo le problematiche precedentemente richiamate, sembra utile soffermarsi su una recente decisione della *Court of appeal* della Repubblica di Singapore che, pur riguardando un tema diverso, può fornire qualche utile indicazione a comprendere le ricadute giuridiche del problema della verifica-

²⁸ *Ibidem*. La riconducibilità della *doctrine of frustration* alle categorie del diritto civile degli ordinamenti di *civil law* è solo parziale, in particolare la regola non trova perfetta corrispondenza nell'istituto italiano della impossibilità sopravvenuta. Cfr. ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart legal contracts, Advise to Government*, cit., p. 149, par. 5. 161.

dei dati comunicati da un oracolo a uno *smart contract*²⁹. Il caso riguardava contratti di acquisto di criptovalute conclusi tra due società attraverso una piattaforma gestita dalla società Quoine. La conclusione dei contratti avveniva automaticamente, attraverso proposte di vendita e di acquisto di Ether e Bitcoin, formulate da algoritmi di *trading*³⁰. Quest'ultimi assumevano decisioni sulla base dei prezzi e del volume del mercato della piattaforma, pertanto il loro funzionamento dipendeva dalla liquidità degli strumenti negoziati nel mercato di riferimento. La società Quoine, che gestiva la piattaforma, era anche il principale operatore del mercato e assicurava la liquidità necessaria all'uso degli algoritmi di *trading*, attraverso continue proposte di vendita e acquisto che erano formulate a loro volta mediante un programma (*Quoine program*). Il programma attingeva ai prezzi di cambio delle criptovalute in mercati esterni alla piattaforma ed elaborava su questa base i prezzi di cambio di criptovalute nella piattaforma. Le quotazioni dei prezzi in piattaforma dipendevano quindi dalle comunicazioni, da parte di un oracolo, dei tassi di cambio su altri mercati³¹. Il 13 aprile 2017 il gestore della piattaforma eseguiva degli aggiornamenti di password di alcuni sistemi operativi, a seguito dei quali, tuttavia, per un periodo di tempo era interrotto l'accesso ai dati esterni alla piattaforma da parte del programma. Ciò determinava, a cascata, una falsificazione del tasso di cambio delle criptovalute stabilito attraverso il sistema di algoritmi: il calcolo algoritmico certamente era esatto, ma la scarsità dei dati presenti in piattaforma determinava una diminuzione di liquidità del mercato, tale da generare offerte di vendita di criptovalute a prezzi abnormi rispetto a quelli di altri mercati.

La società B2C2 era un utente della piattaforma, che a sua volta utilizzava una strategia di acquisto e vendita di criptovalute basata su un algoritmo di *trading*, prevedendo l'automatica accettazione delle migliori offerte contrattuali presenti nel pannello di *trading* della piattaforma. La società concludeva così automaticamente 13 contratti di vendita di Ether per Bitcoin con altre due società, ad un tasso di cambio superiore di ben 250 volte il valore di mercato.

Il gestore della piattaforma, informato del malfunzionamento della comunicazione tra piattaforma e mercati esterni, annullava le transazioni, ma la società

²⁹ *Quoine Pte Ltd v. B2C2*, [2020] SGCA(I) 02.

³⁰ Si tratta di un algoritmo capace di prendere posizioni su un determinato mercato elaborando un grande numero di dati relativi alle quotazioni dei prodotti e compiendo delle vere e proprie scelte in base alle strategie configurate sulla base di un modello matematico. Nel caso di specie, la Corte citava la definizione di A. CHABOUD ET AL., *Rise of the Machines: Algorithmic Trading in the Foreign Exchange Market*, *International Finance Discussion Papers*, 29 September 2009, <http://www.federalreserve.gov/pubs/ifdp/2009/980/ifdp980.pdf>, p. 1.

³¹ Si trattava di un sistema molto complesso, che prevedeva anche una correzione del mercato mediante l'immissione di prezzi virtuali, generati da algoritmo, qualora il livello di liquidità fosse sceso sotto una certa soglia. Cfr. *Quoine Pte Ltd v. B2C2*, cit., par. 18.

B2C2 agiva in giudizio, lamentando l'inadempimento del contratto stipulato tra gestore e utente, che non prevedeva la possibilità di Quoine di annullare le transazioni avvenute tra utenti della piattaforma.

La controversia su cui era chiamata a decidere la *Court of appeal* non riguardava, pertanto, gli *smart contracts* conclusi tra utenti della piattaforma, ma il diverso contratto tra B2C2 e il gestore Quoine. Quest'ultimo prevedeva una clausola c.d. d'immodificabilità, che stabiliva che un ordine inserito e comunicato attraverso la piattaforma era immodificabile³². Quoine riteneva, tuttavia, che tutti i contratti conclusi in piattaforma prevedessero una clausola implicita, secondo la quale il gestore della piattaforma poteva annullare i contratti conclusi ad un tasso di cambio abnorme, dovuto a un errore tecnico o di sistema o ad altro malfunzionamento della piattaforma³³. La società proponeva appello avverso la sentenza del giudice di primo grado, richiedendo su queste basi l'annullamento dei contratti per errore vizio.

La Corte respingeva la domanda ed escludeva la riconducibilità del malfunzionamento del programma (*Quoine program*) all'errore contrattuale: l'anonimità delle parti contraenti e l'automaticità del meccanismo di formazione del consenso non consentivano di qualificare l'errore come vizio della volontà; mancava in particolare l'elemento della riconoscibilità dell'errore da parte di B2C2, che non aveva la possibilità di conoscere la controparte e valutare le condizioni contrattuali, determinate sulla base di operazioni algoritmiche³⁴. Non poteva parlarsi neanche di un errore comune alle parti, perché non si rinveniva una comune intenzione di concludere i contratti al tasso di cambio di mercato. Al contrario, B2C2 aveva programmato l'algoritmo di *trading* per effettuare gli acquisti al prezzo minimo praticato sulla piattaforma³⁵.

La falsificazione dei tassi di cambio delle criptovalute non era dovuta ad un errore dell'algoritmo, ma all'interruzione della comunicazione tra il *network* e i mercati esterni. Le parti avevano errato sul presupposto delle loro contrattazioni: «L'errore può plausibilmente essere considerato un presupposto, sulla base del quale sono stati fatti gli ordini di acquisto, ma in nessun caso può essere ritenuto un errore sulle clausole che il contratto conteneva o avrebbe dovuto contenere»³⁶.

³² Cfr. *Quoine Pte Ltd v. B2C2*, cit., par. 22. Le condizioni generali di contratto predisposte da Quoine stabilivano una *Irreversible Action Clause* secondo la quale «[...] once an order is filled, you are notified via the Platform». B2C2 richiamava la vincolatività della clausola per sostenere l'impossibilità di Quoine d'intervenire sui contratti conclusi tra utenti.

³³ *Ibidem*, par. 35.

³⁴ *Ibidem*, par. 42.

³⁵ *Ibidem*, par. 129.

³⁶ *Ibidem*, par. 114: «This might conceivably be seen as a mistake as to the premise on which the buy orders were placed, but it can in no way be said to be a mistake as to the terms on which the contracts could or would be formed».

La Corte specificava: «In effetti, l'errore in questo caso è consistito precisamente in un erroneo presupposto da parte delle controparti su come la piattaforma funzionava. In altri termini, essi credevano effettivamente che la piattaforma non sbagliasse»³⁷.

In conclusione, le parti avevano confidato sulla verità dei dati, ma il venir meno di questo presupposto non liberava Quoine dall'adempimento del contratto con gli utenti, poiché i contratti conclusi automaticamente in virtù dell'algoritmo di *trading* erano imm modificabili. La Corte negava anche la possibilità per Quoine di richiedere un indennizzo sulla base dell'ingiustificato arricchimento della società B2C2³⁸. L'azione di ingiustificato arricchimento, infatti, può essere esperita quando l'arricchimento di una parte contrattuale sia avvenuto a spese dell'altra parte, mentre nel caso di specie la società Quoine non aveva subito un depauperamento, a causa della conclusione di contratti di vendita a prezzi notevolmente superiori rispetto a quelli previsti da altri mercati. Diversamente si può dire per gli utenti della piattaforma danneggiati dalla falsificazione dei tassi di cambio: la Corte, pur non intervenendo sul punto, accennava alla possibilità per quest'ultimi di richiedere un indennizzo alle controparti³⁹.

Il venir meno del presupposto "l'oracolo non mente" non inficia la validità e l'efficacia degli *smart contracts* conclusi automaticamente tra gli utenti, benché l'esecuzione dei contratti conduca ad esiti iniqui. L'azione di ingiustificato arricchimento, in questi casi, potrebbe costituire un rimedio, improntato all'equità del caso concreto, per tutelare la parte depauperata che non ha accesso ad altre forme di tutela, né di natura contrattuale né basate su interventi di correzione della tecnologia utilizzata.

5. La tutela della fiducia tra regolazione tecnologica e giuridica

Gli oracoli svolgono la funzione fondamentale di permettere la comunicazione tra il *network* e il mondo esterno. Si tratta di elementi essenziali per il buon funzionamento della *blockchain* e il suo sviluppo in vari ambiti, che, allo stesso tempo, rappresentano un rischio di compromissione della "assenza di fiducia" (*trustless*) che parte della dottrina ascrive a questa tecnologia. L'oracolo, infatti, fa emergere la necessità di una verifica dei dati immessi nel sistema virtuale, ponendo il problema della sua affidabilità.

³⁷ *Ibidem*, par. 115: «*In fact, the precise mistake in this case was a mistaken assumption on the part of the Counterparties as to how the Platform would operate. In other words, their real belief was that the Platform would not fail [...]*».

³⁸ *Ibidem*, par. 130.

³⁹ *Ibidem*, par. 132.

La dottrina ha evidenziato che proprio il problema dell'oracolo rischia di vanificare l'innovazione più importante della *blockchain*, consentendo una possibile falla nel sistema (*single point of failure*)⁴⁰. Occorre considerare, tuttavia, che tutti i sistemi binari non possono comunicare con l'esterno in assenza di meccanismi che consentano *input* e *output*; anzi la loro utilità dipende essenzialmente dalla capacità di comunicare. In un tentativo di massima semplificazione, si potrebbe dire che queste forme di tecnologia (come altre) sono utili se soddisfano le esigenze delle persone e quindi comunicano con il mondo reale. Questa interrelazione, che il problema dell'oracolo fa emergere con evidenza, induce a riflettere sull'uso del termine *trustless* e rimeditarne il significato.

La *blockchain* promuove un modello di fiducia basato sul consenso dei nodi. Si tratta, a ben vedere, di una fiducia che non presuppone un'incertezza riguardo al comportamento dei partecipanti al *network* e la libertà di quest'ultimi di assumere comportamenti che frustrino le aspettative dell'affidante. Mancano, quindi, quegli elementi che connaturano la fiducia nelle relazioni umane, specie la fiducia contrattuale⁴¹. La fiducia promossa dalla *blockchain* è piuttosto un'affidabilità, che si basa sulla certezza data dalla verità di calcolo.

Questi diversi modi di intendere la fiducia richiamano a loro volta sistemi regolatori diversi, ma in relazione tra loro, che in alcuni casi possono entrare in contraddizione, come avviene nell'ipotesi in cui l'affidabilità dell'oracolo è compromessa e la verità di calcolo non corrisponde all'assetto di interessi che le parti intendevano realizzare mediante il contratto. La decisione della *Court of appeal* di Singapore sopra analizzata, seppur non riferita alla tecnologia *blockchain*, offre un esempio significativo di questa dinamica.

Per ovviare a simili problemi, una parte della dottrina suggerisce che alla conclusione di uno *smart contract* si accompagni un accordo *off chain*, che contempli rimedi giuridici per l'ipotesi in cui si realizzi, a causa di malfunzionamenti di diverso tipo e dovuti a diverse circostanze, una divergenza tra i dati registrati nella catena virtuale e il concreto assetto di interessi voluto dalle parti⁴². Si tratta di una soluzione non sempre attuabile per una pluralità di ragioni, a cominciare dall'anonimato che a volte caratterizza le parti di uno *smart contract*; essa tuttavia ha il pregio di evidenziare come la tecnologia *blockchain*, piuttosto che disegnare un'architettura regolatoria avulsa dal diritto, sia immersa nel diritto⁴³. Gli *smart contracts* rappresentano allora un aspetto di un rapporto contrattuale più comples-

⁴⁰ Cfr. per i primi riferimenti in italiano C. PONCIBÒ, *Il diritto comparato e la Blockchain*, cit., p. 76.

⁴¹ Cfr. D. GAMBETTA, *Can we trust trust?*, in D. GAMBETTA (ed.), *Making and Breaking Cooperative Relations*, Basil Blackwell, Oxford, 1988, p. 213 ss.

⁴² Si tratta di un'indicazione presente anche nello studio della *English Law Commission* citato, v. *supra*, note 23 e 24.

⁴³ K. WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Tech. L.J.*, vol. 33, 2018, p. 489 ss.

so, regolato da una molteplicità di fonti: la legge del codice, le regole del mercato, le regole sociali, le regole giuridiche. Si tratta di mondi regolatori complementari piuttosto che alternativi, che si combinano diversamente a seconda degli scopi che le parti intendono realizzare attraverso il contratto⁴⁴. Alcune finalità non possono essere adeguatamente perseguite al di fuori della cooperazione umana (e quindi implicano la libertà di assumere comportamenti devianti), altre possono essere affidate alla certezza del calcolo matematico.

In questo contesto il diritto (e il giurista), che sembrerebbe perdere il “monopolio” della regolazione del contratto, è in effetti proiettato in una complessità che valorizza il ruolo dell’interprete e la capacità di cogliere la giuridicità inespressa di nuovi modi di relazionarsi e negoziare.

BIBLIOGRAFIA

- ANTONOPOULOS A., *Bitcoin security model: trust by computation. A shift from trusting people to trusting math*, 2014, in <http://radar.oreilly.com/2014/02/bitcoin-security-model-trust-by-computation.html>.
- BENICHE A., *A study of Blockchain Oracles*, <https://arxiv.org/abs/2004.07140> [cs.CR], in <https://doi.org/10.48550/arXiv.2004.07140>.
- CALDARELLI G., *Real-world blockchain applications under the lens of the oracle problem. A systematic literature review*, *IEEE International Conference on Technology Management, Operations and Decisions (ICTMOD)*, 2020, in <https://ieeexplore.ieee.org/document/9380598>, p. 1 ss.
- CALDARELLI G., *Understanding the blockchain oracle problem: a call for action*, in *Information*, vol. 11, 2020, p. 509 ss.
- CHABOUD A. ET AL., *Rise of the Machines: Algorithmic Trading in the Foreign Exchange Market*, *International Finance Discussion Papers*, 29 September 2009, in <http://www.federalreserve.gov/pubs/ifdp/2009/980/ifdp980.pdf>.
- COURT OF APPEAL – REPUBBLICA DI SINGAPORE, *Quoine Pte Ltd v. B2C2*, [2020] SGCA(I) 02.
- CURRAN B., *What Are Oracles? Smart Contracts, Chainlink & “The Oracle Problem”*, in <https://blockonomi.com/oracles-guide>.
- DE FILIPPI P.-MANNAN M.-REIJGERS W., *Blockchain as a confidence machine: The problem of trust & challenges of governance*, in *Technology in Society*, vol. 62, 2020.
- DUROVIC M.-JANSSEN A., *Formation of smart contracts under contract law*, in *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain technology and Digital Platform*, p. 61 ss.

⁴⁴ Cfr. K.F.K. LOW-E. MIK, *Pause the blockchain legal revolution*, in *International Law Quarterly Review*, vol. 69(1), 2020, p. 135 ss., che osservano che in certi contesti il modello di fiducia proposto dalla tecnologia *blockchain* non è adeguato a realizzare gli interessi delle parti, che richiedono invece un’attività di intermediazione, portando l’esempio dell’attività di intermediazione bancaria.

- ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart contracts, Call for evidence, December 2020*, in <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11j5xou24uy7q/uploads/2020/12/201216-Smart-contracts-call-for-evidence.pdf>.
- ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart Contracts, Summary of smart contracts call for evidence*, 17 December 2020, p. 17, in <https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>.
- ENGLISH LAW COMMISSION, *Smart legal contracts, Advice to Government*, London, 2021, n. 401, CP 563, in <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11j5xou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>.
- GAMBETTA D., *Can we trust trust?*, in D. GAMBETTA (ed.), *Making and Breaking Cooperative Relations*, Basil Blackwell, Oxford, 1988, p. 213 ss.
- GUILLAUME F., *Aspects of private international law related to blockchain transactions*, in D. KRAUS-T. OBRIST-O. HARI (eds.), *Blockchain, smart contracts, decentralised autonomous organizations and the law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 61 ss.
- HERIAN R., *Smart contracts: a remedial analysis*, in *Information & Communications Technology Law*, vol. 30:1, 2021, p. 17 ss.
- LOW K.F.K.-MIK E., *Pause the blockchain legal revolution*, in *International Law Quarterly Review*, vol. 69(1), 2020, p. 135 ss.
- MARINO B.-JUELS A., *Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts*, in J.J. ALFERES-L. BERTOSSI-G. GOVERNATORI-P. FODOR-D. ROMAN (eds.), *Rule Technologies. Research, Tools, and Application*, 2016, p. 151 ss.
- MORRISON R.-MAZEY N.-WINGREEN S., *The DAO controversy: the case for a new species of corporate governance?*, in *Policy and practice reviews*, 27 maggio 2020, in <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fbloc.2020.00025/full>.
- NAKAMOTO S., *Bitcoin: a peer to peer electronic cash system*, 2008, in <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- PASDAR A.-DONG Z.-LEE Y.C., *Blockchain Oracle Design Patterns*, arXiv:2106.09349, in <https://arxiv.org/abs/2106.09349>.
- PLATONE, *Apologia di Socrate*, traduzione dal greco a cura di M.C. PIEVATOLO, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2005, para. 21b.
- PONGIBÒ C., *Il diritto comparato e la blockchain*, ESI, Napoli, 2020, p. 42 ss.
- PROCOPIE L., *Are smart contracts actually contracts? How smart contracts can work globally*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 36(1), 2021, p. 25 ss.
- SAVELYEV A., *Contract law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law*, in *Information & Communications Technology Law*, vol. 26(2), 2017, p. 116 ss.
- STAZI A., *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti". Gli smart contracts nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 99 ss.
- SULKOWSKI A., *Blockchain, business supply chains, sustainability, and law: the future of governance, legal frameworks, and lawyers?*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 43(2), 2019, p. 303 ss.
- TJONG TJIN TAI E., *Challenges of Smart Contracts. Implementing Excuses*, in L.A. DI MATTEO-M. CANNARSA-C. PONGIBÒ (eds.), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platform*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 83 ss.
- TJONG TJIN TAI E., *Force Majeure and Excuses in Smart Contracts*, in *Tilburg Private Law Working Paper Series*, n. 10/2018, p. 1 ss.

WERBACH K. *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkeley Tech. L.J.*, vol. 33, 2018, p. 489 ss.

WERBACH K., *The siren song: Algorithmic governance by blockchain*, in K. WERBACH (ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 215 ss.

WERBACH W., *Summary: Blockchain, the rise of trustless trust?*, in *Wharton PPI B-School for Public Policy Seminar Summaries*, 2019.

LA PARTECIPAZIONE NELL'ERA DIGITALE*

di *Giovanni Di Cosimo*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Voto digitale. – 3. Sottoscrizione. – 4. Consultazione. – 5. Regole.

1. Premessa

Quando, a partire dalla fine degli anni Novanta, la tecnologia digitale ha conosciuto uno sviluppo diffusivo e incontenibile, si è pensato che, fra le altre cose, avrebbe accresciuto il contributo dei cittadini alla definizione delle politiche pubbliche. A distanza di alcuni anni, la situazione appare in una luce diversa a causa di alcuni aspetti critici emersi nel frattempo. Più in generale, all'entusiasmo iniziale è subentrato un approccio realistico, che suggerisce di non alimentare illusioni riguardo agli effetti dell'introduzione della tecnologia digitale sullo stato di salute delle democrazie contemporanee¹.

In considerazione di ciò, in queste pagine mi soffermo brevemente sull'impatto della tecnologia digitale sulla partecipazione democratica dei cittadini, circoscrivendo il campo di indagine al profilo delle modalità di voto, di sottoscrizione e di consultazione².

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, p. 101 ss.

¹ G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Edizioni ETS, Pisa, 2017, p. 78.

² Un profilo vicino indaga i mutamenti indotti dalla tecnologia digitale nella sfera politica. Per approfondimenti cfr., da ultimo, C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 171 ss.; A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, in *Federalismi.it*, 15/2021; G. DI COSIMO, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in questo Volume e in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 969 ss.; F. NUNZIATA, *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 1/2021, p. 127 ss.; M. BARBERIS-G. GIACOMINI, *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria politica. Nuova serie*, X, 2020, p. 333 ss.

2. Voto digitale

Il legislatore ha di recente previsto una limitata sperimentazione del voto digitale, evidentemente nella consapevolezza degli aspetti critici connessi a tale modalità di voto³. I principali fra questi riguardano la segretezza e la pubblicità⁴. Prima di farvi cenno, occorre introdurre la distinzione fra il voto elettronico *presidiato*, nel quale l'elettore vota presso postazioni sorvegliate da pubblici ufficiali, e il voto elettronico *non presidiato*, che si esprime a distanza, per mezzo di un terminale che può trovarsi in qualsiasi luogo, senza alcuna forma di supervisione⁵.

Il decreto interministeriale che approva le linee guida sulla sperimentazione del voto digitale insiste sul necessario rispetto della segretezza del voto in «tutte le fasi della votazione elettronica»⁶. In particolare, stabilisce che per «le attività di scrutinio sono utilizzate tecnologie in grado di rilevare eventuali alterazioni nel rispetto della segretezza del voto», e che il sistema di voto elettronico «assicura la segretezza sia del voto, sia delle operazioni ad esso propedeutiche, impedendo, al contempo, la perdita o l'alterazione dei suffragi»⁷. Tuttavia, è opinione diffusa che il voto tradizionale, espresso nella cabina elettorale, garantisca meglio la segretezza⁸. Per le

³ La legge di bilancio 2020 istituisce un fondo per avviare una sperimentazione del voto digitale «limitata a modelli che garantiscano il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un comune di una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti». La sperimentazione, inizialmente prevista in occasione delle elezioni regionali e amministrative del 2022, è stata poi rinviata al 2023 in «considerazione della situazione politica internazionale e dei correlati rischi connessi alla cybersicurezza» (dl 41 del 4 maggio 2022). Sulle precedenti sperimentazioni cfr. L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Firenze, 2016, p. 431 s.

⁴ Per un quadro completo cfr. A. GRATTERI, *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2015.

⁵ Per un esame comparato delle regole sul voto elettronico cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le riforme istituzionali, *Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto*, 14 aprile 2022, p. 102 ss. (libro bianco a cura di una commissione di esperti).

⁶ Dec. min. dell'interno e min. per l'innovazione tecnologica del 9 luglio 2021. La segretezza del voto (su cui cfr., da ultimo, M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 235 ss.) protegge l'autonomia del votante, «lo mette nelle condizioni di essere l'unico giudice di ultima istanza dei propri interessi, determinando in tutta libertà sia il contenuto sia i criteri delle scelte politiche che esprime durante le consultazioni popolari» (G. GOMETZ, *Sulla "democrazia liquida". La segretezza del voto tra autonomia politica e bene comune*, in *statoechiese.it*, n. 30/2014, p. 41).

⁷ L'importanza della segretezza è sottolineata anche dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2017)5: «E-voting shall be organized in such a way as to ensure that the secrecy of the vote is respected at all stages of the voting procedure».

⁸ E. CATERINA-M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del Blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, p. 14, i quali osservano che «questo

sue (attuali) caratteristiche tecniche il voto digitale comporta inevitabilmente il rischio di manipolazioni⁹. Un rischio che viene considerato accettabile nel caso del voto degli italiani all'estero, nella presunzione che in un'elezione come questa, con un numero limitato di *eligendi*, siano improbabili tentativi di manomissione elettronica¹⁰.

Il problema della segretezza si porrebbe principalmente con il voto non presidiato, l'*home vote*¹¹, mentre quello presidiato offrirebbe ragionevoli assicurazioni relativamente al momento dell'espressione del voto¹². In realtà, anche per il voto presidiato le attuali soluzioni tecnologiche non consentono di conciliare in modo soddisfacente le contrapposte esigenze di segretezza e di trasparenza/verificabilità del voto¹³. E per il voto non presidiato si pongono ulteriori e specifici problemi di sicurezza¹⁴. Dunque, la questione resta aperta, non fosse altro perché l'elevazione degli standard di sicurezza richiede l'adozione di misure, come per esempio soft-

semplice argomento è sufficiente a incrinare, dal punto di vista costituzionale, la realizzabilità del voto elettronico con la nuova tecnica *Blockchain*».

⁹ «Scientists and security experts express concern regarding a number of potential vulnerabilities facing any internet voting platform, including malware and denial of service attacks; voter authentication; ballot protection and anonymization; and how disputed ballots are handled. Importantly, there is no way to conduct a valid audit of the results due to the lack of a meaningful voter-verified paper record. If a blockchain architecture is used, serious questions arise regarding what content is stored in it, how the blockchain is decrypted for public access, and how votes are ultimately transferred to some type of durable paper record. No scientific or technical evidence suggests that any internet voting system could or does address these concerns» (Letter to Governors and Secretaries of State on the insecurity of online voting, Letter from AAAS EPI Center and leading experts in cybersecurity and computing, 9 aprile 2020, <https://www.aaas.org/programs/epi-center/internet-voting-letter>). Cfr. M. ROSINI, *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 43. E. D'ELIA, *Voto elettronico, bello e impossibile*, in *lavoce.info*, 6 giugno 2022; N. MARTINI-T. MAURI, *Voto elettronico, troppo grande il pericolo brogli: ecco perché i rischi superano i vantaggi*, in *agendadigitale.eu*, 29 settembre 2021; F. BUCCAFURRI, *Luci e ombre del voto elettronico*, in *ICT Security Magazine*, 18 ottobre 2017.

¹⁰ C. FUSARO, *L'esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e le sue modalità applicative*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2022, p. 11.

¹¹ L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. inf. e inform.* n. 1/2011, p. 57; ID., «Segretezza del voto nell'identificabilità del votante» nelle società «in movimento», in *diritticomparati.it*, 14 maggio 2013, p. 5; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'inform.*, 2015, p. 297.

¹² L. TRUCCO, «Segretezza del voto nell'identificabilità del votante» nelle società tecnologicamente complesse, in *MediaLaws*, 9 maggio 2013, p. 2.

¹³ G. GOMETZ-M. TAWA FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion pratica*, n. 2/2018, p. 327; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, cit., p. 174.

¹⁴ G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, cit., p. 75 s. Per «il voto elettronico via internet, si potrebbero porre questioni connesse con l'affidabilità e la sicurezza dei sistemi informatici, che riguardano tanto l'espressione del voto quanto le operazioni di raccolta e conteggio» (Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le riforme istituzionali, *op. cit.*, p. 241).

ware *open source*, che presuppongono il possesso di elevate conoscenze tecniche in capo all'elettore che intenda svolgere un controllo¹⁵. A conclusioni diverse si giunge in ordinamenti che attribuiscono un valore meno intenso al principio di segretezza¹⁶.

La questione della pubblicità è stata sollevata nel 2009 dal Tribunale costituzionale tedesco, nel presupposto che nelle società democratiche il principio di pubblicità del voto è fondamentale per una corretta formazione della volontà popolare. «*The public nature of the state's exercise of power, which is based on the rule of law, serves its transparency and controllability. It is contingent on the citizen being able to perceive acts of the state bodies. This also applies as to the activities of the election bodies*»¹⁷. Il Tribunale rileva che le elezioni costituiscono una questione che interessa l'intero popolo e una preoccupazione comune a tutti i cittadini. Ne segue che i cittadini devono essere in grado di comprendere e verificare i passaggi principali del procedimento elettorale «in modo affidabile e senza alcuna specifica conoscenza tecnica». Tuttavia, secondo il Tribunale, le macchine per il voto digitale non permettono lo svolgimento di un esame pubblico di questo tipo¹⁸. Di qui la conclusione dell'incostituzionalità del regolamento che disciplina il voto elettronico¹⁹.

3. Sottoscrizione

Il ricorso alla tecnologia digitale per la sottoscrizione dei referendum e dei progetti di legge di iniziativa popolare consente di raccogliere le firme in modo meno oneroso. La legge di bilancio per il 2021, allo scopo di «di contribuire a rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale delle persone con disabilità e di garantire loro il diritto alla partecipazione democratica», prevede la realizzazione di una piattaforma informatica «per la raccolta delle firme de-

¹⁵ M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, p. 618.

¹⁶ Ad es., la Corte suprema estone non ha ravvisato il contrasto con il principio di segretezza anche in considerazione del fatto che la normativa consente all'elettore di rettificare il voto elettronico espresso (sent. n. 3-4-1-13-05 del 1° settembre 2005). Riguardo l'ordinamento italiano, si suggerisce un'interpretazione dinamica del principio di segretezza nel presupposto che i sistemi di voto elettronico a distanza accrescano l'effettività del principio di universalità del suffragio (M. ROSINI, *op. cit.*, p. 44).

¹⁷ Tribunale costituzionale tedesco, sent. 3 marzo 2009.

¹⁸ «*The essential steps in the ascertainment of the results by the voting machines also could not be verified by the public*».

¹⁹ «*A public examination by means of which the citizen could have reliably verified the ascertainment of the election result himself or herself without prior special technical knowledge was hence ruled out*».

gli elettori necessarie per i referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione nonché per i progetti di legge previsti dall'articolo 71, secondo comma, della Costituzione».

Nelle more dell'istituzione della piattaforma, la legge permette ai promotori di raccogliere le sottoscrizioni per mezzo dello strumento della firma digitale. L'innovazione è stata criticata perché comporterebbe effetti negativi a carico della democrazia rappresentativa²⁰. In realtà, neppure il sistema tradizionale di raccolta delle firme sfugge al rischio di un uso strumentale, intendendo con ciò un ricorso eccessivo all'istituto referendario in funzione latamente antiparlamentare, per quanto in quel caso il raggiungimento dello scopo richieda senz'altro un maggiore sforzo organizzativo. Soprattutto, simili preoccupazioni sopravvalutano l'impatto dell'introduzione della firma digitale che si limita a facilitare la raccolta delle adesioni, rendendola più veloce²¹. In altre parole, non sembrerebbe che la raccolta delle sottoscrizioni con la firma elettronica comporti effetti controversi, come invece accade nelle ipotesi in cui la tecnologia digitale asseconda forme di manipolazione dell'opinione pubblica²². Semplicemente, come accennato, la firma digi-

²⁰ F. PACINI, *Verso un mutamento costituzionale tecnicamente indotto? Note sulla digitalizzazione delle firme per il referendum*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, p. 943 ss.; N. ROSSI, *Firma digitale per referendum e leggi di iniziativa popolare. Una meditata rivoluzione o un improvvisato azzardo?*, in *Questione giustizia*, 15 settembre 2021. Si teme che comporti un'ulteriore avanzata del processo di disintermediazione (N. LUPO, *La nuova vita "digitale" del referendum abrogativo. Origini e conseguenze*, in *School of Government LUISS, Policy Brief*, n. 31/2021, p. 3); che conduca all'affermazione della cosiddetta *Spid democracy* (F. CLEMENTI, *I correttivi necessari alla deriva della spid democracy*, in *Sole24ore*, 21 settembre 2021); che renda possibili mobilitazioni telematiche animate da spirito vendicativo nei confronti del legislatore (F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 6/2021, p. 7); che porti a un abuso del referendum (G. DONATO, *Gli strumenti di democrazia partecipativa alla prova del digital switchover*, in *DPCE online*, n. 2/2021, p. 1534).

²¹ R. BORRELLO, *Firma digitale e slow democracy*, in *Nomos*, n. 3/2021, p. 2; G. DI COSIMO, *Ci salverà la democrazia diretta?*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022.

²² Ad esempio, relativamente al consenso politico, con l'uso dei *social bot* e con le pratiche di *microtargeting* e di *big nudging* (P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018; K. MANHEIM-L. KAPLAN, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, n. 21/2019, p. 106 ss.; E. MOSTACCI, *Critica della ragione algoritmica: internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, p. 102 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2019, p. 789 ss.; R. BRACCIALE-F. GRISOLIA, *Information Disorder: acceleratori tecnologici e dinamiche sociali*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 62 ss.; M.R. ALLEGRI, *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, FrancoAngeli, Milano, 2020; M. BETZU-G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *MediaLaws*, n. 1/2020, p. 218 ss.; A. TEDESCHI TOSCHI-G. BERNI FERRETTI, *Social media, profili artificiali e tutela della reputazione. Come l'avvento dei social bot per la gestione dei profili social possa rappresentare una grave minaccia per la reputazione delle persone e quali potrebbero essere le risposte a tale pericolo*, in *Riv. it. di inf. e*

tale permette di raccogliere più velocemente le firme; non è automatico che ciò consenta altresì di aumentare le sottoscrizioni, come mostra il caso del quesito sul *green pass* che non ha raggiunto il *quorum* malgrado la firma digitale. Senza considerare che, ovviamente, restano gli ostacoli posti dalla (discussa) giurisprudenza costituzionale sulle “cause inespresse” di inammissibilità. Prova ne sia che nel febbraio 2022 la Corte costituzionale non ha ammesso due quesiti per i quali la raccolta delle sottoscrizioni si è avvalsa in misura rilevante della firma elettronica²³.

L’ipotesi che si tratti di una forma di velocizzazione delle esistenti procedure democratiche, piuttosto che la via di accesso a una controversa forma di democrazia digitale e disintermediata, non esclude il rischio di un «automatismo referendario», destinato a scattare subito dopo l’approvazione della legge a iniziativa delle forze parlamentari sconfitte allo scopo di contrapporre il popolo sovrano al Parlamento²⁴. Per capire se il rischio sia reale, bisognerà attendere gli sviluppi della prassi.

In ogni caso, sull’altro piatto della bilancia bisogna tener conto che la firma digitale favorisce la partecipazione politica²⁵. L’obiezione secondo cui la firma digitale determinerebbe una spoliticizzazione della partecipazione popolare²⁶, non tiene conto che la condivisione del contenuto del quesito referendario o della legge di iniziativa popolare, che sta alla base della sottoscrizione, non varia in ragione dello strumento di firma, tradizionale o digitale che sia. Per sostenere il contrario occorrerebbe provare che nel secondo caso l’adesione sia meno consapevole, una dimostrazione tutt’altro che agevole.

4. Consultazione

Il mezzo digitale rende possibile sperimentare forme innovative di consultazione dei cittadini²⁷. Concepito per favorire la partecipazione dei cittadini, il

dir., n. 2/2021, p. 107 ss.; ID., *Il contrasto legislativo ai socialbot e le soluzioni avanzate negli Stati Uniti d’America a livello federale e statale*, in *Diritto di internet*, n. 3/2022, p. 451 ss.; F. AMORETTI-M. SANTANIELLO, *Partecipazione politica e opinione pubblica online in tempo di crisi*, in *Iride*, n. 92/2021, p. 57 ss.; O. SPATARO, *Diritti di partecipazione politica e piattaforme digitali, alcune riflessioni*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2022).

²³ Omicidio del consenziente (sent. 50/2022), depenalizzazione della coltivazione della cannabis (sent. 51/2022).

²⁴ A. PUGIOTTO, *Il pericolo non è il click ma il plebiscito*, in *Il Riformista*, 30 settembre 2021, che ipotizza anche (una meno probabile) iniziativa della maggioranza allo scopo di plebiscitare la legge.

²⁵ A. PARMIGIANI, *Firmare online deve essere un diritto per tutti*, in *lavoce.info*, 18 febbraio 2022.

²⁶ F. PALLANTE, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, cit., p. 8.

²⁷ F. BRIA, *Come recuperare il controllo sulla nuova democrazia digitale*, in *Domani*, 11 maggio 2021. Sulla nuova centralità che, almeno nelle intenzioni, l’approccio smart intende assegnare ai cittadini cfr. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, p. 249.

software open source *Decidim* ha l'ambizione di rafforzare i processi democratici nell'ambito delle istituzioni pubbliche²⁸. Tutto nasce dall'esperienza della città di Barcellona che ha messo a punto la piattaforma di democrazia partecipativa per i propri cittadini²⁹. «*Decidim is a framework that allows anybody to create and configure a website platform, to be used in the form of a political network for democratic participation. The platform allows any organization (local city council, association, university, NGO, neighbourhood or cooperative) to create mass processes for strategic planning, participatory budgeting, collaborative design for regulations, urban spaces and election processes*»³⁰.

Il software è attualmente utilizzato da alcuni soggetti pubblici (città, regioni e organizzazioni), fra i quali la città di Milano³¹. Il regolamento sulla partecipazione del capoluogo lombardo stabilisce che, nell'ambito dell'istruttoria pubblica, i cittadini possono esprimersi per mezzo della piattaforma "Milano partecipa" sulle proposte di modifica ai provvedimenti³².

Queste esperienze maturate nell'ambito degli enti locali mostrano come la tecnologia digitale renda più veloce ed economica la consultazione dei cittadini. Tut-

²⁸ «Decidim è una piattaforma radicalmente partecipativa, cioè, permette il controllo e l'intervento delle persone partecipanti su tutti i livelli della sua struttura tecnologica, tanto sul suo codice interno (il suo *back end*) quanto sulle sue interfacce ed esperienze di partecipante (*front end*)» (A. CALLEJA-LÓPEZ-X.E. BARANDIARAN-A. MONTERDE, *Dalle reti sociali alle reti (tecno)politiche Reti di terza generazione per la democrazia del XXI secolo*, in D. GAMBETTA (a cura di), *Datacrazia. Politica, cultura algoritmica e conflitti al tempo dei big data*, D Editore, Ladispoli, 2018, p. 355. «*From its first creation, Decidim enabled the participatory elaboration of public policies by creating discussion boards, digital voting mechanisms, and organizing proposals made in face-to-face meetings*» (F. MELLO ROSE, *The unexpected persistence of non-corporate platforms: The role of local and network embeddedness*, in *Digital Geography*, n. 2/2021, p. 6).

²⁹ Cfr. I. PEÑA-LÓPEZ, *Shifting participation into sovereignty: the case of decidim.barcelona*, Huygens Editorial, Barcelona, 2019, che osserva come l'introduzione della piattaforma abbia determinato un incremento della partecipazione (p. 90 ss.); P. ARAGON-A. KALTENBRUNNER-A. CALLEJA-LOPEZ-A. PEREIRA-A. MONTERDE-X.E. BARANDIARAN-V. GOMEZ, *Deliberative Platform Design: The case study of the online discussions in Decidim Barcelona*, in G. CIAMPAGLIA-A. MASHHADI-T. YASSERI (eds), *Social Informatics 9th International Conference, SocInfo 2017, Oxford, UK, September 13-15, 2017, Proceedings, Part II*, Springer International Publishing, 2017, p. 277 ss.; A. SMITH, P.P. MARTÍN, *Going Beyond the Smart City? Implementing Technopolitical Platforms for Urban Democracy in Madrid and Barcelona*, in *Journal of Urban Technology*, 2020, p. 311 ss.; G. SMORTO, *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2019, p. 911 s.; E. ZANCHINI, *Ripensare da capo le nostre città*, in *il Mulino*, n. 3/2021, p. 200.

³⁰ <https://docs.decidim.org/en/index.html>.

³¹ Sull'esperienza del comune di Udine, dove è stata sperimentata una piattaforma che ha consentito il monitoraggio da parte dei cittadini delle attività realizzate dagli eletti, cfr. G. GIACOMINI, *La piattaforma Open municipio alla prova dei fatti*, in *Quad. di Sociol.*, n. 80/2019, p. 113 ss. Sulla piattaforma Deciditorino.it cfr. P.P. BIANCONI-V. BRESCIA-G. GROSSI-S. SECINARO, *Dialogic accounting through popular reporting and digital platforms*, in *Meditari Accountancy Research*, n. 7/2021, p. 81 ss.

³² Art. 10 reg. per l'attuazione dei diritti di partecipazione popolare (modificato nel 2021).

tavia, e non poteva essere altrimenti, la sostanza dei processi partecipativi non cambia, nel senso che i cittadini continuano ad esprimere orientamenti non vincolanti³³. Gli istituti giuridici restano quelli previsti dall'art. 8 del testo unico degli enti locali rubricato "partecipazione popolare": forme di consultazione, istanze, petizioni e proposte, referendum. Insomma, il digitale facilita la partecipazione popolare, ma non si può dire che il ruolo dei cittadini nell'ambito dei processi di decisione pubblica ne risulti particolarmente rafforzato.

5. Regole

Come s'è visto, l'applicazione della tecnologia digitale nell'ambito dei processi di partecipazione democratica dà risultati ambivalenti. Il voto elettronico non presidiato favorisce la partecipazione democratica dei cittadini, dal momento che può essere esercitato in qualsiasi luogo avvalendosi di un dispositivo elettronico anche di tipo portatile, ma presenta controindicazioni sul fronte della tutela della segretezza del voto. La firma elettronica rende più facile la raccolta delle firme, ma la sua introduzione non aumenta le chance di successo dei quesiti referendari, dato che restano immutati il quadro delle regole procedurali e le condizioni politiche sostanziali che spiegano la crisi dell'istituto referendario, che ha trovato conferma in occasione del recente referendum del 12 giugno 2022 quando si è registrata una partecipazione che ha appena sfiorato il 21%³⁴. Le consultazioni digitali consentono di acquisire più velocemente e a costi inferiori l'opinione dei cittadini, ma ciò non offre garanzie di rappresentatività dei vari interessi in campo³⁵, e non cambia sostanzialmente il ruolo dei cittadini nei processi decisionali pubblici.

Bisogna altresì considerare che l'utilizzo della tecnologia digitale nell'ambito

³³ Con la sola eccezione – che è tale a prescindere dell'utilizzo del digitale – del referendum abrogativo (che, peraltro, dispone di uno spazio operativo assai ristretto per effetto della riserva di legge prevista dall'art. 97 Cost. e della disciplina quadro sugli enti locali: A. AMBROSI, *I referendum locali tra statuti, riserve di legge e normativa primaria*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione fra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 79).

³⁴ Discorso analogo si può fare, *mutatis mutandis*, per l'iniziativa legislativa popolare che, come noto, è sostanzialmente ignorata dalle Camere (sul punto cfr. V. DE SANTIS, *L'iniziativa popolare rinforzata*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, n. 2/2019, p. 5 ss.; sulla crisi dello strumento referendario v., da ultimo, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, il Mulino, Bologna, 2022).

³⁵ G. SGUEO, *I tre problemi della conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2022, p. 36, il quale inoltre mette in dubbio che le consultazioni digitali garantiscano una maggiore partecipazione; ID., *Tre idee di design per l'amministrazione digitale*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1/2021, p. 28.

di processi partecipativi pone problemi inediti quali il *digital divide*³⁶, per cui di tale tecnologia si avvantaggia solo una ristretta cerchia della popolazione, in genere le élite più colte e abbienti³⁷, con la conseguenza che si accentuano le disegualianze esistenti³⁸; i rischi di cattura del regolatore da parte del regolato, e i rischi relativi alla sicurezza dei sistemi informatici e alla scarsa affidabilità delle piattaforme digitali³⁹; la prevalenza di soluzioni tecnologiche funzionali al calcolo economico di multinazionali e società più che all'inclusione dei cittadini⁴⁰.

Tutto ciò, chiama in causa innanzitutto il legislatore, che in effetti è in qualche caso intervenuto, per esempio con l'introduzione della firma elettronica e con la sperimentazione del voto elettronico. Il secondo intervento individua due obiettivi che la legislazione sul digitale dovrebbe sempre perseguire: da un lato, sperimentare sul campo la validità delle soluzioni normative; dall'altro, precisare la portata di determinati limiti (come, ad esempio, il principio di segretezza) con specifico riferimento alle caratteristiche del mezzo digitale. A questi va aggiunto l'obiettivo di aumentare la trasparenza dei processi decisionali pubblici. A tal riguardo occorre adottare software aperti e funzionali alla partecipazione, allo scopo di consentire ai cittadini il controllo sulle decisioni assunte dai poteri pubblici, cominciando da quelli locali⁴¹.

Una volta che il legislatore abbia posto regole adeguate in relazione a tali obiettivi, residua uno spazio normativo per il concorso di soggetti privati, come ad esempio associazioni e organizzazioni di interesse, ai quali può essere rimandata la normazione di aspetti circoscritti secondo la logica della auto-regolazione⁴².

³⁶ Da un rapporto della Commissione risulta che solo il 56% della popolazione europea ha competenze digitali di base (*Digital Economy and Society Index 2021*, 12 novembre 2021).

³⁷ E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *il Piemonte delle Autonomie*, 2/2015. Da un rapporto della Commissione europea risulta che solo il 56% della popolazione ha competenze digitali (*Digital Economy and Society Index 2021*, 12 novembre 2021).

³⁸ L. SARTORI, *Alla ricerca della smart citizenship*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 947.

³⁹ G. SGUEO, *I tre problemi della conferenza sul futuro dell'Europa*, cit., p. 36 s.

⁴⁰ C. BUZZACCHI, *Le smart cities tra sicurezza delle tecnologie e incertezza della dimensione democratica*, in *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, a cura di C. BUZZACCHI-P. COSTA-F. PIZZOLATO, Giuffrè, Milano, 2019, p. 90 s.; F. PIZZOLATO, *Il consumatore, sovrano della Technopolis*, ivi, p. 97 ss.

⁴¹ E. SPILLER, *Citizens in the loop? Partecipazione e smart city*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione fra diritto e politica*, cit., p. 300. Sulla partecipazione nel modello di democrazia elettronica cfr. G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2017, p. 389 ss.

⁴² Del resto, anche la regolazione dell'attività delle piattaforme private può essere orientata a un maggiore coinvolgimento dei cittadini «nelle scelte strategiche sul futuro della città digitale» (A. MICHIELI, *Città e capitalismo delle piattaforme*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 349). Sui modelli normativi (regolazione, auto-regolazione, co-regolazione) cfr. D.D. HIRSCH, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?*, in *Seattle Univ. Law Review*, n. 34/2011, p. 439 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRI M.R., *Oltre la par condicio. Comunicazione politico-elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, FrancoAngeli, Milano, 2020.
- AMBROSI A., *I referendum locali tra statuti, riserve di legge e normativa primaria*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione fra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019.
- AMORETTI F.-SANTANIELLO M., *Partecipazione politica e opinione pubblica online in tempo di crisi*, in *Iride*, n. 92/2021, p. 57 ss.
- ARAGON P.-KALTENBRUNNER A.-CALLEJA LOPEZ A.-PEREIRA A.-MONTERDE A.-BARANDIARAN X.E.-GOMEZ V., *Deliberative Platform Design: The case study of the online discussions in Decidim Barcelona*, in G. CIAMPAGLIA-A. MASHHADI-T. YASSERI (eds), *Social Informatics 9th International Conference, SocInfo 2017, Oxford, UK, September 13-15, 2017, Proceedings, Part II*, Springer International Publishing, 2017, p. 277 ss.
- ARMANNO M., *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 235 ss.
- BARBERIS M.-GIACOMINI G., *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in *Teoria politica. Nuova serie*, X, 2020, p. 333 ss.
- BETZU M.-DEMURO G., *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media-Laws*, n. 1/2020, p. 218 ss.
- BIANCONE P.P.-BRESCIA V.-GROSSI G.-SECINARO S., *Dialogic accounting through popular reporting and digital platforms*, in *Meditari Accountancy Research*, n. 7/2021, p. 81 ss.
- BORRELLO R., *Firma digitale e slow democracy*, in *Nomos*, n. 3/2021.
- BRACCIALE R.-GRISOLIA F., *Information Disorder: acceleratori tecnologici e dinamiche sociali*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 62 ss.
- BRIA F., *Come recuperare il controllo sulla nuova democrazia digitale*, in *Domani*, 11 maggio 2021.
- BUCCAFURRI F., *Luci e ombre del voto elettronico*, in *ICT Security Magazine*, 18 ottobre 2017.
- BUSH C., *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in CANTERO GAMITO M.-MICKLITZ H.W. (eds), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 115 ss.
- BUZZACCHI C., *Le smart cities tra sicurezza delle tecnologie e incertezza della dimensione democratica*, in C. BUZZACCHI-P. COSTA-F. PIZZOLATO (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Giuffrè, Milano, 2019.

M. COHEN-A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *The Univ. of Chicago Law Review Dialogue*, n. 82/2015, p. 116 ss.; C. BUSH, *Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy*, in M. CANTERO GAMITO-H.W. MICKLITZ (eds), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 115 ss.; F. DI PORTO-M. ZUPPETTA, *Co-regulating algorithmic disclosure for digital platforms*, in *Policy and Society*, n. 40/2021, p. 272 ss.; F. DI PORTO-A. SIGNORELLI, *Regolare attraverso l'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell'IA: profili giuridici*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 617 ss.

- CALLEJA LOPEZ A.-BARANDIARAN X.E.-MONTERDE A., *Dalle reti sociali alle reti (tecno)politiche Reti di terza generazione per la democrazia del XXI secolo*, in D. GAMBETTA (a cura di), *Datacrazia. Politica, cultura algoritmica e conflitti al tempo dei big data*, D Editore, Ladispoli, 2018.
- CARLONI E., *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, p. 235 ss.
- CATERINA E.-GIANNELLI M., *Il voto ai tempi del Blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, p. 1 ss.
- CIANCIO A., *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2021.
- CIARALLI C.A., *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.
- CIARLO P., *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018.
- CLEMENTI F., *I correttivi necessari alla deriva della spid democracy*, in *Sole24ore*, 21 settembre 2021.
- COHEN M.-SUNDARARAJAN A., *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *The Univ. of Chicago Law Review Dialogue*, n. 82/2015, p. 116 ss.
- CUNIBERTI M., *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'inform.*, 2015, p. 273 ss.
- D'ELIA E., *Voto elettronico, bello e impossibile*, in *lavoce.info*, 6 giugno 2022.
- DE SANTIS V., *L'iniziativa popolare rinforzata*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2019, p. 5 ss.
- DI COSIMO G., *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 969 ss.
- DI COSIMO G., *Ci salverà la democrazia diretta?*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022 p. 5 ss.
- DI PORTO F.-SIGNORELLI A., *Regolare attraverso l'intelligenza artificiale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell'IA: profili giuridici*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 617 ss.
- DI PORTO F.-ZUPPETTA M., *Co-regulating algorithmic disclosure for digital platforms*, in *Policy and Society*, n. 40/2021, p. 272 ss.
- DONATO G., *Gli strumenti di democrazia partecipativa alla prova del digital switchover*, in *DPCE online*, n. 2/2021, p. 1529 ss.
- FARINA M., *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, p. 608 ss.
- FERRERO E., *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *il Piemonte delle Autonomie*, n. 2/2015.
- FIORIGLIO G., *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2017.
- FUSARO C., *L'esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e le sue modalità applicative*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2022.
- GIACOMINI G., *La piattaforma Open municipio alla prova dei fatti*, in *Quad. di Sociol.*, n. 80/2019, p. 113 ss.
- GOMETZ G., *Sulla "democrazia liquida". La segretezza del voto tra autonomia politica e bene comune*, in *statoechiese.it*, n. 30/2014.

- GOMETZ G., *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Edizioni ETS, Pisa, 2017.
- GOMETZ G.-TAWA FOLARIN M., *Voto elettronico presidiato e blockchain*, in *Ragion pratica*, n. 2/2018, p. 317 ss.
- GRATTERI A., *Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*, in *orumcostituzionale.it*, 25 marzo 2015.
- HIRSCH D.D., *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?*, in *Seattle Univ. Law Review*, n. 34/2011, p. 439 ss.
- LUPO N., *La nuova vita "digitale" del referendum abrogativo. Origini e conseguenze*, in *School of Government LUISS, Policy Brief*, n. 31/2021.
- MANHEIM K.-KAPLAN L., *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law & Technology*, n. 21/2019, p. 106 ss.
- MARTINI N.-MAURI T., *Voto elettronico, troppo grande il pericolo brogli: ecco perché i rischi superano i vantaggi*, in *agendadigitale.eu*, 29 settembre 2021.
- MELLO ROSE F., *The unexpected persistence of non-corporate platforms: The role of local and network embeddedness*, in *Digital Geography*, n. 2/2021.
- MICHELÌ A., *Città e capitalismo delle piattaforme*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCHI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022.
- MONTALDO R., *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2019, p. 789 ss.
- MORRONE A., *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, il Mulino, Bologna, 2022.
- MOSTACCI E., *Critica della ragione algoritmica: internet, partecipazione politica e diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, p. 102 ss.
- NUNZIATA F., *Il platform leader*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 1/2021, p. 127 ss.
- PACINI F., *Verso un mutamento costituzionale tecnicamente indotto? Note sulla digitalizzazione delle firme per il referendum*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, p. 942 ss.
- PALLANTE F., *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 6/2021, p. 344 ss.
- PARMIGIANI A., *Firmare online deve essere un diritto per tutti*, in *lavoce.info*, 18 febbraio 2022.
- PEÑA-LÓPEZ I., *Shifting participation into sovereignty: the case of decidim.barcelona*, Huygens Editorial, Barcelona, 2019, p. 90 ss.
- PIZZOLATO F., *Il consumatore, sovrano della Technopolis*, in C. BUZZACCHI-P. COSTA-F. PIZZOLATO (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profetia tecnologica*, Giuffrè, Milano, 2019.
- PUGIOTTO A., *Il pericolo non è il click ma il plebiscito*, in *il Riformista*, 30 settembre 2021.
- ROSINI M., *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 1 ss.
- ROSSI N., *Firma digitale per referendum e leggi di iniziativa popolare. Una meditata rivoluzione o un improvvisato azzardo?*, in *Questione giustizia*, 15 settembre 2021.
- SARTORI L., *Alla ricerca della smart citizenship*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2015, p. 927 ss.
- SGUEO G., *Tre idee di design per l'amministrazione digitale*, in *Gior. di dir. amm.vo*, n. 1/2021, p. 19 ss.

- SGUEO G., *I tre problemi della conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2022, p. 36 ss.
- SMITH A.-MARTÍN P.P., *Going Beyond the Smart City? Implementing Technopolitical Platforms for Urban Democracy in Madrid and Barcelona*, in *Journal of Urban Technology*, 2020, p. 311 ss.
- SMORTO G., *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2019, p. 911 ss.
- SPATARO O., *Diritti di partecipazione politica e piattaforme digitali, alcune riflessioni*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2022.
- SPILLER E., *Citizens in the loop? Partecipazione e smart city*, in F. PIZZOLATO-A. SCALONE-F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione fra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019.
- TEDESCHI TOSCHI A.-BERNI FERRETTI G., *Social media, profili artificiali e tutela della reputazione. Come l'avvento dei social bot per la gestione dei profili social possa rappresentare una grave minaccia per la reputazione delle persone e quali potrebbero essere le risposte a tale pericolo*, in *Riv. it. di inf. e dir.*, n. 2/2021, p. 107 ss.
- TEDESCHI TOSCHI A.-BERNI FERRETTI G., *Il contrasto legislativo ai socialbot e le soluzioni avanzate negli Stati Uniti d'America a livello federale e statale*, in *Diritto di internet*, n. 3/2022, p. 451 ss.
- TRUCCO L., *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Dir. inf. e inform.* n. 1/2011, p. 47 ss.
- TRUCCO L., *"Segretezza del voto nell'identificabilità del votante" nelle società tecnologicamente complesse*, in *MediaLaws*, 9 maggio 2013.
- TRUCCO L., *"Segretezza del voto nell'identificabilità del votante" nelle società "in movimento"*, in *diritticomparati.it*, 14 maggio 2013.
- TRUCCO L., *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Le Monnier Università, Firenze, 2016, p. 425 ss.
- ZANCHINI E., *Ripensare da capo le nostre città*, in *il Mulino*, n. 3/2021, p. 190 ss.

PIATTAFORME DIGITALI E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE FRA AUTOREGOLAMENTAZIONE E COREGOLAMENTAZIONE: NOTE RICOSTRUTTIVE*

di Raffaella Niro

Sommario: 1. *Piercing the platform veil* nella “*concurring opinion*” del Justice Thomas. – 2. Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla “ricchezza delle reti” alla concentrazione dell’informazione nelle mani di pochi. – 3. Gli interventi di “*content moderation*”: condizioni contrattuali o regole limitative della libertà di espressione? In margine all’autoregolazione delle piattaforme. – 4. Il dibattito fra le due sponde dell’Atlantico: fra “*state doctrine action*” e “*Drittwirkung*”, gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati. – 5. La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione. – 6. Verso il *Digital Service Act*, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione.

1. *Piercing the platform veil* nella “*concurring opinion*” del Justice Thomas

Accade ormai spesso, nella giurisprudenza costituzionale italiana¹, ma anche in quella di legittimità², che, nell’economia di una decisione, gli *obiter dicta* finiscano con l’averne un’importanza assai maggiore della vera e propria *ratio decidendi*, strettamente connessa al caso oggetto di giudizio. Si intende, così, porre le

* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, p. 1368 ss.

¹ Sul punto v. M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1148. R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1996, p. 1279 ss., mette in evidenza come «nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura della sentenze più recenti, è stato possibile (...) riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un’utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta*, tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*».

² Sul punto, di recente, criticamente, B. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa*, 6 aprile 2020.

basi per futuri mutamenti di giurisprudenza, a volte anche dando spazio ad opinioni minoritarie destinate a segnare la successiva svolta, comunque influenzando gli altri giudici e sollecitando il legislatore.

Tale metodo argomentativo – si sa – è da tempo invalso anche presso le corti statunitensi, sempre meno inclini a ritagliare la *ratio decidendi* sul caso oggetto del giudizio (nonostante la natura vincolante del solo precedente) e sempre più favorevoli a ricondurre a quest'ultima anche quelle affermazioni generali (gli *obiter dicta*, appunto) volte a prefigurare i futuri sviluppi giurisprudenziali, in un'ottica che assegna, peraltro, alle *opinions* dei giudici un rilievo significativo³.

In questa prospettiva deve leggersi l'ampio *obiter dictum*, scritto nella *concurrent opinion* dal Justice Thomas nell'*order* reso dalla Corte Suprema il 5 aprile 2021 nel caso *Knight Institute v. Trump*, ora *Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.* 593 U. S., a proposito del potere delle piattaforme digitali di «*remove any person from the platform*», «*at any time for any or no reason*», sulla base di «condizioni di servizio» stabilite dalle medesime piattaforme.

Al centro dell'opinione del giudice Thomas – che supporta la lapidaria motivazione della pronuncia⁴ – c'è la (conquistata) consapevolezza, ad un tempo, dell'enorme potere delle piattaforme digitali – che controllano una quantità di comunicazioni senza precedenti e censurano, liberamente, quelle “sgradite”, sulla base

³ Sulle difficoltà, anche nell'ambito dei sistemi di *common law*, di distinguere nella decisione la *ratio decidendi* dall'*obiter dictum*, v. K. ZWEIFERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, I, Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 312. Sul punto v. anche U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XIV, Torino, 1996, p. 16.

⁴ Nella citata decisione *Knight Institute v. Trump*, ora *Joseph Biden, Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U. S. (2021), no. 20-197, la Corte Suprema, in poche righe, ha accolto il ricorso avanzato da Trump volto a ottenere che fosse dichiarata priva di oggetto la causa precedentemente intentata nei suoi confronti per effetto del venir meno, *medio tempore*, della carica presidenziale che aveva costituito il presupposto della decisione. Il *Knight First Amendment Institute* e altri soggetti erano stati bloccati dal profilo Twitter dell'ex Presidente Donald J. Trump, utilizzato dallo stesso Trump anche per comunicare messaggi di natura ufficiale. L'*Institute* e gli altri soggetti avevano agito in giudizio contro il blocco, argomentando che esso costituiva una violazione dei loro diritti sanciti dal I Emendamento. L'amministrazione Trump, per contro, aveva asserito che era necessario distinguere tra i tweet dell'ex-Presidente, da una parte, e la decisione di bloccare gli utenti, dall'altra. I tweet riguardavano anche questioni ufficiali, mentre il blocco degli utenti sarebbe stata sempre una decisione presa da Trump in veste personale. La District Court federale e la Corte di Appello del Secondo Circuito avevano entrambe accolto le ragioni dell'*Institute*. L'amministrazione Trump aveva adito la Corte suprema federale. A seguito della vittoria di Joseph R. Biden nelle elezioni presidenziali del novembre 2020 e il conseguente avvicendamento nell'amministrazione presidenziale, nel gennaio 2021 gli avvocati di Trump avevano chiesto alla Corte suprema di annullare la sentenza della corte di appello e rinviare la questione a quest'ultima affinché la dichiarasse priva di oggetto. Infatti, la causa era stata intentata nei confronti di Trump in veste di Presidente e non come privato. La Corte suprema ha accolto il ricorso in un breve *order* non firmato.

di proprie regole – e dell'inadeguatezza della regolamentazione vigente (*rectius*, dell'attuale assenza di regolamentazione).

Il giudice Thomas, non più tardi del 2019, aveva votato a favore della decisione adottata a stretta maggioranza nel caso *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019), confermando che agli operatori televisivi privati via cavo non possono opporsi i limiti del I° emendamento e che, quindi, sono liberi di stabilire quali messaggi possano essere trasmessi e quali no, in base alle regole contrattuali fissate dai medesimi. Viene da pensare che abbia cambiato idea quanto al ruolo degli operatori privati nel settore dell'informazione⁵ e stia gettando le basi per un importante mutamento di giurisprudenza.

È noto che negli Stati Uniti, secondo la tradizionale *State action doctrine*⁶, si ritiene che il I° emendamento garantisca la libertà di espressione, in via diretta, solo nei confronti dei poteri pubblici, mentre non impedisca che ad essa vengano poste limitazioni da parte dei privati⁷. Ove si consideri che alla natura privatistica delle imprese titolari delle piattaforme digitali si è ben presto accompagnato un peculiare regime di esenzione da ogni responsabilità per i messaggi sulle medesime “veicolati” da altri, nonché per gli interventi di rimozione di materiali da loro ritenuti indecenti, eccessivamente violenti o comunque “discutibili”, suggellato dalla c.d. *Good Samaritan Clause* di cui alla sezione 230, parr. 1 e 2, del *Communication Decency Act*⁸, emerge chiaramente lo spazio di

⁵ Sul punto v. M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE On line*, n. 1/2021, p. 2787, segnala come «Questo nuovo posizionamento potrebbe peraltro incrinare la stessa maggioranza della sentenza *Manhattan* che aveva dato un'interpretazione restrittiva della *state action doctrine* e, più in generale, dei poteri regolatori del governo rispetto agli operatori privati».

⁶ Sulla storia, sugli scopi e sull'attuazione della *State doctrine action v.*, di recente, M. PATTY, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action once again*, in *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, vol. 40, 2019, p. 113 ss. Per una critica della citata dottrina v. M. MINOW, *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 52, 2006, p. 145 ss.

⁷ Di recente questo principio è stato ribadito proprio in *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019), in cui si afferma che «*The text and original meaning of those Amendments, as well as this Court's longstanding precedents, establish that the Free Speech Clause prohibits only governmental abridgment of speech. The Free Speech Clause does not prohibit private abridgment of speech. See, e.g., Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U. S. 727, 737 (1996) (plurality opinion); *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U. S. 557, 566 (1995); *Hudgens v. NLRB*, 424 U. S. 507, 513 (1976); cf. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U. S. 241, 256 (1974)».

⁸ La sezione 230 del *Communication Decency Act* dispone, al primo paragrafo, che «*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*»; al par. 2 stabilisce che «*No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of –(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user con-*

totale libertà in cui esse hanno operato e, almeno in parte, continuano ad operare. Tale regime, originariamente pensato al fine di agevolare la “libertà della Rete”, era stato, in buona misura, condizionato anche dalla considerazione della peculiare natura delle imprese titolari delle piattaforme digitali (*internet service providers*), che forniscono servizi non necessariamente (anzi, all’inizio si riteneva mai) incidenti sulla libertà di espressione. Si riteneva si trattasse, in altri termini, di imprese che, limitandosi a consentire l’accesso alla rete agli utenti e l’eventuale collocamento su di essa di materiali e messaggi da parte dei medesimi utenti per un tempo più o meno lungo⁹, senza interferire con i citati materiali e messaggi, se, da un lato, non avrebbero potuto essere chiamate a rispondere di condotte imputabili ad altri (ai “produttori” di quei materiali e/o messaggi, appunto), dall’altro, legittimamente avrebbero potuto adottare interventi anche di rimozione degli stessi materiali e messaggi, in linea con le specifiche condizioni contrattuali di servizio, sottoscritte dagli utenti e dalle stesse stabilite in coerenza con le proprie *policies* industriali.

Senonché, sulla scia di un dibattito ormai vivace in dottrina¹⁰, ma anche di qualche indicazione della stessa giurisprudenza statunitense (in specie, di recente, *Packingham v. North Carolina*, 582 US – 2017), nella sua *concurring opinion* il giudice Thomas “squarcia” il velo delle piattaforme digitali e riconosce che esse, che sono «*at bottom communications networks, and they “carry” information from one user to another*», danno luogo ad un «*private, concentrated control over online content*», sopprimendo contenuti o rendendoli inaccessibili. Esse, che costituiscono il principale strumento attuale di diffusione dell’informazione e delle manifestazioni di pensiero, pur essendo società private, in ragione dell’«*enormous control over speech*» conquistato, devono essere sottoposte ad una regolamentazione pubblica che limiti il loro potere, in linea con quel che è accaduto con i *common carriers* o per i «*places of public accommodation*».

Il segnale è chiaro. Il giudice Thomas – forse anche sull’onda della preoccupazione per la malintesa (e pretesa) censura del Presidente Trump ravvisata nell’o-

siders to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected».

⁹Solitamente si distingue la figura del *provider* che svolge attività di semplice trasporto (o di fornitura di accesso alla rete), da quella del *provider* che svolge un’attività di memorizzazione solo temporanea (*caching provider*); da quella, infine, del *provider* che svolge un’attività di memorizzazione permanente (*hosting provider*): sul punto, di recente, v. L. ALBERTINI, *La responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di gatekeepers della comunicazione)*, in *IL CASO.it*, 21 settembre 2020.

¹⁰Sul punto M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2/2020, segnala come «oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui modi con i quali regolare efficacemente l’uso di Internet» (36). Possono richiamarsi i contributi raccolti da L.C. BOLLINGER-G.R. STONE (eds), *The Free speech Century*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

scuramento del suo account da parte di vari social media¹¹ – avverte che è passato il tempo di inneggiare alla libertà delle piattaforme private nel nome della libertà della Rete e occorre porre riparo ad una situazione in cui, all'opposto, «private parties control the avenues for speech», mettendo a rischio proprio la libertà di espressione di tutti. E a questo scopo è necessaria una *public regulation*.

Anche sul fronte europeo – è noto – il dibattito sul punto è quanto mai acceso. La presentazione, nello scorso dicembre 2020, della proposta del Digital Service Act (in una con la proposta del Digital Market Act) svela la centralità del tema della tutela della libertà di espressione sulle piattaforme digitali e racconta il capovolgimento della parabola della Rete¹². Capovolgimento di cui può essere utile rievocare, sia pure solo con qualche battuta, i principali snodi.

2. *Un passo indietro. Piattaforme digitali e libertà di espressione: dalla "ricchezza delle reti" alla concentrazione dell'informazione nelle mani di pochi*

È fin troppo noto che, prima della rivoluzione digitale, la produzione e diffusione dell'informazione, della cultura e, più in generale, di tutti i contenuti espressivi del pensiero richiedeva ingenti investimenti.

Efficacemente si è osservato che tali investimenti «erano indispensabili per organizzare gli stabilimenti tipografici e le redazioni con cui si producevano i giornali, per realizzare il telegrafo e la rete telefonica, le radio e le televisioni, la tv via cavo e la tv satellitare»¹³ e costituivano «importanti barriere all'ingresso nei mercati dell'informazione» che si affiancavano al «carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione, come la radio e la televi-

¹¹ Si fa riferimento alla vicenda dell'oscuramento degli account del Presidente Trump su vari social media, interpretata da molti come rivelatrice di una forma di censura privata. Nella specie, tuttavia, come chiarisce bene M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 1/2021, pp. 195 e 198, non era in gioco alcuna censura privata, anzitutto perché i messaggi del Presidente Trump difficilmente avrebbero potuto ricondursi all'esercizio della sua libertà di espressione, essendo piuttosto esternazioni connesse alla sua funzione pubblica, ma, soprattutto, in quanto, consistendo in appelli al popolo a contestare con la forza i risultati elettorali, mai avrebbero potuto configurarsi come esercizio di *free speech*, quanto piuttosto come incitamento all'azione violenta e/o illegale, punibile come reato.

¹² V., ancora, M. MANETTI, *Regolare*, cit., che segnala che «in pochi anni è crollata l'idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza, in quanto tale destinata a divenire anche il luogo di elezione del dibattito democratico» (p. 36). «Dopo l'avvento dei social media» – avverte l'Autrice – «il tema si è per così dire rovesciato, concentrandosi sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero».

¹³ Così G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 1.

sione»¹⁴. Da qui lo sforzo della legislazione – che, tuttavia, si è manifestato negli anni, in molti casi, solo lentamente e faticosamente, come è accaduto in Italia¹⁵ – anzitutto di garantire il pluralismo dell'informazione tramite la previsione di tetti antitrust volti ad impedire la formazione di concentrazioni editoriali. Ma anche di stabilire precise forme di responsabilità dei titolari delle imprese editoriali, chiamati, ad un tempo, a dar conto del potere ad essi riconosciuto di selezionare cosa e come pubblicare, quale gerarchia assegnare alle informazioni, seguendo prevalentemente la logica economica dell'accrescimento degli introiti, nonché a rispettare i limiti ad essi posti a tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti, spesso assistiti dalla sanzione penale.

A ciò si è aggiunto, almeno in alcuni paesi, un ulteriore tassello, volto a dare voce, in specie nella radiotelevisione, anche ad opinioni ed informazioni che non avrebbero trovato accoglienza nelle emittenti private, così come a messaggi culturali, educativi, in qualche modo “di servizio”, attraverso l'espressa previsione di un servizio pubblico.

Con l'avvento della rivoluzione digitale – si sa – il panorama è completamente mutato.

Il facile accesso alla rete tramite dispositivi a basso costo, la connessa possibilità per chiunque di inserire messaggi, video, foto, in sostanza di “produrre” informazione e replicare all'informazione pubblicata da altri, con una diffusione immediata e tendenzialmente “globale”, al di là degli stretti confini territoriali, ha indotto a salutare questa nuova stagione come contraddistinta da una sorta di esplosione della comunicazione, connessa alla «ricchezza delle reti»¹⁶ che «amplia la nostra sfera di libertà e rafforza la partecipazione democratica»¹⁷. Si è detto che l'avvento di Internet «ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza “filtri”, ovvero senza mediazioni di sorta, un open network»¹⁸, in cui «tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori»¹⁹. La circolazione delle informazioni attraverso la Rete diventa – si è pure sottolineato – un formidabile strumento per «la formazione di

¹⁴ ID., *ibidem*.

¹⁵ Per una puntuale ed esaustiva ricostruzione delle vicende della libertà di informazione in Italia, per tutti, v. A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 575 ss.

¹⁶ Così Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, Yale, 2006.

¹⁷ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 3. L'Autore segnala come, con Internet, «si sono poste molte più restrizioni e più controlli diffusi all'operato dei detentori del potere politico. I watchdogs del potere si sono moltiplicati ed è per questo che i detentori del potere, specie (ma non solo) nei sistemi illiberali, temono Internet».

¹⁸ Così T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Consulta OnLine*, 25 maggio 2020, p. 4.

¹⁹ *Ibidem*.

una coscienza civile e politica più avvertita con un richiamo non più episodico agli interessi e alla capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità»²⁰.

In questa prospettiva, la libertà della Rete, identificata con la massima libertà di espressione, si è presto affermata anche come libertà da quelle regole, che i legislatori avevano dettato in relazione ai diversi, meno accessibili, mezzi di comunicazione del pensiero e di informazione (stampa, radiotelevisione), rivelandosi insofferente e, per certi versi, irriducibile alle limitazioni da esse definite. La Rete si è, dunque, imposta come uno spazio “aperto e libero”, per certi versi “anarchico”²¹, capace di “autogovernarsi” grazie all’applicazione di norme tecniche, idonee a consentire a chiunque di connettersi con altri, diffondendo messaggi e ricevendone, senza limiti territoriali e senza interferenze da parte delle pubbliche autorità. Uno spazio – il Cyberspazio – regolato dalla *Lex Informatica*, vale a dire da un “sistema di regole automatizzate e autoapplicative”²², prodotto per “autopoiesi” e “in grado di dar luogo ad un ordinamento speciale”, volto a realizzare la comunicazione “da punto a punto” in maniera neutrale, tale cioè da “disabilitare chiunque fosse al centro dal controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi”²³.

Tale situazione, tuttavia, si è presto trasformata. La smisurata mole di contenuti immessi sulla Rete, congiunta alla immediata e tendenzialmente illimitata diffusione degli stessi, ha contribuito ad inaugurare una nuova fase dell’evoluzione della stessa (web 2.0), contraddistinta dalla centralità dell’attività di intermediazione tra chi produce informazione e chi la riceve²⁴. Si è, in altri termini, andato sempre più delineando il carattere strategico del ruolo dei c.d. “gatekeepers”²⁵, cioè dei “portieri” dell’informazione (motori di ricerca, ma anche social media) che raccolgono, ordinano e redistribuiscono i contenuti immessi sulla rete, sulla base di algoritmi dai medesimi elaborati. Ciò al fine di guidare l’utente nelle sconfinite praterie del web in armonia con le sue prefe-

²⁰ Ancora T.E. FROSINI, *op. cit.*, p. 10.

²¹ Ha parlato di “carattere libertario, persino anarchico, di Internet” S. RODOTÀ, Recensione a G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2014.

²² Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, p. 166.

²³ Ivi, p. 167. L’Autore prende, a tal proposito, in prestito le parole di L. LESSIG, *The future of ideas*, Random House, New York, 2001, trad. it., *Il futuro delle idee*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 125.

²⁴ Sul punto v. R. BORRELLO, *Arte e rete digitale: i social networks e le policies sulla “nudità”*, in *Nomos*, n. 3/2020, p. 3.

²⁵ Sul punto E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, n. 1/2008, p. 114, ha osservato che «by controlling the communication infrastructure of the Internet, they have become information gatekeepers».

renze, fidelizzandolo²⁶ e, quindi, realizzando, ad un tempo, anche il proprio utile economico, grazie alla cessione dei dati del medesimo utente alle imprese tramite la pubblicità²⁷.

È così che – nello spazio di assoluta libertà riconosciuto a tali operatori, quale preteso riflesso della libertà della Rete, peraltro garantito da normative (europee e d’oltreoceano) introdotte proprio al fine di esonerarli da qualsivoglia forma di responsabilità inerente ai contenuti immessi dagli utenti, almeno ove di essi i provider (cui non incombe un obbligo di sorveglianza preventiva) non siano venuti a conoscenza – si sono presto venuti a formare importanti e ingombranti oligopoli.

«La rete è aperta» – si è osservato²⁸ – «ma solo pochi soggetti (come Google e Facebook, e poi Twitter, YouTube, Instagram) hanno le chiavi dei cancelli da cui passa l’informazione».

E tali soggetti – le Big Tech Companies – in forza della loro posizione di potere, non hanno impiegato troppo tempo a riempire quello spazio di libertà, fissando termini e condizioni per l’accesso alla Rete e ai servizi, dettando proprie “rego-

²⁶ Sul punto G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, osserva che «L’algoritmo filtra le notizie e le opinioni provenienti dal mondo esterno facendoci arrivare sullo schermo solo ciò che è coerente con la visione della realtà di ciascun utente. La conseguenza è che l’utente tende ad essere esposto solamente a quello che è in sintonia con i suoi pregiudizi e si rafforza nelle sue convinzioni. L’utente di Internet finisce spesso per ricevere, come notizie e informazioni, soltanto un’eco delle opinioni e dei gusti che ha manifestato (echo chamber) rafforzandosi ancor di più nei suoi convincimenti. Insomma, gli algoritmi costruiscono un mondo su misura di ciascuno di noi» (p. 9). E ciò in linea con il principio della “sovranità del consumatore”, secondo l’elaborazione suggerita da Cass R. Sunstein (p. 10).

²⁷ Sul punto, L. ALBERTINI, *La responsabilità*, cit., p. 34, osserva che «l’apparente gratuità di molti servizi internet non è tale, in quanto il corrispettivo è dato dalla cessione del diritto di usare i propri dati personali (tracciati dal prestatore, di solito la piattaforma)». Pertanto, «le Big Tech Companies (...), pur essendo di solito inquadrate appunto come tech companies, in realtà sono advertising companies and middlemen in the flow of information: Google e Facebook traggono dalla pubblicità rispettivamente l’80 e il 98 % delle loro entrate» (p. 34). Sull’apparente gratuità dei servizi informativi offerti su internet, v. O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in *MediaLaws*, n. 3/2019, p. 106.

²⁸ Così G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 4. L’Autore, già nel 2018, sottolineava che «Si tratta di un numero assai ristretto di tech companies che ha il controllo delle porte di accesso alle informazioni presenti nella rete. Google, a livello mondiale, detiene fra il 70 e il 90 per cento del mercato delle ricerche»; «Un ruolo probabilmente ancora più marcato, nel realizzare l’accesso all’informazione, è ricoperto da Facebook, grazie al grandissimo numero di internauti che lo usa. Facebook, infatti, ha raggiunto la quota strabiliante di due miliardi di utenti (in Italia circa il 96% di utenti di Internet lo usa) (...) Se la rete è nata all’insegna del massimo di decentramento e di apertura, è pur vero che oggi la distribuzione dell’informazione all’utente è concentrata nelle mani di pochi Over The Top (OTP), che hanno accumulato un enorme potere economico, in un mondo, come quello dell’economia digitale, in cui meccanismi di lock-in, ‘effetti di rete’ ed economie di scala portano a mercati ad elevatissima concentrazione di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico».

le»²⁹, assistite da specifiche sanzioni e, talora, addirittura garantite da apposite “corti supreme” private³⁰.

Esse, principalmente al fine di creare un ambiente favorevole per gli utenti, ma talora anche manifestando proprie tendenze ideologiche³¹, hanno definito – ciascuna per proprio conto e in forma spesso differente – un vero e proprio sistema di controllo del flusso dei contenuti che transitano sulla Rete, che si sostanzia nella loro selezione, organizzazione ed eventuale rimozione. E hanno, in definitiva, dato vita a quella che è stata efficacemente qualificata come «una formidabile struttura di governance privata, tale per cui esse sono divenute i veri “decisori”, coloro i quali hanno “more power to determine who may speak and who may be heard around the world”»³².

3. *Gli interventi di “content moderation”: condizioni contrattuali o regole limitative della libertà di espressione? In margine all’autoregolazione delle piattaforme*

È, infatti, un dato noto che, in particolare a partire dalla metà della prima decade degli anni 2000, le piattaforme digitali hanno iniziato ad utilizzare “strumen-

²⁹ M. MANETTI, *Facebook*, cit., osserva che la circostanza che gli spazi messi a disposizione dai social media siano soggetti esclusivamente alla disciplina contrattuale predisposta dalle piattaforme in vista del loro interesse è il «riflesso delle scelte dei poteri pubblici, che fin dall’inizio hanno voluto sottrarre la rete a qualsiasi forma di intervento (...) pretendendo che in tal modo sarebbe stata assicurata agli utenti la massima libertà possibile. Oggi è chiaro che quelle scelte hanno bensì favorito l’espansione della Rete, come si ripromettevano, ma l’hanno anche consegnata nelle mani di pochi potentati economici, che, oltre a sfruttare a scopo di profitto i messaggi degli utenti esercitano su di essi veri e propri poteri di censura» (p. 196).

³⁰ È quanto è accaduto con la creazione dell’Independent Oversight Board da parte di Facebook su cui C. BONINI, *Così il gigante dei social stabilisce i limiti della libertà di parola*, in *La Repubblica*, 23 settembre 2021. V. ancora M. MANETTI, *op. ult. cit.*, pp. 196-197, là dove efficacemente sottolinea che «sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l’esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull’originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese son riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento». Sulla tendenza dei social network a creare proprie “costituzioni”, alternative a quelle statuali e “a darsi persino ‘corti supreme’ investite del compito di interpretarle” v. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws*, n. 11/2021, pp. 188-189.

³¹ Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d’espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Riv. Italiana di informatica e diritto*, n. 1/2019, p. 37.

³² Così M. BETZU, *op. cit.*, p. 173, che richiama quanto affermato da J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordam Law Review*, vol. 80, n. 4/2012, p. 1536.

ti di moderazione e *policies* sui contenuti diffondibili sulla Rete”³³, volti, ad un tempo, ad impedire la pubblicazione o consentire la rimozione di messaggi, immagini o espressioni ritenute dalle medesime piattaforme violente, “deplorable”³⁴ o “inappropriate”³⁵ sulla base di criteri non solo stabiliti in forma unilaterale, ma anche altamente discrezionali, così da consentire decisioni differenziate, caso per caso. Attraverso la previsione di specifiche condizioni di utilizzo, preventivamente rese note all’utente, e quindi contrattualmente fissate, tali piattaforme si sono via via prese la briga di stabilire se un contenuto pubblicato vada rimosso o reintegrato, chi meriti la *damnatio memoriae* del “bando” dallo spazio della discussione digitale, dove vada tracciato il confine tra discorso politico e discorso d’odio³⁶, quali immagini configurino il diritto di cronaca e quali il compiacimento dell’osceno³⁷, ma senza indicazioni puntuali e, prevalentemente, in un’ottica di massimizzazione del profitto. E, soprattutto, quasi sempre ben al di là di ipotesi normativamente definite e a prescindere da ogni riferimento ad eventuali limiti fissati dalle Leggi fondamentali dei Paesi in cui esse operano.

In questa chiave si spiegano ad esempio – com’è stato efficacemente già rilevato³⁸ – la non rimozione del video dell’esecuzione di Saddam Hussein e, all’op-

³³ Sul punto v. M. MONTI, *op. cit.*, p. 37.

³⁴ Negli Standard della Community di Facebook compaiono, fra i contenuti vietati, anche quelli qualificati come «deplorable» che comprendono: «Contenuti che incitano all’odio; Immagini forti e violente; Immagini di nudo e atti sessuali di adulti; Adescamento». Nel Codice di condotta della Community di Twitter vengono individuati i comportamenti «inaccettabili», fra cui «*intimidating, harassing, abusive, discriminatory, derogatory or demeaning conduct*».

³⁵ Fra i contenuti vietati dalle Norme stabilite da Google in relazione agli annunci, si indicano i contenuti “inappropriati”.

³⁶ Può essere di qualche interesse, a conferma dell’elevata discrezionalità della “classificazione” dei contenuti e della conseguente individuazione dei contenuti vietati, richiamare alcuni recenti interventi dell’Independent Oversight Board di Facebook, relativi a contenuti rimossi dalla piattaforma perché ritenuti di incitamento all’odio e poi viceversa riabilitati, perché ricondotti alla critica politica. È il caso del post contraddistinto da un’immagine di una serie tv turca raffigurante un combattente, con la didascalia «Se la lingua del Kafir (non musulmano: ndr) si scaglia contro il Profeta, allora la spada deve essere tirata fuori dal fodero» e le connesse definizioni del presidente francese Emmanuel Macron come «il diavolo». Il citato Comitato, nella specie, aveva infatti revocato (decisione 2020-007-FB-FBR) la cancellazione del post originariamente disposta da Facebook che lo aveva ritenuto di incitamento all’odio, qualificandolo quale critica politica alla risposta di Macron nei confronti della violenza di matrice religiosa. Un altro caso è quello della pubblicazione di una (presunta) citazione di Goebbels, ministro della propaganda del regime nazista, secondo cui, «invece di appellarsi agli intellettuali, le discussioni dovrebbero fare leva sulle emozioni e sugli istinti». Tale frase, dapprima rimossa da Facebook, perché ritenuta una forma di elogio e di supporto al regime nazista, poi era stata nuovamente pubblicata a seguito della decisione del citato Comitato (decisione 2020-005-FB-UA), perché volta a creare un parallelo tra il concetto espresso dalla citazione e la presidenza di Donald Trump e quindi riconducibile alla critica politica nei confronti del Presidente.

³⁷ Sul punto C. BONINI, *Così il gigante social*, cit., p. 1.

³⁸ Sul punto v. M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 37.

posto, la tempestiva rimozione (poi revocata a seguito delle proteste di giornalisti e politici) di un video relativo al pestaggio in cella di un attivista egiziano, sebbene entrambi egualmente contrari agli standard relativi alle manifestazioni di violenza³⁹. Ma anche la rimozione di immagini riproduttive di opere d'arte (come nel caso del "Trittico della deposizione della Croce" di Rubens) o di fotografie (come quella della bambina vietnamita che fuggiva da un attacco al napalm americano) raffiguranti nudità, ritenute tali da «urtare la suscettibilità di alcune persone della community che sono particolarmente sensibili a questo tipo di contenuti»⁴⁰ e, quindi, bandite in vista dell'obiettivo di non correre il rischio di perdere ampie fasce di utenti.

Simili interventi, che evocano una forma di "censura privata" si realizzano – come è noto – secondo varie modalità. C'è una "moderazione *ex ante*" che si risolve nel "filtraggio" dei contenuti, attraverso sistemi automatizzati fondati su algoritmi in grado di individuare quelli da scartare, nonché di stabilire l'ordine di quelli da visualizzare⁴¹, in armonia con una sorta di "*architectural regulation*"⁴², predefinita dalla medesima piattaforma in vista dei propri obiettivi istitutivi. C'è, poi, una "moderazione *ex post*", che si realizza mediante la rimozione dei contenuti vietati in base agli Standard della Community, stabiliti nelle condizioni contrattuali d'uso, e che si avvale di due "canali" di intervento distinti: uno, affidato alla stessa piattaforma; l'altro, che passa attraverso le segnalazioni degli utenti (*flagging*), che lamentano la presenza di contenuti sgradevoli o sgraditi, assumendone il contrasto con i citati Standard, e ne richiedono l'eliminazione, secondo la logica contrattuale dell'inadempimento degli obblighi derivanti proprio dalle condizioni contrattuali d'uso.

In entrambi i casi risulta evidente, di primo acchito, la dimensione tutta contrattuale e quindi privatistica in cui si colloca l'attività di "moderazione/regolazione" svolta dalle citate piattaforme in vista del proprio interesse. Un'attività attraverso cui, nel "vuoto" della regolazione pubblica e con il favore della elevata "tecnicità" degli spazi e degli strumenti utilizzati (il cyberspazio), si delineano ordinamenti giuridici autonomi, "autoprodotti" dalle medesime piattaforme. Ordinamenti le cui regole, tuttavia, incidono vistosamente, limitandoli, su una serie di diritti degli utenti, fra cui spicca appunto quello alla libertà di espressione, garan-

³⁹ Così anche R. BORRELLO, *Arte*, cit., p. 10.

⁴⁰ Come risultava, ad esempio, negli Standard della Community di Facebook. Sul punto ancora R. BORRELLO, cit., p. 13.

⁴¹ Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 38, rileva che, in tali casi, si può parlare di «censura indiretta di quei siti relegati e confinati alle ultime pagine della *search*», dal momento che è risultato che «i siti compresi dalla seconda pagina in poi della risposta alla *query* sono raramente visualizzati da un internauta».

⁴² Sul punto M. BETZU, *Poteri pubblici*, cit., p. 174, parla di «regole implicite», «rappresentate dallo strato logico della piattaforma, ovvero dal suo codice».

tito dalle carte costituzionali e qualificato, com'è noto, come caposaldo di ogni società democratica e cifra distintiva degli ordinamenti liberal-democratici non solo dalla più risalente giurisprudenza costituzionale italiana⁴³, ma anche da quella statunitense ed europea⁴⁴.

Il che richiama all'attenzione il tema – antico, ma sempre attuale – dell'efficacia orizzontale delle garanzie dei diritti, in specie della libertà di espressione.

4. *Il dibattito fra le due sponde dell'Atlantico: fra “state doctrine action” e “Drittwirkung”, gli strumenti di difesa della libertà di espressione nei confronti dei poteri privati*

Si è già ricordato che la giurisprudenza federale americana ha costantemente ritenuto le disposizioni del *Bill of rights* federale come inerenti ai rapporti fra cittadini e poteri pubblici (federali e statali), escludendo, pertanto, l'efficacia orizzontale delle garanzie costituzionali dei diritti e lasciando, così, che la sfera dei rapporti privatistici restasse regolata dal secolare patrimonio giuridico di *common law*⁴⁵.

Tuttavia, proprio in applicazione della tradizionale dottrina della *State action*⁴⁶, la Corte Suprema ha derogato a tale principio, riconoscendo, con riferimento al I° emendamento – a partire dal leading case *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) – che le garanzie della libertà di espressione si applicano anche ai privati allorché questi si comportino come “*State actors*”. Il che è accaduto appunto nel caso delle *company towns*, ossia di cittadine di proprietà di società private, che, nei propri regolamenti aziendali, avevano proibito la diffusione di documentazione di contenuto politico o religioso all'interno delle medesime cittadine. In quell'occasione la Corte aveva ravvisato nella gestione dell'intero spazio della città, di proprietà privata, una “*public function*”, necessaria alla vita della comunità, e nella censura imposta dalla compagnia proprietaria una violazione della libertà di stampa e religione, garantita dal I° e dal XIV° emendamento⁴⁷.

⁴³ Sin dalle più risalenti pronunce la Corte costituzionale ha qualificato la libertà di manifestazione del pensiero quale “pietra angolare” e “cardine” del regime di democrazia garantito dalla Costituzione: v., fra le prime, sentt. nn. 9 e 25 del 1965.

⁴⁴ Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di libertà di espressione v., in particolare, O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 4 ss.

⁴⁵ Così D. ZECCA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *MediaLaws*, n. 5/2020.

⁴⁶ Per riferimenti alla storia, agli scopi e ai contenuti della *State action doctrine* si rinvia alla nota 6.

⁴⁷ Sul punto cfr. M. MONTI, *La Corte Suprema e il potere delle piattaforme digitali*, cit., p. 2783.

Successivamente la Corte Suprema – pur con indicazioni non sempre cristalline⁴⁸ – ha delimitato le ipotesi di applicazione diretta del I° emendamento, escludendola con riguardo a provvedimenti di censura adottati da privati che non fossero titolari di funzioni di controllo in tutto analoghe a quelle di un governo o di una municipalità (non “state actors”) e in presenza di alternative efficaci per la diffusione delle idee censurate⁴⁹. E ha confermato tale orientamento restrittivo anche nel più recente caso – già citato – Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, 587 U.S. (2019), in cui, ribadendo che un ente privato può essere qualificato come “state actor” solo se esercita “poteri tradizionalmente ed esclusivamente riservati allo Stato” (“powers traditionally exclusively reserved to the State”), ha escluso che potesse rientrare in tale categoria finanche un operatore privato di televisione via cavo cui era stata affidata per legge la gestione del servizio con l’obbligo di trasmettere canali ad accesso pubblico, ritenendolo, quindi, sottratto al rispetto dei vincoli del Primo Emendamento, ivi compreso il divieto di censura⁵⁰.

La porta dell’applicazione diretta delle garanzie costituzionali della libertà di espressione sembra, quindi, negli Stati Uniti, ben serrata, nel segno del riconoscimento di una illimitata libertà di definizione delle condizioni contrattuali da parte delle imprese private, anche di grandi dimensioni e dominanti sul mercato.

Ma è proprio nelle pieghe dell’opinione concorrente del giudice Thomas, redatta nella primavera scorsa in calce alla pronuncia resa dalla Corte Suprema nel caso Knight Institute v. Trump, ora Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. v. Knight First Amendment Institute at Columbia University, che sembra prefigurarsi – come anticipato in apertura di queste righe – la possibilità di un nuovo scenario.

Quando, come nel caso delle piattaforme digitali – avverte Thomas – si ha a che fare con privati che controllano le principali “strade” della comunicazione e dell’informazione (quasi una variante dell’immagine della “modern public square” evocata nel caso Packingham v. North Carolina del 2017, a proposito della Rete), per evitare che la libertà di parola sia soffocata, è necessario seguire itinerari giuridici diversi da quelli della “state action doctrine” che, tuttavia, conducono al medesimo risultato della, pur indiretta, applicazione delle garanzie del I° emendamento. Itinerari che consentano, ad un tempo, di impedire il controllo, da parte

⁴⁸ M. MINOW, *Alternative*, cit., p. 145, osserva che «in U.S. constitutional law, the state action doctrine – attaching the protections of individual rights to government action – is notoriously confusing, if not incoherent. Though the doctrine is already known for its “lack of clarity” (...)».

⁴⁹ Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza Lloyd Corp. V. Tanner, 407 U.S. 551 (1972) e alla sentenza Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976).

⁵⁰ Nella sentenza si legge che «merely hosting speech by others is not a traditional, exclusive public function and does not alone transform private entities into state actors subject to First Amendment constraints». Sul punto v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. Spunti di comparazione, in *MediaLaws*, n. 2/2021, pp. 86-87.

di poche società private, dei contenuti diffusi *on line* (ad es. sopprimendoli mediante la loro “deindicizzazione” o posponendo i risultati di ricerca) e di rendere accessibili al pubblico le piattaforme. Tali percorsi si snodano lungo le analogie sussistenti fra piattaforme digitali e *common carriers* (compagnie ferroviarie, ma anche le compagnie dei telegrafi e dei telefoni) e *places of public accomodation*, assoggettati, da tempi risalenti, a “*special regulations*”, che obbligano le imprese così qualificate – in specie se in posizione dominante sul mercato – a non escludere nessuno dai propri servizi, in virtù del carattere di pubblica utilità di questi ultimi. In fondo, anche le piattaforme digitali sono reti di comunicazione – sebbene digitali e non materiali – attraverso le quali passa la gran parte delle manifestazioni del pensiero e delle informazioni. La circostanza che non sussistano alternative comparabili alle piattaforme, quanto alla diffusione del pensiero, svelando in maniera ancor più evidente la similitudine con i *common carriers* e le *public accomodations*, fornisce al legislatore argomenti forti – prosegue il giudice Thomas – a sostegno della necessità dell’introduzione di un’analogia disciplina “speciale” anche per le medesime piattaforme. Una disciplina che, pur limitando il potere delle stesse di rimuovere i contenuti, non impedirebbe loro di avvalersi della rete per esercitare la propria libertà di espressione⁵¹.

Ma – osserva, infine, con rammarico – a tutt’oggi il Congresso non ha ritenuto di approvare alcuna regolamentazione di tale specie. Al contrario, ha riconosciuto loro l’immunità per i contenuti diffusi, consacrata nella Sezione 230 CDA – senza imporre alcuna responsabilità, neppure in ordine al divieto di discriminazioni delle opinioni.

Tant’è.

Al di là dell’Atlantico occorrerà attendere per verificare se e come le istanze – in qualche modo recepite dal giudice Thomas – di una specifica regolamentazione pubblica a garanzia della libertà di espressione, volta ad escludere gli interventi di censura delle grandi piattaforme digitali private, prenderanno forma, anche nel segno di una diversa declinazione del paradigma del *marketplace of ideas*⁵² (almeno rispetto a quella degli ultimi vent’anni).

Sulle sponde europee la situazione, pur sulla base di premesse per certi versi opposte, non è poi molto differente.

⁵¹ A sostegno di ciò si afferma che «*That is especially true because the space constraints on digital platforms are practically nonexistent (unlike on cable companies)*», p. 10.

⁵² M. MANETTI, *Regolare*, cit., p. 36, segnala come, nel dibattito sui modi con cui regolare efficacemente Internet, oggi esploso in tutto il mondo e non da ultimo negli Stati Uniti, vi è chi ritiene che sia necessario, non negare il paradigma del *marketplace of ideas*, ma «sconfessare la retorica deregolatoria della quale il I° emendamento è stato arbitrariamente elevato a simbolo». L’Autrice sottolinea che «chi conosce la giurisprudenza statunitense degli ultimi vent’anni non può ignorare come l’espansione riconosciuta in passato alla libertà di pensiero sia stata trasformata dalla Corte Suprema nel più efficace strumento di protezione degli interessi economici e commerciali», p. 44.

Infatti, è noto che – sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca degli anni cinquanta⁵³ – la teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*) delle disposizioni costituzionali relative ai diritti inviolabili è stata presto condivisa e accettata da molte altre corti costituzionali europee⁵⁴. Il che, peraltro, riflette l'impostazione di quelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra, come quella italiana, in cui si consacra il superamento della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi e si afferma la «piena efficacia della Costituzione anche nella società civile e nelle formazioni sociali di cui questa si compone»⁵⁵. Un'efficacia che si esplica nei rapporti dei singoli «con qualsiasi potere, pubblico o privato che sia»⁵⁶, oltre che nei confronti dei privati e dei gruppi che non detengano poteri. E che implica – come affermato, già molti anni addietro, dalla Corte costituzionale, con specifico riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost., in linea con un'autorevole dottrina⁵⁷ – che il dettato costituzionale sul punto «debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale» (sent. n. 122 del 1970).

Da qui l'inevitabile conseguenza dell'applicazione delle garanzie costituzionali della libertà d'espressione anche nei confronti delle piattaforme digitali private, vincolate al rispetto delle regole stabilite in attuazione delle previsioni costituzionali inerenti ai diritti. Regole che il legislatore è tenuto ad adottare, in un'ottica anche di certezza del diritto⁵⁸, al fine di individuare gli strumenti più adeguati di

⁵³ Sul punto O. POLLICINO, *L'“autunno caldo” della Corte di giustizia: diritti fondamentali in rete e sfide del costituzionalismo alle prese con i poteri privati in ambito digitale*, in *privacy&*, n. 4/2020, p. 19.

⁵⁴ Ancora O. POLLICINO, op. ult. cit., p. 19, che segnala come tale teoria sia stata recepita anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e, con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla Corte di giustizia, anche se, quanto a quest'ultima, non del tutto coerentemente.

⁵⁵ Così, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, p. 18.

⁵⁶ Ancora *Ibidem*.

⁵⁷ Si tratta di quanto scriveva C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 29, nota 61.

⁵⁸ Si pensi, a tal proposito, alla diversità delle soluzioni fornite dalla giurisprudenza ordinaria in Italia, quanto all'applicazione diretta, senza intermediazione del legislatore, dei principi costituzionali in tema di libertà di espressione e libertà di iniziativa economica privata (e non solo). Com'è dimostrato, ad esempio, in due casi di rimozione, da parte di Facebook, di contenuti pubblicati ad opera di movimenti politici riconducibili all'estrema destra (Forza nuova e Casa Pound), risolti dai due collegi in maniera diametralmente opposta, confermandosi, in una pronuncia, la legittimità dell'avvenuta rimozione, per violazione delle condizioni contrattuali d'uso (ord. Tribunale di Roma, sez. Impresa, 12 dicembre 2019); nell'altra, disponendosi, viceversa, il ripristino del contenuto, nel segno dell'applicazione diretta delle garanzie della libertà di espressione e della posizione “peculiarissima” di Facebook (ord. Trib. Roma, sez. diritti della persona, 23 febbraio 2020). Sul punto v. O.

tutela in riferimento alle specifiche e concrete situazioni, alla luce di tutti gli interessi costituzionalmente coinvolti (*in primis*, libertà di espressione e libertà di iniziativa economica privata⁵⁹). Regole che sarebbero state (e sarebbero) tanto più necessarie in settori nuovi e strategici come quello delle piattaforme digitali e della Rete (della cui natura tuttora si discute), ma che anche gli Stati europei hanno rinunciato, da lungo tempo, a dettare in nome della “libertà della Rete”, lasciando che fossero le stesse piattaforme a conformare lo spazio di libertà.

5. *La rinuncia degli Stati alla regolazione e la devoluzione alle piattaforme del potere normativo. Fra autoregolazione e coregolazione*

Inizialmente – sull’onda dell’entusiasmo dettato dall’idea che l’avvento di Internet fosse preludio di un “mondo nuovo”, in cui ciascuno avrebbe trovato, senza ostacoli e senza condizionamenti, diversi da quelli tecnici, un proprio spazio di libera espressione⁶⁰ – si è scelto di escludere qualsiasi ruolo dei pubblici poteri

GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova*, cit., p. 189, segnala che «un intervento legislativo sarebbe non solo auspicabile – tra l’altro per sollevare i giudici da un’attività di supplenza che può portare, come dimostrano anche le decisioni in esame, ad esiti difficilmente prevedibili, con compromissione del valore della sicurezza giuridica e, in definitiva, dell’eguaglianza dei soggetti coinvolti nelle singole controversie – ma sarebbe altresì del tutto legittimo, quantomeno con riferimento a quei *social network* che possiedono in un determinato Paese una soglia elevata di utenti (criterio già utilizzato ad es. in Francia ed in Germania) e per i quali sia quindi possibile desumere la detenzione di un potere privato».

⁵⁹ Quanto a quest’ultima, può essere utile richiamare all’attenzione la circostanza che, nell’orizzonte costituzionale italiano, lo statuto dell’iniziativa economica privata è disegnato in modo tale da prevedere espressamente la necessità della garanzia della compatibilità (sia pure intesa come non contrasto) della libertà economica con le altre libertà (fra cui, ovviamente, quella di manifestazione del pensiero), nonché con altri principi, interessi e diritti costituzionalmente garantiti (la dignità, la sicurezza, l’utilità sociale), in virtù di una lettura – proposta sin da tempo risalente dalla dottrina (per tutti, C. ESPOSITO, *I tre commi dell’art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 37) e condivisa dalla giurisprudenza costituzionale (fra le prime, v. sent. n. 54 del 1962) – dell’art. 41 Cost. secondo cui i limiti da esso indicati fanno corpo con la proclamazione della stessa libertà. La necessità di una disciplina che contemperì eventuali diritti costituzionali confliggenti con la libertà economica è stata ribadita dalla Corte costituzionale proprio con riguardo all’attività di informazione, allorché la Corte, pur distinguendo fra disciplina dei mezzi (che ricade nell’art. 41) e disciplina dell’attività (riconducibile viceversa all’art. 21), ha precisato che la stessa disciplina dei mezzi trova un vincolo finalistico nell’art. 21, dovendo provvedere a rendere possibile l’utilizzo dei mezzi da parte del maggior numero possibile di soggetti, per assicurare l’«armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno» (sent. n. 105 del 1972). Sul punto A. PACE, in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, cit., p. 670 ss. V. anche E. CHELI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 689.

⁶⁰ M. BASSINI, *Libertà di espressione*, cit., p. 72, là dove parla di «alba di un nuovo mondo», nell’evocare una situazione in cui ciascuno avrebbe potuto esprimersi liberamente, su piattaforme contraddistinte da poche e semplici regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti alla

nella gestione della Rete, «consegnata “chiavi in mano” ai privati»⁶¹.

Non è un caso che, nella prima fase, in questa prospettiva, gli unici interventi normativi, sulle due sponde dell’Atlantico, allo stesso modo, siano andati nella direzione di dotare i provider di una speciale immunità, in linea con l’esclusione della loro qualificazione come editori. Immunità che, di là dall’Atlantico, è stata consacrata nella citata sezione 230, parr. 1 e 2, del *Communication Decency Act*, approvata dal Congresso nel 1996⁶²; sulle sponde europee si è tradotta negli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (recepita in Italia con il d.lgs. n. 70/2003). Ciò ha siglato l’esclusione della responsabilità editoriale del provider in relazione ai contenuti pubblicati, l’affermazione dell’assenza di un suo obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate (art. 15), nonché il riconoscimento del potere di rimuovere le informazioni ritenute illecite, a prescindere dall’intervento delle pubbliche autorità⁶³.

A tale esonero di responsabilità, connesso all’idea di una presunta neutralità della Rete e delle piattaforme, si è andata, poi, in ambito europeo, affiancando la sempre più frequente “delega”, da parte dell’Unione, ma anche degli Stati, proprio ai “guardiani della Rete”, di importanti compiti regolatori⁶⁴, volti a fronteggiare le questioni più spinose proprio in tema di limiti alla libertà di espressione.

È, infatti, anzitutto in corrispondenza della sempre maggiore diffusione in Rete di messaggi di incitamento all’odio (*hate speech*), sotto forma di contenuti xenofobi, nazionalisti, islamofobici, razzisti e antisemiti – favoriti dall’anonimato, oltre che dall’agevole accesso alla Rete stessa e dalla rapida condivisione con altri utenti – che la Commissione europea, che era già intervenuta con la decisione quadro 2008/913/GAI volta al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative a taluni reati di xenofobia e razzismo, il 30 maggio 2016 ha adottato il Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all’odio online, che è stato sottoscritto dai maggiori attori del mercato telematico e cioè Facebook, Google, Microsoft e Twitter, cui si sono aggiunti nel 2018 anche Insta-

“community” e con la possibilità di transitare da una comunità all’altra, segnala come, in un simile contesto, agli Stati non si riconosceva alcun ruolo ed alcun potere: «gli Stati, in questa ricostruzione, sono l’altrove, impossibilitati a predicare la propria sovranità e a estendere l’enforcement delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato».

⁶¹ Così efficacemente M. MANETTI, *Regolare*, cit., p. 41.

⁶² Sulla qualificazione della sezione 230 del CDA come contenente “*The Twenty-Six Words that Created the Internet*” v. M. BASSINI, *Libertà*, cit., p. 73.

⁶³ Si fa riferimento, in particolare, all’*hosting provider* (che ospita contenuti forniti dagli utenti memorizzandoli per lungo tempo) che sia «al corrente del fatto che l’attività o l’informazione è illecita», o, nel caso di azioni risarcitorie, che «sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illegalità dell’attività o dell’informazione» e non abbia subito provveduto a rimuovere le informazioni o disabilitarne l’accesso (art. 14).

⁶⁴ Parla di “delega di funzioni parastatali alle Internet platforms” M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 40.

gram, Google+, Snapchat, Dailymotion e jeuxvideo.com. Il Codice di Condotta – che si atteggia come uno strumento di *soft law* – richiede ai firmatari di adattare le loro procedure interne in maniera da garantire una rapida ed incisiva risposta in caso di discorsi d'odio veicolati attraverso le rispettive piattaforme online. In particolare, il Codice stabilisce che le società «valutino la maggior parte delle notifiche valide per la rimozione delle espressioni di odio illegale in meno di 24 ore e rimuovano o disabilitino l'accesso a tali contenuti, se necessario». E ciò, in primo luogo, «alla luce delle loro regole e delle linee guida comunitarie e, se necessario, delle leggi nazionali che recepiscono la decisione quadro 2008/913/GAI». Al fine di ottemperare a tale compito, le piattaforme hanno, quindi, dettato propri standard, fra loro spesso non coincidenti, che non si sovrappongono alle definizioni fornite dalla citata decisione quadro, ma vanno oltre, ampliando il novero dei discorsi d'odio vietati ed assegnando, in ragione della frequente vaghezza della loro identificazione, ampi margini di libertà alla piattaforma, che si trova a stabilire, in unica istanza e caso per caso, il confine fra espressioni legittime del pensiero e discorsi di incitamento all'odio vietati. Con la conseguente privatizzazione non solo della censura (in tutte le ipotesi in cui siano identificati discorsi d'odio anche in riferimento ad espressioni lecite del pensiero), ma anche dei rimedi per contestarla, rimessi alle medesime piattaforme⁶⁵.

Tale modo di procedere è prescelto dalla Commissione europea nell'ambito di una strategia «che coltiva l'idea di coinvolgere gli *stakeholder* nella elaborazione dei principi o direttive necessari a fondare una disciplina comune della materia ma affidando loro l'iniziativa sull'implementazione delle regole più confacenti alla propria natura e struttura»⁶⁶. Esso si pone sull'evanescente crinale fra autoregolazione e co-regolazione⁶⁷, che sono accomunate dalla «totale o prevalente attività di soggetti privati nel procedimento di produzione della regola»⁶⁸ e «dall'inerenza a settori ordinamentali caratterizzati dalla presenza di preminenti interessi privatistici»⁶⁹ e distinte dal differente grado di «ingerenza/influenza dell'autorità pub-

⁶⁵ Sul punto, v. F. CASAROSA, *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia*, n. 1/2021.

⁶⁶ Così P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 266.

⁶⁷ Si tratterebbe, secondo G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019, p. 14, di una «*audited self-regulation*», basata su di una «delega di un soggetto pubblico che mantiene un marginale potere di verifica e di eventuale revisione». Una definizione di autoregolazione e di coregolazione compare nel Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE» (parere d'iniziativa) (2015/C 291/05), par. 2.4, in <https://eur-lex.europa.eu/>.

⁶⁸ Sul punto v. G. PAGANO, *Il Code*, cit., p. 15.

⁶⁹ *Ibidem*.

blica nell'attività di regolazione privata»⁷⁰. Si tratta, in sostanza, di una modalità di regolazione in cui si demanda agli operatori privati del settore il compito di contribuire a dettare le regole che essi stessi dovranno poi applicare, in vista di un loro più ampio e condiviso rispetto.

In questa prospettiva e seguendo un'analoga procedura è stato adottato il Codice di Pratiche sulla Disinformazione, anch'esso volto a contrastare un fenomeno, non nuovo, ma divenuto eclatante sulla Rete, e ritenuto pericoloso per la democrazia, costituito dalla diffusione di *fake news* e di contenuti di disinformazione online. La Commissione europea, sulla base di un rapporto redatto nel marzo del 2018 da un gruppo di esperti, ha affidato ad un "Working Group", composto da tutte le principali piattaforme online, dai rappresentanti dell'industria pubblicitaria e dai maggiori inserzionisti, l'effettiva redazione del Codice, che, una volta pubblicato nel settembre 2018, è stato sottoscritto dai medesimi soggetti. Anche in tal caso, la genericità dei contenuti inerenti agli impegni assunti dalle piattaforme, in sostanza, le "maglie larghe" delle linee guida suggerite dalla Commissione finiscono con l'assegnare inevitabilmente proprio alle singole piattaforme – autrici delle regole del Codice – un ruolo definitorio importante nell'individuazione dei contenuti di "disinformazione", tanto più rilevante in quanto nella specie si tratta di contenuti non illeciti e non necessariamente estranei all'orizzonte della libertà di espressione costituzionalmente tutelata⁷¹.

La stessa devoluzione di compiti regolatori alle piattaforme sembra, d'altro canto, informare anche alcuni interventi legislativi adottati da alcuni Stati europei.

È il caso della "Legge per il miglioramento dell'applicazione del diritto nei social network" (Netzwerkdurchsetzungsgesetz), adottata nel 2017, con cui la Germania ha effettuato un primo tentativo di regolamentazione statale del "mondo senza confini di Internet", condotto, però, "mediante l'investitura legale di soggetti privati, quali sono gli internet provider, nel ruolo di controllori della sua pratica attuazione"⁷². Più precisamente, il NetzDG si rivolge ai "provider di social network" con oltre due milioni di utenti registrati in Germania, cui prescrive di istituire un sistema trasparente di gestione dei reclami concernenti contenuti illeciti, elencati dal § 1, comma 3 del NetzDG attraverso un catalogo di reati. Sul fornitore di servizi grava l'onere di provvedere entro 24 ore alla rimozione dei contenuti "manifestamente illeciti", che, tuttavia, non vengono individuati. Con il risultato

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ È noto che, con riguardo alle fake news, si ritiene che siano estranee al raggio di azione delle norme costituzionali che proteggono la libertà di espressione in quanto corrispondano, non già ad opinioni, ma a notizie «intenzionalmente e verificabilmente false»: sul punto v. G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 13-14, che mette in guardia dal rischio «che attraverso il contrasto a questo genere di notizie si finisca per pregiudicare la libertà di manifestazione del pensiero».

⁷² Sul punto J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social networks*, in *Sistema penale*, 2021.

che i medesimi fornitori, pur potendo rivolgersi ad un organismo incaricato di verificare i contenuti online non manifestamente illeciti, ma solo in singoli casi controversi, di fronte ad un elevato numero di valutazioni da effettuare in tempi rapidissimi e nel dubbio circa la manifesta illiceità di certi contenuti, in ragione della indeterminatezza del catalogo normativo, finiscono con l'individuare come contenuti illeciti, e quindi rimuovere, anche contenuti leciti (c.d. "overblocking"), trasformandosi in «sentinelle private della pubblica opinione»⁷³.

Anche l'Italia non ha mancato di misurarsi con il medesimo meccanismo della delega di poteri censori alle piattaforme digitali, sia pure in un settore ben specifico qual è quello della lotta al cyberbullismo. La legge n. 71/2017⁷⁴, dopo aver individuato in termini assai ampi e, per certi versi, scarsamente determinati, la fattispecie del "cyberbullismo"⁷⁵, all'art. 2, impone al gestore del sito internet o del social media che abbia ricevuto un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale di un minore, diffuso nella rete internet, da parte del medesimo minore ultraquattordicenne (o, per suo conto, del genitore/tutore) che assuma di aver subito un atto di cyberbullismo, di provvedere non oltre quarantotto ore all'oscuramento, alla rimozione o al blocco richiesto. Con il che assegna al medesimo gestore l'«individuazione dei comportamenti rientranti nella dizione cyberbullismo e la loro distinzione da quelli inquadrabili come espressione non illecita del pensiero»⁷⁶.

⁷³ Così ancora, J. RINCEANU, *ivi*, sottolinea come «Dei privati si vedono obbligati a decidere, sotto la minaccia di pesanti sanzioni ed entro un breve termine, se un contenuto online corrisponda o meno a uno dei reati elencati dall'art. 1, comma 3 NetzDG, e di conseguenza se cancellarlo o bloccarlo», segnalando che «Il problema dell'impiego di soggetti privati come sentinelle delle opinioni espresse in pubblico è acuito dal fatto che gli strumenti a disposizione dei provider, ai sensi del § 1, comma 3 NetzDG, lasciano molto a desiderare dal punto di vista della determinatezza. Numerose pronunce, aventi ad oggetto molte delle fattispecie comprese nel catalogo normativo di cui al NetzDG, dimostrano che delineare in via interpretativa i confini tra queste fattispecie e la libertà di opinione è operazione estremamente controversa».

⁷⁴ Si tratta della legge 29 maggio 2017, n. 71 (Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo).

⁷⁵ L'art. 1, comma 2, recita: «per "cyberbullismo" si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

⁷⁶ Così M. MONTI, *Privatizzazione*, cit., p. 40. L'Autore segnala anche che l'art. 3 della medesima legge prevede «un piano di azione integrato al quale parteciperanno anche rappresentanti delle Internet Platforms e che dovrà formulare un "codice di coregolamentazione per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo, a cui devono attenersi gli operatori della rete internet", il quale servirà per precisare e fornire un prospetto dettagliato delle procedure relative alle istanze di cui all'art. 2».

6. Verso il Digital Service Act, fra vecchi e nuovi paradigmi di regolazione

Salutata come una «svolta storica sotto il profilo normativo, della disciplina sul web»⁷⁷, la presentazione della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mercato unico dei servizi digitali (c.d. Digital Service Act)⁷⁸, unitamente a quella relativa a realizzare mercati contendibili ed equi nel settore digitale (c.d. Digital Markets Act)⁷⁹ esprime la consapevolezza della Commissione europea della necessità di una regolamentazione comune che superi la frammentazione normativa esistente e colmi le lacune, in specie in tema di obblighi e responsabilità delle piattaforme digitali in una prospettiva di tutela dei diritti degli utenti. E ciò specie a fronte della ormai diffusa considerazione secondo cui queste ultime «agiscono alla stregua di veri e propri poteri privati, in competizione, per il ruolo che svolgono nell'erogazione di alcuni servizi, con gli attori pubblici»⁸⁰.

Una simile consapevolezza, d'altronde, già serpeggiava nella direttiva 1808/2018/UE, di recente recepita in Italia con l'art. 3 della legge di delegazione europea n. 53 del 2021, contenente modifiche alla precedente direttiva in materia di servizi di media audiovisivi (c.d. direttiva SMAV), là dove ha esteso il suo ambito di applicazione anche alle piattaforme di *video sharing*, assoggettando anche queste ultime (pur non ricondotte ai mass media) alle misure atte ad assicurare un'adeguata, più forte, tutela della dignità umana e dei minori⁸¹. Ciò, tuttavia, da un lato, affidando all'autorità pubblica il compito di promuovere «procedure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione» (art. 3, comma 1, lett. b); dall'altro, confermando il particolare regime di esonero dalla responsabilità editoriale in senso stretto, già vigente per le stesse piattaforme.

Anche il “pacchetto” delle previsioni contenute nel *Digital Service Act*, pur

⁷⁷ Così G. FINOCCHIARO, *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in *MediaLaws*, n. 1/2021.

⁷⁸ Successivamente alla pubblicazione del presente contributo, è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 27 ottobre 2022 il testo del Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁷⁹ Successivamente alla pubblicazione del presente contributo, è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 12 ottobre 2022 il testo del Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

⁸⁰ O. POLLICINO-G. DE GREGORIO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *MediaLaws*, 2020.

⁸¹ Sul punto v. L. ARIA, *L'attività delle piattaforme tra DSA e direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *MediaLaws*, n. 1/2021, segnala come «l'evento drammatico della bambina di Palermo – che è stato oggetto di un tempestivo intervento del Garante Privacy – interroga sull'esigenza primaria di predisporre mezzi di tutela automatica e avanzata di interessi quali la tutela dei minori che, anche nell'ottica del legislatore comunitario, appaiono non limitati ai media tradizionali».

presentato come innovativo, s'innesta nel quadro normativo preesistente, come espressamente sottolineato dalla Commissione. Le sue previsioni non sostituiscono, ma innovano, in parte, la disciplina già racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, riproducendo, per altri versi, le norme ivi contenute (in specie agli artt. 12-15), relative alla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, come interpretate dalla Corte di giustizia.

La significativa novità si svela là dove si impongono importanti oneri procedurali a carico delle piattaforme digitali, in specie di quelle di grandi dimensioni, nel segno della trasparenza e dell'*accountability*. Come quando, ad esempio, si prescrive di inserire, in modo chiaro e privo di ambiguità, nelle condizioni generali, tutte le informazioni che riguardino «le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana» (art. 12)⁸²; o si richiede di effettuare relazioni dettagliate sull'attività di moderazione dei contenuti (art. 13)⁸³, o ancora di motivare in maniera chiara e specifica la decisione di «rimuovere specifiche informazioni fornite dai destinatari del servizio o disabilitare l'accesso alle stesse» (art.15)⁸⁴, imponendo sistemi interni di gestione dei reclami accessibili, gratuiti ed efficaci (art. 17)⁸⁵.

Ciò che non sembra cambiare è, tuttavia, l'impostazione di base, seguita con riguardo ai citati interventi di *soft law*. Un'impostazione che continua ad assegnare proprio alle piattaforme private, che dominano il mercato digitale – peraltro coinvolte nel futuro processo di definizione e approvazione dei contenuti del pacchetto – il potere (sostanziale) di effettuare i citati interventi di “moderazione”, individuando quali contenuti ammettere e quali rimuovere (un potere, quindi, di autoregolazione)⁸⁶, in linea con condizioni generali di contratto da loro unilateralmente fissate o anche con codici di condotta che, comunque, hanno contribuito ad elaborare, in virtù di quanto ad esse espressamente riconosciuto (art. 35)⁸⁷. Il che – in assenza di altri scenari⁸⁸ – potrebbe rendere condivisibili i dubbi di chi,

⁸² Art. 14, par. 1, del Regolamento (UE) 2022/2065.

⁸³ Art. 15, par. 1, del Regolamento (UE) 2022/2065.

⁸⁴ Sul punto art. 17 del Regolamento (UE) 2022/2065.

⁸⁵ Art. 20 del Regolamento (UE) 2022/2065.

⁸⁶ Sul punto G. DE MINICO, *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *MediaLaws*, n. 1/2021, osserva che «*the DSA does not specify when news have to be removed because they stop being a lawful exercise of a fundamental right and become an illegal act, damaging the rights of other parties and. Hence, the norm in blank about misleading information opens the way for self-regulation codes or, more precisely, for private platforms (Google, FB, YouTube, et alii) mark the borderline between right and wrong, good and evil.*

⁸⁷ Art. 45 del Regolamento (UE) 2022/2065.

⁸⁸ Si allude alla questione della necessità di riconoscere una diversa configurazione giuridica alle piattaforme digitali, sul filo del diritto costituzionale, da cui scaturirebbe, di necessità, una diversa

guardando con preoccupazione alla perdurante attribuzione alle piattaforme di un ruolo «che può essere accostato al law-making», ravvisa, in un simile modello di auto/coregolazione, «una chiara torsione dell'idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile in toto allo spazio pubblico (...) per diventare invece oggetto di una parziale condivisione tra pubblico e privato, se non di una vera e propria cessione da parte delle autorità statali a favore del settore ICT»⁸⁹.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTINI L., *La responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di gatekeepers della comunicazione)*, in *IL CASO.it*, 21 settembre 2020.
- ARIA L., *L'attività delle piattaforme tra DSA e direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?*, in *MediaLaws*, n. 1/2021.
- BASSINI M., *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, n. 2/2021, p. 67 ss.
- BENKLER Y., *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, Yale, 2006.
- BETZU M., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2021, p. 166 ss.
- BOLLINGER L.C.-STONE G.R. (eds), *The Free speech Century*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- BONINI C., *Così il gigante dei social stabilisce i limiti della libertà di parola*, in *La Repubblica*, 23 settembre 2021.
- BONINI P., *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 264 ss.
- BORRELLO R., *Arte e rete digitale: i social networks e le policies sulla "nudità"*, in *Nomos*, n. 3/2020.
- CALVANO R., *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1996, p. 1279 ss.

regolazione delle stesse. Sul punto v. M. MANETTI, *Facebook*, cit., osserva che «dal punto di vista dell'ordinamento generale e del diritto costituzionale in particolare, i social media (...) possono tendenzialmente equipararsi o ad un public forum, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un massmedium, che attribuisce all' esercente il potere di selezionare, nell'esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione».

⁸⁹ Così A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 501, richiamata da M. BETZU, *Poteri*, cit., p. 181.

- CAPPONI B., *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa*, 6 aprile 2020.
- CASAROSA F., *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia*, n. 1/2021.
- CHELI E., *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 684 ss.
- CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1114 ss.
- DE MINICO G., *Fundamental Rights European digital regulation and algorithmic challenge*, in *MediaLaws*, n. 1/2021, p. 9 ss.
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.
- ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962.
- FINOCCHIARO G., *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in *MediaLaws*, n. 1/2021.
- FROSINI T.E., *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Consulta OnLine*, 25 maggio 2020.
- GRANDINETTI O., *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *MediaLaws*, n. 3/2019, p. 92 ss.
- GRANDINETTI O., *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws*, n. 11/2021, p. 173 ss.
- LAIDLAW E., *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, n. 1/2008, p. 113 ss.
- LESSIG L., *The future of ideas*, Random House, New York, 2001, trad. it., *Il futuro delle idee*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- MANETTI M., *Regolare Internet*, in *MediaLaws*, n. 2/2020.
- MANETTI M., *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 1/2021, p. 194 ss.
- MATTEI U., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XIV, Torino, 1996, p. 16.
- MINOW M., *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 52, 2006, p. 145 ss.
- MONTI M., *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. Italiana di informatica e diritto*, n. 1/2019, p. 35 ss.
- MONTI M., *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE On line*, n. 1/2021, p. 2781 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003.
- PACE A.-MANETTI M., *Art. 21*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 575 ss.

- PAGANO G., *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019.
- PATTY M., *Social Media and Censorship: Rethinking State Action once again*, in *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, vol. 40, 2019, p. 113 ss.
- PITRUZZELLA G., *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018.
- POLLICINO O., *L'“autunno caldo” della Corte di giustizia: diritti fondamentali in rete e sfide del costituzionalismo alle prese con i poteri privati in ambito digitale*, in *privacy&*, n. 4/2020, p. 5 ss.
- POLLICINO O., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, n. 1/2018, p. 48 ss.
- POLLICINO O.-DE GREGORIO G., *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio*, in *MediaLaws*, 2020.
- RINCEANU J., *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social networks*, in *Sistema penale*, 2021.
- RODOTÀ S., *Recensione a DE MINICO G., Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2014.
- ROSEN J., *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordam Law Review*, vol. 80, n. 4/2012, p. 1524 ss.
- VEDASCHI A., *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, p. 491 ss.
- ZECCA D., *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *MediaLaws*, n. 5/2020, p. 340 ss.
- ZWEIGERT K.-KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato, I, Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1992.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Maria Eugenia Bartoloni è professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università della Campania "L. Vanvitelli". È componente del Collegio dei Docenti del Dottorato in "Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali". È membro del Comitato Scientifico delle riviste "*Jus*" e "Rassegna di Diritto pubblico europeo"; del Comitato dei Referees della rivista "Studi sull'integrazione europea"; coordina "Il Diritto dell'Unione Europea".

Chiara Bergonzini è ricercatrice senior in diritto costituzionale presso l'Università di Macerata, dove insegna, tra l'altro, Data Protection, Privacy and Internet Law. Coordina la redazione della Rivista "Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale" ed è membro della redazione della "Collana Studi di Diritto pubblico" dell'editore FrancoAngeli.

Ermanno Calzolaio è professore ordinario di diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Macerata. È coordinatore del progetto "Dipartimento di Eccellenza" 2018-2022 conseguito dalla medesima Università. È visiting professor presso varie Università straniere, tra le quali: Shanghai University of Political Sciences and Law (Shanghai), Normal University School of Law (Pechino), Faculté de droit (Orléans), Faculté de droit (Paris 2), Murdoch Law School (Perth).

Simone Calzolaio è professore associato di diritto costituzionale presso l'Università di Macerata, Avvocato, Responsabile per la protezione dei dati personali.

Edoardo Caterina è assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università di Macerata.

Giovanni Di Cosimo è professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Macerata e componente della direzione delle riviste "Osservatorio sulle fonti", "Le Regioni", "Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale".

Ylenia Guerra ha conseguito il Dottorato di ricerca in diritto costituzionale presso l'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna e l'LL.M. in European Legal Studies al College of Europe di Bruges. È stata assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università di Macerata. Attualmente è assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso la LUISS.

Giacomo Menegus è ricercatore a tempo determinato lett. a) in diritto costituzionale presso l'Università di Macerata. Ha conseguito il Dottorato di ricerca in diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali presso l'Università degli Studi di Ferrara, svolgendo un periodo di ricerca all'Università di Heidelberg.

Raffaella Niro è professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche, della Comunicazione e delle relazioni internazionali dell'Università di Macerata e assistente di studio presso la Corte costituzionale, nel passato di vari giudici costituzionali ed oggi della Presidente.

Claudia Pennacchietti è assegnista di ricerca in diritto costituzionale e research manager presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. Ha conseguito il Dottorato di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea nella stessa Università, svolgendo un periodo di ricerca come Marie Skłodowska-Curie Fellow presso la City, University of London.

Peter Stewart è barrister di Inghilterra e Galles presso lo studio legale Gresham Legal a Londra. È specializzato in controversie commerciali e finanziarie e in arbitrati internazionali.

Laura Vagni è professore ordinario di diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. È membro del Collegio dei Docenti del Dottorato in "Diritto e Innovazione" dell'Università di Macerata e Presidente del Comitato Scientifico di Ateneo. Ha partecipato, anche con ruoli di coordinazione, a diversi progetti di ricerca a livello nazionale ed europeo sui temi dell'impatto delle nuove tecnologie sul diritto.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Osservatorio sulle fonti

Collana di studi

Diretta da

P. Caretti, U. De Siervo, M.C. Grisolia

Volumi pubblicati

1. A. SIMONCINI (a cura di), *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, 2023.
2. G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, 2023.
3. M. GIANNELLI, *I trattati internazionali in forma semplificata. Dinamiche del potere estero, ruolo della giustizia costituzionale ed evoluzioni della forma di governo*, 2023.